

CHAPITRE 3

COORDINATION DE LA RÉPONSE AU CRIME AU NIVEAU MONDIAL ET/OU ÉMERGENCE D'UNE VÉRITABLE POLITIQUE CRIMINELLE INTERNATIONALE ?

Au vu des développements qui précèdent, il est à peine besoin de souligner que, si tant est qu'on assiste à l'élaboration d'une réponse mondiale coordonnée à la criminalité internationale sous toutes ses formes, celle-ci ne peut se concevoir sans une résistance des souverainetés étatiques. Or, si les États sont égaux, ils ne le sont qu'en droit. Ainsi, avant d'évaluer le caractère positif du développement du droit international pénal et du droit pénal international (Section 2), il convient de mesurer les risques qu'est susceptible d'emporter une réponse mondialisée (Section 1).

SECTION 1. – RISQUES D'UNE RÉPONSE MONDIALISÉE AU VU DE L'ARTICULATION DES SOUVERAINETÉS

Les deux logiques à l'origine des crimes supranationaux et des crimes transnationaux traduisent deux articulations différentes du droit international et du droit pénal. Il en ressort une résistance différenciée des souverainetés étatiques : l'internationalisation du droit pénal traduit en effet un renforcement du système interétatique classique au service des intérêts des États (Sous-section 1), tandis que la pénalisation du droit international reflète, au moins en apparence, un recul des souverainetés au nom d'intérêts supérieurs (Sous-section 2).

Sous-section 1. – Crimes transnationaux comme instruments de renforcement des souverainetés

Il a été constaté précédemment que la logique de coopération utilitariste, dont découlent les crimes transnationaux et qui sous-tend le droit pénal international, se manifeste par une extension des droits

pénaux internes au-delà des frontières étatiques, et ceci, qui plus est, dans le plus grand respect de la souveraineté des États.

Ce mouvement d'internationalisation des droits pénaux étatiques, au vu des interactions normatives entre les conventions internationales et les droits pénaux internes, se révèle double. De prime abord, il peut sembler indiquer une immixtion du droit international dans les droits pénaux internes par l'encadrement spécifique des compétences pénales étatiques à l'égard de certains crimes. En ce sens, l'internationalisation des droits pénaux internes pourrait être interprétée comme une atteinte à la liberté normative et juridictionnelle des États, et ceci, dans un domaine intimement lié à la souveraineté. Aussi exact ce constat soit-il, ce mouvement traduit également et, à notre avis, surtout, l'extension des droits internes au-delà de la sphère traditionnelle des compétences pénales étatiques. En ce second sens, l'internationalisation des droits pénaux pourrait être envisagée comme un renforcement de la souveraineté étatique. En effet, la définition des crimes de droit commun présentant un élément d'extranéité et les principes généraux du droit pénal, nés des droits internes, sont, par un mouvement ascendant, intégrés au droit international. Ce mouvement pourrait être interprété comme une extension délibérée des compétences pénales des États et du champ d'action de leur droit qui, loin d'attenter à leur souveraineté, la renforce au-delà même du territoire étatique.

En ce sens, il convient de souligner l'insertion, dans les conventions internationales de coopération pénale les plus récentes, de clauses spéciales réaffirmant expressément la protection de la souveraineté. En témoigne, par exemple, la Convention Attentats terroristes à l'explosif qui se réfère au respect des « principes de l'égalité souveraine et de l'intégrité territoriale des États et [...] de la non-intervention dans les affaires intérieures d'autres États » (art. 17) et précise, par ailleurs, qu'« Aucune disposition de la présente Convention n'habilite un État partie à exercer sur le territoire d'un autre État une compétence et des fonctions qui sont exclusivement réservées aux autorités de cet autre État par son droit interne » (art. 18). D'autres exemples à l'appui de cette tendance sont apportés, dans des termes similaires, par l'article 4 de la Convention Criminalité transnationale organisée, les articles 20 et 22 de la Convention Financement du terrorisme et par les articles 21 et 22 de la Convention Terrorisme nucléaire.

Ainsi, la catégorie des crimes transnationaux traduit le renforcement du système interétatique classique et, contrairement à ce que l'on peut imaginer de prime abord, emporte le renforcement de la souveraineté étatique et du poids des États face aux autres acteurs de la communauté internationale. Certains auteurs y voient un élément positif(1391), mais il importe de préciser que, de ce fait même, ne sont pas renforcées *toutes* les souverainetés. Ce mouvement prolonge ainsi un droit international qui reflète et entérine les rapports de puissances entre États.

L'internationalisation du droit pénal se traduit en effet, en pratique, par un renforcement du pouvoir pénal de *certain*s États en mesure, matériellement et politiquement, d'exercer des compétences pénales extraterritoriales que reconnaît à *tous* les États le droit international. Ce mouvement se traduit ainsi par une redistribution des compétences pénales à l'échelle internationale : les États les plus puissants le sont plus encore du fait qu'ils sont autorisés à établir et exercer des compétences pénales extraterritoriales ; les États les moins puissants le sont moins encore, car même si, en droit, ils peuvent également établir et exercer ces compétences, ils n'ont souvent pas, en fait, la capacité de les exercer. Ces derniers peuvent manquer des capacités humaines et financières pour exercer ce type de compétence (le jugement de ce type de crimes impliquant des moyens très importants), mais ils sont surtout susceptibles de subir des pressions politiques qui les dissuaderont d'exercer leur compétence à l'égard de crimes pour lesquels une convention internationale leur reconnaît pourtant compétence. À cet égard, l'absence de hiérarchisation des titres de compétences pénales prévus par les conventions de coopération renforce encore cet état de fait. L'exemple emblématique des débordements auxquels peuvent donner lieu des conflits positifs de compétences est illustré par l'affaire *Lockerbie*(1392).

Il va sans dire que l'aspect positif de l'établissement et de l'exercice d'une compétence extraterritoriale à l'égard de crimes intéressant plus d'un État découle du fait que cela permet de pallier l'absence de volonté politique ou de capacité juridique de certains États particulièrement intéressés par le crime, d'en poursuivre et

(1391) J. VERHOEVEN, « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, op. cit., note 392, p. 50 : la souveraineté de l'État « doit plus que jamais sans doute être préservée, sous peine d'uniformiser le "monde" au mépris des particularités de chacun, sous le prétexte de "globaliser" dans l'intérêt de tous ».

(1392) Voy. *supra*, note 687.

juger les auteurs. Le mouvement ascendant précédemment identifié se double ainsi d'un mouvement retour, tendant à une harmonisation minimale des législations pénales nationales en vue d'une efficacité accrue du système de coopération mis en place(1393). En ce sens, on pourrait y voir l'immixtion des États en position d'imposer leurs intérêts sur la scène internationale dans le droit pénal d'autres États.

La question demeure de savoir en vertu de quoi et dans quelles limites l'exercice par un État tiers de sa compétence à l'égard d'un crime transnational peut ou doit se substituer à la compétence de l'État directement intéressé. Il serait souhaitable de déterminer des critères organisant un mécanisme de subsidiarité afin de limiter les débordements susceptibles de découler d'un exercice anarchique des compétences pénales extraterritoriales, laissé au gré des rapports de puissance interétatiques. Un tel mécanisme, sans remettre en question l'efficacité de la coopération et l'effectivité de la répression, pourrait utilement découler de la reconnaissance d'un ordre de priorité parmi les différents titres de compétence pénale(1394). Mais l'évolution des dispositions des conventions internationales de coopération pénale démontre l'absence de volonté des États de figer l'état du droit en la matière et, bien au contraire, de conserver la plus grande souplesse en faveur d'un règlement au cas par cas de l'exercice des compétences extraterritoriales.

La multiplication des crimes transnationaux et le développement consécutif du droit pénal international témoignent ainsi du renforcement du système interétatique classique par une extension des compétences étatiques au-delà des limites géographiques et juridiques traditionnelles des États souverains. Cette extension a pu être négociée du fait que les conventions de coopération pénale visent à protéger avant tout des intérêts directs et indirects des États eux-mêmes. En quête d'une coopération accrue pour prévenir et réprimer des

(1393) Notons en revanche que, de prime abord, d'aucuns pourraient considérer que la définition de la sanction par les droits internes traduit un mouvement *descendant* du droit international conventionnel vers les droits internes. Il convient néanmoins de souligner que la définition de la sanction pénale n'a jamais pour l'heure relevé du droit international et qu'elle ne peut par conséquent être considérée comme découlant d'un mouvement descendant : elle n'a jamais quitté la sphère étatique.

(1394) En ce sens, cf. C.M. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, op. cit., note 328, p. 178. L'auteur préconise le « développement d'espaces judiciaires régionaux et sub-régionaux avec une hiérarchie en matière de compétence telle que : territorialité, nationalité, personnalité, nature de l'intérêt protégé, compétence universelle et développement de règles et mécanismes pour la résolution des conflits de compétence entre États, y compris la compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice ou d'organes judiciaires régionaux, et éventuellement de la CPI ».

crimes qui les menacent tous indistinctement, les États ont érigé des régimes juridiques contraignants et efficaces. Ils se traduisent le plus souvent par des *obligations* d'établir leur compétence en droit interne et de poursuivre et juger ou extrader l'auteur de tels crimes, quels que soient le lieu de commission du crime ou la nationalité de leur auteur, si tant est que ce dernier se trouve sur leur territoire.

Paradoxalement, pour les crimes censés protéger les valeurs de la communauté internationale tout entière, et non plus seulement les intérêts des États eux-mêmes, le régime juridique mis en place témoigne généralement d'une efficacité bien moins grande. Il s'agit de la conséquence de la résistance des États souverains à voir le droit international s'immiscer dans leurs compétences régaliennes.

Sous-section 2. – Crimes supranationaux comme instruments de limitation des souverainetés : la résistance des États

La répression de la criminalité massive des agents étatiques, susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales, connaissait des barrières à la fois tirées des droits internes des États directement concernés et d'un droit international fondé sur le principe cardinal d'égalité souveraine des États. La réaction de la communauté des États contre ce type de criminalité s'est traduite par un glissement de la responsabilité internationale des États vers la responsabilité pénale internationale des individus qui les représentent. En apparence, ce mouvement de pénalisation du droit international s'est traduit par l'extension de celui-ci au nom de la protection des valeurs fondamentales de la communauté internationale tout entière et par un recul des priviléges souverains et des droits internes. En ce sens, il emporte une limitation du système interétatique classique et suscite donc la résistance des États. Celle-ci se reflète dans la création, souvent, de simples *facultés* des États d'établir leur compétence en droit interne et/ou d'exercer leur compétence à l'égard de ces crimes. Elle se ressent également par la réticence des États à transposer dans leurs législations internes les définitions internationales des crimes supranationaux et à établir leur compétence universelle à leur égard. À titre d'exemple, la loi portant adaptation du droit français à l'institution du Statut de Rome retient plusieurs critères cumulatifs réduisant à néant ou presque ce titre de compétence pour les crimes internationaux les plus graves : la double incrimination, le monopole des poursuites du ministère public, la résidence habituelle

490 INTERACTIONS ENTRE LES DEUX LOGIQUES D'INCRIMINATION

de l'auteur présumé sur le territoire et le fait pour la CPI d'avoir préalablement décliné sa compétence sur les crimes en question (1395). Le paradoxe est que pour d'autres crimes, tels les crimes de torture au sens de la convention de 1984 ou les crimes terroristes définis par les conventions onusiennes, la compétence universelle peut être mise en œuvre par les tribunaux français à des conditions bien moins restrictives.

La réaction pénale des États aux crimes supranationaux se traduit ainsi par une efficacité moindre que celle mise en place dans le cadre de la prévention et répression des crimes transnationaux, ceci alors même qu'ils sont censés protéger les valeurs fondamentales de la communauté internationale tout entière. Par ailleurs, on constate, selon que l'on se place dans l'optique du droit international pénal ou du droit pénal international, des vitesses normatives différentes (1396). Le second, parce qu'il renforce la souveraineté des États et le système interétatique classique, se développe en effet beaucoup plus rapidement que le premier.

À y regarder de plus près, cette extension matérielle du droit international dans la matière pénale n'a ainsi pas fondamentalement remis en cause les principes fondamentaux à la base du système interétatique classique. La reconnaissance de certaines valeurs fondamentales de l'ordre international justifiant la criminalisation directement en droit international de certaines de leurs violations graves ne s'est pas fondée sur des atteintes frontales à la souveraineté étatique. Au contraire, elle s'opère très progressivement et emporte, pas à pas, une limitation de la liberté normative des droits internes en matière de crimes supranationaux. En revanche, elle se traduit, au moins en théorie, par une extension des compétences juridictionnelles des juges étatiques agissant au nom de la communauté internationale tout entière, bien que peu utilisées par les juridictions internes.

On peut considérer de ce fait que, de même que pour les crimes transnationaux, il en résulte au final une extension du pouvoir

(1395) Loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale, *JORF*, 10 août 2010, n° 0183, p. 14678. Une proposition de loi, en cours de préparation, vise à écarter ces différentes conditions à l'exception du monopole du procureur de la République dans l'engagement des poursuites. Cf. A. ANZIANI *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale* (1) sur la proposition de loi de M. Jean-Pierre Sueur et plusieurs de ses collègues tendant à modifier l'art. 689-11 du C. proc. pén. relatif à la compétence territoriale du juge français concernant les infractions visées par le statut de la CPI.

(1396) M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, op. cit., note 401, pp. 203-254.

souverain des États les plus puissants au-delà des limites de leur territoire étatique, en vertu du droit international. Le droit international pénal opère ainsi un contournement par le haut des principes cardinaux du droit international classique. Il peut en ce sens être interprété comme renforçant les souverainetés, mais seulement celles des États en mesure juridiquement, politiquement et matériellement d'exercer les compétences pénales extraterritoriales que les autorise à établir le droit international (1397).

Or, la matière pénale tient une place croissante dans l'ordre international et l'hypothèse selon laquelle elle peut se révéler un moyen de réactivation des souverainetés soulève deux types d'inquiétude. D'abord, il convient de s'interroger sur les risques qu'emporte à terme cette évolution sur l'équilibre du système international. Une réactivation sélective des souverainetés peut impliquer que les États les plus puissants le deviendront plus encore et seront à même d'imposer définitivement leurs valeurs comme universelles, leurs juges comme juges mondiaux, et leurs armées comme forces de police internationales. Un tel risque d'hégémonie politique et juridique ouvrirait la voie à l'instauration d'un modèle de politique criminelle totalitaire (1398) à l'échelle internationale. Sans aller jusque-là, on ne peut ignorer la multiplication des critiques adressées à la CPI, notamment par les États africains et l'Union africaine, qui dénoncent une forme de néo-impérialisme et refusent globalement de coopérer avec la Cour (1399). Ainsi, il est fondamental pour l'avenir de la justice pénale internationale qu'elle s'enrichisse de mécanismes limitant les inégalités de fait des États à voir leurs ressortissants jugés par d'autres États ou par la Cour pénale internationale. Les articles 16 et 15bis du SR ne semblent pas aller en ce sens. Le second sujet d'inquiétude résulte ainsi pour les individus de la menace qu'un tel modèle pourrait faire peser sur les droits et libertés fondamentales

(1397) G. SCHWARZENBERGER, « The Problem of an International Criminal Law », in *Current Legal Problems*, 1950, vol. 3, p. 295 : « an international law that is meant to be applied to the world power is a contradiction in terms. It presupposes an international authority which is superior to these states. In reality, however, any attempt to enforce an international criminal code against either the Soviet Union or the United States would be war under another name ».

(1398) Selon le modèle dessiné par M. DELMAS-MARTY et dont les traits principaux sont la prééminence du pouvoir exécutif et l'exclusion et/ou la participation répressive de la société civile, in *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., note 1226, pp. 198-208.

(1399) Lors du 21^e sommet de l'Union africaine, tenue en mai 2013 à Addis-Abeba, l'Union africaine a réitéré son injonction aux États membres parties au Statut de Rome de ne pas donner suite aux mandats d'arrêt émis par la CPI, notamment contre les présidents soudanais et kenyans.

reconnus à l'individu par le droit international. En effet, en l'absence d'institutions centralisées, les États conservent un double monopole dans la création et l'application à la fois du droit international et du droit pénal, qui peut donner lieu à un certain nombre de violations des droits fondamentaux comme la « guerre contre le terrorisme » a pu le démontrer(1400).

Cependant, aussi important soit-il de prendre la mesure des risques d'un développement anarchique du droit pénal international et du droit international pénal, il convient de ne pas négliger les signes positifs d'une coordination progressive de la réponse pénale des États à la criminalité internationale.

SECTION 2. – VERS UNE RÉPONSE MONDIALE COORDONNÉE ?

La question de savoir si les développements actuels du droit international pénal et du droit pénal international traduisent l'émergence d'une réponse mondiale coordonnée implique d'abord de se pencher sur les signes d'une telle coordination des réponses et des logiques normatives (Sous-section 1) pour ensuite en rechercher les significations et perspectives d'avenir possibles (Sous-section 2).

Sous-section 1. – *Signes d'une réponse mondialisée*

Des signes multiples attestent de la substitution progressive de réponses anarchiques en termes de terminologie (infractions pénales au sens de la convention, crimes de droit international, etc.), d'espaces normatifs (niveaux national, régional et international), de régimes juridiques (obligations, facultés, etc.) à une harmonisation de la réponse aux différents types de criminalité internationale.

À l'intérieur d'une même logique normative, celle du droit pénal international, l'exemple des crimes terroristes illustre une articulation des différents niveaux national, régional et international et une harmonisation du régime juridique afférant à ces différents crimes, comme nous l'avons déjà explicité(1401). Par ailleurs, le développement du droit pénal international dans ses différents

(1400) Cf. not. le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, *Allégations de détentions secrètes dans des États membres du Conseil de l'Europe*, Note d'information II, Rapporteur : M. Dick Marty, Suisse, Alliance des Démocrates et des Libéraux pour l'Europe, AS/Jur (2006) 03 rev, 22 janvier 2006.

(1401) Cf. *supra*, Part. 2, Tit. I.

aspects – accords sur l’extension des compétences pénales étatiques au-delà de leurs frontières, accords d’extradition, de coopération policière ou judiciaire, de reconnaissance des jugements étrangers (1402) – s’accompagne d’un élément d’harmonisation des législations internes de transposition par leur respect de certains *minima* communs de garanties de fond et procédurales, condition *sine qua non* de la coopération internationale instituée. Celle-ci tend ainsi, en un sens, à cristalliser l’accord d’un certain nombre d’États sur une politique criminelle, individuelle, mais convergente, à l’égard de crimes spécifiques, présentant un élément d’extranéité. Enfin, le droit conventionnel intègre, au-delà des principes, de véritables dimensions de politique criminelle comme en connaissent les droits pénaux internes. Ainsi, la Convention Corruption élabore une stratégie globale de lutte contre la corruption articulée autour de plusieurs volets consacrés respectivement à la prévention (Chap. II), à la répression (Chap. III), à la coopération internationale (Chap. IV), aux modalités de recouvrement d’avoirs (Chap. V) et, enfin, à l’assistance technique et à l’échange d’informations (Chap. VI). Par ailleurs, elle prend en compte la question de la protection et des intérêts des victimes, de la réparation des préjudices causés, etc. suivant ainsi les évolutions des droits pénaux internes. À noter également sur ce point la Convention Disparitions forcées, qui accorde une place très grande aux victimes, auxquelles elle reconnaît des droits tels que le « droit de dénoncer les faits devant les autorités compétentes », le « droit de savoir la vérité sur les circonstances de la disparition forcée », « le droit d’obtenir réparation et d’être indemnisée rapidement, équitablement et de manière adéquate » des « dommages matériels et moraux » ou sous d’autres formes de réparation comme la restitution, la réadaptation la satisfaction, y compris le rétablissement de la dignité et de la réputation, ou encore des garanties de non-répétition (art. 24).

L’exemple des disparitions forcées témoigne, quant à lui, d’une coordination entre les deux logiques normatives en ce qu’il fournit le premier exemple de convention internationale qui conjugue explicitement les crimes transnationaux et les crimes supranationaux.

(1402) Cf. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, op. cit., note 98, Tit. 2, « L’entraide répressive internationale », pp. 331-501 ; J.-A. ROUX, « L’entraide des États dans la lutte contre la criminalité », op. cit., note 518, pp. 97-114 ; D. REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., note 290, pp. 133-303.

En effet, son article 4 prévoit : « Tout État partie prend les mesures nécessaires pour que la disparition forcée constitue une infraction au regard de son droit pénal » ; tandis que son article 5 se lit : « La pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée constitue un crime contre l'humanité, tel qu'il est défini dans le droit international applicable, et entraîne les conséquences prévues par ce droit ». En ressortent clairement deux types de crimes distincts. L'article 4, à l'instar de la majorité des conventions internationales de coopération pénale, met à la charge des États une obligation positive de résultat qui consiste à s'assurer que son droit interne réprime pénalement le crime de disparition forcée. Il s'agira d'un *crime de droit interne*, susceptible d'être commis sur le territoire d'un seul État, par et contre des ressortissants de ce même État. L'article 5, quant à lui, est déclaratoire de l'existence, en droit international, d'un *crime contre l'humanité* constitué par la pratique généralisée ou systématique de la disparition forcée, indépendamment de toute mesure de transposition de droit interne. Le fait même que la convention s'ouvre sur ces deux types de crimes montre la superposition de deux logiques articulant droit international et droits pénaux étatiques. L'article 4 est destiné à organiser l'impunité des auteurs de disparitions forcées, même en tant qu'acte isolé, commis sur le territoire d'un seul État et ne mettant en cause que des ressortissants de cet État, en s'assurant sa criminalisation dans la législation pénale des États parties. L'article 5, quant à lui, montre que le crime de disparition forcée en tant qu'acte isolé, voire même à répétition, ne constitue pas un crime en vertu du droit international à moins d'être commis de manière généralisée ou systématique et de pouvoir, dès lors, être qualifié de crime contre l'humanité et emporter le régime juridique correspondant en vertu du droit international. Il peut être utile à cet égard de se référer à l'article 7, § 2, i), du Statut de Rome, qui définit les actes de disparitions forcées constitutifs de crime contre l'humanité comme suit : « i) Par “disparitions forcées de personnes”, on entend les cas où des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées par un État ou une organisation politique ou avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de cet État ou de cette organisation, qui refuse ensuite d'admettre que ces personnes sont privées de liberté ou de révéler le sort qui leur est réservé ou l'endroit où elles se trouvent, dans l'intention de les soustraire à la protection de la loi pendant une période prolongée » (1403).

(1403) Cette définition se révèle plus large que celle de la Conv. Disparitions forcées dans la mesure où elle intègre explicitement la commission « par un État ou une organisation

Jusque-là, les conventions de coopération pénale s'inscrivaient *soit* dans la logique de codification d'un crime supranational, *soit* dans la définition d'un crime transnational, mais jamais auparavant n'avaient été combinées les deux approches au sein d'un même instrument. Cette évolution témoigne du rapprochement des deux logiques en termes de complémentarité.

Le droit international et les droits pénaux étatiques sont articulés, combinés afin d'assurer la meilleure répression possible de certains comportements individuels tout en respectant la souveraineté des États. Ainsi, le recours aux droits pénaux internes reste-t-il privilégié et la qualification de crime supranational limitée aux crimes massifs. En effet, l'exemple de la disparition forcée montre encore que le critère déterminant n'est pas la gravité intrinsèque d'un comportement. En l'occurrence, ce n'est pas la condamnation morale, par la société internationale, du crime de disparition forcée en tant que tel qui justifie l'incrimination en droit international, mais la condamnation de sa pratique généralisée ou systématique. Autrement dit, le seuil de gravité intrinsèque *et* extrinsèque requis pour engendrer la condamnation par la société internationale et la criminalisation en droit international directement, correspond à la marge de respect de la souveraineté exigée par les États.

La Convention Disparitions forcées pourrait ainsi annoncer une coordination des deux logiques d'incrimination internationale au sein des instruments internationaux de coopération pénale et, entre le droit international et les droits pénaux étatiques. Cette évolution pourrait faire écho aux perspectives décrites par M. Delmas-Marty en ces termes : « l'opposition entre stratégies unilatérales et multilatérales pourrait être dépassée en combinant légitimité et efficacité : les stratégies unilatérales, plutôt liées à la globalisation, ne peuvent se limiter au seul critère de leur validité instrumentale et devront intégrer des normes internationales pour fonder leur légitimité ; à l'inverse, les stratégies multilatérales, plutôt fondées sur l'universalisme, ne peuvent s'affirmer sur le seul critère de leur légitimité (validité symbolique et axiologique) et leur effectivité devra être renforcée,

politique » des crimes de disparitions forcées comme crime contre l'humanité, *cf.* O. DE FROUVILLE, « La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées : les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire », *op. cit.*, note 1069, pp. 21-23 ; et R. LE BOEUF, « Les disparitions forcées », in *Droit international pénal*, *op. cit.*, note 286, pp. 233-240.

tant par la coopération que par le renforcement de la justice nationale. À terme, les deux stratégies pourraient se rejoindre au profit d'une complémentarité pluraliste qui engloberait l'ensemble de l'espace pénal mondial » (1404).

Doit-on voir avec la Convention Disparitions forcées l'émergence en droit international d'une logique proche d'une « politique criminelle » (1405) ? Il est déjà difficile pour un groupe réduit d'États de fixer une politique pénale commune à l'échelle régionale comme en témoigne l'expérience européenne, notamment sur la question d'un parquet européen (1406), ceci, alors même que ces États partagent une histoire, une culture, des valeurs et des institutions communes. Autant dire qu'à l'échelle mondiale, en l'absence d'institutionnalisation d'un pouvoir législatif centralisé, de consensus sur la définition des crimes internationaux et des peines y associées, la définition consensuelle d'une politique pénale commune est loin de voir le jour. Les difficultés rencontrées par les procureurs de la CPI suffisent à montrer la complexité d'une telle politique pénale qui, dès lors qu'elle est internationale, implique une dimension à la fois diplomatique et judiciaire. Néanmoins, cette étude a montré qu'une certaine cohérence à *l'intérieur* et désormais *entre* chacun des deux processus normatifs peut plaider en faveur tout au moins de l'émergence de politiques criminelles. Définies par un législateur international désincarné qui, à travers la communauté des États et sous l'impulsion et le contrôle croissant de la société civique internationale, ces politiques criminelles embryonnaires expriment des choix orientés autour des nécessités posées par les différents types de criminalité internationale et prenant en compte les réalités et les imperfections actuelles de l'ordre juridique international.

Le caractère positif de la coordination progressive des deux logiques d'incrimination découle du fait qu'elle pourrait avoir comme conséquence, à terme, de faire bénéficier aux crimes supranationaux de l'efficacité du régime préventif et répressif appliqué aux crimes transnationaux. En effet, on peut imaginer qu'il sera difficile de justifier que des crimes transnationaux tels la piraterie

(1404) M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, op. cit., note 401, pp. 183-184.

(1405) Selon M. DELMAS-MARTY, « la politique criminelle comprend l'ensemble des procédés par lesquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel », in *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., note 1226, p. 13.

(1406) M. DELMAS-MARTY, « Les défis d'un droit pénal européen », in *Mireille Delmas-Marty et les années UMR*, Paris, Société de Législation comparée, pp. 419-435.

maritime, la criminalité transnationale organisée ou les crimes terroristes soient réprimés plus efficacement ou plus sévèrement que des crimes supranationaux. Le projet de modification des conditions exorbitantes d'exercice de la compétence universelle des juges français à l'égard des crimes du Statut de Rome peut illustrer cette difficulté croissante des pouvoirs publics à justifier un tel paradoxe, ou une telle hypocrisie, auprès de l'opinion publique éclairée par les ONG. On peut également espérer qu'il ne sera plus possible pour les États de justifier des mesures attentatoires aux libertés publiques au nom de la guerre contre le terrorisme, tout en restant sans réaction par rapport à la commission d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité perpétré par un État contre sa population, aussi puissant soit-il ou aussi puissants ses alliés soient-ils, même si l'exemple de la Syrie laisse dubitatif sur ce point encore aujourd'hui.

Pour déterminer si de telles évolutions sont envisageables, il importe, au-delà des risques, de se pencher sur les significations que revêt l'émergence d'une réponse mondialisée à la criminalité internationale.

Sous-section 2. – *Significations d'une réponse mondialisée*

Si l'on s'en réfère aux développements consacrés en introduction à l'apparition et au renforcement du droit pénal au fur et à mesure que s'affirmait l'État comme forme la plus aboutie d'organisation sociale et politique, il apparaît que chronologiquement à la *vengeance privée* s'est substituée d'abord la *justice privée* puis la *justice publique*. Certains auteurs ont ainsi testé « l'hypothèse qui voit dans le pénal un indicateur de l'évolution de l'État comme producteur normatif. Le droit criminel paraît se développer vraiment, en effet, quand le politique devient assez stable et autonome par rapport aux relations sociales » (1407).

Il pourrait être intéressant de vérifier si cette évolution est ou non transposable à l'échelle internationale, en considérant les États comme les membres d'une société qui, avec le temps, s'est organisée de manière de plus en plus sophistiquée, autour d'un contrat social tel que le décrivait Rousseau pour la société des

(1407) Ph. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. I, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 10.

hommes : « les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent, par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors, cet état primitif ne peut plus subsister ; et le genre humain périrait s'il ne changeait de manière d'être. Or, comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen, pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert. [...] "Trouver une forme d'association qui défende de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant". Tel est le problème dont le contrat social donne la solution » (1408).

À cet égard, aux origines, dans un droit international de coexistence, la guerre et les représailles constituaient des formes licites et courantes de règlement des conflits interétatiques. On pourrait dès lors assimiler cette période du droit international à une époque régie par une forme de *vengeance privée* en ce sens où les relations sociales étaient essentiellement réglées spontanément dans le cadre de rapports exclusivement bilatéraux. Pour reprendre les termes de Rousseau, les États se trouvaient à cette époque dans un état de nature et constituaient « une agrégation, mais non pas une association ; il n'y a là ni bien public, ni corps politique » (1409). Dans un tel système, les crimes commis par les individus sont régis par le droit pénal interne exclusivement, l'État faisant écran entre le droit international et l'individu. On peut voir dans cette période une exception avec l'organisation de la répression de la piraterie en haute mer qui annonce en quelque sorte l'apparition de la seconde évolution à partir de laquelle « tous, étant nés égaux et libres, n'aliènent leur liberté que pour leur utilité » (1410).

C'est ainsi qu'apparaît le droit de coopération utilitariste consistant à substituer le droit à la puissance pour assurer la coexistence pacifique des souverainetés. Cette étape consista essentiellement pour

(1408) J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Liv. I, Chap. VI, « Du Pacte social », Paris, Seghers, 1971, pp. 115-116.

(1409) *Ibid.*, Liv. I, Chap. V, « Qu'il faut toujours remonter à une première convention », p. 114.

(1410) *Ibid.*, Liv. I, Chap. II, « Des premières sociétés » s, p. 106.

les États à réglementer puis interdire le recours à la guerre et à coordonner leurs compétences respectives dans le sens d'une coopération accrue à l'égard de certains comportements qui les menaçaient tous indistinctement, à l'image de la piraterie maritime. La coopération fut ainsi renforcée pour réprimer plus efficacement des crimes de droit interne dépassant le cadre de leurs compétences traditionnelles, mais faute d'institutionnalisation d'un pouvoir centralisé, les modalités de la coopération conservaient la forme de l'auto-régulation des relations interétatiques. Les États organisaient ainsi une forme de *justice privée* en organisant la répression de crimes de droit interne en vertu du droit international.

La troisième phase de développement du droit international correspond à un droit de coopération solidariste, dans lequel les États ont reconnu l'existence de crimes donnant lieu à une responsabilité pénale individuelle directement en droit international et accepté une institutionnalisation de la justice pénale internationale. Elle correspond à l'instauration d'une forme de *justice publique* au sens où une cour internationale est autorisée à appliquer directement le droit international, non pas aux États eux-mêmes, mais à leurs représentants indépendamment des dispositions de droits internes. Dans ce dernier modèle, qui se rapproche d'une légalité objective (et non plus intersubjective), le crime international peut apparaître comme à l'origine d'un préjudice juridique en ce sens qu'il brise le contrat social (1411).

Cependant, il n'est de crime international dont la répression ne passe à un stade ou un autre (incrimination, poursuite ou jugement) par le biais des droits internes. Du fait de la structure polycentrale de l'ordre juridique international, les droits étatiques demeurent pour l'essentiel les supports formels de la mise en œuvre des normes internationales. Ainsi, les droits pénaux internes traduiront le comportement prohibé en droit international et définiront la sanction que leurs tribunaux pourront lui associer en cas de jugement. Dans ces deux hypothèses, le droit national et, par extension, les juridictions nationales apparaissent ni plus ni moins comme les instruments de mise en œuvre du droit international. On retrouve là cette difficulté découlant de l'absence de législateur international

(1411) Voy. B. STERN, « Et si on utilisait le concept de préjudice juridique ? Retour sur une notion délaissée à l'occasion de la fin des travaux de la CDI sur la responsabilité des États », *AFDI*, 2001, pp. 3-44.

500 INTERACTIONS ENTRE LES DEUX LOGIQUES D'INCRIMINATION

que G. Scelle avait tenté de résoudre par l'image du dédoublement fonctionnel(1412) selon lequel : « dans l'ordre interétatique, où il n'existe pas de gouvernants et agents spécifiquement internationaux, les agents et gouvernants étatiques qui les remplacent sont investis d'un double rôle. Ils sont agents et gouvernants nationaux lorsqu'ils fonctionnent dans l'ordre juridique étatique ; ils sont agents et gouvernants internationaux lorsqu'ils agissent dans l'ordre juridique international. C'est ce que nous appellerons la loi fondamentale du dédoublement fonctionnel »(1413).

Mais comme l'a souligné C. Lombois, « [f]aire de tous les juges du monde des organes de la répression universelle, c'est peut-être oublier que les juges font partie d'un système judiciaire national, sommé d'une Cour suprême qui assure l'unité de la jurisprudence dans son propre pays, mais que rien n'est prévu pour assurer l'unité de la jurisprudence universelle »(1414). Ce que G. Scelle reconnaissait lui-même en affirmant que le dédoublement fonctionnel ne constitue que le « succédané de l'organisation institutionnelle défaillante des ordres juridiques internationaux. C'est un pis-aller dans le stade actuel de l'inter-étatisme »(1415). Il admettait par ailleurs que « le fait que les gouvernants étatiques fonctionnent à la fois en qualité de gouvernants nationaux et en qualité de gouvernants internationaux peut bien amener des conflits de compétence entre ces gouvernants accomplissant leurs fonctions internationales en concurrence et non en subordination, anarchiquement et non hiérarchiquement »(1416).

Cette idée de répartition anarchique des compétences entre les États se distingue de la division horizontale du travail telle qu'elle

(1412) Cf. G. SCELLE, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, vol. I, Paris, Sirey, 1932, pp. 43 et 54-56, vol. II, 1934, pp. 10, 319 et 450 ; « La doctrine de L. Duguit et les fondements du droit des gens », in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1932, pp. 98-99 ; « Essai sur les sources formelles du droit international », in *Recueil en l'honneur de F. Gény*, vol. III, 1934, p. 410 ; « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *RCADI*, 1936, t. 55, pp. 91-106 ; *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, pp. 15-24.

(1413) G. SCELLE, « Règles générales du droit de la paix », *RCADI*, 1933, t. 46, p. 358. Il précise ailleurs : « les agents dotés d'une compétence institutionnelle ou investis par un ordre juridique utilisent leur capacité 'fonctionnelle' telle qu'elle est organisée dans l'ordre juridique qui les a institués, mais pour assurer l'efficacité des normes d'un autre ordre juridique privé des organes nécessaires à cette réalisation, ou n'en possédant que d'insuffisants », cf. « Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel », in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation – Festschrift für H. Wehberg*, Francfort, Klustermann, 1956, p. 331.

(1414) C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit., note 138, p. 21.

(1415) G. SCELLE, *Droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1944, p. 22.

(1416) *Ibid.*, p. 22.

découle de l'analyse d'E. Durkheim. Ce dernier distinguait en effet une « solidarité mécanique ou par similitudes » et une « solidarité organique due à la division du travail » correspondant à deux types de droit, l'un répressif, l'autre coopératif(1417). Selon E. Durkheim, « la prépondérance du droit répressif sur le droit coopératif doit être d'autant plus grande que le type collectif est plus prononcé et que la division du travail est plus rudimentaire. Inversement, à mesure que les types individuels se développent et que les tâches se spécialisent, la proportion entre l'étendue de ces deux droits doit tendre à se renverser »(1418).

Il semble néanmoins que cette analyse ne se vérifie pas à l'échelle internationale. En effet, le droit pénal est apparu en droit international justement avec le développement d'une division du travail entre États dans les domaines de préoccupation communs, à l'origine d'une solidarité plus « organique » que « mécanique » au sens où Durkheim entendait ces expressions(1419). Le droit pénal, loin de disparaître avec le renforcement de la solidarité des États, se développe et constitue une arme politique redoutable, ceci justement parce que, dans l'ordre international, il n'existe aucune institution hiérarchiquement supérieure aux États. L'analyse d'E. Durkheim s'inscrivait dans l'ordre interne et postulait la mise en place d'une autorégulation progressive, néanmoins garantie en amont par l'État.

À cet égard, cette distinction a été utilement prolongée par M. Osiel qui y ajoute un troisième type de solidarité, plus proche des réalités de la société internationale : la solidarité discursive qui, à la différence des deux autres, « n'exige ni le déni permanent, ni l'affirmation de la différence ; elle implique simplement de reconnaître que les membres de la société sont souvent en désaccord radical quant à leurs conceptions de la justice et du bien, mais qu'ils n'en admettent pas moins qu'ils ont besoin de s'appuyer sur

(1417) E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, 5^e éd., coll. Quadrige, Paris, PUF, 1998.

(1418) *Ibid.*, p. 103.

(1419) S'agissant de la solidarité mécanique, l'auteur précise : « Ce mot ne signifie pas qu'elle soit produite par des moyens mécaniques et artificiellement. Nous ne la nommons ainsi que par analogie avec la cohésion qui unit entre eux les éléments des corps bruts, par opposition à celle qui fait l'unité des corps vivants. [...] Il en est tout autrement de la solidarité qui produit la division du travail. Tandis que la précédente implique que les individus se ressemblent, celle-ci suppose qu'ils diffèrent les uns des autres. La première n'est possible que dans la mesure où la personnalité individuelle est absorbée dans la personnalité collective ; la seconde n'est possible que si chacun a une sphère d'action qui lui est propre, par conséquent une personnalité », *ibid.*, pp. 100-101.

un schéma commun d'association et de coopération » (1420). Cette conception nous semble la plus à même d'ouvrir la voie à un « pluralisme ordonné », qui seul limiterait les risques d'hégémonie que comporte l'extension du pénal en droit international en garantissant un « rééquilibrage qui permettrait de conjuguer universalisme et globalisation » (1421).

À l'étude, se confirment deux logiques *a priori* contradictoires : celle d'un renforcement des souverainetés par la multiplication des crimes transnationaux, et celle d'une limitation de ces mêmes souverainetés par l'affirmation des crimes supranationaux. Mais elles comportent toutes deux des risques en termes d'équilibre des pouvoirs sur la scène internationale, entre les États et les autres acteurs de la communauté internationale, d'une part, et entre les États eux-mêmes, d'autre part. Les développements récents, notamment illustrés par la Convention Disparitions forcées, témoignent néanmoins d'une tendance vers une coordination des deux logiques, laissant présager la recherche de l'équilibre non plus *entre* elles, mais *au sein* d'une nouvelle logique globale qui, peut-être à terme pourrait s'apparenter à une ébauche de politique criminelle mondiale.

(1420) Selon cet auteur, la solidarité mécanique « requiert le déni, voire la suppression des différences entre individus et sous-groupes afin de préserver le partage d'un ordre normatif unique entre eux », tandis la solidarité organique implique « la préservation de la culture de différences entre les individus et entre les sous-groupes afin d'accroître la productivité et l'efficience », cf. M. OSIEL, « La solidarité par le dissensus civil », in *Juger les crimes de masse, La mémoire collective et le droit*, Paris, Seuil, 2006, pp. 69 et s.

(1421) M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné*, op. cit., note 401, p. 184.