



**Thèse Présentée
par Germain
NTONO TSIMI**

**UNIVERSITE
DE YAOUNDE
II**

**LE PARADIGME DU CRIME CONTRE
L'HUMANITE ET LA RENAISSANCE DU
PLURALISME JURIDIQUE DANS LES DROITS
PENAUX AFRICAINS**
**Contribution à une théorie sur
l'internormativité des systèmes pénaux
nationaux en transition**

Année académique 2011 - 2012

UNIVERSITE DE YAOUNDE II
BP 1365 YAOUNDE, BP 18 SOA
Tél. : 22 21 34 04 / Fax : 77 99 14 23

FACULTE DES SCIENCES
JURIDIQUES ET POLITIQUES



THE UNIVERSITY OF YAOUNDE II
P.O Box 1365 YAOUNDE, P.O Box 18 SOA
Tel : 22 21 34 04 / Fax : 77 99 14 23

FACULTY OF LAW AND POLITICAL
SCIENCE

ECOLE DOCTORALE DE DROIT

UNITE DE FORMATION DOCTORALE DROIT PRIVE ET SCIENCES
CRIMINELLES

**LE PARADIGME DU CRIME CONTRE L'HUMANITE ET LA
RENAISSANCE DU PLURALISME JURIDIQUE DANS LES DROITS
PENAUX AFRICAINS**

*Contribution à une théorie sur l'internormativité des systèmes pénaux
nationaux en transition*

THESE

POUR LE DOCTORAT/Ph.D EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement par

Germain NTONO TSIMI

Jury :

Président : Monsieur Victor Emmanuel BOKALLI, Professeur à l'Université de Yaoundé II,
Doyen de la Faculté de Droit

Rapporteurs : Madame Christine LAZERGES, Professeur à l'Université de Paris I Sorbonne
Directrice de l'Ecole Doctorale de Droit Comparé
Madame Jeanne Claire NCHIMI MEBU, Maître de Conférences à l'Université de
Yaoundé II

Membres : Madame Mireille DELMAS-MARTY, Professeur au Collège de France, Membre
de l'institut
Monsieur Alain Didier OLINGA, Maître de Conférences à l'Institut des Relations
Internationales du Cameroun

Directeur de thèse : Monsieur Adolphe MINKOA SHE, Professeur à l'Université de Yaoundé II,
Doyen Honoraire, Directeur de l'Ecole Doctorale de Droit

Année académique 2011 - 2012

L'université de Yaoundé II n'entend donner ni approbation ni improbation aux idées émises dans la présente thèse. Celles-ci demeurent propres à son auteur.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Dédicaces

A mon maître, Monsieur le Professeur Adolphe Minkoa She, auprès de qui, j'ai appris pendant déjà près de huit ans d'enseignement, que dans toute construction théorique, le contexte est aussi fort que le concept.

A ma très chère et tendre Safi, avec qui le mariage a été reporté une fois mais qui a su faire la différence entre la valeur et l'artifice.

A Nani, que j'ai abandonné à la veille du deuxième anniversaire, j'espère que tu comprendras un jour pourquoi.

A Léandre, qui a attendu un jour avant le dépôt officiel de ce travail pour pousser son premier cri de vie, merci pour ta patience.

A Ignace, absent depuis bientôt cinq ans, que tu éprouves un véritable motif de satisfaction lorsque tu reviendras.

A mes parents, qui m'ont appris le sens du sacrifice.

A mes frères et sœurs qui ont su respecter le principe de l'inviolabilité de mon espace de travail.

A tout chercheur africain qui cherche à comprendre la complexité de l'Afrique sans jamais céder à la tentation de la réduire.

Remerciements

Nous souhaitons exprimer ici notre profonde gratitude à tous ceux et à toutes celles sans qui cet itinéraire aurait simplement été sans fin. Nous pensons tout particulièrement :

A Madame le professeur Christine Lazerges qui, du lointain Panthéon a spontanément accordé une attention toute particulière à la modeste demande émanant d'un doctorant sous les tropiques en nous suggérant, dès le premier entretien, de perdre en largeur ce que nous devons gagner en profondeur,

A Madame le professeur Mireille Delmas-Marty qui, du haut de son immense magistère, a accepté, avec une extraordinaire simplicité, d'être présidente de notre jury de soutenance,

A Monsieur le professeur Stéfano Manacorda qui a nourri en nous l'intérêt pour les questions d'internomativité dans le champ pénal,

Aux enseignants de la faculté des sciences juridiques et politiques qui nous ont encadrés,

A nos collègues et amis du département des sciences criminelles, notamment Messina Elias Goerges et Onana Tobie avec qui nous partageons quotidiennement la passion du nouveau pénal.

Au Conseil pour le développement de la recherche en sciences sociales en Afrique (CODESRIA), qui nous accordé une bourse de subvention à la rédaction de la présente thèse,

A la SCPA TAPTUE-MAMBOK et à son administrateur Me Félix qui nous ont chaleureusement accueilli, familialement traité en nous offrant le « laboratoire » dans lequel nous avons orienté le mouvement de notre pensée,

Au Crédo et à sa directrice, Madame Justine Dikko Tchuenkam, qui a mis à notre disposition son fond documentaire numérique et nous a permis d'apprendre en encadrant les plus jeunes,

Au juge Esther, qui nous a enseigné l'intérêt de la rigueur du juge dans la conduite du raisonnement juridique,

A Raphael, Séoud, Merlin, Yves et Félicien, nos principaux relecteurs, qui inconsciemment, nous ont amené à défendre ce projet comme s'il était le plus beau du monde,

A Francis, Daniel, Willy, André, Passy qui, malgré l'usure du temps, ont cru et nous ont soutenu,

A Armel et Eugénie, le couple de Fontenay-sous-bois qui nous ont chaleureusement ouvert leur intimité lors de notre séjour à Paris,

A vous tous qui lisez ce travail et ne cessez de nous inviter à en approfondir l'hypothèse.

Principales abréviations et sigles

AC	Avis consultatif
AFDI	Annuaire français de droit international
AJDA	Annuaire de la jurisprudence administrative
AJIL	The American Journal of International law
Ap.	Chambre d'appel
Bull.crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
BYBIL	British Yearbook of International law
CADHP	Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
CAJD	Cour africaine de justice et des droits de l'homme
CDI	Commission du droit international
CESDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950)
Ch.	Chambre de première instance
Chron.	Chronique
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CPA	Cour permanente d'arbitrage
CPI	Cour pénale internationale
CPI Ap.	Chambre d'appel de la CPI
CPI Pr.	Chambre préliminaire de la CPI
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Crim.	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
D	Recueil Dalloz-Sirey
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)
DUDH	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et citoyen (1948)
EJIL	European journal of International law
HLR	Harvard Law Review
JDI	Journal du droit international (Clunet)
JO	Journal officiel de la République française
NCP	Nouveau Code Pénal
Obs.	Observations
ONG	Organisation (s) non gouvernementale (s)
ONU	Organisation des Nations Unies
Pr.	Chambre préliminaire
RASF	Revue africaine des sciences juridiques
RADIC	Revue africaine de droit international comparé
RCADI	Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye

RDI	Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques
RDILC	Revue de droit international et de législation comparée
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDPC.	Revue de droit pénal et de criminologie
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RGDIP	Revue générale de droit international public
RIDP	Revue international de droit pénal
RITD	Revue internationale de théorie du droit
RRJ	Revue de la recherche juridique. Droit prospectif
RS	Recueil systématique du droit fédéral de la Confédération suisse
RSC	Revue de la science criminelle et de droit pénal comparé
RSMP	Revue des sciences morales et politiques
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
SLC	Société de législation comparée
TH.	Thèse de doctorat
TMI	Tribunal militaire international (ou Tribunaux militaire internationaux)
TPI	Tribunal international (ou Tribunaux pénaux internationaux)
TPI Ap.	Chambre d'appel commune aux deux Tribunaux pénaux internationaux
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIR Ch.	Chambre de première instance du TPIR
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TPIY Ch.	Chambre de première instance du TPIY

SOMMAIRE

- CHAPITRE INTRODUCTIF -

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains en mouvement

-I-

LA BIPOLARITE DE LA LEGALITE DE L'INCRIMINATION « DE CRIME CONTRE L'HUMANITE » DANS LE CHAMP PENAL INTERNE

TITRE 1. UNE BIPOLARITE PROVENANT DE LA DISTINCTION LEGALITE FORMELLE/LEGALE SUBSTANTIELLE APPLIQUEE AU CRIME CONTRE L'HUMANITE

Chapitre 1. L'interprétation nationalisée de la légalité formelle du crime contre l'humanité

Chapitre 2. L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle du crime contre l'humanité

TITRE 2. UNE BIPOLARITE DECOULANT DE LA TEXTURE OUVERTE DES COMPOSANTES NORMATIVES DU CRIME CONTRE L'HUMANITE

Chapitre 3. Le caractère ouvert du « référent normatif » du crime contre l'humanité : d'un interdit fondateur international à la sédimentation nationale des droits fondamentaux

Chapitre 4. La nature ouverte du « procédé normatif » du crime contre l'humanité : une coexistence nationale crime international/infractions de droit commun

-II-

LA DUALITE DE LA LOGIQUE REPRESSIVE DE L'INCRIMINATION DE « CRIME CONTRE L'HUMANITE » DANS LE CHAMP PENAL INTERNE

TITRE 3. L'AFFIRMATION CONSTANTE DE LA LOGIQUE REPRESSIVE AXEE SUR L'AUTEUR DE L'ACTE ET L'UNIVERSALISATION D'UN NOUVEAU « IUS PUNIENDI »

Chapitre 5. La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale

Chapitre 6. L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de « juridiction » pénale nationale

TITRE 4. LE DEVELOPPEMENT PROGRESSIF D'UNE LOGIQUE REPRESSIVE AXEE SUR L'ACTE DE L'AUTEUR ET LA RESTAURATION D'UNE RATIONALITE PENALE « PERDUE »

Chapitre 7. Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international

Chapitre 8. La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse

RESUME

Partir à la recherche d'une théorie sur l'*internormativité* dans les systèmes pénaux africains revient à analyser les nouvelles formes d'articulation des ordres et des normes juridiques structurant lesdits systèmes. A l'ère de la postmodernité, une telle étude, qui conduit à penser une recomposition ou à repenser la composition normative du champ pénal national à l'aune de la force agissante d'un nouveau paradigme juridique, requiert nécessairement le dépassement des frontières conceptuelles établies par un *méta-paradigme juridique* ancien jusqu'alors innomé : celui de « l'étatisation » du droit pénal. Dominant parce qu'unanimement reconnu par la communauté scientifique pénale, ce *méta-paradigme juridique* est animé de la force de l'évidence et autorise à inscrire la dimension formelle du droit pénal africain postindépendance dans l'*épistémè kelsénien*. De l'élaboration de la norme à son application concrète, tout se lit selon la perspective *moniste* et exclusive du *dieu législateur* prétendument omniscient et omnipotent. Dans les années soixante, les premiers mouvements de codification pénale dans les jeunes Etats créés en Afrique avaient principalement pour vocation normative d'assurer cette solidité des « corps » par le *passage* d'un *pluralisme de séparation* à une *unité juridique utopique*.

Cependant, depuis l'entrée dans ce XXI^e siècle, les systèmes pénaux africains, à l'instar de ceux européens pour lesquels la mécanique est plus avancée même si le phénomène déclencheur n'est pas identique, paraissent de plus en plus marqués par les métaphores du *lien* et du *mouvement*. Un nouveau paradigme juridique est en émergence dans leur espace normatif: *le paradigme du crime contre l'humanité*. Les dynamiques normatives qu'il emporte présente deux principales conséquences. Primo une nécessaire réorganisation des forces normatives en présence (réorganisation des rapports entre l'ordre normatif interne et celui international, entre l'ordre normatif reçu et celui originel). Secundo, une nouvelle dynamique d'expansion et de création normative se met en place. Les principes traditionnels sont renouvelés (le principe de la légalité pénale), les concepts anciens sont enrichis (le concept de l'incrimination ouverte), de nouvelles notions deviennent concevables à l'intérieur du système pénal formel (la notion de responsabilité collective), de nouvelles logiques juridiques progressent (des hiérarchies complémentaires progressivement se succèdent aux hiérarchies strictes, d'un juge bouche de la loi l'on passe à un juge tisseur du système normatif). Globalement donc, le *paradigme du crime contre l'humanité* suggère l'idée que les systèmes pénaux africains sont en perte de leurs « frontières naturelles », les introduisant dans une transition des modèles simples post coloniaux aux modèles complexes postmodernes.

La thèse de la communicabilité entre les différents ordres juridiques composant l'espace pénal africain, mise en exergue dans l'étude pour construire une théorie sur l'*internormativité*, valide l'idée de la *renaissance du pluralisme juridique* dans les droits pénaux africains. D'une part, elle postule une lecture non linéaire des rapports entre les différentes normes juridiques en même temps qu'elle tend vers un retour aux sources de la normativité pénale en Afrique et d'autre part, elle légitime le recours à la pensée juridique complexe comme cadre théorique de l'analyse du système pénal africain contemporain. Au regard de son implication épistémologique, cette thèse de la communicabilité entre les ordres juridiques tend à conférer au paradigme en émergence, celui du crime contre l'humanité, la force d'un *méta-paradigme juridique* nouveau qui pourrait « bousculer » l'ancien dès lors qu'il porte en lui les germes de la « *désétatisation* » du droit pénal compte tenu du phénomène de *l'internationalisation pénale* dont il participe.

ABSTRACT

Go in search of an internormative theory in the African's penal systems lead to the analysis of the new structuring of legal orders and legal norms that form those legal systems. In the postmodern era, such a study which sets out the rethinking of normative composition of the national penal field in the light of the "*force agissante*" of a new legal paradigm necessarily requires the transcending of the conceptual bounds establish by a long-standing meta legal paradigm unanimously known as "state control" criminal law. The penal doctrine considers this legal paradigm as one classical paradigm because it limits the formal conception of the African post independence criminal law in the *kelsenian* perspective of legal order. From the creation of the norm to its concrete application everything is read in a dominated monistic perspective. In the sixties, the aim of the first dynamic criminal codification observed in the new African state was to permit the transition from the pluralism of separation to the utopian legal unity.

However, since the beginning of XXIe century, the African's penal systems, following the example of the Europeans, seem more marked by the metaphor of *link* and the metaphor *movement*. Therefore a new legal paradigm is merging called: *paradigm of crime against humanity*. The normative dynamics that flow from that new paradigm show up two mains consequences. Firstly, the necessary reorganization of the normative power in the criminal system (reorganization of the relationship between intern and international legal order, between the authentic legal norm and the received norm). Secondly, a new dynamic of expansion and normative creation is set up. The traditional principles are renewed (principle of legality), the classical concept are developed (the concept of opened incrimination), the new notions appears in the criminal system (collective criminal responsibility), the new legal logic are in progress (the complementary hierarchy gradually succeed to the strict hierarchy; judges affirm a large normative power). Globally thus, the new paradigm of crime against humanity suggests the idea that African's penal systems are in loss of their natural boundaries which introduce them in the transition from post colonial "simply" models to postmodern "complex" models.

The highlighted thesis of communicability between different legal orders that structure the African penal field valid the idea of revival of the *legal pluralism in African criminal law*. First, it postulates a non linear conception of legal norm and legal order in the African context. Second, it legitimizes the application of the theory of complexity as an epistemic theory to study contemporary African penal systems. In the glance of its implication, the communicability of legal orders thesis confers to the emerging paradigm the power of a meta legal paradigm which announces the crisis of the "state control" criminal law paradigm considering the fact that it raises the phenomenon of internationalization of criminal law.

« Je vous propose d'entamer ma leçon par deux images qui représentent deux paysages juridiques très différents, voire opposés.

Le premier nous reporte au début du siècle dernier. Les couleurs sont pures, les contours nets, la perspective est unique : toutes les figures sont disposées dans l'espace à partir d'un seul point d'observation : celui de l'Etat et de son bon législateur, omniscient et omnipotent. La poésie qui l'inspire est celle de la « pureté ».

(...) [La seconde image] représente le paysage juridique actuel. Les couleurs ont perdu de leur pureté : elles sont nuancées, mélangées. Les contours des figures sont flous ; la perspective est multiple, comme dans les tableaux de Cézanne et des cubistes.

(...) [Là] où il paraissait y voir de la pureté, maintenant il semble n'y avoir que de l'hybridation ».

M. VOGLIOTTI, « De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique », RIEJ, 2009, 62.

« En dépit des apparences, il n'est plus possible aujourd'hui de méconnaître la superposition de normes, nationales, régionales et mondiales, ni la surabondance d'institutions et de juges, nationaux et internationaux, à compétence élargie. Ces réalités nouvelles font évoluer le droit vers des systèmes interactifs, complexes et fortement instables. Plus que d'une défaite du droit, c'est peut-être d'une mutation qu'il s'agit, une mutation de la conception même de l'ordre juridique ».

M. DELMAS-MARTY, Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit. Leçon inaugurale faite le jeudi 20 mars 2003 au Collège de France, Paris, Librairie Arthème Fayard, 2003, 283.

« La conception permettant de saisir et de souligner le passage d'un droit hiérarchique à un droit réticulaire apparaît encore de façon plus innovatrice et courageuse si elle est exprimée par des pénalistes ».

A. BERNARDI, « Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'eupéanisation du droit sur le système pénal », RIEJ, 2004, 52.

CHAPITRE INTRODUCTIF :

**A LA RECHERCHE D'UNE NOUVELLE EPISTEMOLOGIE POUR REPENSER LA
STRUCTURE DES SYSTEMES PENNAUX AFRICAINS EN MOUVEMENT.**

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

« [Le] Paradigme nous réfère à un ensemble d'hypothèses fondamentales et critiques sur la base desquelles théories et modèles peuvent se développer. (...) ».

J. D. STEINBRUNER, *The cybernetic theory of decision, new dimension of political analysis*, Princeton University Press, 1974, p.11

1. « Quand on parle de *système*, on présuppose à l'ordinaire et sans le dire son *unité* »¹. Allons au plus simple : un *système* peut se comprendre comme « une *unité* globale organisée d'interrelations entre éléments, actions ou individus »². Cette prémisse, expression d'une certaine tradition épistémologique qui considère que la définition formelle d'un système est une construction faite d'un point de vue unitaire³, largement répandue en littérature et dans les sciences dures, est aussi bien connue dans le champ juridique⁴. Le coryphée du normativisme, Hans Kelsen, l'affirme dans sa théorie du « système juridique » qu'il propose de définir comme « un ensemble de règles doué d'une *unité* tel qu'il nous est permis de l'appréhender comme *un système* »⁵. Le philosophe du droit, René Sève l'appuie en faisant remarquer que « les interrogations essentielles de la science juridique concernant (...) *l'unité* (...) du droit, prennent appui sur une compréhension primordiale *du caractère systématique* de celui-ci »⁶.

¹ N. LUHMANN, « L'unité du système juridique », *Arch.phil.droit.*, tome 31, 1986, p. 163.

² E. MORIN, *La méthode, tome 1, La nature de la nature*, Paris, Le Seuil, 1977, p. 102.

³ Pour quelques approches sur la théorie systémique, cf. M. CROZIER et E. FRIEDBERG, *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, coll. « Points », 1981 ; D. DURAND, *La systémique*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1979 ; A. PERCHERON, « Les applications de l'analyse systémique à des cas particuliers », *Revue française de sociologie*, vol. 12, 1971, pp. 195-212 ; A. RAPOPORT, « La théorie moderne des systèmes : un guide pour faire face aux changements », *Ibid.*, vol. 11, 1970, pp. 23-46 ; Ch. ROIG, « La théorie générale des systèmes et les perspectives de développement dans les sciences sociales », *Ibid.*, vol. 11, 1970, pp. 47-97. L'on peut également citer l'ouvrage de référence de J.-L. LE MOIGNE, *La théorie du système général*, Paris, PUF, 4^e éd., 1994 et l'ouvrage de référence dans le domaine de la science politique, J. L. VUILLERME, *Le concept de système politique*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1989.

⁴ Sur quelques applications de la théorie systémique à la science juridique, lire avec beaucoup d'intérêt, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1988. Ces auteurs font une présentation extrêmement claire et stimulante de la plupart des composantes et des incidences de cette représentation de l'univers juridique. Aussi, voir les articles publiés dans les *Archives de philosophie du droit*, tome 31, 1986 portant sur le thème *Le système juridique*. Plus particulièrement, voir outre l'étude déjà citée, J. GAUDEMET, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », pp. 11-28 ; M. TROPER, « Système juridique et Etat », pp. 29-44 ; R. SEVE, « Système et code », pp. 77-84 ; J. COMBACAU, « Le droit international bric-à-brac ou système ? », pp. 85-105 ; P. PONCELA, « Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », pp. 121-131 ; C. GRZEGORCYK, « Evaluation critique du paradigme système dans la science du droit », pp. 281-301.

⁵ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. franç., B. LAROCHE et V. FAURE, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1997, p. 55. Cette thèse est reprise par N. BOBBIO, « Structure et fonction dans la théorie du droit de Kelsen », in *Essais de théorie du droit*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1988, p. 218.

⁶ R. SEVE, « Introduction », *Arch.phil.droit.*, *op.cit.*, p. 1.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

Le doyen Georges Vedel, théoricien du droit public français, la confirme en admettant que si le droit est conçu comme un « ensemble normatif », il tient *l'unité* du *système juridique* pour évidente⁷. Ce postulat de la théorie du droit moderne, appliqué à l'analyse de la structure d'un système normatif donné, suscite une attention singulière lorsque, par exemple, le concept de « système » pénètre le champ pénal et tente de rendre compte de la systématisme des normes qui le composent.

Dans cette branche particulière du « système juridique », où l'idée de « système » hante la réflexion depuis l'époque des Lumières⁸, les rapports entre *système* et *unité* sont à deux versants. D'un côté, *l'unité (du droit) apparaît comme un thème pour étudier la structure des systèmes pénaux*⁹ et de l'autre, *la théorie du système pénal enseigne que l'unité de l' « ensemble normatif » pénal relève de la logique des "2 C" à savoir cohérence des valeurs éthiques et politiques et complétude des normes (juridiques)*¹⁰. Cependant, malgré ces deux versants des rapports entre le thème de l'unité (des normes) et le concept de système dans le champ pénal, il importe de souligner que *l'unité d'un système pénal* n'est jamais un *donné* du droit mais toujours un *construit* des acteurs du système juridique appelés à faire des choix selon une certaine rationalité et à suggérer des orientations au moment de la conception et de la structuration de l'ordre juridique positif.

⁷ G. VEDEL, « Aspects généraux et théoriques », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp. 1-8

⁸ Malgré la permanence de l'approche systémique en droit pénal, nombre de pénalistes l'utilisent sans jamais chercher à la définir au préalable. Néanmoins, deux tendances ont pu être dégagées par la pénaliste française Pierrette Poncela in « Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », *Arch.phil.droit, op.cit.* Dans un premier sens, développé par Jean-Paul Jean, (*Le système pénal*, Paris, La découverte, coll. « Repères », 2008), le système pénal renvoie à un système institutionnel constitué d'interactions entre les acteurs et les organes intervenant dans la chaîne pénale. Son unité repose sur l'interdépendance au terme de laquelle, « les décisions des juges dépendent pour beaucoup des choix (de politique pénale) effectués en amont par les parquets, qui dépendent eux, des choix initiaux effectués par les services de police », (p. 3). Dans un second sens, qui sera celui admis dans la présente étude, le système pénal est un système normatif, un ensemble de normes. Mais à l'analyse, ces deux conceptions ne s'opposent pas en réalité. Pour des applications de la méthode systémique dans le champ pénal, cf. M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit privé », 1992.

⁹ Pour une étude spécifique et approfondie de « la structure des systèmes juridiques », cf. O. MORETEAU et J. VANDERLINDEN (dir.), *La structure des systèmes juridiques. XVI^e congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Brisbane 2002, Bruylant, Bruxelles, 2004. Ces auteurs admettent notamment que « la structure des systèmes juridiques est l'un de leurs aspects les moins bien connus. Sans doute est-ce parce qu'ils en sont aussi l'un des plus stables. Les institutions, comme les mentalités évoluent. Les structures dans lesquelles leur expression se moule sont dans nombre de systèmes presque éternelles. En tout cas, en ce qui concerne les structures externes. En effet, divers phénomènes contemporains dont celui de la constitutionnalisation du droit privé à travers le rôle croissant des instruments nationaux et internationaux d'affirmation des droits individuels, conduisent au développement de structures internes fondamentales dont les formulations fort semblables en apparence se révèlent, à l'examen propre à chaque système ».

¹⁰ Cette conception est inspirée des travaux du professeur Mireille Delmas-Marty et plus particulièrement de la préface « La tragédie des 3 C » qu'elle signe dans l'ouvrage, M. DOAT, J. LE GOFF et Ph. PEDROT, *Droit et complexité. Pour une intelligence du droit vivant*, Rennes, Presse universitaires de Rennes, 2007. dans le même sens, cf. la comp. Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité », *Etudes et doc.*, n°57, Paris, La Documentation française, 2006, pp. 276-406.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

Dans cette perspective, il apparaît que toute entreprise d'analyse ou de description de la structure normative de tel ou tel système pénal (national, régional ou international) prend inéluctablement pour point d'ancrage la question de savoir comment ce système a-t-il construit (ou construit-il) l'unité de ses normes et donc garantit en même temps leur complétude et la cohérence des valeurs, au sens de leur prévisibilité et de leur stabilité. C'est-à-dire, comment ce système pénal a-t-il pensé le(s) mode(s) d'articulation entre les normes qui composent sa structure et fondent son unité.

Face à cette question, les enseignements tirés des théories contemporaines sur le droit pénal révèlent qu'une ligne se trace et deux voies distinctes correspondant à deux modèles différents se dégagent. Dans une première voie, l'on retrouve les systèmes pénaux qui ont établi l'unité de leur structure normative par le *rejet* quasi systématique de toute forme d'*échange*, de *communicabilité* entre les différents ordres normatifs susceptibles de composer leur espace. Dans une seconde, l'on retrouve ceux des systèmes qui tentent de construire leur unité en admettant diverses formes d'*échange*, de *communicabilité* entre les ordres normatifs en présence.

Les systèmes appartenant à la première voie relèvent de la théorie du droit moderne et sont pensés à l'aune de l'*épistémè kelsénien* qui caractérise le modèle de système pénal dit *simple* et rejette systématiquement toute possibilité à l'*internormativité*. Alors que ceux qui s'inscrivent dans la logique de la seconde voie, relèvent d'une théorie du droit que la majorité des auteurs qualifie de *postmoderne* mais dont les cadres demeurent *mous* voire *flous* parce qu'elle s'appuie sur l'hypothèse du mouvement. Une telle hypothèse maintient donc son épistémologie indéterminée et caractérise les modèles de systèmes pénaux dits *complexes* qui tentent de construire l'unité de leur structure à partir des dynamiques d'*internormativité*.

2. Considérant leur évolution à la fois idéologique et positive, il peut être établi que les systèmes pénaux africains¹¹ – ensemble composé d'entités présentant un tel degré

¹¹ Le choix du champ de l'étude consacré aux systèmes pénaux africains nous ramène à l'étude des droits pénaux africains. Mais pas ces systèmes pris dans leur globalité car une telle étude serait non seulement prétentieuse mais aussi simplement impossible tant l'Afrique est diverse et variée. Seule la partie de l'Afrique connue sous l'appellation « d'Afrique noire francophone » retiendra notre attention. Toutefois, il ne s'agit pas d'accorder de l'importance aux critères linguistique et racial contenus dans une expression Afrique noire francophone mais de ne se focaliser que sur l'élément juridique qui découle de cette dénomination à savoir la prise en compte des droits africains relevant de la filiation juridique dite romano germanique. En d'autres termes, l'étude porte principalement sur les africains relevant historiquement de la tradition juridique continentale. Géographiquement, il s'agit des Etats de l'Afrique centrale (ancienne Afrique équatoriale française), et des Etats de l'Afrique de l'Ouest (ancienne Afrique occidentale française). Mais comme l'étude prend appui sur la problématique de l'internationalisation pénale et pose donc une problématique générale à l'ensemble des Etats africains, nous limiterons selon la méthode de l'échantillonnage à certains principaux des différents regroupements sous-régionaux. Ainsi, nous aurons à titre principal et non exclusif, le Cameroun pour la zone Afrique centrale, le Sénégal pour la zone Afrique de l'Ouest, la République Démocratique du Congo et le

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

d'homogénéité qu'il est permis de les appréhender comme un phénomène, une chose objet d'analyse scientifique au sens admis par le sociologue français Emile Durkheim¹² – appartiennent originellement à la première voie, au premier modèle (**section 1**). Mais le phénomène normatif issu de l'émergence du paradigme du crime contre l'humanité à l'échelle internationale et de son intégration dans l'espace pénal national semble mettre ces systèmes pénaux en mouvement par une modification de leur structure originelle (**section 2**). En effet, une observation de la trajectoire du mouvement suscité par ce phénomène laisse croire que les systèmes pénaux africains glissent progressivement de la première voie vers la seconde. C'est-à-dire qu'ils passent d'une unité construite à partir du *rejet* de toute *communicabilité normative* vers une unité cherchant à se reconstruire par une *admission*, sans doute encore partielle voire embryonnaire, de diverses formes de *communicabilité entre des « ensembles juridiques » différents*¹³. La reconnaissance d'un tel passage emporte un renouvellement de l'épistémologie des droits pénaux africains. D'une part, il s'agit d'un renouvellement à la fois de la technique et de la méthode d'élaboration de la structure normative des systèmes pénaux africains et d'autre part, il s'agit d'un renouvellement de la théorie normative pouvant permettre l'explication et la compréhension de la trajectoire du mouvement en cours (**section 3**). Une telle approche du système pénal africain se veut nécessairement émancipatoire, de toutes celles ayant, jadis, abordées directement ou indirectement l'étude des phénomènes d'internormativité dans l'espace pénal africain. Dans la présente perspective, l'orientation de la problématique générale de l'étude part du postulat qu'il s'opère aujourd'hui, au regard des mouvements de normes affectant les systèmes pénaux africains, une *transition* du modèle simple vers des modèles plus complexes.

Rwanda pour la zone dite des grands lacs. Des références à d'autres pays seront faites justement pour étayer tel ou tel argument et aussi pour marquer la généralité de la problématique étudiée. Sur certains aspects de cette question, cf. M. ONDOA, *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement. Contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, Thèse, Université de Yaoundé II, 1996, pp. 17-20.

¹² E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 5^{ème} éd., 1990, pp. 3-15.

¹³ Le terme « ensemble juridique » est emprunté au professeur Mireille Delmas-Marty qui la préfère à ceux « d'ordre » ou de « système » juridique, cf. M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 951. Malgré cet emprunt, il nous semble que tous ces termes, s'ils renvoient à la même réalité, ne sont pas synonymes. Chacun présente, comme nous le verrons une spécificité propre au regard de la situation qu'il entend décrire.

Section 1. La structure originaire des systèmes pénaux africains : le mouvement de codification pénale postindépendance et le rejet formel des dynamiques d'internormativité.

3. Une approche comparée sur toile de fond historique du champ pénal en Afrique noire francophone révèle que les systèmes pénaux des Etats de cette partie du monde ont largement voire exclusivement été influencés par le phénomène de la colonisation¹⁴. Celui-ci a systématiquement orienté la conception et la production des politiques criminelles nationales¹⁵ ce qui a, corrélativement, déterminé, de manière radicale, la structure normative des systèmes pénaux étatiques.

¹⁴ L'histoire du droit en Afrique en général est marquée par le phénomène de la colonisation. Celui-ci constitue le repère incontestable de toute approche diachronique de l'expérience juridique africaine qui désormais est classiquement appréhendée selon deux principales périodes : la période avant la colonisation et la période après ou depuis la colonisation. La très grande importance et la généralité de ce phénomène fait en sorte qu'approche historique et analyse comparative se combinent ici dès lors que tous les pays ont connu le mouvement impérialiste. Bien que ce puissant facteur historique ait logiquement mobilisé l'ensemble de la première génération des juristes africains, dont l'essentiel de la réflexion a été nourrie par un débat, certes épistémologique, mais à fort contenu émotionnel coloré d'apriori et d'importants obstacles épistémologiques – la controverse entre mimétisme et originalité des droits africains post indépendance – il convient de relever qu'il existe très peu d'écrits sur le droit africain précolonial. A quelques exceptions près (S. KODJO-GRANDVAUX et G. KOUBI, *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; L. SALA-MOLINS, *Le Code noir ou le calvaire de canaan*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2002), dans les facultés de droit occidentale et plus tard dans les universités africaines, la prise en compte et l'analyse du droit colonial, de ses origines historiques, militaires et politiques, de ses développements dans toutes les disciplines juridiques, de son application et de ses effets sur ses principaux destinataires restent assez marginales, dispersées et peu ou pas du tout coordonnées. Sur la thèse de l'originalité des droits africains, cf. notamment M. ONDOA, *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement. Contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, op.cit.

¹⁵ Sur la notion spécifique de politique criminelle, cf., M. ANCEL, « Contribution de la recherche à la définition de la politique criminelle », *RICPT*, 1975, p. 225 ; « Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle », *Arch. pol. crim.*, n°1, 1975, p.17 ; J. BERNAT de CELIS, « La politique criminelle à la recherche d'elle-même », *Arch. pol. crim.*, n°2, 1977, pp. 3-81 ; A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS (dir.), *Droit de l'homme et politique anticriminelle. 69^{ème} Cours International dans le cadre de la Société Internationale de Criminologie*, Bruxelles, Bruylant, 2007. Pour des études de politique criminelle, voir pour quelques références classiques, MAILLARD, *La politique criminelle*, Th., Paris, 1889 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *La politique criminelle des Etats autoritaires*, Paris, Cujas, 1938 ; Mélanges DONNEDIEU DE VABRES, *Les principaux aspects de la politique criminelle moderne*, Paris, Cujas, 1961 ; M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 2^{ème} éd., 1966. Sur la même question, l'on peut aussi utilement consulter, la *Revue internationale de politique criminelle*, publiée par les Nations Unies et les *Archives de Politique criminelle*, publiées par le Centre de Recherche Politique Criminelle de Paris. S'agissant des auteurs contemporains, M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1982 ; M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op.cit. ; Ch. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, coll. « Traité des sciences criminelles », 2000. Sur un débat non moins intéressant sur la question de savoir si la politique criminelle est une nouvelle discipline juridique ou un objet d'étude sociologique, cf. Ph. MARY, « La politique criminelle : nouvelle discipline juridique ou objet d'étude sociologique ? », *RDPC*, 1999, pp.860-878. Dans la présente étude, le terme « politique criminelle » sera employé dans le double sens dégagé par le professeur Christine Lazerges dans son ouvrage précité comme, « [U]ne réflexion épistémologique sur le phénomène criminel, un décryptage du phénomène criminel et des moyens mis en œuvre pour lutter contre les comportements de déviance et de délinquance ; elle est également une stratégie juridique et sociale, fondée sur des choix politiques pour répondre avec pragmatisme aux problèmes posés par la prévention et la répression du phénomène criminel entendu largement » (*Introduction à la politique criminelle*, p. 9).

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

Sur le premier aspect de cette influence, les auteurs ont relevé que la « mission civilisatrice » que la France s'est assignée en Afrique dans le cadre de son projet d'occupation a conduit à l'élaboration de politiques criminelles dites de lutte contre le sous-développement¹⁶. Celles-ci, ayant pour catalyseur l'idéologie de la « construction de l'unité nationale »¹⁷, visaient la mise sur pied d'un droit pénal « créateur d'avenir ». Le pénaliste africain, le professeur Adolphe Minkoa Shé, a démontré à ce propos que dans le cadre de cette idéologie un rôle spécifique et original fut assigné au droit (pénal)¹⁸. Lors d'un congrès tenu à Dakar au Sénégal en 1962, la résolution a en effet été prise que « le droit peut et doit être l'instrument principal de la *cohérence* et de la *stabilité* (juridique et politique) de nouveaux Etats (...) »¹⁹. Cette conception, qui a irrigué la nouvelle philosophie pénale africaine, a abouti à une forme spécifique d'*étatisation* du droit pénal. En effet, le droit pénal, « ceinture de force » de l'Etat, agent de sa « themis »²⁰ a fortement été instrumentalisé au bénéfice de l'édification d'un ordre juridique dirigiste. Cette thèse de l'instrumentalisation du droit pénal, pour avoir été suffisamment analysée et critiquée notamment par le professeur Adolphe Minkoa She²¹, ne sera pas principalement abordée dans la présente étude.

Sur le second aspect de cette influence, qui constitue en réalité la conséquence sur le plan normatif de la conception instrumentale du droit pénal en Afrique, l'observation empirique des dynamiques évolutives de la structure des systèmes pénaux des Etats nouvellement créés enseigne que la conception de leur unité peut être appréhendée à l'aune du

¹⁶ Cf. J. COSTA-LASCOUX, « Quelques aspects nouveaux du droit des pays africains d'expression française. Une politique pénale contre le sous-développement », *Penant*, 1967, pp. 167 et s.

¹⁷ L'idéologie de la « construction de l'unité nationale » a été définie comme, « la mobilisation de l'ensemble du potentiel (humain et économique national) en vue de la réalisation, d'une part de l'unité nationale et, d'autre part, du développement national, celle-là s'affirmant comme une condition de celle-ci », (M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique Noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque africaine et malgache », 1987, p.329). Pour d'autres références portant sur l'étude de cette idéologie, cf., C. DOUNKENG ZELE, *Le chef de l'Etat dans le système politique camerounais. Le rôle de l'idéologie de l'unité nationale dans l'affirmation d'un leadership*, Thèse troisième cycle, Université de Yaoundé II, 1998.

¹⁸ A. MINKOA SHE, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse, Strasbourg III, 1987.

¹⁹ A. MINKOA SHE, *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, coll. « La vie du droit en Afrique », 1999, p.7.

²⁰ D. SALAS, « Etat et droit pénal. Le droit pénal entre « themis » et « dikès » », *Droits*, n°15-16, 1992, pp.77-90.

²¹ Sur la thèse de l'instrumentalisation du droit pénal en Afrique, cf. A. MINKOA SHE, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, *op.cit.* ; C. ASSEMEKANG, *Essai sur l'évolution du droit pénal et le développement du Congo-Brazzaville. (De la période précoloniale à la fin de la période coloniale)*, Thèse, Paris, 1969 ; S. MELONE, « Les grandes orientations actuelles de la législation pénale en Afrique : le cas du Cameroun. (Réflexions sur les ordonnances pénales récentes) », *Arch. pol. crim.*, n°1, 1975, pp. 143-178 ; J. COSTA-LASCOUX, « Le droit pénal, l'unité nationale et le développement économique », *Ibid*, n°1, 1975 ; G. GOUDOT, « Les données d'un politique criminelle des pays en voie de développement », *Ibid*, n°1, 1975, pp. 119-142 ; G. RIVES, « Les problèmes et l'évolution de la politique criminelle au Sénégal depuis l'indépendance », *APC*, 1975, n° 1, pp. 179-204.

mouvement de codification au cours duquel, les autorités politiques ont, en se fondant *exclusivement* sur la théorie kelsénienne de l'articulation des normes (§2), privilégié l'option d'une *double hiérarchie normative stricte* (§3) rejetant par là même toute hypothèse d'échange entre les ordres normatifs (§1).

§1- Le mouvement de codification pénale en Afrique et le passage d'un pluralisme de séparation vers un pluralisme dit de fusion.

4. Au regard des dynamiques de systématisation des normes intervenues après l'indépendance, l'histoire du droit pénal africain fait remonter les racines de la structure normative des systèmes pénaux à la construction de la figure de « l'indigénat ». En effet, la *cohérence* des valeurs et la *complétude* des normes pénales, vont totalement dépendre des effets juridiques massifs attachés à la notion « d'indigène », dans le domaine pénal²². Bien que le sens juridique de l'expression n'ait presque jamais été précisé²³, les indigènes sont soumis au « Code de l'indigénat », régime exorbitant des principes du droit pénal français qui prévoit des infractions spécifiques aux indigènes, réprimées par des peines spéciales, infligées par l'autorité administrative, qui dispose de pouvoirs judiciaires et disciplinaires étendus. Les indigènes sont aussi passibles d'autres mesures pénales qui leur sont spécifiques et non moins exorbitantes des dispositions métropolitaines : l'internement administratif ou encore les amendes collectives²⁴.

²² Cf. I. MERLE, « De la « législation de » la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, vol. 66, 2004, pp. 137-162

²³ L'indigène naît avec l'empire colonial moderne, inauguré avec la prise d'Alger en 1830. A cet égard, le terrain algérien apparaît comme le laboratoire des statuts indigènes. Pour une analyse en profondeur de cette question, cf., L. BLEVIS, *Sociologie d'un droit colonial. Citoyenneté et nationalité en Algérie (1865-1947) : une exception républicaine ?*, Thèse IEP Aix-en-Provence, 2004 ; Dans l'ouvrage de H. SOLUS, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1927 (professeur de droit à la faculté de droit de Poitiers), « Le mot indigène, en droit colonial français, sert à qualifier la population aborigène d'un territoire de colonisation qui a été soit annexé à la France, soit placé sous son protectorat, soit confié à son mandat ». Poursuit cet auteur, « il peut être inopportun et même dangereux de leur accorder *tous* les droits politiques et les libertés individuelles à la jouissance desquels ils ne sont pas préparés. Et c'est pourquoi, à la vérité, les indigènes dans la plupart des colonies françaises ne sont que des sujets, protégés ou administrés français et non pas citoyens français ».

²⁴ Les premiers indices de ce droit pénal peuvent remonter au fameux « Code de l'indigénat » dont l'une des premières manifestations fut l'*Arrêté général sur les infractions de l'indigénat du 9 février 1875* (Pour consulter le texte intégral de cet Arrêté, cf., E. SAUTAYRA, *Législation de l'Algérie, lois, ordonnances, décrets et arrêtés*, Paris, Maisonneuve et Cie, t.1, 1883, pp. 322-323). Ce système de l'indigénat né en Algérie sera plusieurs fois modifié et étendu à l'ensemble des territoires sous occupation française. Ainsi, il y aura par Décret du 26 juillet 1944, l'institution d'un *Code pénal indigène pour l'Afrique occidentale française, l'Afrique équatoriale française, le Cameroun et le Togo* (J.O.G.F), du 1^{er} septembre 1944, pp. 571 ss). Certaines dispositions de ce décret allaient être abrogées deux ans plus tard par le décret du 30 avril 1946. Avant ce texte un autre Décret du 3 décembre 1931 sera adopté portant *Réorganisation de la justice indigène an Afrique occidentale française*. La principale caractéristique du système pénal de l'indigénat consistait en la création des

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

Sur le plan normatif, la figure de « l'indigénat » va conduire à l'adoption d'un certain dualisme juridique fondé sur la distinction entre les *citoyens* français et les *sujets* français. En tant qu'une conséquence de l'érection de la catégorie « d'indigène », ce dualisme va justifier une certaine *articulation horizontale* des normes dans les systèmes juridiques africains par le recours à sorte de « pluralisme de séparation » entre le droit d'inspiration occidentale et le droit originel²⁵ basé sur les traditions africaines²⁶. La constitution française de 1946 avait semblé supprimer cette distinction aux termes de son article 80, mais en réalité, elle l'avait plutôt substituée par une autre fondée sur la séparation entre citoyens de « statut français » et citoyens de « statut locale », aux termes de l'article 82²⁷. Si ce « pluralisme de séparation »²⁸ a

délits spéciaux, quasi-politiques, particuliers à la population indigène. L'emprisonnement, qui est la base de tout système répressif, laisse l'indigène parfaitement indifférent. (...) Dès lors deux peines seulement sont de nature à intimider l'indigène : la transportation et la peine de mort. Dans une lettre du 16 juin 1910, adressée au ministre des Colonies, le Comité de protection et de défense des indigènes dénonçait le régime de l'indigénat. « Les indigènes sont en matière *pénale* livré à l'arbitraire administratif le plus complet. (...) Le régime régulier des colonies se caractérise par la suppression du « droit commun » et par l'établissement « d'un droit d'exception ». *Ce droit d'exception est libellé et distribué méthodiquement par articles dans les décrets d'indigénat* ». (nous soulignons). Cf., *La justice dans les colonies*, cité par O. LE COUR GRANDMAISON, « Droits de l'homme, lois et colonies », *Droits*, vol.43, 2006, pp. 123-163, *spec.* 127

²⁵ L'appellation droit originel ou norme originelle est ici inspirée des analyses faites par Jacques Vanderlinden, in *Les systèmes juridiques africains*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1983, p. 7 ; E. OLAWALE, *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence africaine, 1961, P.-F. GONIDEC, *Les droits africains*, Paris, LGDJ, 1968, particulièrement les titres I et III.

²⁶ En matière civile, la distinction des citoyens français et des sujets français va justifier l'application aux premiers du Code civil et aux seconds une multitude de coutumes locales. En effet, le Code civil de 1804 a fait son entrée en Afrique noire d'expression française par le Sénégal, où il a été promulgué par un arrêté du 5 novembre 1830 (cf. Bulletin administratif du Sénégal, (B.A.S.), 1830, p. 303). Sur cette question de l'application du Code civil de 1804 dans les pays d'Afrique francophone, lire utilement, A. MINKOA SHE, « Le code civil des français, un modèle utilisé dans les pays d'Afrique francophone », in T. RIVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Paris, LGDJ, coll. « Régulation des activités économiques et sociales », tome 6, 2005, pp. 523-533.

²⁷ Cf. P. LAMPUE, « Diversités de statut en droit privé africain », *Penant*, 1961 ; M. DUMEZ, *Le droit du mariage en Côte d'Ivoire*, Paris, LGDJ, 1971, pp. 19 ss. Dans le même ordre d'idées, lire avec intérêt les analyses concernant la situation spécifique du Cameroun, in A. MARTICOU-ROU, « Les statuts personnels au Cameroun », *Revue sénégalaise de droit*, n°5, 1967, pp. 40-63. Pour des références relativement récentes, nous renvoyons utilement à A. SAW SIDIBE, *Le pluralisme juridique en Afrique, l'exemple du droit successorale sénégalais*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèques africaines et Malgache », 1992 ; B. DJUIDJE, *Le pluralisme législatif camerounais et le droit international privé*, Paris, L'Harmattan, 1999 ; J. VANDERLINDEN, « Villes africaines et pluralisme juridique », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 42, 1998 ; pp. 245-274 ; A. MINKOA SHE, « Le code civil des français, un modèle utilisé dans les pays d'Afrique francophone », *op.cit.*

²⁸ Sur de nombreux aspects de cette question du pluralisme dans les droits africains, cf. J. POIRIER (dir.), *Etudes de droit africain et de droit malgache*, Paris, Cujas, 1965, et plus particulièrement, A. RAMANGASOAVINA, « Le code de procédure pénale malgache. Ses principales tendances », pp. 7-12 ; J.-C. HEBERT, « Les serments coutumiers et le droit », pp. 95-146 ; M. ALLIOT, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les Etats d'Afrique francophones et à Madagascar », pp. 233- 256 ; A. ALLOT, « La place des coutumes juridiques africaines dans les systèmes juridiques africains modernes », pp. 257-266 ; J. CHABAS, « La réforme judiciaire et le droit coutumier dans les Etats africains qui forment les anciennes fédérations de l'A.O.F et de l'A.E.F. », pp. 266-280 ; KEBA M'BAYE, « L'organisation judiciaire du Sénégal », pp. 281-298 ; L.-V. THOMAS, « Responsabilité, sanction et organisation judiciaire chez les Diola traditionnels de Basse-Casamance », pp. 299-307 ; Ph. DAVID, « Aspects humains de la justice et principalement de la justice pénale au Niger », pp. 503-521. Toutes ces études montrent que la question du pluralisme juridique en Afrique est totalement différente de ce qui peut exister en Europe où l'uniformité juridique, là où elle existe, fut certainement le résultat de l'adoption par les Germains et les Slaves du droit romain comme droit commun. Alors qu'en Afrique, les choses sont assez

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

survécu à l'accession des pays africains à l'indépendance au début des années 1960 dans d'autres branches du droit privé²⁹, il en a été autrement en droit pénal.

5. Dans cette matière, le « pluralisme de séparation » qui a longtemps marqué l'expérience juridique africaine a fait place à un « pluralisme de fusion » par le biais de la codification. Ce type de pluralisme, développé par le professeur Mireille Delmas-Marty dans le cadre de l'étude de « l'un et du multiple », suppose une articulation normative fondée sur l'emprise hégémonique d'une norme sur toutes les autres sous le prétexte de sa prétendue supériorité³⁰. S'inscrivant dans cette logique, la codification pénale en Afrique a abouti à une sorte d'occidentalisation du droit pénal africain à travers les âges et les paysages³¹. En effet, la dynamique de mise en forme des normes pénales ayant présidé à l'adoption des premiers codes pénaux africains dans les années soixante a court-circuité la systématisation des normes originelles en droit pénal.

Au Cameroun par exemple, la commission chargée de préparer le projet de code pénal fédéral camerounais³² réunie sous la présidence de Monsieur Parant, procureur général près la cour suprême du Cameroun oriental regroupait des représentants de deux régions camerounaises et associait des juristes de langue et de tradition française à d'autres de langue et de tradition anglaise. Dans le discours prononcé devant la commission fédérale de la législation pénale le 17 juillet 1964, le président de la commission soulignait distinctement que « l'objectif des rédacteurs du projet [avait été] de dépasser les coutumes camerounaises, pour respectables qu'elles soient »³³. Au Sénégal, la France développe la doctrine de

différentes. Des modèles très différents peuvent cohabiter, pas seulement en se combinant au sein d'un modèle culturel unique prédominant (comme c'est le cas lorsqu'un Italien applique à la fois la règle sur l'action en revendication, d'origine romaine, et la règle « la possession vaut titre », tirée de l'article 1153 du Code civil italien, règle d'origine allemande) ou en se répartissant géographiquement dans des zones différentes. Ces modèles peuvent coexister au sein d'une région unique donnée, au sein d'une communauté, voire au sein d'une seule famille.

²⁹ Voir pour quelques illustrations, P.-F. GONIDEC, *Les droits africains, op.cit.*, G.A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernité dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974 ; J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains, op.cit.* ; KEBA MBAYE, « Le destin du code civil en Afrique », in *Le code civil. 1804-2004. Le livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, pp. 515 ss.

³⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2006, pp. 9-17.

³¹ Cf. pour une idée similaire M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (I). Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004, pp. 33 ss ; J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté des droits*, Paris, PUF, 1999 ; O. JOUANJAN, *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Annales de la faculté de droit de Strasbourg », 2004. Cette théorie a aussi permis de comprendre les mouvements de pénétration du Code civil des français dans diverses régions du monde. Sur ce point, nous renvoyons utilement à l'ouvrage collectif, T. RIVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle, op.cit.*

³² Le texte qui en résulte est celui issu des lois n°65/LF-24 du 12 novembre 1965 portant institution d'un Code pénal, J.O.R.F.C. 1965 et n° 67-LF-1 du 12 juin 1967 portant institution d'un Code pénal, J.O.R.F.C. 1967.

³³ J.-B. HERZOG, « Le projet de code pénal fédéral du Cameroun », *Rev. sc. crim.*, 1965, n°1, pp. 212- 215, spéc. p.212.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

l'assimilation culturelle et politique, de la colonie à la nation française. En 1895, le pays devient le centre de l'Afrique occidentale française. En 1946, le Sénégal est un territoire d'outre-mer intégré à la France et en 1958 il devient membre de la communauté française. Ainsi, dans le domaine pénal, le Sénégal adopte, comme le Cameroun, « le pluralisme de fusion » à travers l'entrée en vigueur du Code pénal de 1962. En République Démocratique du Congo, où le même processus a été suivi, le pénaliste Jean-Pierre Fofé a conclu à l'existence d'une sorte « *d'irréalisme de la norme pénale* »³⁴ se traduisant en une double distorsion : distorsion entre la norme et les réalités socioculturelles d'une part, et distorsion entre la norme et les réalités géographico-économiques d'autre part³⁵.

Cette option d'agencement normative, a été étudiée par de nombreux pénalistes africains dans le cadre de la théorie dite de la *juxtaposition des modèles de politique criminelle* dont l'idée générale reposait sur la critique d'une *unité utopique* du système pénal africain. En effet, le « pluralisme de fusion » proclamé officiellement n'avait pas fait disparaître – cela était-il d'ailleurs possible ? – le « pluralisme de séparation » effectivement appliqué dans la société. Les législations pénales en Afrique ont été structurées par le recours aux codes pénaux absolutistes. Ceux-ci résultaient, comme en Europe dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle³⁶, du vaste mouvement de centralisation juridico-politique qui a gagné l'Afrique au lendemain des indépendances en matière pénale et a abouti à l'*étatisation* du droit pénal. L'Etat impose son ordre comme seul mode d'organisation de la vie publique et le processus de centralisation politique s'accompagne d'un monopole *absolu* du pouvoir étatique

³⁴ J.-P. FOFÉ DJOFIA MALAWA, *Justice pénale et réalités sociétales. De l'analyse du modèle R.D.Congo à la formulation d'une politique criminelle participative*, Paris, L'Harmattan, coll « Etudes africaines », 2007, pp.12-13.

³⁵ Pour une étude détaillée de cette question, V. J.-Cl. KANGA, *Le droit coutumier Bamiléké au contact des droits européens (Etat du Cameroun)*, Thèse, Paris, 1957 ; J.-M. ROCHE, *Essai sur l'évolution du droit pénal et des institutions criminelles camerounaises*, 2 vol., Thèse, Bordeaux, 1963 ; D. M. COISSY, *La politique criminelle des Etats d'Afrique noire*, Genève, éd., Médecine et Hygiène, 1974 ; A. DELMAS, *Droit pénal coutumier africain*, Thèse, Paris II, 1976 ; J. A. SOUMBOU, *La politique criminelle congolaise. De la juxtaposition à l'harmonisation des modèles*, Thèse, Lille, 1990.

³⁶ Pour une étude assez détaillée de la thématique de l'élaboration des codes pénaux absolutistes en Europe, cf. les travaux du professeur Yves CARTUYVELS notamment, « Eléments pour une approche généalogique du code pénal », *Déviance et société*, vol. 18, 1994, pp. 373-396 ; *D'où vient le code pénal ? une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles/Ottawa, De Boeck Université/Presses de l'Université d'Ottawa, 1996 ; « Le droit pénal et l'Etat : des frontières naturelles en question », in M. HEINZELIN et R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, op. cit., p. 7. Sur la même thématique voir aussi des travaux d'autres pénalistes tels, F. TULKENS, « La réforme du code pénal en Belgique. Question critique », *Déviance et société*, vol. 3, 1983, pp. 197-218 ; M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986 ; P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOEL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, op.cit. ; D. H. BROWN, *The genesis of canadian criminal code of 1892*, Toronto, University of Toronto Presse, 1989 ; G. ROCHER, « Réflexion théorique et études empiriques aux frontières de l'internormativité », in Ph. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Paris, L'Harmattan, t.1, 1997, pp. 95-114 ; A.P. PIRES, « La ligne Maginot en droit pénal : la protection contre le crime versus la protection contre le prince », *RDPC*, n^o2, pp. 145-170.

sur l'ensemble du territoire. Du point de vue de la structure des systèmes pénaux africains ou plus précisément de l'articulation des sources du droit pénal, le « pluralisme de fusion » correspond au fameux monisme juridique et l'unité des systèmes pénaux est imposée selon le modèle de la *hiérarchie normative kelsénienne*.

§2- L'épistémè kelsénien comme fondement théorique de la structure normative des systèmes pénaux africains

6. Le maître de l'école de Vienne, qui a fourni au droit moderne sa théorie la plus achevée sur l'unité du droit présuppose, pour asseoir sa démonstration, l'existence de la *norme hypothético-transcendantale*, la « *Grundnorm* »³⁷. Selon lui en effet, le droit est partout et toujours un ordre de la conduite humaine, c'est-à-dire un « système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement (idée du monisme juridique) »³⁸. L'unité du système normatif est donc une unité « logico-systématique » dont le critère négatif est le principe d'absence de contradiction et de lacunes dans l'ordre juridique³⁹. Cette unité s'exprime dans la théorie de la norme générale exclusive⁴⁰ et se traduit par le « dogme » de la complétude⁴¹.

En postulant ainsi l'existence de la norme fondamentale, Kelsen représente l'ordre juridique comme un « édifice à plusieurs étages superposés, une *pyramide* ou *hiérarchie*

³⁷ Selon Kelsen, cette norme, simplement supposée par la science du droit, fonde la validité de l'ordre juridique de manière « transcendantal-logique », in *Théorie pure du droit*, trad., Ch. EISENMANN, Paris/Bruxelles, LGDJ-Bruylant, coll. « pensée juridique », 1999, pp. 266 ss.

³⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Thévenaz, Etre et penser, cahiers de philosophie, 2^{ème} éd., 1988, Tit.I, n°6 a), p. 39.

³⁹ H. KELSEN, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et Société*, n°22, 1992, p. 556. Traduction de Ph. COPPENS de l'article intitulé, « Was ist die Reine Rechtslehre » paru initialement in, *Demokratie und Rechtsstaat, Festschrift für Zaccharia Glacometti, Zürich*, 1953, pp. 143-161. Par ailleurs, il n'est pas inutile de souligner les critiques de Paul Amselek à l'endroit de la théorie pure du droit de Kelsen qui, bien qu'elles ne remettent pas directement en cause la conception de l'unité du droit de Kelsen, le font de manière indirecte à travers la remise en cause de la conception kelsénienne de l'ordre juridique. Cf., à ce propos, P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, 1964, p. 184 ; « Réflexions critiques sur de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *Revue du droit public*, 1978, n°1, p. 6 ; « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Arch. phil. droit*, tome 28, 1983, p. 280.

⁴⁰ Même si l'on ne retrouve pas cette expression sous la plume de Hans Kelsen, on la résume ainsi : tout ordre ou système règle nécessairement la totalité des conduites humaines. Dès lors qu'une conduite ne peut être qu'obligatoire, interdite ou permise et qu'elle n'est ni expressément obligatoire, ni expressément interdite, c'est qu'elle est permise. Un juge saisi d'une demande tendant à la condamnation d'un sujet pour une conduite qui ne fait l'objet d'aucune norme juridique expresse ne peut que rejeter cette demande. Le système juridique serait ainsi régi par un principe implicite selon lequel « ce qui n'est pas interdit est permis ».

⁴¹ Cf. M. TROPPER, « Sur le « dogme » de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive », *Droits*, n°47, 2008, pp. 249-257. Sur le thème de la complétude, cf. R. GUASTINI « Complétude », in A.-J. ARNAUD et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, pp. 79-82 ; « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1993, pp. 249-264.

formée d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques »⁴². Il fait découler l'unité du droit de cette perception pyramidale du système normatif. En effet, la *métaphore de la pyramide*⁴³ suggère la hiérarchisation de l'ordre juridique : l'ordre juridique tout entier est ordonné sous l'autorité d'une *norme fondamentale* et organisé selon l'une ou l'autre des deux lignes de la hiérarchie normative dite *dynamique* (une norme habilite un organe à édicter une norme qui habilite un organe à en édicter une autre qui...) ou *statique* (une norme énonce en termes abstraits une obligation à laquelle une norme inférieure, qui doit s'y conformer, donne un contenu plus concret auquel une norme inférieure, qui doit s'y conformer, etc...)⁴⁴. La première ligne de la hiérarchie (dynamique) décrit un *processus d'habilitation* et la seconde ligne de la hiérarchie (statique) décrit un *processus de concrétisation*. Loin de s'intéresser à la controverse qui a opposé, il y a maintenant longtemps, les professeurs Paul Amselek⁴⁵ et Michel Tropper⁴⁶ sur l'utilisation, par le normativiste Hans Kelsen, du même mot de hiérarchie pour désigner deux types de systèmes normatifs - statique et dynamique - sans jamais permettre de comprendre s'il s'agissait là de deux manières d'appréhender l'ordre juridique, il convient de relever que ces deux lignes de hiérarchie ont permis à la doctrine de décrire deux types d'unité en rapport avec les systèmes normatifs : *une unité dite formelle* et *une unité dite matérielle*⁴⁷.

§3- La hiérarchie normative kelsénienne comme technique de construction de l'unité des systèmes pénaux nationaux : l'unité du système pénal africain et la hiérarchie normative « stricte »

7. A priori, Hans Kelsen n'a pas travaillé sur le droit pénal en général et encore moins sur le droit pénal africain en particulier. Cependant, sa conception de l'unité (hiérarchique) du

⁴² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, *op.cit.* n°35, p. 224 ; et du même auteur, *Théorie générale de l'Etat et du droit*, *op.cit.*, p. 178. Sur le recours au concept de l'ordre dans la théorie du droit de Kelsen, cf. S. GOYARD-FABRE, « L'idée d'ordre dans la théorie juridique de Kelsen », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°9, 1986, p. 24.

⁴³ Sur l'emploi de la métaphore de la pyramide dans la définition du droit, voir, F. TERRE, « Une pyramide », *Droits*, n°11, 1990, pp. 63-66. D'autres métaphores ont été employées pour exprimer la même idée. Parmi lesquelles l'on peut citer la métaphore du *Roman à la chaîne* employée par Dworkin, in *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1995.

⁴⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*

⁴⁵ P. AMSELEK, « Réflexions critiques sur la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *op.cit.*, pp. 5-19.

⁴⁶ M. TROPPER, « La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amselek », *Revue du droit public*, 1978, pp. 1523-1536.

⁴⁷ La distinction entre unité formelle et unité matérielle, devenue classique en droit, a fait l'objet d'une analyse spécifique par le professeur Pierre Marie DUPUY à partir d'une étude de l'ordre juridique international, *L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000)*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003. Sur l'admission d'une hiérarchie matérielle, cf. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, coll. « Méthodes du droit », 3^e éd., 1999, n°70, pp. 86-87.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

système normatif a, pour des raisons historiques, largement influencé la mise en forme des premiers systèmes pénaux africains. Envisagés du point de vue de leur structure en effet, les systèmes pénaux africains semblent avoir été organisés selon la logique d'une double *hiérarchie normative* « stricte ». Une première forme de hiérarchie que l'on peut volontairement qualifier de *hiérarchie positive* tient à la *technique de codification* mise en œuvre. *Explicitement* inscrite dans les lois en vigueur, – codes pénaux et constitutions – elle permet d'articuler, dans un sens strictement vertical, la loi nationale avec les textes internationaux à travers la reconnaissance formelle de la primauté des seconds sur le premier⁴⁸. Une seconde forme de hiérarchie que l'on peut encore volontairement qualifier de *hiérarchie négative* est déduite de l'*option de codification* du législateur. *Implicitement* tirée de la conception générale des sources du droit pénal en Afrique, elle permet d'articuler, toujours dans un sens strictement vertical, la norme d'inspiration occidentale avec les normes originelles. Elle est dite négative en ce sens que la supériorité que le système juridique tout entier reconnaît à la *norme reçue* découle de la négation totale de toute juridicité à la *norme originelle*. Cette exclusion formelle de la norme originelle du système positif, permet d'apprécier l'influence de la figure de « l'indigénat » dans l'élaboration des sources du droit pénal africain dont la prise en compte postule une hiérarchisation des normes par négation de juridicité d'une norme (celle reçue) par une autre (celle originelle). Dans cette perspective, la captation de la norme originelle par l'Etat, est le processus par lequel elle acquiert une part de juridicité⁴⁹.

8. Ainsi conçue, la structure du système pénal africain relève clairement de la conception traditionnelle du droit pénal héritée du modèle paradigmatique pensé à l'aune du positivisme juridique⁵⁰ et propagé au XIX^e siècle : le *monisme juridique*. Dans cette

⁴⁸ Tel est le cas notamment de l'article 2 du Code pénal camerounais dont l'alinéa 1 dispose, « Les règles du droit international ainsi que les traités dûment promulgués et publiés s'imposent au présent Code ainsi qu'à toute disposition pénale ».

⁴⁹ En abordant la thématique de la création du droit en Afrique, Jacques Vanderlinden « vieux sceptique, quelque peu athée, [dit] ne pas croire au mythe de la création ». Lorsqu'il s'agit plus particulièrement de l'Afrique, il affirme que le droit « y a été transplanté, reçu et s'intègre en principe » dans les systèmes africains. Cf., « La création du droit en Afrique. Regards d'un absent », in D. DARBON, J. DU BOIS DE GAUDUSSON (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 11-31. Sur la question plus générale de la création du droit en Afrique, cf., outre cette étude de Vanderlinden, J.M. BRETON, « Portée et limites de la réception des modèles exogènes : réflexions sur la « socialisation » du système juridique dans l'expérience marxiste congolaise (1963-1991) », in D. DARBON, J. DU BOIS DE GAUDUSSON (dir.), *Ibid.*, pp. 247-271. Cet auteur écrit, traitant de la création du droit en Afrique, que « Pour les Etats en développement issus d'un processus de décolonisation, si le mimétisme fidèle est la rançon incontournable de la jeunesse, la réception critique de tels modèles constitue le privilège logique de la maturité », p. 248.

⁵⁰ Le positivisme juridique se présente comme une adaptation du positivisme scientifique, dont il suit de quelques siècles l'avènement dans les sciences dures. De cet héritage historique, le positivisme juridique est une posture qui défend une science du droit purement descriptive ayant son objet propre constitué par les normes juridiques matérialisées dans leur énoncé. Elle se base sur la neutralité de sa méthode et l'autonomie de son

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

perspective le système pénal africain appartient aux cadres de la théorie du droit moderne⁵¹ et relève donc de la *perspective kelsénienne de l'unité du droit*.

Il peut ainsi être constaté qu'à partir des indépendances, le droit pénal africain va s'inscrire dans la logique de la « pureté » – *caractéristique fondamentale de la technique de la hiérarchie normative stricte* – avec la loi seule comme source exclusive du droit pénal ou, plus exactement, avec l'existence d'un code pénal monocentrisme ayant vocation et prétention à englober toute la matière pénale. L'unité rassurante de l'ordre pénal africain est ainsi déduite de la stabilité du système dont les « frontières naturelles », souveraineté, territorialité et légalité – éléments fondamentaux de l'« Etat » moderne au sens où Jean Bodin a systématisé cette notion dans *Les six livres de la République*⁵² – constituent des corps solides. Dans cette perspective, l'on assiste en Afrique (comme en Europe), à l'affirmation d'un *méta-paradigme juridique* ancien et innomé celui de « l'étatisation du droit pénal ». Celui-ci favorise le développement de l'idée que l'élaboration des premiers codes pénaux et la naissance de l'« Etat », sont ici deux processus indissociables. En d'autres termes, « l'apparition et le développement du droit pénal dans sa facture actuelle sont liés à ceux de l'Etat post indépendant dont il participe »⁵³. Cette relation entre Etat et droit pénal qui rappelle le dogme classique « pas de pénal sans Etat ; pas d'Etat sans pénal »⁵⁴ semble

objet. Si l'on tente une classification simpliste, il existerait deux types de positivisme juridique : un positivisme normativiste et un positivisme sociologique. Mais lorsque l'on pénètre l'univers des positivismes, il appert que plusieurs théories décrivent un nombre infini de variantes positivistes. Ainsi, il est devenu courant de déterminer les positivismes en fonction des auteurs ayant soutenu telle ou telle pensée positiviste. Il est difficile de trouver des éléments susceptibles de réunir sous une bannière identique le volontarisme juridique (Scot, Hobbes, Bentham, Austin, Carré de Malberg), l'école de l'exégèse française (si tant est que cette école ait existé), le normativisme (Kelsen), les courants sociologiques (Ehrlich, Gurvitch, Duguit, Cardozo, Pound), la théorie analytique du droit (Hart, Bobbio, Guastini), le réalisme américain (Holmes, Frank, Llewellyn, Cohen), le réalisme scandinave (Hägesröm, Olivecrona, Ross) et enfin l'institutionnalisme (Hauriou, MacCormick, Weinberger). Cette présentation est bien évidemment non exhaustive dès lors que l'on distingue encore le positivisme légaliste du positivisme scientifique, le néo-positivisme du post-positivisme. S'agissant des quelques analyses doctrinales relatives à la présentation de ces différentes approches, cf., N. BOBBIO, « Sur le positivisme », in *Mélanges P. Roubier*, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, t. 1, pp. 53 ss ; M. TROPER, « Le positivisme juridique », *Revue de Synthèse*, n°118-119, 1985, pp. 187-204 ; U. SCARPELLI, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1996 ; la présentation de C. GRZEGORCZYK, in C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, pp. 34 ss. Aussi voir certaines analyses relatives notamment à l'hypothèse de la neutralité axiologique du positivisme juridique dans l'étude de J-P. CHAZAL, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit*, vol. 45, 2001, pp. 201-231, *spec.*, 218-223

⁵¹ Du point de vue de l'histoire du droit, la modernité juridique est considérée comme la période ayant reconnu un grand rôle à l'Etat dans la production du phénomène juridique lorsque l'Etat n'était pas simplement identifié au droit lui-même. Pour des détails sur cette question, nous renvoyons à la très profonde étude de M-F. RENOUX-ZAGAME, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Essai », 2003 ; J-L. THIREAU, « Aux sources de la modernité juridique », *Droits*, vol. 40, 2004, p. 159.

⁵² J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, Fayard, 1986 (1576).

⁵³ Ph. ROBERT, *La question pénale*, Genève, Droz, 1984, p. 172.

⁵⁴ X. ROUSSEAU, R. LEVY, « Le pénal dans tous ses états », in X. ROUSSEAU, R. LEVY (dir.), *Le pénal dans tous ses états. Etats, justice et société en Europe (XIII-XXe siècle)*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, p. 15. Sur l'analyse de certaines implications de la relation Etat et droit pénal,

aujourd'hui remise en cause par un nouveau paradigme juridique émergent, celui du crime contre l'humanité qui semble suggérer un retour au pluralisme d'entant surtout en ce qu'il porte en lui les germes d'une certaine forme de « désétatisation » du droit pénal.

Section II : Le phénomène perturbateur de la structure formelle des systèmes pénaux africains : L'émergence d'un nouveau paradigme juridique dit paradigme du crime contre l'humanité.

9. Le « phénomène juridique », d'après les dérivations de Pierre Bourdieu et Pierre Legendre, a vocation à mettre en forme des réalités politiques, sociologiques ou même émotionnelles⁵⁵. Ce travail de reproduction des réalités oblige tout analyste à ne pas minimiser l'impact du langage sur le discours du droit⁵⁶. Et en vérité, « le langage est de lui-même *connaissance* ; son vocabulaire, sa syntaxe sont une façon de penser le monde, de découper la structure du monde ; de notre science, notre langage constitue la première moitié »⁵⁷. Au-delà du pouvoir générateur du langage sur la pensée suivant la parabole de la

cf. D. SALAS, « Etat et droit pénal. Le droit pénal entre « themis » et « dikès » », *Droits*, n°15-16, 1992, pp.77-90. Sur l'analyse critique des rapports entre l'Etat et le droit pénal, cf., Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal entre consolidation étatique et codification absolutiste au XVIII^e siècle », in X. ROUSSEAU, R. LEVY (dir.), *op.cit.*, pp. 251-278 ; « Le droit pénal et l'Etat : des frontières naturelles en question », in M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris/Genève/Bruxelles, LGDJ/Georg Editeur/Bruylant, 2002, pp. 3-28. Pour des études générales ayant portées sur certains aspects de cette question, P. PONCELA, P. LASCOUMES, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1998 ; A. GARAPON, D. SALAS, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996 ; M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1992 ; P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOEL, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989. Pour une étude récente, cf. L. A. ZAPATERO, « L'harmonisation internationale du droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2011, pp. 557 ss.

⁵⁵ P. LEGENDRE, « Les dessous du raisonnement juridique. Considérations générales », in *Sur la question dogmatique en occident*, Saint-Armand-Montrond (Cher) Fayard, 1999, pp. 235-248 ; P. BOURDIEU, « Habitus, Code et codification », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 64, 1986, pp. 40-44.

⁵⁶ De manière générale, l'impact de la langue sur le discours des sciences juridiques a fait l'objet de nombreuses études spécifiques. On peut citer à titre illustratif, P. AMSELEK (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986, 252 p. ; E. JAYME, *Langue et droit*, XVe Congrès International de droit comparé, Bristol 1998, Bruxelles, Bruylant, 2000, 373 p. ; G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2005, 3^{ème} éd., 443 p. Cet auteur écrit dans ce sens s'agissant du droit, qu' « on entre dans le droit (que) par la connaissance du sens juridique des mots et la maîtrise des discours du droit » ; S. RIALS, *Langage et droit en France à l'âge de l'imprimé, des conflits religieux et de l'élaboration de la transaction (fin XV-début XVII siècle)*, Premier titre de la collection Exemplar, 2003 ; F. GENY, *Science et technique en droit privé positif, III, Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1921, chap 8, Le langage (mots et phrases) instrument de la technique juridique, n°254-260, pp. 448-492 ; G. VLACHOS, « Thémis et Nomos, de Mycènes à Homère », *Arch.phil.*, 19, pp. 317-338. ; Th. IVAINER, « Introduction à un discours sur le langage du droit », *JCP*, 1983, I, 3097 ; voir également, *Le langage du droit*, *Arch. phil. droit*, T.19, 1974, avec spécifiquement la contribution de G. MOUNIN, « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », pp. 7-16.

⁵⁷ M. VILEY, « Préface », in *Le langage du droit*, *op.cit.* Par extension voir outre les références déjà citées, Ph. JESTAZ, « Le langage et la force contraignante du droit (ou 'Des bœufs et des hommes') », in L. INGBER (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991, pp. 69 ss ; E. DIDIER, *Langues et langages du droit. Etude comparative des modes d'expression de la common law et droit civil, en français et en anglais*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

« novlangue »⁵⁸, une telle exigence d'approfondissement du sens et de l'usage des mots au préalable de toute réflexion sur le droit revêt un caractère très particulier lorsque l'énoncé juridique cherche à mettre en forme – capter pour décrire et circonscrire – l'indicible et l'impensable que l'on nomme crime contre l'humanité. Dans ce cas spécifique, le discours juridique devient vecteur d'une force⁵⁹ qu'il tire principalement des mots qu'il utilise, des outils cognitifs qu'il emploie, comme par exemple les *qualifications pénales*.

10. En aboutissant à la qualification de crime contre l'humanité, le droit invite à se demander de quelle humanité s'agit-il. Un sentiment qui exprime « bonté, sensibilité, bienveillance, compassion », le genre humain, à savoir « les Hommes en général, le nom collectif de l'ensemble qu'ils forment, la communauté des nations », ou la nature humaine « l'essence de l'homme ce qui fait qu'il est un homme » ?⁶⁰ Cette incertitude de la notion d'« humanité » visée dans la qualification pénale du crime contre l'humanité invite à rechercher le sens de *l'interdit* pénal ainsi posé dans la perception de l'idée véhiculée par le discours normatif à travers la notion de crime contre l'humanité. Ceci signifie que cette qualification pénale ne peut être saisie que si l'on considère le fond conceptuel de la notion de crime contre l'humanité. Car celui-ci est porteur du paradigme normatif qui découle de la mise en forme juridique de l'interdit. En clair, concept et paradigme permettent d'éclairer la réalité ainsi saisie par le droit.

11. D'abord le concept, on l'entend ordinairement en philosophie comme « une entité inséparable de la pensée, qu'on l'envisage soit comme un acte de pensée, soit comme un objet de pensée intermédiaire entre le sujet et l'objet lui-même »⁶¹. Dans ce sens, les concepts sont « des représentations tout à fait générales de domaines aussi amples que possibles »⁶². Ils constituent le niveau d'abstraction le plus élevé⁶³ s'inscrivant dans un système de pensée »⁶⁴.

⁵⁸ D. BOURCIER, « La novlangue du droit ou comment rendre actif les textes juridiques », in H. GUILLOREL et G. KOUBI (dir.), *Langues et droits. Langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 369. Voir également, B. MELKEVIK, « Parler 'Novdroit' ! Un désarroi saisi par la philosophie du droit », *Revue roumaine de droit privé*, vol.6, 2007, pp. 214 ss.

⁵⁹ Sur la force du droit analysée sous un angle purement sociologique, cf., P. BOURDIEU, « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64, 1986, pp. 3 ss.

⁶⁰ Ce point de vue est développé par S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne*, Paris/Bruxelles/Genève, LGDJ/Bruylant/Schulthess, coll. « Collection Genevoise », 2009, p. 5.

⁶¹ M. COLOMBES, *Le concept de concept formel*, Publications de la faculté des lettres et sciences humaines de Toulouse, t. 8, 1969, p. 8.

⁶² M. HEIDEGGER, *Concepts fondamentaux*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 1941-1981, p. 13.

⁶³ Cf., G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », t. 60, 2006.

⁶⁴ X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction... », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2009, p. 25. Dans le même sens, cf.,

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

En droit⁶⁵, l'on soulignera avec beaucoup d'intérêt les travaux du maître de l'école de la libre interprétation. Pour le professeur François Gény par exemple, *le concept (en droit) tente de saisir l'essence logique des choses : « [C']est en effet la démarche fondamentale de l'esprit, mis aux prises avec les réalités, complexes, fuyantes, de la vie, dont il cherche la loi ordonnatrice, d'ériger la représentation (...) en une entité purement idéale (...). D'où [notre dénomination] de concept pour désigner tantôt par son résultat, tantôt par la manière de l'atteindre, cette entité qui n'est autre que l'idée générale de l'objet proposé au travail de l'esprit »*⁶⁶. Cette conception du doyen de Nancy, permet d'appréhender aisément le concept de « crime contre l'humanité ». Puisque, poursuit-il, « les concepts appartiendraient ainsi au langage de la théorie du droit, ils permettraient de structurer et représenter les rapports de droit »⁶⁷. Assez logiquement donc, c'est dans cette perspective juridique qui recoupe l'appréhension philosophique admise par les auteurs Gilles Deleuze et Félix Guattari⁶⁸, aux termes de laquelle le concept est d'abord un objet cognitif, que la notion de concept entretient des rapports avec celle de « paradigme ».

12. Ensuite le paradigme, lorsqu'on parcourt la littérature juridique contemporaine, il en ressort que le terme paradigme, connaît un incontestable succès dans la théorie et la philosophie du droit qui tendent de plus en plus à en faire un instrument privilégié de compréhension et d'explication de la normativité et de la juridicité des règles de droit au sens large⁶⁹. Cependant, le nombre croissant des figures paradigmatiques⁷⁰ n'incite-t-il pas à la

G. LEBRUN, *La patience du concept. Essai sur le discours Hegélien*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 1972, p. 344

⁶⁵ Quelques études ont porté sur l'appréhension des notions de concept ou des concepts de notion en droit. cf. à ce propos, Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », in *La logique juridique*, *Arch. phil. droit*, t. 11, 1966, pp. 25ss ; C. VARGA, « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques », in *Arch. phil. droit*, t. 18, 1973, pp. 215 ss ; P. AMSELEK, *La part de la science dans les activités des juristes*, *Recueil Dalloz*, 1997, chron. pp. 337 ss ; O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF, 2006 ; G. QUINTANCE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in G. TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, *op.cit.*, pp. 5-20 ; G. TUSSEAU, « Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin », *Ibid.*, pp. 57-78.

⁶⁶ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Paris, Librairie du Recueil Sirey (3 t.), 1927, p. 147.

⁶⁷ X. BIOY, *op.cit.*, p. 43.

⁶⁸ Cf., G. DELEUZE et F. GUATTARI, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Ed. Minit, coll. « critique », 1991. Pour ces auteurs, « Il n'y a pas de concept simple. Tout concept a des composantes et se définit par elles » (p. 21), « Le propre du concept est de rendre les composantes inséparables en lui : distinctes, hétérogènes et partout non séparables, tel est le statut des composantes, ou ce qui définit la consistance du concept, son endo-consistance » (p. 25).

⁶⁹ Pour quelques références, cf., A-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation*, Paris, LGDJ, 1998, p. 147 et s. ; J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne, les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, p. 679 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOV, *Le droits ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992 ; *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op.cit.* ; D. DE BECHILLON, « La structure des

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

plus grande prudence en la matière, en raison du principe épistémologique selon lequel « *un concept perd en compréhension, autrement dit en efficacité théorique, ce qu'il gagne en extension* »⁷¹. Puisque tout semble aujourd'hui paradigmatique⁷², il convient, pour des raisons de clarté de l'exposé, de préciser le sens de l'expression « paradigme » tel que son usage sera fait.

En dépit des incertitudes qui pèsent sur son origine, force est de reconnaître que c'est dans l'œuvre de Thomas Kuhn que le concept de paradigme acquiert une spécificité théorique effective et s'impose comme l'un des instruments indispensables de l'analyse de la science dans ses dimensions historique et dynamique. Aussi, c'est à travers les deux principales acceptions dégagées par l'auteur dans son ouvrage *La structure des révolutions scientifiques* que le concept de paradigme sera employé dans la présente étude. Primo, le paradigme sera considéré entant qu'il constitue un procédé analytique qui se fonde sur « *un ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de technique qui sont communes aux membres d'un groupe donné* »⁷³. Dans ce sens, le paradigme revêt une dimension structurante pour une communauté scientifique⁷⁴. Secundo, le paradigme sera considéré en ce qu'il *met en cohérence une même discipline à partir d'une solution érigée en modèle*⁷⁵. Dans ce second sens, le paradigme s'entend dans une perspective plus épistémologique. Une manière de penser et de poser une science, commune et appliquée de manière orthodoxe par une communauté scientifique⁷⁶. Ainsi, l'interprétation paradigmatique, souligne Nour-Eddine Belabbas, « *revient inévitablement à situer (le discours du droit) sur le terrain de ses conditions de production, des questions auxquelles il a la prétention de répondre, des enjeux*

normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *RIEJ*, 1999, n°43, p.1 ; D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé*, Actes du colloque de Montpellier Faculté de droit 10 et 11 avril 2003, op. cit.

⁷⁰ Ont été en effet identifiés par des auteurs et considérés comme des paradigmes : le jusnaturalisme, le juspositivisme, la modernité, le système, l'ordre, la régulation, le jeu, le réseau, la pyramide, l'Etat de droit, la subjectivité, l'intersubjectivité, la postmodernité etc.

⁷¹ N-E. BELABBAS, « Les paradigmes et la pensée juridique », in D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé*, Actes du colloque de Montpellier Faculté de droit 10 et 11 avril 2003, op.cit., spéc. p. 47.

⁷²

⁷³ T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Postface, Paris, Flammarion, « Champs », 1983, p.238.

⁷⁴ Le paradigme révèle alors sa force de cohérence et de cohésion sur la communauté scientifique. Selon Thomas Kuhn, « *Un paradigme est ce que les membres d'une communauté scientifique possède en commun, et, réciproquement, une communauté scientifique se compose d'hommes qui se réfèrent au même paradigme* », *Ibid.*, p. 240.

⁷⁵ « *Il dénote un élément isolé de cet ensemble : les solutions concrètes d'énigmes qui, employées comme modèles ou exemples, peuvent remplacer les règles explicites en tant que bases de solutions pour les énigmes qui subsistent dans la science normale* », *Ibid.*, p. 238. Il s'agit là pour nous du sens premier de l'expression paradigme du crime contre l'humanité.

⁷⁶ E. GAILLARD-SEBILLEAU, « La force normative du paradigme juridique », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009, pp. 171-182, spéc. 172. Il s'agit là du second sens de l'expression paradigme du crime contre l'humanité.

qui l'animent... ; autrement dit, à tout ce qui va lui conférer du sens du fait de son appartenance à un ordre discursif »⁷⁷.

Ce préalable favorise la présentation du crime contre l'humanité comme paradigme en émergence (§1) en même temps qu'il introduit aisément sur sa force agissante (§2).

§1- Le crime contre l'humanité comme paradigme juridique en émergence.

13. Le paradigme juridique en émergence est, comme l'écrit Emilie Gaillard-Sebileau, celui qui a vocation à renverser la *force normative* du paradigme jusqu'alors dominant⁷⁸. D'ailleurs, le philosophe des sciences Thomas Kuhn estime que rares sont les circonstances où « deux paradigmes [l'ancien et le nouveau] peuvent coexister en paix durant la période postérieure à l'émergence du second »⁷⁹. En général, le paradigme en émergence est « animé par une nouvelle dynamique de la conviction. En cours de reconnaissance par la communauté scientifique, sa verdeur en fait toute l'originalité et la puissance de révolution »⁸⁰. En ce sens, « le paradigme en émergence ouvre l'univers juridique à de nouvelles dimensions jusqu'alors inconcevables car invisibles. En décloisonnant les champs légitimes de l'imaginaire juridique, il appelle dans son sillage l'adoption de raisonnements juridiques nouveaux »⁸¹.

14. Dans cette perspective, l'affirmation de l'émergence d'un paradigme juridique nouveau intègre l'idée systématisée par le professeur François Ost, selon laquelle, le droit « ne saurait être figé, immuable à travers les générations »⁸² car il se conçoit comme un droit

⁷⁷ Pour N-E. BELABBAS, « Les paradigmes et la pensée juridique », in D. ROUSSEAU (dir.), *Le droit dérobé*, Actes du colloque de Montpellier Faculté de droit 10 et 11 avril 2003, *op.cit.*, spéc. p. 51, « il y a, en quelque sorte, déjà là du sens qu'il faut savoir déceler, par la recherche de la volonté de l'auteur ». L'on peut également penser à l'école de l'exégèse, mais aussi à F. GENY et l'école de la libre recherche scientifique, et G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, p.61 et s. Ce sens du discours peut encore être recherché non dans l'intention de l'auteur mais dans le texte lui-même. V. le courant structuraliste en droit tel qu'incarner par A-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973.

⁷⁸ Cf. E. GAILLARD-SEBILEAU, *Génération futures et droit privé*, Thèse, Université d'Orléans, 2008. Dans le cadre de cette thèse visant à penser un droit des générations futures, l'auteur démontre que le paradigme juridique exerce une influence déterminante sur la manière de percevoir, de concevoir et de faire évoluer le droit au gré des évolutions connues ou à venir de la société. Elle établit que le paradigme juridique dominant celui de la « réciprocité juridique » limite l'univers du droit aux relations entre les hommes actuellement vivants et en relations réciproques entre eux et du coup, il en résulte l'impossibilité de penser un concept de générations futures ou de formuler un droit des générations futures à l'aune de ce paradigme. Pourtant, démontre l'auteur, cette postérité intègre aujourd'hui le champ juridique au moyen de la progression irrépressible, continue et en parallèle, d'un nouveau paradigme juridique. *Ce dernier marque l'entrée dans une ère juridique nouvelle qui compose avec les relations juridiques asymétriques à travers le temps.il permet d'ouvrir l'univers juridique à de nouvelles dimensions conceptuelles et temporelles.*

⁷⁹T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, *op.cit.*, p. 13.

⁸⁰ E. GAILLARD-SEBILEAU, « La force normative du paradigme juridique », *op.cit.*, p. 179.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, *spec.* 216-218.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

valable à un moment donné pour régir une société donnée⁸³. En effet, cette affirmation relève *du rapport du droit au temps* en ce qu'elle situe le phénomène juridique dans le temps⁸⁴. Le théoricien Michel Virally a écrit à ce propos que,

« Toute norme juridique est une tentative de stabilisation des rapports sociaux en devenir et tout ordre juridique tout entier est un défi au temps. Et partant, le droit, construction sociale, (...) n'est pas en mesure de figer la société. Il doit s'adapter pour conserver son effectivité en face des transformations sociales. Bien plus, il peut précéder (...) les mouvements historiques, les orienter et les canaliser (...) en vue d'instaurer un ordre nouveau. Il s'établit ainsi, dans tout ordre juridique, une tension entre des forces de conservation et des forces de changement dont la résultante est telle que cet ordre ne peut immobiliser indéfiniment les normes qui le constituent et ne peut pas davantage se renouveler intégralement du jour au lendemain : cette transformation permanente, c'est ce qu'on nomme *la continuité du droit* »⁸⁵.

C'est dans cette tension entre les forces conservatrices et les forces de changement, dans cette perspective de la *continuité* du droit, que se pose la question de savoir s'il y a aujourd'hui un paradigme juridique nouveau en émergence dans le champ juridique et que l'on pourrait qualifier, au regard des caractéristiques et de la force normative propre à tout nouveau paradigme, paradigme du crime contre l'humanité ? La réponse à cette question est assurément positive tant cette positivité est largement débattue en doctrine⁸⁶ et les indices pour l'attester sont nombreux. L'application rétroactive des normes pénales à Nuremberg, la reconnaissance postérieure de l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité, le recul de la théorie des immunités tant personnelles que fonctionnelles en droit international, l'élaboration de nouvelles techniques d'incrimination, l'émergence d'une politique criminelle

⁸³ Le droit est parfois défini comme « un ensemble de règles en vigueur à un moment donné dans une société donnée », cf. J.-P. GRIDEL, *Introduction au droit et au droit français, notions fondamentales, méthodologie, synthèse*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994, p. 10.

⁸⁴ Pour une étude détaillée de la thématique, « le droit et le temps », cf. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., coll. Méthodes du droit », 2003, pp. 119-143 ; Id., « La relativité du droit ? », *RRJ*, vol.3, 1986, pp. 13 ss ; P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Etudes offerts à Kayser, Marseilles, tome II*, PUAM, 1979, pp. 1 ss. De manière générale, la plupart sinon tous les théoriciens du droit moderne Jean Carbonnier, François Geny, Michel Villey, Jean Dabin, Léon Duguit, G. Ripert, René Savatier, Georges Vedel ont abordé la thématique du droit et du temps. Mais pour une approche plus radicale basée sur la théorie de « l'historicisme juridique » cf. les travaux du chef de file de l'école historique allemande, Fr. Ch. DE SAVIGNY, (1779-1860), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Heidelberg, 1814.

⁸⁵ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960, p. 188.

⁸⁶ Cf. principalement les cours du professeur Mireille Delmas-Marty au Collège de France en 2007 portant précisément sur le paradigme du crime contre l'humanité. Voir aussi, A. EUGENE, *La protection internationale des droits de l'homme. Le crime contre l'humanité et la création d'une juridiction pénale internationale*, Thèse droit, Paris, 1949 ; M. BEDJAOU, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du conseil de sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 1994 ; R.-J. DUPUY, *Dialectiques du droit international. Souveraineté des Etats, communauté internationale et droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1999 ; S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne : naissance et consécration d'un concept, op.cit.* ; A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, Paris, Pedone, 2009.

supranationale, la création de juridictions pénales internationales d'abord *ad hoc*, puis spécialisées et aujourd'hui *permanente* confèrent au crime contre l'humanité une « *force normative* » en expansion qui contribuent à poser les jalons d'une nouvelle orthodoxie juridique. Dans ce sens, l'affirmation de l'émergence d'un nouveau paradigme juridique qualifié *paradigme du crime contre l'humanité*, découle d'un processus de densification normative⁸⁷ de maints concepts, notions et principes *contribuant à l'insertion de l'humanité en tant que telle dans le champ pénal contemporain*. Aujourd'hui, il s'agit d'une entité juridique disséminée à travers les systèmes pénaux nationaux, régionaux et internationaux dans un large éventail d'instruments normatifs juridiques. Ainsi, le paradigme du crime contre l'humanité apparaît comme un paradigme juridique émergent au regard de l'influence déterminante qu'il exerce sur la pensée juridique⁸⁸ en remontant jusqu'à l'imagination des juristes⁸⁹. Imagination qui tend à l'ériger en « méta-principe » de mise en cohérence du droit si l'on considère à la fois sa mise en forme par le droit (A) et la philosophie qu'il semble véhiculer (B).

A- Naissance du concept de crime contre l'humanité : sa mise en forme par le droit.

15. Un concept ne peut être déterminé en matière juridique qu'en fonction du droit positif et des réalités sociales. En effet, le concept juridique circule à l'intérieur du processus normatif juridique par l'intermédiaire d'un vecteur. Par exemple, un juge prend une décision judiciaire incluant un concept, la bonne foi⁹⁰. Ainsi, la démarche intellectuelle conduisant à la détermination du concept juridique part de l'observation des normes juridiques – lois, jurisprudence, pratique judiciaire qui sont des vecteurs du concept –. Elle est particulièrement difficile, car elle s'appuie sur des règles mouvantes et souvent contradictoires et sur l'extrême variabilité des comportements humains et des phénomènes d'ordre psychologique, social, politique ou encore éthique. Les résultats de cette « observation et les critères qui s'en sont

⁸⁷ Sur cette idée, cf. C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTDCiv.*, n°4, 2003, pp. 599-628.

⁸⁸ N-E. BELABBAS, « Les paradigmes et la pensée juridique », *op.cit.*

⁸⁹ Le thème de l'imaginaire juridique tend à se développer de plus en plus cf. G. DARCY et M. DOAT (dir.), *L'imaginaire et le droit*, Colloque 25-26 février 2008, Paris, Palais du Luxembourg ; B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, Paris, Hermann, coll. « Le Bel aujourd'hui », 2007 ; F. OST, *Raconter la loi : aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004. Sur le même thème, cf. « *Les forces imaginantes du droit* », *op.cit.* Cet ouvrage représente les trois cycles du cours du professeur Mireille Delmas-Marty au Collège de France 2004-2008. A l'occasion de ces cours, l'auteur affirme que l'expression « forces imaginantes » lui a été inspirée par les travaux de G. BACHELARD, *L'eau et les rêves. Essai sur l'imagination de la matière*, Paris, Librairie José Corti, 1964.

⁹⁰ Le vecteur du concept de bonne foi ici est la décision judiciaire. Le mouvement de sa circulation (révélation) se complète d'une source et d'une destination. La source étant le juge et la destination le justiciable.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

dégagés sont traduits en concepts par voie d'induction, mais n'engendrent que des hypothèses et sont susceptibles d'évolution »⁹¹. Il apparaît dès lors que tout concept est porteur d'une hypothèse et la représentation intellectuelle générale et abstraite des phénomènes juridiques par des concepts indispensables à leur connaissance et à leur saisie par le droit positif concerne aussi bien les personnes que les choses, les actes, les procédés techniques, etc.

16. S'agissant du concept de crime contre l'humanité, représentation mentale générale et abstraite d'une certaine atrocité humaine, d'une sorte de violence collective, il ne serait pas excessif d'affirmer que ses racines remontent à la doctrine classique du *jus gentium*⁹² telle qu'elle fut envisagée par Francisco de Victoria. Selon ce grand classique de l'histoire du droit international général, en effet, le *jus gentium* était considéré comme, le « *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur jus gentium* ». Si dès son origine la qualification pénale de crime contre l'humanité repose sur le *jus gentium*, sa vocation première est la traduction de la perspective juridique du *totus orbis*. Élément d'un droit universel accepté par toutes les nations qu'un simple droit entre les nations, le crime contre l'humanité semble constituer dans une perspective opératoire, l'élément d'interprétation d'une *opinio juris communis* internationale⁹³, l'un des outils visant moins la restauration d'un ordre mondial qui n'existe pas, que la contribution à l'instauration d'un ordre futur qui se cherche encore⁹⁴.

⁹¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op.cit., p. 211.

⁹² Le concept de *jus gentium*, (droit des gens) est classique au droit romain. Cf. notamment, G. LOMBARDI, *Ricerch-e in Tema di « Ius Gentium »*, Milano, Giuffrè, 1946, pp. 3-272 ; *Sul Concetto di « Ius Gentium »*, Roma, Istituto di Diritto Romano, 1947, pp. 3-390. A l'origine, le *Jus gentium* relève du droit privé. Il renvoie alors à l'octroi d'un statut juridique à une personne étrangère que le *jus civile*, réservé aux citoyens Romains, ne protège pas. Pour que le droit des gens déploie ses effets juridiques, il n'était nullement indispensable, de reconnaître au dessus de l'ordre juridique national, l'existence d'un ordre juridique supérieur d'où aurait découlé, une obligation commune ; il suffisait que le droit national de l'une des entités politiques en question étende sa protection aux étrangers pour certains de leurs conflits, soit avec les ressortissants nationaux, soit avec les étrangers. Le *jus gentium* constituait donc un corps de règles s'appliquant à défaut du *jus civile* et donc subsidiairement à celui-ci. Sur cette notion, lire, P. GUGGENHEIM, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *R.C.A.D.I.*, vol. 094, 1958, 84 p. Il convient simplement de préciser que l'auteur dans cette étude, traite des sources classiques du droit international aux termes de l'article 38 Chapitre I du Statut de la Cour Internationale de Justice. Cette approche renvoie à la conception de Grotius qui voit dans le *jus gentium*, les prémisses du droit international. Mais son aspect qui nous intéresse ici est celui à travers lequel, le *jus gentium* renvoie à l'idée d'un lien juridique entre les entités politiques.

⁹³ Cf. M. VILLEY, « considérations intempêtes sur le droit des gens », *Arch. ph. droit.*, tome 32, 1987, pp.13-21 ; J. MOREAU-REIBEL, « Le droit de société interhumaine et le 'le jus gentium' : Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius », *RCADI*, vol. 77, 1950, pp. 485-614.

⁹⁴ Référence est faite ici à l'attribution, pour l'année universitaire 2000-2001, de la Chaire recherche internationale Blaise-Pascal à Antonio Cassese, professeur de droit international à l'Université de Florence, ancien président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal spécial pour le Liban, du projet portant sur « L'élaboration d'un droit pénale commun en matière de crimes internationaux » qu'il mènera à bien avec Mireille Delmas-Marty directrice de l'UMR de droit comparé de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne). Ce projet a donné lieu à deux ouvrages distincts mais complémentaires. Le premier, A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, 673 p, abordait la problématique des crimes internationaux devant les juridictions nationales. Tandis que le second, A. CASSESE

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

17. Sans vouloir reprendre ici l'évolution des premières formes de manifestation du concept dans les différentes conventions internationales et à travers la jurisprudence comme nous le verrons plus loin, il convient simplement d'affirmer qu'en tant que tel, la qualification pénale de crime contre l'humanité se caractérise par sa dimension éminemment supranationale qui emporte une double soumission de l'Etat et de son droit au régime d'un nouvel interdit, nommé interdit fondateur⁹⁵.

Une première forme de soumission dite *impérative* découle de la logique de Nuremberg qui marque la première dynamique de formalisation du concept notamment aux termes de l'article 6 (c) du Statut du Tribunal Militaire⁹⁶. Cette mise en forme juridique de la nouvelle notion était, comme l'a affirmé un auteur, « grosse d'un bouleversement complet du droit international »⁹⁷. Pour la première fois apparaissait l'idée qu'il y avait des actes à ce point attentatoires à la dignité humaine que le fait qu'ils aient été exécutés conformément au droit d'un Etat était un argument inopérant⁹⁸. La notion de crime contre l'humanité implique donc dès son origine, la « reconnaissance au profit de la personne humaine de droits fondamentaux supérieurs au droit de l'Etat et protégés en cas de violation par des sanctions pénales internationales nonobstant le fait que ces violations auraient été commises conformément au droit interne de l'Etat »⁹⁹. Cette idée avait déjà été bien vue par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Lyon qui, plus tard, n'avait pas été désavouée par la Cour de cassation. Les juges d'appel avaient en effet estimé que les crimes contre l'humanité « relèvent (...) d'un ordre répressif international (...) auquel la notion de *frontières* (...) [est]

et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, abordait la question de ces crimes devant les juridictions internationales.

⁹⁵ Cette double soumission de l'Etat au droit du crime contre l'humanité a été analysée par S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne : naissance et consécration d'un concept, op.cit.* cf. notamment la deuxième et la troisième partie de l'étude.

⁹⁶ Selon ce texte, le crime contre l'humanité est défini comme, « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour les motifs politiques, raciaux ou religieux lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime ». (Tribunal militaire international. Procès des grands criminels de guerre, Documents officiels, tome I, Nuremberg, 1947, p. 12-13. La même définition des crimes contre l'humanité fut reprise par l'article 5 (c) de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient signée à Tokyo le 19 janvier 1946 et reproduite in Ch. BASSIOUNI, *Crime against humanity in international criminal law*, Liden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 606 ss.

⁹⁷ Pour les répercussions résultant de la mise en forme juridique du crime contre l'humanité sur le droit international, cf. E. SCHWELB, « Crimes against humanity », *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946, pp. 178-226. Le bouleversement ici s'entend de la distance que prenait la logique de Nuremberg vis-à-vis de celle du Lotus qui demeurait en vigueur.

⁹⁸ E. ZOLLER, « La définition de crime contre l'humanité », *JDI*, vol. 3, 1993, pp. 551-568.

⁹⁹ Cf., H. LAUTERPACHT, *International law and human rights*, 1950, pp. 35-38; *International law*, vol. I: The general works, 1970, p. 143.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

fondamentalement étrangère »¹⁰⁰. Elle *témoigne d'une déchirure, dans le voile protégeant les gouvernements, de la fiction juridique de la « personnalité » de l'Etat, corollaire fondamental de la souveraineté*¹⁰¹.

Cette soumission *impérative* de l'Etat se trouve accentuée avec l'approfondissement de la logique de Nuremberg du fait du développement d'un droit pénal des Nations Unies¹⁰². Celui-ci est devenu un sujet d'actualité suite au « renouveau exceptionnel dans l'activité [du Conseil de sécurité] au service de la paix »¹⁰³. Certes, il n'existe plus à proprement parlé de distinction entre le droit des Nations Unies et le droit international général¹⁰⁴, mais il convient de relever que la Charte occupe aujourd'hui une position « privilégiée » dans l'ordre juridique international au point d'être généralement présentée comme « la constitution mondiale »¹⁰⁵. Dans ce sens, le Conseil de sécurité a, « agissant en application du Chapitre VII »¹⁰⁶, récemment créé deux tribunaux *ad hoc* chargés respectivement de juger « les personnes

¹⁰⁰ Cass.crim., 6 oct. 1983, *Barbie* : *Bull. crim.*, 1983, p. 610; *JCP*, 83, II, 20107, rapport Le Guehec, concl. Dontenwille, note Ruzié; *Gaz Pal*, 1983, II, 710, rapport Le Guehec concl. Dontenwille ; *RGDIP*, 1984, p. 507, obs. Rousseau ; *JDI*, 1983, p. 779, note Edelman ; *AFDI*, 1984, chron. Lachaume, pp. 939-940. Dans cette affaire, la Cour de cassation a jugé que les règles extraditionnelles classiques ne s'appliquent pas en cas de crimes contre l'humanité. La Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique avait décidé dans le même sens dans l'affaire *United States c. Alvarez-Machain* (15 juin 1992) reproduit in *I.L.M.*, vol. 31, 1992, pp. 902-908.

¹⁰¹ S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne, op.cit.*, p. 6. L'auteur cite aussi au soutien de cette idée, H. KELSEN, « Collective and individual responsibility for actes of State in international law », *The Jewish Yearbook of International Law*, 1948, pp. 226-237 et S. GLASER, « « L'acte d'Etat » et le problème de la responsabilité individuelle », *RDPC*, vol. 51, 1950, pp. 1-17.

¹⁰² Sur cette notion, cf. J-P. LABORDE, « Le nouveau désordre mondial et le droit pénal des Nations Unies », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, op.cit.*, pp. 1085-1096. L'on parle également du droit pénal de l'ONU en ce sens que, le seul dénominateur commun des diverses juridictions pénales à caractère international (le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, Chambres extraordinaires pour le Cambodge, Chambres 64 pour le Kosovo, Chambres pour les graves du Timor-Oriental, Chambre spéciale pour la Bosnie-Herzégovine) est leur lien avec l'ONU. Il s'agit d'organes judiciaires créés ou avalisés par les Nations Unies chargés de juger les responsables des violations graves du droit international humanitaire. Résultant d'un accord avec cette organisation (accord découlant lui-même, parfois d'une résolution du Conseil de sécurité de l'ONU) ou imposées par un acte unilatéral de cette dernière à travers son activité de gestion temporaire de territoires, ces juridictions ont pour le moins un cordon ombilical commun, même si les conditions de leur naissance restent très variables). Dès lors, l'on ne peut y inclure le Tribunal spécial irakien chargé de juger les responsables du régime de Saddam Hussein et lui-même puisqu'il résulte d'une décision unilatérale du commandement américain non approuvée par l'ONU. Sur ces questions, cf., J-M. SOREL, « Introduction », in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et J-M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées. (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, SLC, 2006, pp. 11-26. Pour d'autres analyses portant sur le développement d'un « droit pénal des Nations Unies », cf., D. BOYLE, *Les Nations Unies et le Cambodge : 1975-2004, la paix et la justice dans la balance*, thèse, Université de Paris II- Panthéon Assas, 2004.

¹⁰³ M. BEDJAOU, « Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles*, Bruylant, 1993, p. 69.

¹⁰⁴ Cf. G. CAHIN, « Droit de la Charte et coutume internationale », in J-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 2005, p. 85.

¹⁰⁵ G. CAHIN, *Ibid.*, p. 83 ; A. TOUBLANC, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, 2004, pp. 439-462 ; P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, p. 22 ; P. -M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *RCADI*, 2002, pp. 215 ss.

¹⁰⁶ Cette expression est du moins employée dans la Résolution 827 portant création du statut du tribunal pénal international pour juger les crimes commis en ex-Yougoslavie, ainsi que dans la résolution 955, qui est son équivalent pour les crimes commis au Rwanda.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

responsables de violations graves du droit international humanitaire »¹⁰⁷. C'est précisément la création de ces deux organes judiciaires, élément fondamental dans l'étude du droit pénal des l'ONU, qui constitue l'élément d'intensification de la soumission du droit de l'Etat au régime de l'infraction internationale¹⁰⁸.

La seconde forme de soumission « délibérée »¹⁰⁹ de l'Etat au régime du crime contre l'humanité résulte de l'évènement juridique « le plus marquant et le plus significatif de l'après guerre froide »¹¹⁰ destiné « à marquer le cinquantième de la Déclaration universelle des droits de l'homme »¹¹¹, à savoir l'adoption, à Rome, le 17 juillet 1998, du Statut de la Cour pénale internationale. Unanimement perçue comme la concrétisation d'un « vieil idéal qui appartenait au domaine de l'utopie »¹¹², celle d'un « rêve véritable pour des générations et des générations de juristes engagés »¹¹³. Malgré cette grande satisfaction à l'arrivée, il convient de relever que le processus fut assez laborieux et le chemin fort tortueux. Ainsi, contrairement aux statuts des TPI qui, « ayant été créés *autoritairement* par une décision du Conseil de sécurité, s'imposaient *ipso jure* à l'ensemble des Etats membres des Nations Unies grâce aux vertus conjuguées des articles 25 et 103 de la Charte, le Statut de la CPI ne lie [a priori] que les Etats qui souhaitent en devenir parties [ou en reconnaître ponctuellement la compétence] »¹¹⁴.

¹⁰⁷ Cf. pour les textes des Résolutions 808 et 827 in P-M. DUPUY, *Les grands textes du droit international public*, Paris, Dalloz, coll. « Grands textes », 2^{ème} éd., 2000, pp. 288-290.

¹⁰⁸ Sur le développement de cet argument, cf. S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne*, op. cit., pp. 177-359

¹⁰⁹ L'on emploie les guillemets dans l'utilisation des termes « volontaire » ou « délibéré » pour signifier la délicatesse à admettre si effectivement les Etats conservent leur souveraineté simplement parce que la CPI a été mise en place sur une base consensuelle. En effet, comme nous le verrons plus loin, la compétence dans le droit pénal substantiel, base de l'exercice de l'action publique, échappent même si ce n'est que partiellement, au monopole étatique qu'il est assez difficile de parler d'une soumission volontaire ou délibérée de l'Etat au nouveau droit. Il semble plutôt que la dimension volontaire ou délibérée des Etats se limite au processus de mise en place de la Cour. Mais qu'une fois mise en place, la soumission de l'Etat au nouveau droit est plus impérative que volontaire ou délibérée.

¹¹⁰ M. BENNOUNA, « La Cour pénale internationale », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, p. 735 ; W. BOURDON, *La Cour pénale internationale*, Paris, Seuil, 2000, p. 329 ; W. SCHABAS, *An introduction to the international criminal court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^{ème} éd., 2004, p. 25. De manière générale, cette opinion est admise par une la majeure partie de la doctrine pénaliste et internationaliste de ce siècle. Mais, pour une opinion assez critique, lire, S. SUR, « Vers une cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP*, 1999, pp. 31ss.

¹¹¹ H. ASCENSIO, « La justice pénale internationale de Nuremberg à La Haye », in S. GOBORIAU et H. PAULIAT (dir.), *La justice pénale internationale*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2002, p. 35 ; J-F. DOBELLE, « La convention de Rome portant statut de la Cour pénale internationale », *AFDI*, 1998, p. 356.

¹¹² P. WECKEL, « La cour pénale internationale. Présentation générale », *RGDIP*, 1998, p. 983.

¹¹³ L. CONDORELLI, « La cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », *RGDIP*, 1999, p. 15.

¹¹⁴ E. DAVID, « La Cour pénale internationale », *RCADI*, vol. 313, 2005, pp. 325-454.

Le Statut de Rome correspond donc, tout au moins au regard de son mode de création, au mécanisme consensuelle de mise en place des institutions en droit international. Elle résulte de la prise de conscience de la part des Etats que la répression des crimes les plus graves ne devrait pas constituer une menace pour leur souveraineté¹¹⁵. Ce mode d'élaboration conventionnelle du Statut de Rome confère au texte une importante originalité de ne prévoir l'intervention de la juridiction internationale que comme remède à une défaillance de l'Etat et de permettre ainsi « à la fois la protection de la compétence répressive souveraine des Etats et son contrôle »¹¹⁶. Un contrôle dont la sanction passe éventuellement par la dépossession du monopole de répression de l'Etat au profit de la compétence de la CPI ; ce qui pourrait être de nature à transformer en véritable *devoir* le *pouvoir* que possède l'Etat d'exercer sa compétence pénale¹¹⁷.

En plus de la double soumission de l'Etat au droit du crime contre l'humanité, l'autre élément fondant le caractère supranational de la qualification pénale de crime contre l'humanité tient au développement de la doctrine du droit pénal de l'inhumain.

B- Consécration du concept de crime contre l'humanité : l'affirmation de la doctrine du « droit pénal de l'inhumain ».

18. La doctrine du « droit pénal de l'inhumain » émane de l'opinion qui considère qu'il existe un discours de politique criminelle supranationale constitué de l'ensemble de mécanismes d'encadrement juridique de l'inhumain à partir de l'irréductible humanité de l'inhumain. Cette doctrine saisit l'insoutenable inhumanité de l'inhumain sans nier l'indestructible humanité de l'inhumain. Développée par le professeur Mireille Delmas-Marty, la doctrine du « droit pénal de l'inhumain » qui se distinguerait de la doctrine du « droit pénal de l'ennemi » apparu en Allemagne sous la plume du pénaliste Günter Yakobs¹¹⁸, est présentée comme le « *modèle universalisable* »¹¹⁹. A travers cette doctrine, les

¹¹⁵ Ph. KIRSCH, « La Cour pénale internationale face à la souveraineté des Etats », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op.cit., p. 32

¹¹⁶S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne : naissance et consécration d'un concept*, op.cit., p. 427.

¹¹⁷ Cf. M. MASSE, « Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal », *Rev. sc. crim.*, n°4, 2006, p. 766.

¹¹⁸ Pour des développements concernant la « doctrine du droit pénal de l'ennemi », cf. G. JAKOBS, *Eser/Hassemer/Burkhard, Die deutsche Strafrechtswissenschaft in der jahrtausendwende*, Berlin, 2002. Aussi, nous renvoyons au séminaire organisé à l'Université de Paris1 Panthéon-Sorbonne sur le thème « Droit pénal de l'ennemi – droit pénal de l'inhumain » et dont les travaux ont été publiés dans la Revue des sciences criminelles et de droit pénal comparé, au premier trimestre de l'année 2009. Plus précisément, l'on peut se référer aux articles suivants : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 1-19 F. MUNOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *Ibid.*, pp. 19-30 ; E. R. ZAFFARONI, « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants »,

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

crimes contre l'humanité représentent en droit positif, une série d'interdits fondateurs : la torture, les traitements inhumains et dégradants, le génocide, etc. De tels interdits juridiques s'expriment à travers deux formes de discours : l'une visant l'humanité dans sa dimension collective comme communauté humaine, l'autre visant la personne humaine dans sa dimension individuelle. Dans les deux cas, l'interdit se définit « *par la volonté de nier dans un individu l'idée même d'humanité* »¹²⁰ ce qui marque sa spécificité.

Le premier élément théorique de la « doctrine du droit pénal de l'inhumain » est relatif au mode de définition des crimes internationaux et notamment du crime contre l'humanité qui contient deux critères : un critère quantitatif et un autre qualitatif. A ce propos, une opinion individuelle présentée à l'occasion de la première décision du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait ainsi significativement noté que « *en raison de leur ampleur [critère quantitatif] et de leur caractère odieux [critère qualitatif], [les crimes contre l'humanité] constituent de graves attaques contre la dignité humaine, contre la notion même d'humanité* »¹²¹. Et ses auteurs d'insister sur cet universalisme en ajoutant que ces « crimes touchent ou devraient toucher par conséquent tous les membres de l'humanité, indépendamment de leur nationalité, de leur appartenance ethnique et de l'endroit où ils se trouvent »¹²².

Le second élément théorique de la « doctrine du droit pénal de l'inhumain » est la notion de lutte contre l'impunité. Celle-ci n'est pas une catégorie juridique encore moins une règle de droit positif mais, peut être, elle a vocation à le devenir¹²³. Mouvement initié par les ONG de protection des droits de l'homme, relayé désormais par l'ONU et ses différents organes, l'idée de lutte contre l'impunité n'a pas un contenu ou une valeur juridique en soi. Il s'agit d'une dynamique reflétant les nouvelles aspirations et revendications de la « société civile internationale » en matière de justice. Cette dynamique s'appuie sur un objectif

Ibid., pp. 43-57 ; M. DELMAS-MARTY, « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Ibid.*, pp.59-68,

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹²⁰ Cass.crim. 20 déc. 1985, *JCP*, 1986, II, 20655.

¹²¹ Opinion présentée conjointement par le juge McDonald et le juge Vohrah, *Le Procureur c/ Drazen Erdemovic*, arrêt de la chambre d'appel, 7 oct. 1997, para. 21.

¹²² *Ibid.*

¹²³ Selon M. L. JOINET, « L'impunité se définit par l'absence, en droit ou en fait, de la mise en cause de la responsabilité pénales des auteurs de violations des droits de l'homme, ainsi que de leur responsabilité civile, administrative ou disciplinaire, en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et, s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriées, y compris à réparer le préjudice subi par la victimes », Cf. *L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus. Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)*, Rapport final révisé établi par M. L. JOINET en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 octobre 1997, Annexe II *Ensemble de principes pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité*, p. 17.

précis¹²⁴, opère par certains mécanismes juridiques assez bien déterminés¹²⁵ et elle est axée sur une idéologie¹²⁶. Cette idéologie basée sur une certaine vision de l'homme et du monde accorde une place particulière aux victimes sur la scène pénale, place analysée en doctrine comme, un mouvement contemporain de politique criminelle¹²⁷.

Vladimir Jankelevitch, écrivait dans ce sens en 1971, dans *l'Imprescriptible*, que ce qui était arrivé était unique dans l'histoire et sans doute n'avait pas vocation à se reproduire. Dans la filiation de Nuremberg – car toutes les justices pénales internationales se situent dans une filiation – il a fallu dire que « l'intolérable avait une limite, que l'impunité ne pouvait continuer à exister »¹²⁸. C'est parce que l'humanité est en jeu que la communauté internationale s'engage dans la voix de la lutte contre l'impunité.

§2- La force agissante du paradigme du crime contre l'humanité sur la structure des systèmes pénaux nationaux.

19. Si l'on admet aujourd'hui de manière incontestable qu'un nouveau paradigme juridique tendant à être érigé en « méta-principe » d'une nouvelle mise en cohérence du droit est en émergence dans l'espace pénal contemporain, il convient aussi de relever que la réflexion sur sa force agissante sur la structure des systèmes pénaux nationaux n'a pas encore été entreprise de manière systématique. En d'autres termes, la recherche sur l'influence qu'un tel paradigme pourrait exercer sur les acteurs qui énoncent ou appliquent le droit dans la sphère pénale nationale ne semble pas encore retenir l'attention. La doctrine ne s'est pas encore véritablement interrogé sur la force agissante de ce paradigme tant au niveau de l'engendrement des normes dans l'ordre interne que dans l'articulation des ordres juridiques que le nouveau paradigme tente de mettre en rapport. En clair, les auteurs ne se sont pas

¹²⁴ Pourquoi lutter contre l'impunité ? A cette question, l'on peut répondre par le fait que la lutte contre l'impunité permet de rétablir et de maintenir la paix et la sécurité par la justice en tout cas, ce sont là, des objectifs avoués et recherchés.

¹²⁵ Sur la question des outils de la lutte contre l'impunité, l'on peut citer, la mise en œuvre de la compétence universelle des juges nationaux, l'admission d'une responsabilité pénale internationale pour crimes internationaux ou plus précisément la mise en œuvre d'une telle responsabilité, le recours aux juridictions pénales internationales, etc.

¹²⁶ L'idéologie de la lutte contre l'impunité peut ainsi s'énoncer : certains actes, du fait de leur caractère odieux et des souffrances qu'ils infligent à l'humanité méritent d'être qualifiés « crime » et punis par le droit.

¹²⁷ Sur une étude assez exhaustive de ce mouvement contemporain de politique criminelle en Europe, voir, G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1^{ère} éd., 2008.

¹²⁸ S. GABORIAU, « De l'indicible à la parole de la justice », in *La justice pénale internationale*, Actes du colloque organisé à Limoges les 22-23 novembre 2001, Presses Universitaires de Limoges, PULIM, 2002, pp.23-24.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

encore attachés à la mise en perspective de la « force normative » du paradigme du crime contre l'humanité.

Pourtant deux arguments au moins, l'un général et l'autre plus spécifique à la matière, commandent une telle réflexion. De manière générale d'abord, la réflexion est nécessaire dans la mesure où, plus le champ pénal contemporain mute et se complexifie, plus le rôle de la doctrine devient à la fois plus ardu et vital. De manière plus spécifique ensuite, la nécessité de s'engager dans la voie d'une telle réflexion tient au fait que, c'est l'ordre juridique international par le biais du Statut de Rome, élément majeur de la thèse de l'émergence d'un nouveau paradigme juridique, qui fournit, aux croisements des ordres normatifs différents, les indices de l'existence du paradigme du crime contre l'humanité qui joue ici un rôle de « matrice » pour la philosophie et l'énoncé du droit international.

En même temps qu'il détermine la positivité du nouveau paradigme, l'ordre juridique international reconnaît à l'ordre juridique interne la primauté de la reconnaissance des effets juridiques attachés au paradigme émergent. Cette technique normative, exprimée à travers le fameux principe de la complémentarité, rappelle à certains points la relation classique en droit entre *l'auteur* et le *récepteur* de la norme avec toutes les conséquences qui en découlent tant au niveau de la *détermination* du sens de la norme que son *appréciation* concrète. Mais en réalité la similitude n'est que de surface. Car à la différence du rapport classique impliquant deux autorités ou deux organes juridiques, législateur et juge en l'occurrence, la technique décrite ici met en rapport, non pas des autorités normatives, mais des ordres juridiques différents : l'ordre juridique internationale et l'ordre juridique interne. Or, une telle mise en rapport de ces deux ordres juridiques laisse clairement apparaître le phénomène au cœur du paradigme juridique émergent à savoir le phénomène de l'*internationalisation pénale* (A) qui, compte tenu de la primauté reconnue à l'ordre juridique national dans la prise en compte des effets du nouveau paradigme, contient inéluctablement un effet transformateur de la structure des systèmes pénaux (B).

A- Au cœur du paradigme juridique émergent : l'internationalisation pénale facteur de la force agissante du paradigme du crime contre l'humanité.

20. Au cœur du paradigme juridique émergent que constitue le paradigme du crime contre l'humanité, il y a le phénomène d'*internationalisation pénale* qui constitue le facteur de sa force agissante¹²⁹. Mais qu'est ce que l'*internationalisation pénale* ? Déjà, au milieu des

¹²⁹ Pour des études spécifiques portant sur le thème de l'internationalisation du droit pénal sous l'angle de sa force agissante, nous renvoyons à M-D. MEOUCHY TORBEY, *L'internationalisation du droit pénal*, Bruxelles,

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

années soixante dix, l'internationaliste Charles Rousseau notait que « très peu de concepts sont aussi équivoques que celui d'internationalisation et il n'est pas sûr que la manière dont il a été abordé en doctrine ait toujours contribué à l'éclairer »¹³⁰. Dans une perspective opératoire, l'*internationalisation pénale* apparaît comme un phénomène juridique contemporain. Un *mouvement* de normes qui affecte le champ pénal contemporain en établissant des *liens* entre lesdites normes à partir du critère d'*internationalité*. L'internationalité, quant à elle, est généralement considérée comme le critère juridique de rattachement permettant de conférer à une situation, à une norme, à un organe, ou encore à un ordre juridique tout entier, une dimension internationale¹³¹. Prenant appui sur cette conception, la littérature juridique semble offrir la possibilité de distinguer trois stades successifs d'internationalisation du droit.

21. Le premier stade de l'internationalisation que l'on peut qualifier de stade *matériel* constitue la forme la plus ancienne et contient une double perspective. Soit l'on considère qu'il y a internationalisation, lorsqu'une matière, comme l'exercice effectif de la souveraineté sur un territoire avait *échappé à l'autorité étatique* et était désormais exercée par une organisation internationale. Soit à l'inverse, l'on peut considérer qu'il y a internationalisation lorsque l'exercice par une autorité étatique d'un ensemble de prérogatives, est établi par un acte international, traité, convention ou acte unilatéral d'une organisation internationale, de sorte que l'internationalisation découlerait non pas de la nature internationale de l'organe qui les exerce, mais de l'origine internationale de sa capacité à exercer cet ensemble de prérogatives¹³². Le *Dictionnaire de droit international public* considère que le concept d'internationalisation désigne en principe, le « caractère international acquis par une affaire, un conflit ou une crise qui était à l'origine de nature purement interne ou avait un champ géographique restreint, à la suite d'une intervention d'Etats tiers ou d'une évocation d'une organisation internationale »¹³³. Cette définition relativement large est complétée par d'autres qui voient dans le phénomène d'internationalisation, l'ensemble des régimes juridiques fixés

Bruylant, 2008 ; P. POURZAND, *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue : étude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, LGDJ, 2008 ; I. FOUCHARD, *Le crime international entre internationalisation du droit pénal et la pénalisation du droit international*, Thèse, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2008 ; J-C. SAINT-PAU, « L'internationalisation du droit pénal », *D. Pen.*, n°9, septembre 2006.

¹³⁰ Ch. ROUSSEAU, *Droit international public, tome 2, Les sujets du droit*, Paris, Sirey, 1974, p. 413.

¹³¹ Sur la notion d'internationalité, nous renvoyons à E. WYLER, « « L'internationalité » en droit international public », *RGDIP*, 2004, pp. 633-678 ; I RUEDA, « Réflexions sur la notion d'internationalité en droit », *RRJ*, 2003, pp. 107-118.

¹³² *Ibid.* « (...) Il n'apparaît pas (...), que les régimes d'internationalisation constituent une catégorie juridique impliquant l'exercice effectif de la souveraineté – voire de la souveraineté suprême – par la communauté internationale organisée ».

¹³³ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 600.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

par traités internationaux et visant soit à faire échapper à la compétence exclusive des Etats certains espaces dans le but d'assurer leur non appropriation étatique, leur libre accès, leur libre utilisation ou protection, soit à fixer des règles de droit concernant la libre utilisation par les Etats en tant que voies « internationales » de certains espaces étatiques comme les voies de navigation, soit encore la réglementation, la surveillance ou la gestion par des commissions internationales de certains espaces étatiques, soit enfin à placer entièrement sous administration internationale certains espaces tels que les territoires ou les villes¹³⁴.

22. Le second stade de l'internationalisation va au-delà de la simple dimension matérielle pour atteindre une dimension *fonctionnelle*. Ce stade, plus juridique que factuel, se fonde généralement sur l'idée que, « internationaliser un rapport juridique – ou une situation juridique, c'est-à-dire un ensemble de rapports –, c'est soustraire ce rapport au droit interne, qui le régissait jusqu'alors, et le placer sous l'empire du droit international, qui le régira dorénavant »¹³⁵. Dans ce sens, l'internationalisation procéderait d'un *mouvement* d'abandon ou de transfert du droit interne vers le droit international faisant ainsi sortir la matière ou la situation considérée de la sphère du premier pour la faire entrer dans celle du second. Cela correspond dans une large mesure au mouvement d'*expansion du droit international* par la mise en commun par les Etats d'un nombre croissant de leurs activités économiques ou techniques dans un but d'intérêt général, mais aussi par la multiplication des organisations internationales, auxquelles les Etats tendent désormais à abandonner une part de plus en plus importante de leur souveraineté par *une amputation de leur sphère de compétence nationale*¹³⁶. Ce stade de l'internationalisation dit fonctionnel a souvent été considéré par une partie de la doctrine internationaliste comme pouvant s'étendre de manière indéfinie¹³⁷ et donc envahir presque tous les domaines du droit y compris le domaine pénal.

Il comprend généralement deux versants : un versant ascendant et un autre versant descendant. Dans le premier versant, le mouvement s'effectue du droit interne vers le droit international par son extension proposée ou imposée hors des frontières nationales. Ce mouvement est qualifié d'« externalisation » du droit interne. C'est le cas notamment de la répression internationale du trafic des êtres humains ou encore de la répression internationale

¹³⁴ *Ibid.*, pp. 600-601.

¹³⁵ L. DELBEZ, « Le concept d'internationalisation », *RGDIP*, 1967, p. 5.

¹³⁶ Voir sur ces développements, K. F. NDJIMBA, *L'internationalisation des constitutions des Etats en crise. Réflexions sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel*, Thèse, Université de Nancy, 2011, pp. 11-22.

¹³⁷ Cf. H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *RCADI*, 1953, p. 442.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

de l'infraction de corruption¹³⁸. Dans le second versant, le mouvement s'effectue du droit international vers le droit interne. Il s'agit dans ce cas de l'importation en droit interne de sources externes, par intégration spontanée ou provoquée du droit étranger ou international. Ce processus est dit d'« internalisation » du droit international¹³⁹. Cet aspect est très souvent étudié sous le chapitre des bases internationales ou des sources internationales du droit civil, du droit pénal, du droit administratif etc. D'un point de vue comparé, l'on peut relever que l'ouverture du droit interne aux sources externes a été très tôt pratiquée par les juges américains, comme le souligne la formule de la Cour suprême des Etats-Unis, « le droit international fait partie de notre droit, et doit être reconnu et appliqué par les juridictions appropriées toutes les fois que des questions de droit qui en dépendent sont dûment présentés en vue de leur résolution »¹⁴⁰. De manière générale, ces deux versants de l'internationalisation fonctionnelle du droit révèle un développement du droit international dans une dimension universaliste c'est-à-dire, qu'ils rendent compte d'une internationalisation qui pourrait bien être aussi une sorte d'*impérialisme juridique* »¹⁴¹.

23. Le troisième stade de l'internationalisation est le stade le plus achevé du phénomène qui peut être qualifiée d'internationalisation substantielle. En effet, dans ce cas, l'internationalisation est dite *transformatrice de la structure et de la texture des ordres juridiques*. Elle s'entend d'un mouvement,

« qui ne désigne pas une catégorie juridique stabilisée comme le droit interne ou le droit international, mais un processus, une dynamique qui marque une *ouverture* des systèmes des droits et *atténue les frontières entre le dedans et le dehors* »¹⁴².

A ce stade de l'internationalisation, il devient difficile et parfois même impossible de distinguer le droit national du droit international. En effet, l'internationalisation dans cette perspective transforme les rapports entre l'ordre interne et l'ordre international de sorte que les hypothèses monisme ou dualisme entre ces deux ordres juridiques sont dépassées par une

¹³⁸ Sur des détails concernant cet aspect de l'internationalisation pénale, cf. N. CAPUS, « Le répression de la traite des êtres humains au tournant du XIX^{ème} siècle : une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale », *op.cit.*

¹³⁹ M. DELMAS-MARTY, « Introduction », in M. DELMAS-MARTY et S. BREYER (dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit: France-Etats-Unis*, Paris, SLC, 2009, p.15.

¹⁴⁰ Cf. H. H. KOH, « International law as part of our law », *American Journal of International Law*, 2004.

¹⁴¹ Pour une étude systématique des rapports entre impérialisme et droit international, nous renvoyons à l'ouvrage collectif, E. JOUANNET et H. L. FABRI, *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, SLC, 2007. Plus précisément, E. JOUANNET, « Universalisme du droit international et impérialisme : le vrai faux paradoxe du droit international ? », *Ibid.*, pp. 15-40.

¹⁴² M. DELMAS-MARTY, *op.cit.*, p. 15.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

perspective pluraliste¹⁴³. Ce qui appelle dès lors un renouvellement de la réflexion sur les méthodes qui permettraient de mieux articuler droit interne et international¹⁴⁴.

Du point de vue de ses conséquences, cette dimension de l'internationalisation peut entraîner deux conséquences sur le plan normatif. La première est la « montée en puissance des juges »¹⁴⁵, nationaux et internationaux, stimulés par la concurrence et parfois même émancipés du carcan national¹⁴⁶. En matière pénale, la prise en compte de cette conséquence change littéralement le rapport du juge à la loi. De la simple « bouche » de la loi, le juge se transforme en « faiseur » de la loi, en tisseur de son propre système normatif à partir d'une certaine mise en *communication* des différents ordres juridiques en jeu¹⁴⁷. Cette transformation du rapport du juge à la loi favorise le développement des principes tels le principe de proportionnalité¹⁴⁸, le principe de complémentarité inscrit au frontispice du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale¹⁴⁹ ou encore des notions telles la « marge nationale d'appréciation »¹⁵⁰. La seconde conséquence est l'aboutissement à des phénomènes tels l'harmonisation, l'uniformisation ou encore l'unification du droit. Du fait de sa dimension transformatrice des ordres juridiques, l'internationalisation substantielle inclue et dépasse celle matérielle et fonctionnelle. C'est elle qui est au cœur du paradigme juridique émergent et peut être indirecte ou directe.

Lorsqu'elle est indirecte, elle s'entend d'un processus à deux temps à l'issue duquel les normes internationales pénètrent le champ pénal national. Le premier temps étant réalisé notamment par la constitutionnalisation du droit pénal et le second, par l'internationalisation des constitutions nationales. D'abord s'agissant du premier aspect, il convient de distinguer le mouvement de constitutionnalisation du droit pénal de l'existence du droit pénal constitutionnel. Si le premier est contemporain et mobilise de plus en plus l'attention de la

¹⁴³ *Ibid.*, p. 20.

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ Cf. M. DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, pp. 41-67 ; G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la bénévolence des juges », *Rev. sc. crim.*, 2005, pp. 799-817.

¹⁴⁶ M. DELMAS-MARTY, « Introduction », *op.cit.*, p. 20.

¹⁴⁷ Cf. infra, chap 1, titre 2, seconde partie, « le juge tisseur ».

¹⁴⁸ Dans cette perspective, le principe de proportionnalité est envisagé comme un régulateur dans les relations entre les droits nationaux et les droits supranationaux. Cette fonction dite de régulation permet, au principe, d'assurer un partage de compétence entre l'espace supranational et l'espace national, de déroger aux droits fondamentaux et libertés garantis par les ordres juridiques supranationaux. Voir dans ce sens, G. CANIVET, « La fonction du principe (de proportionnalité) en droit constitutionnel français et en droit européen », in M. DELMAS-MARTY et S. BREYER (dir.), *op.cit.*, pp. 140-157 ; M. ROSENFELD, « La fonction du principe (de proportionnalité) en droit constitutionnel américain », *Ibid.*, pp. 133-140.

¹⁴⁹ Cf. infra, « la définition de la complémentarité ».

¹⁵⁰ Cf. infra, chap 1, titre 1, première partie, « marge nationale d'appréciation ».

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

doctrine, le second est par contre très ancien et concerne la protection pénale de l'Etat¹⁵¹. Dans le même ordre d'idées, il convient aussi de souligner qu'en France par exemple, le mouvement de constitutionnalisation du droit pénal se développe de manière prétorienne à travers l'influence des décisions du Conseil constitutionnel sur le droit pénal¹⁵². En Afrique en revanche, les éléments de constitutionnalisation du droit pénal résultent, comme il sera analysé, des récentes réformes constitutionnelles¹⁵³ et plus précisément du phénomène de constitutionnalisation des droits fondamentaux¹⁵⁴ qui a entraîné une dynamique de toilettage du droit pénal¹⁵⁵. Ensuite, s'agissant de l'internationalisation du droit constitutionnel, il

¹⁵¹ A l'origine, la constitutionnalisation du droit pénal est le mouvement contemporain à l'issue duquel, les principes du droit pénal acquièrent une valeur constitutionnelle. C'est, comme les auteurs l'ont affirmé, le mouvement d'envahissement des différentes branches du droit par la constitution. A ce propos, cf. C. LAZERGES, « Les limites de la constitutionnalisation du droit pénal des mineurs », *Arch. pol. crim.*, 2008, pp. 7-23 ; S. YAWAGA, « Réflexion sur la constitutionnalisation de certains aspects du droit pénal camerounais de fond », *Rev. sc. crim.*, 2001 ; D. MAYER, « L'apport du droit constitutionnel au droit pénal français », *Rev. sc. crim.*, 1988 ; L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit pénal français », *Rev. sc. crim.*, 1985, pp. 711 ss. Sur les généralités de cette problématique voir, B. MATHIEU et M. VERPEAUX (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit. Actes de l'atelier du IIIe congrès de l'AFDC*, Paris, Economica/PUAM, 1999. Par contre, le droit pénal constitutionnel est une branche du droit pénal spécial très ancienne qui prend la constitution comme une valeur sociale à protéger. Elle regroupe une série d'incriminations relatives à la protection de l'intégrité du territoire, de la souveraineté de l'Etat, de la sûreté de l'Etat et, à certains égards, certaines infractions relatives à la fraude électorale. L'affirmation du droit pénal constitutionnel résulte du phénomène de pénalisation du droit constitutionnel. Cet aspect est généralement abordé dans les manuels de droit pénal spécial. Cependant, certains auteurs en admettant bien cette distinction, font du mouvement de constitutionnalisation du droit pénal un objet d'étude du droit pénal constitutionnel. Sur cette approche, lire particulièrement la récente thèse de, A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Thèse, Paris 2, Panthéon-Assas, 2011.

¹⁵² Cf. L. GOLOVKO, « La place des décisions de la juridiction constitutionnelle dans les sources du droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, pp. 763-772 ; J. PRADEL, « Les principes constitutionnels du procès pénal », *Cah. cons. const.*, 2003, note, C. LAZERGES, « Le conseil constitutionnel acteur de politique criminelle, A propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 725 ss ; C. LAZERGES et D. ROUSSEAU, Commentaire de la décision 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Revue de droit public*, 2003, pp. 1147 ss ; N. MOLFESSIS, « L'irrigation du droit par les décisions du conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, n° 105, 2003, pp. 99 ss.

¹⁵³ Cf. A. MINKOA SHE, *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, coll. « La vie du droit en Afrique », 1999.

¹⁵⁴ C. A. MAHIQUES, « Les principes constitutionnels de droit pénal vis-à-vis des traités internationaux des droits de l'homme. Le cas argentin et l'expérience comparée », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, op.cit.*, pp. 817 ss ; A. D. OLINGA, « L'Afrique face à la « globalisation » des techniques de protection des droits fondamentaux », *Présence africaine*, n°159, 1999, pp. 27-45.

¹⁵⁵ Lire avec grand intérêt, F. ANOUKAHA, « Droit pénal et démocratie en Afrique noire francophone. L'expérience camerounaise », *Arch. pol. crim.*, n°17, 1995, pp. 115-172. L'auteur écrit notamment qu'à la faveur du sommet de la Baule, les Etats africains se sont lancés dans un vaste processus de démocratisation dont la réécriture du droit pénal, véritable fer de lance des politiques autoritaires a occupé une place de choix. Dans cette dynamique de toilettage du droit pénal, certains principes tels que le principe de la légalité pénale, la non-rétroactivité des lois, les techniques d'incrimination, la présomption d'innocence ont acquis une valeur constitutionnelle. Certes, ces principes figuraient déjà dans les constitutions antérieures au mouvement des années 1990, mais du fait qu'ils étaient proclamés dans le préambule n'avaient aucune valeur constitutionnelle dès lors que le préambule lui-même n'était pas partie intégrante de la constitution. Ce fut notamment le cas au Cameroun. Cf. A. D. OLINGA, « L'aménagement des droits et libertés dans la constitution camerounaise révisée », *RIDH*, 1996, pp. 116 ss ; J. MOUANGUE KOBILA, « Le préambule du texte constitutionnel du 18 janvier 1996 : de l'enseigne décorative à l'étalage utilitaire », *Lex Lata*, n°23-24, 1996 ; M. KAMTO, « Révision constitutionnelle ou écriture d'une nouvelle constitution », *Ibid.* Sur une vue panoramique de cette révision constitutionnelle, nous

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

convient de relever que comme la constitutionnalisation du droit pénal l'est pour les pénalistes, l'internationalisation du droit constitutionnel est désormais un thème classique pour les publicistes internationalistes¹⁵⁶. Par la pénétration de la constitution nationale dans la sphère internationale qu'elle réalise, elle consacre par transitivité une internationalisation indirecte du droit pénal qu'il soit de fond ou de procédure¹⁵⁷.

Lorsqu'elle est directe, l'internationalisation suppose une pénétration du droit international dans le champ pénal national sans l'intermédiaire d'un autre corps de normes. Envisagée sous l'angle du nouveau paradigme juridique émergent, elle résulte soit d'une *mise sous tutelle internationale du droit pénal national* comme cela fut le cas avec la mise sous surveillance du droit pénal rwandais par la jurisprudence du TPIR¹⁵⁸ ; soit d'une *mise sous tension du champ pénal national par la réception des core crimes en droit interne*¹⁵⁹ tel que cela fut mis en lumière par très célèbre affaire Hissène Habré¹⁶⁰ ; soit encore d'une *mise en*

renvoyons à l'ouvrage collectif, S. MELONE, A. MINKOA SHE et L. SINDJOUN (dir.), *La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996. Aspects juridiques et politiques*, Yaoundé, Friedrich-Ebert, 1996.

¹⁵⁶ Sur cette question l'on peut citer, G. SCALLE, « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, pp. 501-515 ; B. MIRKINE GUETZEVITCH, « Droit international et droit constitutionnel », *RCADI*, 1931-IV, vol. 38, pp. 367-465 ; *Le droit constitutionnel dans ses rapports avec le droit international*, Paris, Institut des hautes études et centre européen de dotation Canergie, 1932 ; G. DOR, « Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles de droit public interne », in *Mélanges Ernest Mahaim*, vol.2., Sciences juridiques, Paris, Sirey, 1935, pp. 115-133. Pour des études récentes, H. TOURARD, *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000 ; S. TORCOL, *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la constitution européenne. Essai critique de l'ingénierie constitutionnelle*, Thèse Toulon, 2002 ; D. MAUS, « L'influence internationale sur l'exercice du pouvoir constituant », in *Le renouveau du constitutionnalisme. Mélanges Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 87-102 ; N. MAZIAU, « Les constitutions internationalisées : aspects théoriques et essai de typologie. Le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *RGDIP*, 2002-3, pp. 549-579.

¹⁵⁷ Il s'agit d'une internationalisation du droit pénal limitée davantage aux principes directeurs de la matière tels, le principe de la légalité pénale ou celui de la présomption d'innocence, cf. L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in *Mélanges Vitu*, Paris, Cujas, 1989, pp. 170-203.

¹⁵⁸ Le TPIR, entendu Tribunal Pénal International pour le Rwanda, a été créé le 8 novembre 1994 par la Résolution 955 du Conseil de sécurité de l'ONU. Par la résolution 977 du 22 février 1995, le siège du Tribunal est établi à Arusha en Tanzanie. Le bureau du Procureur et les chambres se trouvent à Arusha, tandis que la Chambre d'appel siège à La Haye au Pays-Bas. Sur le plan de la compétence, le TPIR est habilité à juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire d'Etats voisins entre le 31 janvier et le 31 décembre 1994. Les premiers actes d'accusation du Tribunal ont été émis en 1995, après l'élection des premiers juges.

¹⁵⁹ Ce fut par exemple le cas en droit pénal camerounais ou en droit pénal sénégalais avec la création dans le champ pénal national de l'incrimination de torture suite à la ratification de la convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 39/46 du 10 décembre 1984. L'on peut également citer la loi n°97/019 du 07 août 1997 relative au contrôle des stupéfiants, des substances psychotropes et des précurseurs et à l'extradition et à l'entraide judiciaire en matière de trafic des stupéfiants, des substances psychotropes et des précurseurs issue de la ratification des conventions de l'ONU sur le contrôle international des drogues (Convention unique sur les stupéfiants de 1961 amendée par le Protocole de 1972 ; Convention contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes).

¹⁶⁰ Hissène Habré ancien dictateur du Tchad, déchu depuis 1990 a trouvé refuge au Sénégal depuis le coup d'Etat organisé par Idriss Déby. En janvier 1998, le ministre de la justice du Tchad déclare vouloir demander son

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

application du droit pénal national par les instances internationales. Ce dernier cas par exemple à la mise sur pied d'un tribunal dit *spécial et internationalisé* pour la Sierra Leone (TSSL)¹⁶¹. Cette juridiction, analysée comme relevant de la catégorie des juridictions mixtes¹⁶², combine le droit national représenté par des juges locaux et le droit international incarné par des juges onusiens¹⁶³. Ce qui aboutit à une logique « *ad hociste* »¹⁶⁴, tendant

extradition, mais pour des raisons de politique interne aucune demande d'extradition n'est finalement envoyée aux autorités sénégalaises. Cependant, l'idée de poursuivre Hissène Habré devant les tribunaux étrangers a suivi son chemin dans les milieux des ONG et, en janvier 2000, certaines plaintes avec constitution de partie civile contre le dictateur déchu sont déposées au Sénégal. Le parquet de Dakar suit les plaignants et saisit un Juge d'instruction, qui inculpa Hissène Habré pour crimes contre l'humanité, actes de torture et de barbarie, étant précisé que l'acte de barbarie en droit sénégalais est une circonstance aggravante du meurtre.

¹⁶¹ Le TSSL, entendu Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, a été créé par la Résolution 1315 du Conseil de sécurité du 14 août 2000. Cette résolution donnait mandat à l'Assemblée générale des Nations Unies de négocier un accord avec le gouvernement de Sierra Leone pour la création d'une juridiction mixte devant juger les atrocités perpétrées dans ce pays. Cet accord intitulé : « Accord entre l'ONU et la Sierra Leone » sur la création d'un Tribunal spécial a été signé à Freetown le 16 janvier 2002. Le TSSL est compétent, selon ses statuts, pour juger ceux qui portent la responsabilité des plus sérieuses violations du droit humanitaire et des lois de Sierra Leone, commises sur le territoire du pays depuis le 30 novembre 1996.

¹⁶² Pour une approche globale de la problématique de cette forme de juridictions pénales dites de « troisième génération » « internationalisées » ou « de proximité », cf., H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et J-M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées*, *op.cit.* ; C. L. SRIRAM, « Globalising justice : from universal jurisdiction to mixed tribunals », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, 2004, pp. 7-32 ; Y. KERBRAT, « Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées : les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone », in P. TAVERNIER (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale*. Colloque d'Evry 24 octobre 2003, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 263-273 ; L.A. DICKINSON, « The promise of hybrid courts », *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 295-310 ; C.P.R. ROMANO et T. BOUTRUCHE, « Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice hybride », *RGDIP*, vol.1, 2003, pp. 109-124 ; Ph. PAZARTZIS, « Tribunaux pénaux internationalisés : une nouvelle approche de la justice pénale (internationale ?) », *AFDI*, 2003, pp. 641-661 ; L. CONDORELLI, « Internationalized criminal courts and tribunals : practice and prospects », in C. ROMANO, A. NOLLKAEMPER, J.K. KLEFFNER (dir.), *Internationalized criminals courts and tribunals : Est Timor, Sierra Leone, Kosovo and Cambodia*, Colloque d'Amsterdam, 25-26 janvier 2002 ; J-M. SOREL, « Timor-Oriental : un résumé de l'histoire du droit international », *RGDIP*, vol. 1, 2000, pp. 37-; 60. Pour une analyse spécifique portant sur le « modèle international » du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, cf. à titre illustratif, M.B. SOW, *Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone : entre droit et politique*, Thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2007 ; J. JONES, « The Special court of Sierra Leone : A defence perspective », *Journal of international criminal justice*, vol. 2, 2004, pp. 211-230 ; R. CRYER, « A 'Special court' for Sierra Leone ? », *International and comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, pp. 435-446 ; S. BERESFORD et A.S. MULLER, « The Special court for Sierra Leone : an initial comment », *Leiden Journal of international Law*, 2001, pp. 635-651 ; C. DENIS, « Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *RBDI*, vol. 1, 2001, pp. 236-272 ; C. SCHOCKEN, « The Special court for Sierra Leone : overview and recommandations », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002 ; pp. 436-461 ; N. FRITZ et A. SMITH, « Current apathy for coming anarchy : building the Special court for Sierra Leone », *Frodham International Law Journal*, vol. 25, 2001, pp. 391 ss ; C. LAUCCI et *ali.*, « Projet de Tribunal spécial pour la Sierra Leone : vers une troisième génération de juridictions pénales internationales ? », *L'Observateur des Nations Unies*, n°9, 2000, pp. 197 ss.

¹⁶³ Aux termes de cet article 5, « Le Tribunal spécial sera habilité à juger les personnes accusés d'avoir commis les crimes ci-après au regard du droit sierra-léonais : a) sévices à l'encontre de fillettes [loi de 1926 relative à la prévention de la cruauté à l'encontre de l'enfance (chap. 31)] : i) sévices à l'encontre de fillettes de moins de 13 ans en violation de l'article 6 ; ii) sévices en l'encontre de fillettes âgées de 13 ans ou 14 ans en violation de l'article 7 ; iii) enlèvement de fillettes à des fins immorales en violation de l'article 12 ; b) destruction gratuite de biens (loi relative aux dommages volontaires de 1861) : i) incendie de maisons alors qu'une personne quelconque s'y trouve en violation de l'article 2 ; ii) incendies d'édifices publics ou autres en violation des articles 5 et 6 ; iii)- incendies d'autres édifices en violation de l'article 6 ». Une même approche du caractère mixte du droit applicable a également été admise au sujet des Chambres extraordinaires pour le Cambodge, R. KOLB, *op.cit.*, p. 63.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

symétriquement à « mondialiser [des] juges nationaux »¹⁶⁵, tout comme à « internaliser ceux internationaux »¹⁶⁶.

Eu égard à ces considérations, il apparaît clairement que le phénomène de l'*internationalisation pénale* découlant directement du paradigme juridique en émergence, c'est-à-dire uniquement pris dans sa dimension substantielle, confère au paradigme du crime contre l'humanité une force agissante sur la structure des systèmes pénaux nationaux africains. Telle est la problématique au centre de la présente. Mais comment la formuler ?

B- Au cœur de l'internormativité à l'aune de l'internationalisation pénale : la question centrale de l'étude.

24. Si la stabilité et la permanence demeurent les caractéristiques immuables du droit en général, le droit pénal contemporain est quant lui de plus en plus instable et de moins en moins permanent. Il est affecté par le *mouvement* ou mieux, *il est en mouvement* et le phénomène, au regard des phénomènes naturels de l'univers, n'est pas marginal. Depuis « les atomes jusqu'aux planètes les plus reculées de l'univers, il n'est pas un élément dont on puisse dire qu'il est définitivement et totalement immobile vis-à-vis d'un autre »¹⁶⁷. Cette image de l'univers tout court, correspond parfaitement à celle de l'univers des ordres et des normes structurant l'espace pénal. Un regard panoramique des systèmes pénaux de part le monde révèle, qu'à l'intérieur de ceux-ci, les normes positives sont en constante et totale interaction depuis l'entrée dans ce XXI^e siècle. Dans ce contexte, toute réflexion pénale contemporaine ne saurait plus être ni radicalement fermée sur l'étude d'une *catégorie pure* comme le droit pénal interne, ni seulement centrée sur l'analyse systématique d'une *catégorie hybride* comme le droit pénal international¹⁶⁸, mais résolument ouverte sur l'examen d'un

¹⁶⁴ Selon l'expression de L. CONDORELLI, *op.cit*

¹⁶⁵ A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 3.

¹⁶⁶ J-M. SOREL, « Introduction », in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et J-M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées*, *op.cit.*, p. 21.

¹⁶⁷ S. DIEBOLT, *Le droit en mouvement. Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse, Université de Paris X-Nanterre, 2000, p. 5.

¹⁶⁸ Il ne nous semble pas particulièrement fertile de revenir sur la controverse historique articulée autour de l'antéposition ou de la postposition de l'épithète « international » pour désigner la discipline en jeu : « droit pénal international » ou « droit international pénal » au moins pour deux principales raisons. La première tient à ce que cette controverse, qui revient à « attacher trop d'importance à la seule place d'un mot » (C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1979, p. 13), cache mal une querelle de chapelle entre pénalistes et internationalistes chacun valorisant à tort ou à raison la place de sa discipline de base dans la qualification de la discipline naissante. La seconde est qu'en réalité, cette controverse est davantage un débat franco français. En effet, elle est totalement ignorée de la littérature anglaise qui consacre unanimement l'expression « *International criminal law* ». Pour quelques références doctrinales relativement récentes sur cette question de dénomination de la discipline, l'on peut citer, Ph. CURAT, *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la cour pénale*

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

mouvement instable aux conséquences normatives imprévisibles tel l'*internationalisation pénale*. Seule une telle approche du pénal d'aujourd'hui permet effectivement de découvrir la réalité contemporaine des *systèmes pénaux étatiques* – et les systèmes pénaux africains en font partie – qui sont en perte de leurs « frontières naturelles ». Celles-ci, souveraineté, territorialité et légalité, – qui constituaient jadis des corps solides – s'effritent confrontées notamment aux paradigmes juridiques émergents, comme le *paradigme du crime contre l'humanité*.

Phénomène majeur qui ne semble plus échapper à la doctrine pénaliste du XXI^e siècle – qui y échappe ? – le mouvement de l'*internationalisation du droit* considéré à l'aune du paradigme juridique émergent du crime contre l'humanité se caractérise principalement par la dynamique normative de systématisation des *biens juridiques supranationaux* à travers l'émergence de la catégorie *des crimes internationaux par nature et notamment du crime contre l'humanité* qui en constitue le vecteur privilégié. Dans cette perspective, les principales orientations dudit paradigme mettent le système pénal classique, en Afrique ou ailleurs, sous l'influence de l'humanisme juridique moderne dans un cadre mondialisé, ou plus précisément, sous l'influence du rapport droit pénal et – droit des – droits de l'homme à l'épreuve de la mondialisation¹⁶⁹. Cette mise sous influence du système pénal tend à provoquer une certaine « désétatisation » du droit pénal du fait non pas de la disparition totale de l'Etat, mais plutôt de la remise en cause du dogme classique de la *pureté* aux termes duquel l'on ne peut déborder l'Etat sans scier à la base le droit pénal.

25. De nombreuses études se sont penchées sur certains aspects importants de ce phénomène de l'*internationalisation pénale*. A les parcourir, il en ressort une conclusion à deux variantes complémentaires : l'*érosion du monopole étatique comme source du droit*

internationale, Paris/Bruxelles/Genève, LGDJ/Bruylant/Schulthess, 2006, pp. 25 ss ; A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 3^e éd. 2005, pp. 1 ss ; M. MASSE, « A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre d'une nouvelle discipline juridique », in *Apprendre à douter. Questions de droit. Questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presse Universitaire de Limoges, 2004, pp. 719-733 ; S. SZUREK, « Histoire. La formation du droit international pénal », in H. ASCENCIO, E. DECAUX et A. PELLET, *Droit pénal international*, Paris, Pedone, 2000, pp. 8 ss ; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Droit pénal international : l'emprisonnement des personnes condamnées par les juridictions pénales internationales. Les conditions relatives à l'aménagement des peines », *Rev. Sc. crim.*, 2003, pp. 162-171 ; C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. XI de la préface. Du même auteur, « Le droit pénal international, son histoire, son objet, son contenu », *RIDP*, 1981, pp. 41-82.

¹⁶⁹ Les études portant sur les rapports entre le droit pénal et les droits de l'homme constituent désormais une approche autonome des sciences pénales. A titre illustratif, cf. Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis/Bruylant, coll. « Droit », 2007 ; A. MINKOA SHE, *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, 1999.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

pénal d'une part, et l'infléchissement de l'autorité de la loi et l'incapacité du texte législatif à traduire l'entière du droit pénal d'autre part.

En effet, la prolifération institutionnelle post-seconde guerre mondiale et la fragmentation des ordres juridictionnels pénaux qui l'accompagne semble avoir créé une pluralité des sources et des méthodes de production des normes pénales¹⁷⁰. Dans ce contexte d'internationalisation pénale, affirme la doctrine, l'unité de l'ordre pénal conçue classiquement autour de l'idéal du code pénal étatique et absolutiste s'est défaite¹⁷¹. La hiérarchie des normes, si elle n'est pas encore totalement en crise – bien que, du reste, certains démontrent non sans pertinence cette crise¹⁷² –, est suffisamment perturbée¹⁷³. Les auteurs les plus imaginatifs évoquent, pour schématiser certaines conséquences provisoires du processus de désétatisation du droit pénal en cours, du point de vue de l'agencement des normes, ou de leur articulation, des « types » de « hiérarchies discontinues et enchevêtrées, alternatives et inversées au travers des pyramides inachevées »¹⁷⁴. La conclusion de cette description est implacable et tout le monde s'y accorde : le champ pénal actuel donne à voir, « l'image d'un inquiétant désordre normatif »¹⁷⁵. Ce dessin, dont certains points saillants seront présentés plus loin, tient non seulement à « la superposition fragmentaires des normes mais aussi à cette mise à l'écart du principe de hiérarchie que ce soit par l'interruption de la chaîne verticale entre droit national et droit international (principe de subsidiarité, principe de complémentarité, marge nationale d'appréciation), que ce soit par l'instauration – horizontale – d'ensembles supranationaux autonomes excluant entre eux toute forme de subordination »¹⁷⁶.

¹⁷⁰ L'on peut mentionner la multiplication des foyers de production des normes pénales, national, régional voir international. Aussi, la modification du rapport du juge à la loi et la prise d'importance des acteurs non étatiques comme les ONG dans la production des normes.

¹⁷¹ Cette problématique a été analysée par le professeur Mireille Delmas-Marty avec toute la profondeur qu'on lui connaît. En effet, elle a été sur certaines de ses dimensions systématisée autour de ce que l'auteur a qualifié, de manière fort saisissante, du paradigme du flou. Cf., M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Essais débats », 2004.

¹⁷² P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *op.cit.*, p. 749 : « La hiérarchie des normes est en crise. Les causes en sont multiples... ».

¹⁷³ F. GRANET, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », *op.cit.*, pp. 41-45.

¹⁷⁴ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, coll. « La librairie du xx^e siècle », 1994, pp. 91-113.

¹⁷⁵ M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, coll. « Essais », 1998, p. 92 ; « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *op.cit.* ; « L'espace judiciaire européen : laboratoire de la mondialisation », *Dalloz*, 2000, chron. p. 421 ; « La mondialisation du droit : chances et risques », *Ibid.*, p. 43.

¹⁷⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions. L'inévitable dialogue des juges », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 17-36 pp. 17-36, spéc. 18.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

26. Allant plus loin que cette simple description phénoménologique pour interroger la logique voire la philosophie de l'impact du phénomène de l'*internationalisation pénale* sur la structure normative des systèmes pénaux, il semble autorisé de constater que *les bouleversements qui affectent le droit pénal et engendrent la désétatisation de son système suggèrent inéluctablement une recomposition normative du champ pénal*¹⁷⁷. Mais le sens de cette recomposition donne lieu, à des interprétations différentes au regard de la question même du devenir du système pénal.

27. En Europe, et plus particulièrement en France par exemple, deux tendances doctrinales distinctes, mais non opposées, semblent se dégager autour de cette question¹⁷⁸. Selon une première tendance très affichée, l'inévitable recomposition du champ pénal constatée appelle une mobilisation de l'hypothèse de la « postmodernité »¹⁷⁹. Cette tendance s'articule autour de l'idée que la « désétatisation » du droit pénal, par le fait qu'elle emporte des ruptures épistémologiques touchant le droit pénal et les sciences criminelles, annoncent, sous l'angle du devenir du système pénal, l'émergence d'un *ordre pénal postmoderne*¹⁸⁰. Selon une

¹⁷⁷ De nombreux travaux s'intéressent en effet aux recompositions en cours dans le champ pénal. Pour quelques références récentes, voir, A. PIRES, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Revue sociologie et société*, 2001, p. 179 ; T. PAPTHEODOROU et P. MARY (dir.), *Mutations des politiques criminelles en Europe*, Groupe européen de recherches sur les normativités pénales et Université du Péloponèse, éd., Papazissis, 2006 ; M-L. CESONI, *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2007 ; J-F. CAUCHIE et D. KAMINSKI (dir.), « L'innovation pénale. Recherche empirique et théorique », *Revue de criminologie électronique bilingue*, Champ pénal/ Penal field, <http://champpenal.revues.org>, consulté le 23 novembre 2011.

¹⁷⁸ Il s'agit bien de simples tendances doctrinales et non de véritables thèses doctrinales en ce que d'une part, elles ne s'opposent pas l'une de l'autre et d'autre part, les mêmes auteurs peuvent selon le cas soutenir l'idée défendue dans l'une ou l'autre hypothèse.

¹⁷⁹ Du point de vue sémantique, l'expression « postmodernité » renvoie simplement à une époque de l'histoire qui viendrait après l'époque moderne. Mais, aujourd'hui, elle a un sens plus épistémologique et l'expression désigne davantage une grille de lecture capable de saisir les bouleversements qui affectent notre perception des choses, notre raisonnement et les différentes solutions que nous proposons aux grandes questions de société de l'heure. Appliquée au droit, plusieurs auteurs, notamment, Jacques CHEVALLIER, André-Jean ARNAUD, Benoît FRYDMAN, en ont fait un paradigme. Dans cette perspective, ils estiment que la postmodernité transforme la régulation juridique et suscite le constat de l'existence d'une nouvelle normativité. Les concepts permettant d'en rendre compte sont : complexité, flexibilité, réseau, rhizome, flou, etc. Pour une illustration de l'emploi de la postmodernité dans une approche épistémologique cf. principalement, J. CHEVALLIER, « L'Etat-postmoderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, vol. 39, 2004, pp. 107-120.

¹⁸⁰ Au sujet de l'évolution du droit dans l'hypothèse postmoderne, cf. A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert : vers un droit postmoderne », in F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Le jeu un paradigme pour le droit*, Paris, PUF, 1993, pp. 111 ss ; « Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun », *Droit et société*, n°20-21, 1993, pp. 17 ss ; P. MAISANI et F. WIENER, « Réflexion autour de la conception postmoderne du droit », *Droit et société*, n°27, 1994, pp. 443 ss ; F. MICHAUT, « Vers une conception postmoderne du droit : la conception du droit chez Ronald Dworkin », *Droits*, 1990, pp. 181 ss ; P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », in C. A. MORAND (dir.), *L'Etat propulsif*, Paris, Publisud, 1991, pp. 129 ss ; A. GARAPON, « Comment penser l'acte de juger après le positivisme », *Droit et culture*, n°26, 1993, pp. 143 ss ; P. BOUREZT (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit/Le Seuil, 1991 ; J. CHEVALLIER, *L'Etat postmoderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 4^e éd., 2008 ; *id.*, *Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998. Pour une réflexion ouverte dans le champ pénal, cf. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, t. II : Le pluralisme ordonné*, Paris, le Seuil, 2006, p. 31 ; *id.*, « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *Rev.*

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

seconde tendance plus discrète, qui semble s'inscrire dans le prolongement de la première, le processus de *désétatisation du droit pénal*, au regard de l'émergence et de la systématisation des biens juridiques supranationaux, offre la possibilité de réinventer un droit « commun »¹⁸¹ par le retour au mythe médiéval de l'élaboration du *jus commune*¹⁸². Mais à la différence de l'époque médiévale qui visait l'élaboration d'un droit « unique » applicable à tous, cette tendance reprend, à certains égards, la substance de la vieille idée lancée par le comparatiste français Saleilles de l'élaboration d'un « droit naturel à contenu variable [tendant] à devenir le droit commun de l'humanité »¹⁸³. En clair, cette tendance défend la thèse de la mobilisation des systèmes pénaux contemporains pour l'élaboration *en commun d'un droit commun* pour l'humanité¹⁸⁴.

28. En Afrique en revanche, l'analyse de la nécessaire recomposition du système pénal national à l'aune du paradigme juridique émergent n'a presque jamais été entreprise ni partiellement ni globalement. Pourtant, au regard de l'actualité, une telle réflexion mérite d'être engagée au moins pour deux raisons. La première permettrait d'évaluer la capacité de résistance de l'option normative initiale de la structure des systèmes pénaux nationaux face à l'apparition des phénomènes contemporains de transformation de la normativité juridique et suscitent – le constat semble général – la crise du modèle pyramidale et hiérarchique

sc. crim., 2004, p.1 ; Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal : des frontières « naturelles » en question », *op.cit.*, p. 3. Pour une approche transversale de l'hypothèse de la postmodernité dans le champ pénal, cf. l'ouvrage collectif, M. MASSE, J-P. JEAN et A. GUIDICELLI (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 2009.

¹⁸¹ M. DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *Dalloz*, 1995, chron. p. 1. L'auteur affirme en effet qu'il s'agit de « Réinventer » parce que l'idée de droit commun n'est pas nouvelle et que les changements dans le paysage juridique actuel offre désormais pour la première fois dans l'histoire, la possibilité de concevoir un droit commun opératoire. Dans le même ordre d'idées, cf. « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pirre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, pp. 229-242.

¹⁸² Sur la notion spécifique de « jus commune », nous renvoyons aux travaux de l'*Unité mixte de recherche de droit comparé* de Paris, notamment ceux contenus dans l'ouvrage collectif, M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT et H. RUIZ FABRI, *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, SLC, 2002. Plus précisément, la deuxième partie, « Droit commun et jus commune », la troisième partie, « L'enchevêtrement des espaces normatifs », la quatrième partie, « Le pari d'un droit pénal commun » et la sixième partie, « Le défi d'un droit commun des obligations ». Pour d'autres contributions, cf. M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op.cit.* ; « La mondialisation du droit : chances et risques », *op.cit.* ; « Le rôle du juge européen et la renaissance du jus commune », in *Mélanges Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1997 ; J.L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté des droits*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1999, spéc. pp. 195 ss ; B. DE WITTE et C. FORDER, *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Kluwer, 1992 ; R. DAVID, « Renaissance de l'idée de jus gentium : une proposition française », in *Le droit comparé. Droit d'hier, droit de demain*, Economica, 1982, p. 319 ss ; G. BRAIBANT, « Existe-t-il un système européen de fonction publique ? », *RF adm. publ.* 1993.611 ; B. OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998 ; « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit. Mélanges Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 311 ss.

¹⁸³ R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel », *Rev.trim.dr.civ.*, 1902, p. 80.

¹⁸⁴ Cette thèse qui s'appuie sur les fonctions philosophiques et axiologiques du droit pénal a été suffisamment développée par le professeur Mireille Delmas-Marty, voir les études précitées.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

d'engendrement et d'articulation du droit. La seconde permettrait de déterminer, au regard desdits phénomènes, s'il y a rupture ou continuité avec le modèle d'articulation normative issu des premières législations pénales africaines postindépendance. C'est en se situant dans le sillage de cette double perspective que l'on choisit d'engager et d'orienter la présente étude autour de la question de savoir : *quelle est la force agissante du paradigme du crime contre l'humanité, paradigme juridique en émergence, sur la structure des systèmes pénaux nationaux ?* En d'autres termes, *la force agissante du paradigme du crime contre l'humanité serait-elle une force normative introduisant une autre manière ou une autre technique d'articulation des ordres normatifs composant le champ pénal africain et par voie de conséquence, suggérant un renouvellement de l'épistémologie de la structure des systèmes pénaux africains au regard de leur transition vers des modèles complexes ?*

29. Dans le souci de décrire et de clarifier ce qui semble en cours dans le champ pénal africain, la réponse à cette question et qui compose l'idée générale de la présente thèse¹⁸⁵ est la suivante : *l'admission du paradigme émergent du crime contre l'humanité, vecteur de l'internationalisation pénale, cause et conséquence du processus de désétatisation du droit pénal, et donc de remise en cause des deux formes de hiérarchies normatives « strictes » actuellement en vigueur dans l'espace pénal africain, travaillent le champ pénal africain de l'extérieur et provoque la recomposition de la structure du système de l'intérieur. Dans cet ordre d'idées, l'émergence et la systématisation des biens juridiques supranationaux marquent un jalon dans la transformation des formes d'articulation de l'ordre pénal en Afrique. Celui-ci abandonnerait progressivement, sur certains points tout au moins, le modèle moniste et absolutiste du droit institué de manière hégémonique lors des premières codifications issues des indépendances pour se reconstruire à partir de la renaissance de la perspective pluraliste consubstantielle au phénomène juridique en Afrique. Concrètement, par l'effet du paradigme émergent, il s'opère un mouvement de rupture avec le modèle ancien d'articulation normative qui se réalise par la substitution de la technique dite de la « hiérarchie stricte » par une autre privilégiant des dynamiques d'articulation des normes à partir des formes de « hiérarchies complémentaires ».*

Une telle réponse, qui structure la démonstration à venir, sans véritablement se détacher de l'hypothèse de l'émergence d'un ordre pénal postmoderne ni de celle de la réinvention d'un droit commun, admises à l'échelle européenne, suggère que les phénomènes *d'internormativité* observables, dans l'espace pénal africain, relancent avec pertinence et

¹⁸⁵ Sur la notion d'idée générale dans la thèse de doctorat en droit cf. R. GASSIN, « une méthode de la thèse de doctorat en droit », *RJJ*, n°4, 1996, pp. 1167 ss.

profondeur, le débat sur le relatif et l'universel, le local et le global, le reçu et l'originelle, bref, ces bouleversements relancent le débat sur *l'altérité* dans le champ pénal africain. Dans ce sens, le paradigme émergent du crime contre l'humanité révèle une dynamique de transformation des ordres pénaux africains en ce qu'il donne à voir un système pénal national se réinscrivant dans une (ancienne) *perspective pluraliste* (aujourd'hui) de plus en plus indépassable.

Ainsi envisagée sous ce prisme d'un *système normatif en transition*, l'idée générale de la présente réflexion s'inscrit nécessairement dans la perspective plus générale de la recherche d'une théorie sur le droit (pénal) en mouvement, au sens où cette théorie amène à considérer le système normatif (pénal) toujours comme un système interactif et évolutif. Ainsi, elle a en toile de fond théorique l'affirmation des professeurs François Ost et Michel van de Kerchove du passage, en matière pénale, du paysage juridique « d'une représentation monologique et pyramidale » à « une représentation pluraliste et relativiste »¹⁸⁶.

30. Mais comment démontrer une telle idée (sic !), comment s'aventurer à penser l'ordre d'un système en mouvement ? Quelle épistémologie choisir dès lors qu'il s'agit de déterminer la force normative d'un paradigme juridique émergent et donc, relativement nouveau dans le champ juridique ? En se fondant sur les enseignements tirés de la théorie des *rappports* des normes juridiques, il apparaît que l'un des moyens pour parvenir à cette démonstration pourrait être de penser *les conditions rationnelles de communicabilité entre les ordres juridiques et donc les normes juridiques* qui paraissent structurer l'espace pénal des Etats africains au XXI^e siècle. Précisément, c'est ce à quoi une réflexion *sur une renaissance du pluralisme juridique dans les systèmes pénaux en transition* pourrait contribuer en se demandant si le paradigme du crime contre l'humanité ne serait pas porteur d'une force normative agissante sur les rapports entre les ordres et/ou les normes juridiques différents de manière à suggérer le renouvellement du formalisme des systèmes pénaux en devenir. Une telle stipulation s'appuie nécessairement sur une proposition dont il convient au préalable de la démonstration, d'établir la validité scientifique et la perspective épistémologique.

Section III : La force normative du paradigme juridique émergent sur la structure des systèmes pénaux africains : passage de la logique d'une

¹⁸⁶ F. OST et M. V. de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 8.

hiérarchie normative « stricte » à la logique d'une hiérarchie normative « complémentaire ».

31. L'ambition de la présente étude est, comme il a été annoncé, de trouver dans le paradigme du crime contre l'humanité la clé de l'intelligibilité des phénomènes d'*internormativité* qui agitent le champ pénal africain postmoderne. Ce faisant, le point de vue de l'analyste est nécessairement un point de vue externe modéré. Distinct cependant de l'« *external statement* » hartien¹⁸⁷, il relève d'un langage descriptif appartenant au type d'énoncé de la science du droit dont l'objet est, comme l'a écrit le juriste théoricien et philosophe réaliste danois Alf Ross, « d'énoncer des propositions ou vraies ou fausses relatives au droit réellement en vigueur »¹⁸⁸.

Dans cette perspective, l'idée générale de la présente thèse n'est ni isolée dans son ensemble, ni absolutiste. D'un côté, il ne manque pas de spécialistes pour critiquer une conception purement moniste et pyramidale du droit en général¹⁸⁹ et pour mettre en évidence la coexistence d'une pluralité de sources juridiques et d'ensembles normatifs pas toujours (ou pas seulement) hiérarchiquement ordonnés en droit pénal en particulier. De l'autre, si une distance nécessaire mérite d'être prise vis-à-vis du modèle juridique kelsénien, celle-ci ne devrait pas s'entendre d'une remise en cause totale de ses postulats fondamentaux dans le champ pénal tant certains éléments significatifs de ce modèle conservent encore une certaine substance. En clair, pour bien saisir le mouvement de la pensée, il est nécessaire de considérer le cadre théorique de l'analyse (§1) qui bien ajusté, permet seul de mettre en lumière l'intuition du chercheur (§2).

§1- Le cadre théorique de l'analyse de la force normative du paradigme juridique émergent: les épistémologies de « La pensée juridique complexe ».

¹⁸⁷ Cf. H. L. A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, pp. 56 ss. Sur la même question des points de vue interne et externe en droit, nous renvoyons au numéro n° 59, 2007 de la *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, notamment aux articles, J.-Y. CHEROT, « Introduction », pp. 7-15 ; *Id.* « La question du point de vue interne dans la science du droit », pp. 17-33 ; M. BOUDOT, « La doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta-...- juridiques », pp. 37-47 ; R. GUASTINI, « Le « point de vue » de la science juridique », pp. 49-58 ; E. MILLARD, « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », pp. 59-71.

¹⁸⁸ A. ROSS, « Le concept de droit chez Hart » (1962), in A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, p. 188.

¹⁸⁹ Dans la perspective d'un droit polycentrique et flou, cf. parmi une abondante littérature et outre les références déjà citées, J.-G. BELEY, *Le droit soluble*, *op.cit.* ; J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op.cit.* ; A. HIRVONEN, *Polycentricity. The multiple scenes of law*, London, 1998.

32. Avant d'arriver à la « pensée juridique complexe », *clef de lecture* du mouvement réflexif qu'engendre l'idée générale de la présente thèse, il convient au préalable de s'arrêter sur l'épistémologie de la complexité en tant que telle. De manière générale, la complexité, notion beaucoup plus rependue dans le vocabulaire courant, « fait souvent figure d'épouvantail scientifique ; synonyme de complication, d'embrouillamini, d'imprévisibilité, [et très souvent] assimilée au chaos »¹⁹⁰. Mais, au-delà de ce sens commun de la notion et de la controverse dont elle fait l'objet dans les diverses interprétations des scientifiques¹⁹¹ – l'on parle unanimement de complexité sans véritablement jamais s'arrêter sur la complexité propre de l'expression elle-même –, c'est dans un sens beaucoup plus épistémologique que la notion est considérée ici.

Une telle approche s'inscrit dans le fil droit des travaux d'Edgar Morin que l'on peut considérer comme le pionnier de la complexité ou plus précisément le précurseur de ce que l'on désigne aujourd'hui *La pensée complexe* dans les sciences sociales¹⁹². Pour ce sociologue français et philosophe des sciences, la complexité s'entend au premier abord, comme « *un tissu, (complexus : ce qui est tissé ensemble) de constituants hétérogènes inséparables associés [qui] pose le paradoxe de l'un et le multiple* »¹⁹³. Au second abord, la complexité est effectivement *le tissu d'évènements, actions, interactions, rétroactions, déterminations aléas, qui constituent notre monde phénoménal*¹⁹⁴. En clair, d'une part, *la complexité est un ensemble d'éléments reliés* et d'autre part, *elle est la nature ou l'intensité des mouvements pouvant exister entre ces éléments*. Dans cette double acception, elle constitue le contrepoids de ce qui est communément appelé l' « erreur de Descartes ».

¹⁹⁰ S. DIEBOLT, *Le droit en mouvement, op.cit.*, p. 66.

¹⁹¹ Alors que l'on s'accorde sur le fait que, des philosophes tels que Kant, Spinoza, Leibniz, Hegel ou encore Marx ont apporté des idées liées à la complexité, il convient de relever que les disputes épistémologiques entre Popper, Kuhn, Lakatos, Feyerabend, passent sous silence cette idée.

¹⁹² Il ne serait pas exagéré d'affirmer qu'Edgar Morin est le père contemporain de la pensée complexe telle qu'elle s'applique aujourd'hui dans les sciences sociales à partir de son épanouissement dans les sciences dures (les mathématiques, les physiques, la thermodynamique etc...). Parmi les travaux de l'auteur pouvant permettre d'éclairer les problématiques contemporaines dans le domaine des sciences sociales, cf. notamment les six tomes consacrés à *La méthode* traduit un peu partout à travers le monde et dans lesquels Edgar Morin pose les jalons de la pensée complexe. *La nature de la nature*, t.1, Paris, Seuil, 1977 ; *La vie de la vie*, t.2, Paris, Seuil, 1980 ; *La connaissance de la connaissance*, t.3, Paris, Seuil, 1986 ; *Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, t.4, Paris, Seuil, 1991 ; *L'Humanité de l'humanité*, t. 5, Paris, Seuil, 2001 ; *L'éthique*, t.6, Paris, Seuil, 2004. Du même auteur, l'on peut également citer, *Le paradigme perdu*, Paris, Seuil, 1973 ; *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982 ; *Sociologie*, Paris, Fayard, 1984 ; *La tête bien faite. Repenser la réforme-Réformer la pensée*, Paris, Seuil, 1999 ; *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, coll. « Points Essais », n°534, 2005. Sur d'autres détails cf. également Edgar Morin et Jean Louis Le Moigne, notamment, *Intelligence de la complexité. Epistémologie et pratique* (Edgar Morin en co-direction avec Jean-Louis Le Moigne), Colloque de Cerisy, juin 2005, éd. de l'Aube, 2006.

¹⁹³ E. MORIN, *introduction à la pensée complexe, op.cit.*, p. 21.

¹⁹⁴ *Ibid.*

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

La méthode cartésienne, qui a participé au progrès des sciences jusqu'au début du XX^e siècle et reste même encore largement appliquée aujourd'hui dans diverses disciplines, consistait à fractionner un problème en sous-problèmes plus simples (le réductionnisme)¹⁹⁵. Cette méthode qui opère par les principes de disjonction, de réduction et d'abstraction dont l'ensemble constitue l'« hypothèse de la simplification » conduit à « l'intelligence aveugle » qui isole les objets de leur environnement¹⁹⁶. En revanche, la complexité est un concept se donnant pour ambition *d'appréhender une totalité du réel et aspire à la connaissance multidimensionnelle*. Elle porte en son principe *la reconnaissance des liens* entre les entités que notre pensée doit nécessairement distinguer les uns par rapport aux autres, mais non isoler les uns des autres¹⁹⁷. Comme l'affirme Edgar Morin, « la pensée complexe est tout d'abord une pensée qui *relie*. (...). [Elle est] un mode de *reliance* »¹⁹⁸. Elle s'attache donc à restituer les éléments observés dans leur contexte et, si possible, dans la globalité dont ils font partie¹⁹⁹. En l'envisageant dans la perspective d'Edgar Morin, *La pensée complexe* trouve sa filiation profonde dans cette affirmation de Pascal : « [T]outes choses étant causées et causantes, aidées et aidantes (...) Je tiens impossible de connaître les parties sans connaître le tout, non plus de connaître le tout sans connaître particulièrement les parties »²⁰⁰.

33. L'intérêt, pour le juriste (pénaliste) d'aujourd'hui, de recourir à *La pensée complexe*, tient au fait que celle-ci semble parfaitement féconde dans l'analyse des mouvements et transformations que subissent les systèmes pénaux nationaux à l'ère de la globalisation et plus particulièrement, les profondes mutations qui se sont récemment produites, au-delà même du concept de juridicité, dans la transformation radicale de la rationalité juridique²⁰¹. La pensée juridique complexe renvoie donc « à la source épistémologique même de la pensée sur la norme : ce n'est qu'en sortant d'une approche

¹⁹⁵ Cf. *Discours de la méthode*, Paris, éd., Livre de poche, 1973, p. 111, « Le second – précepte – est de diviser chacune des difficultés que j'examine en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les mieux résoudre ».

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 18. Sur la critique de la méthode cartésienne, cf., les travaux d'Edgar Morin précités.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 11. Si l'on prend quelques exemples en droit, on pourrait nécessairement distinguer, au sein d'un ordre juridique, la norme interne de la norme internationale sans isoler l'ordre juridique interne de l'ordre juridique international. Distinguer la loi de la jurisprudence sans isoler la figure du juge de celle du législateur.

¹⁹⁸ Cf. « La pensée complexe : Antidote pour les pensées uniques. Entretien avec Edgar Morin », in *Synergies Monde*, n°4, 2008, pp. 249-262. Si l'on considère notre étude portant sur le système pénal africain, la pensée complexe permet d'aborder les questions en terme de « qu'est ce qui est tissé ensemble dans ce système » ? « Quels sont les éléments en reliance » ? etc...

¹⁹⁹ Si l'on considère à nouveau le système pénal africain, la pensée complexe permet d'analyser son évolution dans un contexte africain puis d'intégrer cette évolution dans un contexte mondial.

²⁰⁰ Cité par E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, op.cit., p. 11.

²⁰¹ On se réfère ici par exemple à la « force » acquise par la société civile ou les ONG dans la production des textes juridiques tel que le Statut de Rome qui est aujourd'hui le catalyseur de l'évolution des systèmes pénaux nationaux. Une telle immixtion était insoupçonnable il y a peu encore.

épistémologique – sur laquelle repose le droit de facture traditionnelle – qu'on entrera dans l'ère où, le chemin se construisant en marchant, il est possible de penser autrement le droit »²⁰². Cette pensée conduit à substituer « l'épistémologie de la substance »²⁰³ par « l'épistémologie des relations ». A travers elle, l'accent est mis sur les *rappports* entre les composantes de l'ordre juridique, sur les phénomènes d'interaction, sur la recherche d'une théorie de l'internormativité.

De nombreux juristes ont eu recours à ce cadre conceptuel pour expliquer et comprendre la réalité du phénomène juridique « postmoderne » dans ses diverses branches²⁰⁴. Compte tenu de leurs fortunes diverses et au regard de la problématique générale de notre étude, nous nous limiterons aux applications faites dans le cadre de la théorie dialectique du droit dégagée par les professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove à travers le paradigme *De la pyramide au réseau* (A), et à celles contenues dans la thèse du *Pluralisme ordonné* élaborée par le professeur Mireille Delmas-Marty (B).

A- L'apport de la théorie dialectique du droit issue du paradigme « De la pyramide au réseau » : la fécondité de la thèse d'un droit réticulaire dans la recherche d'une théorie sur l'internormativité.

La prise en compte des éléments conceptuels de la théorie dialectique développée par les théoriciens belges (1) dévoile à suffisance la fécondité de la thèse d'un droit réticulaire qui en découle (2).

1. Eléments conceptuels de la théorie dialectique du droit.

34. La théorie « dialectique » du droit issue du paradigme *De la pyramide au réseau* est celle qui domine de bout en bout l'œuvre de théorie du droit des professeurs François Ost et Michel van de Kerchove. Le point de départ de leur réflexion est le constat de l'effritement progressif du traditionnel modèle « kelsénien » du droit, à caractère « hiérarchique, linéaire arborescent ». Après avoir introduit cette hypothèse dans *Jalons pour une théorie critique du*

²⁰² Sur le nécessaire passage, en droit, d'un positivisme à un projet constructiviste, cf., A.-J. ARNAUD et M. J. FARINAS DULCE, *Une introduction à l'approche sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 167 ss.

²⁰³ Comme exemple d'épistémologie de la substance, l'on peut citer la théorie « pure » du droit de Hans Kelsen.

²⁰⁴ Cf. notamment, S. DIEBOLT, *Le droit en mouvement*, op.cit. ; M. DOAT, J. LE GOFF et Ph. PEDROT, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007. L'on peut également citer, la compilation du Conseil d'Etat français sur le thème, « Sécurité juridique et complexité », *Etudes et doc.*, n°57, La Documentation française, 2006.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

*droit*²⁰⁵, les deux auteurs affirment dès les premières lignes d'un autre ouvrage intitulé, *Le droit ou les paradoxes du jeu* que « sans doute est-il avéré que chaque époque appelle une théorie du droit déterminée. Saisir le contexte culturel de son temps s'impose donc comme préalable obligé à toute intelligence du droit »²⁰⁶. Cherchant donc une théorie du droit pertinente pour l'époque dite postmoderne, les auteurs, dans l'ouvrage *Le système juridique entre ordre et désordre*, s'attaquent au positivisme de Hart et de Kelsen à travers le prisme de la dialectique en questionnant la représentation, héritée des Modernes, du droit comme système ordonné parce que clos²⁰⁷. Même s'ils n'appuient pas leur réflexion par des observations empiriques invalidant d'elles-mêmes le modèle kelsénien, ces auteurs attaquent la doctrine positiviste avec ses propres armes, c'est-à-dire au seul moyen de la pensée spéculative. La conclusion à laquelle ils parviennent – le modèle de droit kelsénien contesté sur le plan théorique n'a jamais reflété la réalité du droit²⁰⁸ –, annonçait déjà la thèse d'un droit réticulaire développée dans le paradigme *De la pyramide au réseau*.

Dans cet ouvrage phare de la théorie du droit postmoderne, la thèse fondamentale est que, « de la crise du modèle pyramidal émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation [on est là au cœur de la complexité] »²⁰⁹.

Ainsi, une partie importante de l'ouvrage est centrée sur la remise en cause du modèle pyramidal du droit, selon lequel le droit est un ensemble de normes agencées de manière cohérente et hiérarchisée, fondé essentiellement sur la constitution et la loi. Ce modèle subit ce que les auteurs appellent « les bougés » de la pyramide d'où l'ouverture vers le « réseau »²¹⁰.

En fondant leur réflexion sur des observations empiriques cette fois, les professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove parviennent à élaborer *la théorie d'un droit réticulaire* qui est avant tout un « *droit formé en ne privilégiant pas un seul point de vue*. [Ce

²⁰⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, Chapitre IV, « Création et application du droit. Structure linéaire ou circulaire du système juridique ? », pp. 183-253.

²⁰⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1992, p. 7.

²⁰⁷ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1988, pp. 32 ss.

²⁰⁸ *Ibid.*, pp. 149 ss.

²⁰⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p.14. Soulignons qu'une partie des réflexions des auteurs avait déjà fait l'objet d'une publication sous la forme d'un article intitulé, « De la pyramide au réseau. Vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ*, vol. 44, 2000, p. 1- 92.

²¹⁰ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau. Vers un nouveau mode de production du droit ? », *op.cit.*, pp. 1-10.

droit] pouvant être conçu (...) comme un droit qui *valorise l'interaction entre différents acteurs du droit* »²¹¹. Reconnaisant la fécondité de l'hypothèse du réseau au regard de l'analyse des transformations essentielles affectant la structure des systèmes juridiques, et aussi, en admettant la pertinence de la théorie dialectique du droit, une bonne partie de la doctrine pénale, et pas des moindres, a vigoureusement démontré l'hypothèse d'un droit criminel en réseau et dialectique.

2. L'apport du paradigme du réseau dans la description et la compréhension des phénomènes d'internormativité dans le champ pénal contemporain.

35. En France, le professeur Mireille Delmas-Marty dessinant l'image d'un *droit (pénal) flou* inspiré par une « logique du multiple »²¹² induite ou, en tout cas, favorisée par l'actuelle « désétatisation du droit »²¹³ a suggéré une prospective ouverte sur la mise en perspective de l'hypothèse d'un droit pénal réticulaire. En Italie, globalement d'accord avec cette construction et dans l'optique d'une « théorie postmoderne » du droit, les pénalistes Fiandaca et Musco ont envisagé une dérogation aux principes du droit pénal classique et sont même parvenus à proposer que,

« dans le champ pénal, « la thèse traditionnelle d'un système fermé » soit désormais écartée, pour configurer à sa place un système en « réseau », c'est-à-dire, constitué de différents systèmes autonomes mis en rapport d'intégration complexe et fluide d'associations et de dissociations de degré et d'intensité différents ».

Toujours en Italie, le professeur Massimo Vogliotti est l'auteur qui, plus que tout autre, a réussi à démontrer que le droit pénal était le secteur du droit le plus touché par l'érosion progressive de la « pyramide juridique moderne ». Ainsi, il a pu décrire les traits saillants de la fécondité de l'hypothèse du réseau dans le champ pénal²¹⁴.

Un autre italien le professeur Alessandro Bernardi a aussi eu recours à l'hypothèse du réseau pour analyser les mutations du droit pénal contemporain. Dans le cadre de l'analyse des transformations du système pénal européen notamment, il écrit par exemple, s'agissant de

²¹¹ *Ibid.* p. 45, nous soulignons.

²¹² M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, *op.cit.*

²¹³ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, *op.cit.*

²¹⁴ Sur quelques références francophones de l'auteur, cf. M. VOGLIOTTI, « Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau ? », *Rev. sc. crim.* 2002, pp. 701 ss ; « La « rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal », *RIEJ*, 2001, pp. 141 ss ; « L'érosion de la pyramide pénale moderne et l'hypothèse du réseau », *RIEJ*, vol. 55, 2005, pp. 1-17 ; « Production du droit en réseau et juge « tisseur ». De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale » ; in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal*, *op.cit.*, pp. 360-369 ; « De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique », *RIEJ*, vol. 62, 2009, pp. 107-124.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

l'affirmation d'un modèle réticulaire de droit pénal européen à partir de l'existence de la CEDH que,

« l'existence en dernier recours d'un contrôle judiciaire de la CEDH est certes inspirée par une logique « hiérarchique » favorisée par une lecture autonome des normes de la CEDH de la part des juges de Strasbourg, mais, en même temps, cette logique hiérarchique est atténuée par l'existence de nombreuses normes qui renvoient explicitement au droit national et qui reconnaissent donc une marge d'appréciation nationale significative de cette « dialectique » entre des organes et des pouvoirs différents, mise en évidence par la métaphore du réseau »²¹⁵.

En Belgique, le professeur Yves Cartuyvels a focalisé son attention sur l'écriture juridique en réseau caractérisée par un recours croissant à l'utilisation de la norme pénale en blanc et à la technique du renvoi à des sources extrapénales ou même extralégislatives²¹⁶. Il a aussi souligné que, même dans le droit pénal,

« la complexification des relations sociales et la superposition des espaces de références territoriaux réintroduisent la complexité et le pluriel là où le projet moderne a joué la simplicité, le singulier et la linéarité »²¹⁷.

Toujours en Belgique, l'on peut également citer les travaux de la juge Françoise Tulkens et Michel Van de Kerchove²¹⁸. Avec beaucoup de substance encore ceux du professeur Antoine Bailleux. Celui-ci aborde directement la thèse d'un changement de paradigme en matière pénale qui se traduirait par le passage d'un modèle juridique pyramidal à un modèle juridique réticulaire. A travers l'étude systématique de la loi belge dite de compétence universelle, cet auteur émet l'hypothèse que, « la loi belge dite de compétence universelle s'apparente à une tentative de l'Etat belge – pyramidal – de s'arroger une place de premier rang dans l'ordre juridique mondialisé – réticulaire – qui se développe autour de lui ». Il souligne que « l'abrogation progressive de cette loi témoigne aujourd'hui de la volonté de la Belgique de s'insérer plus modestement dans un réseau pénal transnational en devenir, où la souveraineté intransigeante des Etats laisse place à la coopération entre les nouveaux acteurs

²¹⁵ A. BERNARDI, « Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'europanisation du droit sur le système pénal », *RIEJ*, vol. 52, 2004, pp. 1-48.

²¹⁶ Y. CARTUYVELS, « Proximus, ou la tentation du temps pénal contemporain », *RDPC*, 1999, p. 60.

²¹⁷ Y. CARTUYVELS, « Le droit pénal et l'Etat : des frontières « naturelles » en question », *op.cit.*, p. 20.

²¹⁸ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1996, pp. 529 ss ; « D'où viennent les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet », in Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE et Ph. ROBERT (dir.), *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Paris, L'harmattan, 1998, pp. 131 ss. Par ailleurs, cf. également sur d'autres aspects de l'application de l'hypothèse du réseau au champ pénal, F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, 5^{ème} éd. mise à jour, 1999.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

de l'ordre mondial »²¹⁹. Son ouvrage prend les traits d'une étude complexe caractérisée, par la prise en compte à la fois de la distinction mais aussi des interférences entre ordre juridique national « intra-étatique » et ordre juridique international ou mondial. Ceci se perçoit très bien lorsque l'auteur affirme qu' « il est incontestable que le droit humanitaire est en passe de devenir un droit supra-pyramidal et réticulaire davantage qu'interétatique »²²⁰. La question posée par l'auteur de savoir si l'ordre pénal ne serait pas entraîné de se reconstruire à partir du modèle du réseau a été affinée plus tard dans un article portant sur la recherche des formes du droit²²¹. En bref, il apparaît ainsi que de nouvelles références à cette théorie ont été faites par des pénalistes pour accueillir la thèse admettant la possibilité d'appliquer une théorie dialectique du droit dans le champ pénal²²².

36. Loin de vouloir sanctifier ce succès de la théorie dialectique du droit et de l'hypothèse du « réseau » qui l'accompagne dans l'analyse des transformations affectant le système pénal dans les pays dont le système juridique relève de la tradition romano-germanique, il convient de retenir d'elle trois principaux apports. Primo, ce qui caractérise le système juridique appréhendé selon l'hypothèse du « réseau » est *la logique de structure ouverte et complexe, composée d'éléments en interconnexion au sein de laquelle aucun point n'est privilégié par rapport à un autre (appliqué à l'idée générale de notre thèse, l'on pourrait dire ni la philosophie pénale occidentale, ni la philosophie pénale africaine par exemple) aucune n'est univoquement subordonnée à telle ou telle autre (appliqué à l'idée générale de notre thèse, l'on pourrait dire ni la norme interne, ni la norme internationale par exemple ne sont strictement subordonnées l'un à l'autre)*²²³. Secundo, *l'effritement partiel du modèle pyramidal. Ce qui conduit à ne pas remettre en cause totalement le principe hiérarchique, mais plutôt à repenser son caractère « stricte ».* Car, *c'est la reconnaissance du maintien des éléments de l'ancien modèle et l'admission de certains de ses bougés qui contribuent à l'affirmation de l'hypothèse d'une mise en transition des systèmes pénaux nationaux.* Tercio, *la loi étatique perd elle-même son monopole ou plus précisément sa pureté dans le champ*

²¹⁹ A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 4-5, nous soulignons.

²²⁰ *Ibid.*, p. 82.

²²¹ A. BAILLEUX, « A la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *RIEJ*, vol. 55, 2005, pp. 91-115.

²²² Cf. J. FARGET, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Eres, 1992 ; S. MANACORDA, « Jus commune criminale ? Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes », in M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT, H. L. FABRI (dir.), *Variations autour d'un droit commun*, SLC, 2002, pp. 323 ss ; E. FRONZA et N. GUILLOU, « Etude critique des fragments existant de droit pénal commun. Le crime de génocide », *Ibid.*, pp. 282 ss.

²²³ Cf., F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op.cit.*, p. 24. Une allusion est ici faite aux normes qui structurent le système pénal africain.

pénal. Elle est désormais le résultat de l'interaction d'une pluralité de sources qui provient aussi bien de l'extérieur que de l'intérieur de l'Etat. Ce triple apport permet aisément d'aborder l'étude de l'internormativité dans les systèmes pénaux africains surtout encore, si la réflexion se nourrit des enseignements de la thèse du pluralisme ordonné développée par le professeur Mireille Delmas- Marty.

B. La thèse du pluralisme ordonné : la théorie des interactions entre « ensembles normatifs ».

En développant la thèse du « pluralisme ordonné » (1) le professeur Mireille Delmas- Marty avait en ligne de mire entre autres l'étude des phénomènes d'internormativité dans l'espace pénal (2).

1. L'énoncé de la thèse du pluralisme ordonné.

36. La théoricienne du droit contemporain et éminente pénaliste du XXI^e siècle, le professeur Mireille Delmas-Marty a eu recours à *La pensée complexe* pour décrire les transformations contemporaines touchant au droit en général et au droit pénal en particulier. Pour conduire sa réflexion, elle a développé la thèse des « forces imaginantes du droit » qui lui ont permis de développer la théorie du *pluralisme ordonné* par laquelle elle a rigoureusement saisi les phénomènes d'interaction entre les « ensembles juridiques », expression qu'elle préfère à celle de systèmes juridiques ou ordres juridiques²²⁴. Au départ de sa réflexion, elle fait remarquer que le monde se transforme « de compliqué (multiple et hétérogène), il devient complexe (interactif et instable) »²²⁵. Partant de cette transformation, l'auteur envisage la problématique générale de ses travaux sous la thématique du *Défi de « la*

²²⁴ Réfléchissant sur l'imagination comme processus transformateur d'un imaginaire juridique en pleine mutation qui ne semble plus adapté, même comme fiction, à représenter un champ juridique en pleine mutation, Mireille Delmas-Marty élabore le concept de « forces imaginantes du droit », expression qu'elle emprunte aux « forces imaginantes de l'esprit » qui avaient fasciné Gaston Bachelard au milieu du XX^e siècle, (G. BACHELARD, *L'eau et le rêve. Essai sur l'imagination de la matière*, éd. José Corti, 1942, p.1 ; *La psychanalyse du feu*, Paris, Gallimard, 1940, p. 9, 15 et 180 ; *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, 1934, pp. 139 ss). Comme les « forces imaginantes de l'esprit » de Bachelard, les « forces imaginantes du droit » de Delmas-Marty se déploient selon deux axes : l'approfondissement et le surgissement. Elles apparaissent « comme un processus transformateur qui permet, précisément par cette tension, de faire évoluer ce qui est « reconnu » comme droit. Autrement dit de renouveler l'imaginaire juridique et de concevoir de nouveaux modèles d'ordre (le pluralisme ordonné), (...), de nouvelles catégories normatives (les espaces, les vitesses et les niveaux), de nouvelles métaphores (le rhizome, les réseaux, les nuages ordonnés), (...), voire une nouvelle vision de la notion même de force, parfois associée à des faiblesses apparentes (le flou, le mou et le doux) qui peuvent faciliter le lien entre les sources du droit et leurs effets normatifs », (M. DELMAS-MARTY, « Post-scriptum sur les forces imaginantes du droit », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009, pp. 847-851, spec. 850). En tout état de cause, « les forces imaginantes du droit », sont, du point de vue du raisonnement juridique, porteuses d'un « nouvel esprit juridique ».

²²⁵ *Ibid.*, p. 26. A ce propos, l'auteur cite C. GODIN, « Les voies de la mondialisation », *La totalité réalisée*, Champ Vallon, vol. 6, 2003, p. 455.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

Grande complexité juridique du monde ». Défi auquel, elle suggère la thèse du *pluralisme ordonné*, sinon comme la solution idoine, du moins, comme l'une des solutions possibles. Cette opinion rejoint la perspective de l'idée avancée par Gustavo Zagrebelsky lorsqu'il suggère qu'il est question d'imaginer un paradigme nouveau capable de répondre raisonnablement aux défis posés par la fluidité du droit contemporain. Un paradigme qui doit être caractérisé par une « dogmatique fluide » et par une « axiologie douce », qui coupe la racine absolutiste du paradigme pyramidal²²⁶.

Aux termes de cette théorie, le professeur Mireille Delmas-Marty transpose dans le champ juridique, et plus spécifiquement dans le champ pénal, *l'énigme de l'un et du multiple*²²⁷. La thèse du *pluralisme ordonné* vise à « ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, à admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste »²²⁸. En effet,

« préconiser le pluralisme ordonné, c'est prendre le pari qu'il est possible de renoncer au pluralisme de séparation – car la clôture des systèmes de droit devenue illusoire à l'heure où la mondialisation multiplie les interdépendances – mais sans adhérer pour autant à l'utopie de l'unité juridique du monde au nom d'une sorte de pluralisme de fusion [appliqué à l'idée générale de notre thèse, l'on pourrait bien y voir les prémisses du passage d'une hiérarchie « stricte » vers des formes de hiérarchies « complémentaires »]»²²⁹.

En prenant le *pluralisme ordonné* comme grille d'analyse des solutions apportées à la complexité du monde juridique, l'auteur établit que,

« les pauvres mots du langage juridique ordinaire, (...) « ordre » ou « système », « hiérarchie » ou « autonomie », peinent à traduire les phénomènes d'indétermination, d'incohérence et d'instabilité qui accompagnent l'internationalisation du droit : indétermination, car les processus d'intégration, en devenant interactifs, se diversifient et se libèrent du principe de hiérarchie ; incohérence quant aux niveaux d'organisation qui se fragmentent (...) enfin instabilité, dès lors que les écarts entre les vitesses d'intégration produisent des dysfonctionnements »²³⁰.

²²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turin, Einaudi, 1992 (trad. franc. M. LEROY, *Le droit en douceur*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000).

²²⁷ L'énigme de l'un et du multiple a hanté l'histoire des sociétés humaines. Les anciens s'étonnaient déjà de ce qu'Empédocle d'Agrigente (à l'époque de la grande Grèce) nommait « le double aspect des choses : car tantôt l'un a grandi seul du multiple et tantôt au contraire le multiple est né de l'un », Empédocle d'Agrigente, in Y. BATTISTI, *Trois Présocratiques*, Gallimard, « Idées », 1968, p. 57. En version bilingue : J. BOLLACK, *Empédocle II. Les origines*, Gallimard, « Tel », 1992, pp. 18-19.

²²⁸ *Ibid.*, p. 8. Aussi, cette thèse a été synthétisée sous la forme d'un article publié dans le recueil Dalloz, M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Recueil Dalloz*, 2006, chron., p. 951.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*, p. 28.

Elle procède à une classification des processus d'interactions normatives en trois catégories dont le caractère indicatif garde l'intérêt d'illustrer l'hétérogénéité qui reste inséparable du pluralisme. Ainsi, l'auteur étudie des processus de coordination par entrecroisements²³¹, puis d'harmonisation par rapprochement²³², enfin d'unification par hybridation²³³.

2. L'apport de la thèse du « pluralisme ordonné » dans la recherche d'une théorie sur l'internormativité dans le champ pénal contemporain.

38. Bien que le discours du professeur Mireille Delmas-Marty soit davantage prescriptif que descriptif, – elle préconise un renouvellement de l'esprit juridique – de nombreux pénalistes ont illustré cette théorie des interactions dans les phénomènes affectant le champ pénal²³⁴ et celle-ci a servi de base à une importante recherche approfondie dans le

²³¹ L'un des aspects importants des processus d'interactions réalisés par des processus de coordination par entrecroisements est celui des « jeux d'interprétation croisée ». A ce propos, cf. A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002 ; A. CASSESE, « L'influence de la CEDH sur l'activité des TPI », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, pp. 143-182 ; G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la bénévolence des juges », *op.cit.* ; M. KAMTO, « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2003 ; pp. 393-460 ; J.-F. FLAUSS, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contexte européen des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 62, 2005, pp. 313-331 ; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, SLC, 2004, pp. 97-135 ; H. ASCENCIO, « La banalité des sources par rapport aux sources du droit international général », *Ibid.*, pp. 403-409 ; J. ALLARD, A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Le Seuil, coll. « La République des idées », 2005 ; M. DELMAS-MARTY, « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2005, 473-481 ; « Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of the trial at the ICC », *Journal of International Criminal Justice*, vol.4, 2006, pp. 2-11.

²³² Au sujet des processus d'interactions réalisés par des processus d'harmonisation par rapprochement cf., A.-M. LEROYER, E. JEULAND (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Paris, Dalloz, 2004 ; S. MANACORDA, G. GIUDICELLI-DELAGE (dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, SLC, 2005 ; M. DELMAS-MARTY, S. MANACORDA, M. PIETH, U. SIEBER, L. ARROYO ZAPATERO (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, SLC, 2006.

²³³ S'agissant des processus d'interactions réalisés par des processus d'unification par hybridation, il y a celui de la « transplantation » cf., M. DELMAS-MARTY, « Marketing juridique ou pluralisme ordonné », *Le Débat*, Gallimard, 2001, pp. 57ss ; M. DELMAS-MARTY (dir.), *Procès pénal et droit pénal. Vers une conscience européenne*, Paris PUF, 1992 ; M. LANGER, « From legal transplants to legal translations : the globalization of plea bargaining and the Americanisation thesis in criminal procedure », *Harvard International Law Journal*, 2004, pp. 1-64.

²³⁴ Cf. à titre illustratif et outre les études précitées, M. DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », *Recueil Dalloz*, 1999, chron. p. 43 ; « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *Ibid.*, 2000, chron. p. 421 « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », *Ibid.*, 2001, chron. p. 1326 ; « Droit et mondialisation », in *Géopolitique et mondialisation*, Université de tous les savoirs, Paris, Odile Jacob, « Poche Odile Jacob », n°19, 2002 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Le droit pénal de l'environnement. L'exception européenne », *Rev. sc. crim.*, 2005, pp. 767-775 ; « Les jeux de l'interprétation

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

cadre de la Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit²³⁵. S'il en est ainsi, c'est sans doute parce que, la thèse du *pluralisme ordonné* constitue, selon son auteur, une véritable *révolution épistémologique*²³⁶. En effet, l'admission de la théorie des « interactions impliquent l'ouverture des systèmes traditionnellement fermés sur eux-mêmes, [et transforme de ce fait] notre façon de penser le droit pénal. Allant d'une conception simple dite moderne vers une conception plus complexe dite postmoderne (...) »²³⁷.

C'est précisément dans sa dimension de révolution épistémologique que la thèse du pluralisme ordonné sera mobilisée dans la présente étude. En tant qu'elle est l'art de dessiner un espace juridique commun, par un équilibrage progressif qui préserve la diversité du monde et en accompagne le mouvement, cette thèse nous semble intéressante au moins pour deux raisons principales. Premièrement, elle suggère une sorte de,

« bricolage visant à relier, par de multiples interactions, normatives et judiciaires, spontanées et imposées, directes et indirectes des ensembles juridiques (nationaux et internationaux) que l'histoire avait séparé »²³⁸.

Secondairement, elle privilégie les mouvements, les processus en cours, plutôt que les modèles qui en résultent²³⁹. En clair, cette thèse permet d'avancer l'idée que le système pénal africain évolue non vers un système sans souveraineté²⁴⁰, mais vers un système marqué par une « dilution de la souveraineté »²⁴¹ qui semble se transformer en une souveraineté partagée.

39. En combinant donc de manière sélective les apports théoriques des paradigmes, *De la pyramide au réseau et du pluralisme ordonné*, tous deux pris comme des épistémologies de *La pensée juridique complexe*, l'idée générale de la présente thèse sera abordée selon la

entre discontinuités et interactions ». L'inévitable dialogue des juges ? », in *Le champ pénal. op.cit.* ; A. BERNARDI, « L'eupéanisation de la science pénale », *Arch. pol. crim.*, 2004, pp. 5-36.

²³⁵ Cf. à titre illustratif, K. MARTIN-CHENUT, *Les politiques criminelles française et brésilienne applicables aux mineurs délinquants : l'interaction avec le droit international des droits de l'homme*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002 ; M. GARRIGOS, *Les aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme : étude de droit pénal interne et international*, *Ibid.*, 2004 ; J-P. MIGNARD, *Cybercriminalité et cyberrépression, entre désordre et harmonisation mondiale*, *Ibid.*, 2004 ; P. POURZAND, *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue. Etude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs (Espaces nationaux France-Iran, européen, centrasiatique et mondial)*, *Ibid.*, 2007.

²³⁶ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, (II)*, *op.cit.*, p. 31.

²³⁷ M. DELMAS-MARTY, « Les modèles d'harmonisation », in M. DELMAS-MARTY, S. MANACORDA, M. PIETH, U. SIEBER, L. ARROYO ZAPATERO (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale, op. cit.*, p. 433.

²³⁸ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit, (II)*, *op.cit.*, p. 29. Dans la perspective de notre travail, l'on peut penser ici au droit local que l'histoire avait séparé du droit occidental réalisant par ce fait un pluralisme de fusion de type hégémonique dans des droits africains.

²³⁹ *Ibid.*, p. 31.

²⁴⁰ Cf. B. BADIE, *Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999.

²⁴¹ Cf. H. RUIZ FABRI, « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges Fromont*, Strasbourg, Presse universitaire de Strasbourg, 2001, pp. 371 ss.

méthode de l'interprétation constructiviste interactive et évolutive relevant de la logique du *constructivisme relationnel* de Piaget. Ce courant de pensée, qu'il appelle encore « dialectique »²⁴², est défini par Piaget lui-même, comme un « type d'explication des phénomènes qui consiste à rechercher *la clef de l'intelligibilité de ceux-ci, non pas dans des structures existantes, mais dans une construction progressive des valeurs à travers leur genèse et réciproquement des genèses à partir des structures* »²⁴³.

§2- L'intuition du chercheur : émergence du paradigme du crime contre l'humanité et renaissance du pluralisme juridique en Afrique noire. Ouverture sur l'étude de l'internormativité dans les droits pénaux africains.

40. Le moment semble venu d'explicitier le concept de *l'internormativité* tel qu'il est mis en perspective dans la présente étude. A l'origine, *l'internormativité*, concept introduisant sur les rapports entre les normes, n'est pas un thème pour le champ juridique. Le coryphée du normativisme moderne, Hans Kelsen, n'en traite ni dans sa *Théorie pure du droit*²⁴⁴ ni même dans sa *Théorie générale des normes*²⁴⁵. Le seul aspect du rapport des normes qu'il aborde est celui du rapport conflictuel²⁴⁶. En plus de ce manque d'intérêt de l'un des plus grands normativistes, Hans Kelsen, sur la thématique de l'internormativité, l'expression *internormativité* est quasi absente des ouvrages classiques de théorie et même d'introduction générale au droit²⁴⁷. Eu égard à ce statut ou mieux à cette absence de statut du concept dans la science du droit moderne, la première tentative de définition de *l'internormativité* fut logiquement une définition sociologique. Pour le doyen Jean Carbonnier qui proposa, à l'aune d'une sociologie du droit sans rigueur, la conception de l'internormativité unanimement admises²⁴⁸, ce qui est à l'origine de ce phénomène est la présomption que du côté du droit, il

²⁴² L'on peut penser ici à la théorie dialectique du droit dégagée par F. Ost et M. van de Kerchove.

²⁴³ Cité par R. GASSIN, « Le constructivisme », *PASC*, vol. XII, 1999, p. 38

²⁴⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *op.cit.*

²⁴⁵ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, (1976) Paris, PUF, coll. « Léviathan », trad. franç. O. BEAUD et F. MALKANI, 1996.

²⁴⁶ *Ibid.*, pp. 161-166.

²⁴⁷ A titre d'exemple, cette expression n'apparaît nulle part dans l'ouvrage de J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, *op.cit.*

²⁴⁸ Le doyen Jean Carbonnier explique dans la préface de la première édition de « Flexible droit » que la sociologie du droit entendu *sans rigueur*, ainsi que le suggère à première lecture le sous-titre apposé à l'ouvrage, est une sociologie du droit comme il n'en faut plus faire. La sociologie du droit se devant d'être désormais rigoureuse, donc scientifique, non pas littéraire. Ainsi, dès le chapitre premier consacré à la présentation des « Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit », il tente de classer ces hypothèses en deux grands groupes. « Les unes se situent dans le temps ; elles essayent de saisir le droit dans son mouvement historique (...). Ce sont des hypothèses d'évolution, c'est même, par excellence, *l'hypothèse d'évolution*. D'autres considèrent le droit dans sa situation présente, au repos, à l'état statique, pour essayer d'en saisir la structure, sinon l'essence. Ce sont des *hypothèses de structure* (sans faire référence au structuralisme). », (p.8).

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

existe un seul système normatif²⁴⁹. Les sociologues du droit, « replaçant le droit dans le groupe plus vaste des normes sociales, se sont assignés pour tâche primordiale de confronter le système juridique, un contre tous, à l'ensemble des autres systèmes normatifs »²⁵⁰. Il affirme, dans cette perspective sociologique que, les phénomènes d'*internormativité* sont des « rapports qui se nouent entre normes juridiques et normes non juridiques : phénomènes sociaux, phénomènes juridiques, ils relèvent de la sociologie du droit »²⁵¹. Il admet que « ces rapports entendus au sens large et vague (mouvements, conjonction, conflits etc.) sont en eux-mêmes des phénomènes autonomes, un peu comme le droit international privé est autonome à l'égard des droits nationaux »²⁵².

41. A côté de cette conception sociologique, qui ne sera pas retenue ici, le professeur Mireille Delmas-Marty admet une *conception plus juridique* de l'*internormativité*. Pour elle, le terme *internormativité* est utilisé pour décrire des « rapports entre réseaux juridiques et, à l'intérieur d'un réseau, entre ensembles normatifs simultanément applicables »²⁵³. Si cette définition du professeur Mireille Delmas-Marty sous entend que l'*internormativité* n'est concevable, comme d'ailleurs cela ressort de la perspective sociologique du doyen Carbonnier, que dans une *perspective pluraliste* du droit, elle s'en distingue sur deux points centraux. D'une part, le *pluralisme* au sens du professeur Mireille Delmas-Marty est un *pluralisme juridique* et le pluralisme au sens du doyen Carbonnier s'agissant de la définition de l'*internormativité* est un pluralisme *simplement normatif*²⁵⁴, d'autre part, alors que l'*internormativité* dans la perspective du doyen Carbonnier renvoie à des rapports entre les normes entendus au sens large et vague, celle admise par le professeur Mireille Delmas-Marty s'entend dans un sens restrictif et presque univoque. *En effet, cette dernière place la notion de « réseau » au centre de la conception des phénomènes d'« internormativité ».* Preuve, s'il en était

Pour justement faire une sociologie rigoureuse du droit, il commence par distinguer deux types de sociologies du droit : une dite sociologie empirique du droit qui se servira des cadres des concepts dégagés par une autre sociologie dite sociologie théorique du droit « chargée d'apporter des hypothèses fondamentales, c'est-à-dire des hypothèses explicatives qui prétendent rendre raison chacune d'un grand nombre de phénomènes juridiques, peut-être même de la totalité de ces phénomènes – le postulat étant que tous pourraient se ramener à l'unité sous une grande hypothèse directrice », *Ibid.*

²⁴⁹ Présomption non irréfragable, du reste, et que, comme nous le verrons, le professeur Georges Gurvitch s'est appliqué avec éclat à réfuter par son hypothèse du pluralisme juridique.

²⁵⁰ J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'« internormativité » », in *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat defrénois, 1979, p. 251. Comme l'explique l'auteur, l'ambition sous-jacente de cette entreprise était que de cette confrontation jaillira la différence, le critère de juridicité, la définition du droit.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 252.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, *op.cit.*, p. 317.

²⁵⁴ Il ne s'agit pas d'affirmer ici que le doyen Jean Carbonnier ne reconnaît que le *pluralisme normatif*. D'ailleurs, comme lui-même le souligne, quand il étudie les phénomènes d'*internormativité*, « le pluralisme normatif, sur lequel il raisonne, ne se confond pas avec le pluralisme juridique et ne soulève pas les mêmes difficultés conceptuelles », in *Essais sur les lois*, *op.cit.*, p. 252.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

encore besoin, que la description qu'elle fait de l'*internormativité* se nourrit du paradigme de la *Pyramide au réseau* sus évoqué et vise à ordonner le multiple selon sa théorie du *pluralisme ordonné*.

42. Si l'on entend par « réseau juridique » un *ensemble de relations d'échanges* entre différents acteurs relevant d'un même système juridique²⁵⁵, la première dimension de l'*internormativité*, « rapports entre réseaux juridiques », peut désigner un type de rapport entre l'ordre international et l'ordre interne. La seconde dimension, « rapports entre ensembles normatifs simultanément applicables à l'intérieur d'un même réseau juridique », peut désigner un type de rapports susceptibles d'exister au sein de systèmes pénaux nationaux, comme ceux des Etats africains, entre l'ensemble normatif reçu et l'ensemble normatif originel. Cette illustration suggère que l'*internormativité juridique* peut être saisie à partir d'une double perspective : celle de sa manifestation et celle de sa réalisation. Dans la première, il peut être admis que l'*internormativité* se manifeste généralement à travers un mouvement spécifique de normes qui peut être comme dans le cas d'espèce, celui de l'*internationalisation pénale*. Dans la seconde, l'on peut souligner que l'*internormativité* réalise soit une *communicabilité*, soit une interaction, soit encore une interpénétration entre les ordres et/ou les systèmes juridiques différents. De sorte qu'une théorie sur l'*internormativité* au sens juridique correspond soit à une théorie sur la *communicabilité*, soit à une théorie sur l'interaction soit encore à une théorie sur l'interpénétration entre les normes juridiques. Bref, *une théorie sur l'internormativité s'inscrit dans une théorie du droit en mouvement*.

Puisqu'il s'agit d'une théorie sur le mouvement, il convient, sinon de retracer le parcours, du moins de pronostiquer sur la trajectoire dudit mouvement. Limité à cette seconde hypothèse, l'on rappelle qu'un double constat reprenant la succession des événements dans l'histoire des droits pénaux africains a été fait. Dans la première phase, les codifications pénales en Afrique noire francophone ont radicalement rompu l'équilibre des systèmes pénaux en détruisant toute perspective pluraliste ayant existé au départ. Dans la seconde phase, ces codifications pénales sont elles-mêmes aujourd'hui ébranlées par les phénomènes contemporains d'*internormativité* notamment celui de l'*internationalisation pénale*. Le pronostique sur la trajectoire est que les mouvements actuels des normes dans le champ pénal africain semblent tendre vers la *renaissance* du pluralisme juridique en Afrique noire. La renaissance ici ne s'entend pas d'une simple réapparition d'un phénomène ancien qui a existé

²⁵⁵ Cf. pour l'utilisation de la notion de réseau dans le champ pénal, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, *op.cit.*, pp. 175 ss.

(le pluralisme juridique avant les indépendances). Elle s'entend du développement d'une nouvelle forme de pluralisme.

43. Mais, comme il s'agit de l'étude d'un phénomène contemporain, la Cour pénale internationale vient par exemple de rendre sa toute première décision, il y a nécessairement une incertitude quant à l'aboutissement du mouvement. Incertitude d'abord parce que l'internationalisation pénale n'est pas une finitude mais une dynamique permanente. Un phénomène de « transativité et de migration des normes »²⁵⁶ qui caractérise, de manière constante, l'interpénétration entre les espaces normatifs. Incertitude ensuite parce qu'une thèse, si elle peut susciter le débat, ouvrir une voie pour la réflexion – c'est du moins le principal intérêt que l'on souhaite pour le présent travail – elle demeure académiquement et scientifiquement limitée. D'autres travaux plus élaborés devront, en l'élargissant, approfondir la question. Des études spécifiques plus éclairées devront mettre à l'épreuve ce pronostique même au-delà du champ pénal. Incertitude enfin, et peut être pas des moindres, parce qu'il faut au préalable de la démonstration s'accorder sur le sens du pluralisme juridique dans lequel baignera notre théorie sur l'*internormativité* (A) si tant il est que le but premier est de décrire les nouvelles formes d'articulation normative (B).

A- Internationalisation pénale et pluralisme juridique.

Si l'on surmonte le problème du pluralisme dans la science du droit (1), alors il devient possible de voir quel rapport y a-t-il entre pluralisme juridique et le phénomène de l'internationalisation pénale (2).

1. Brèves considérations sur le problème du pluralisme juridique dans la science du droit.

44. Bien que la doctrine affirme que la mode est aujourd'hui au pluralisme juridique²⁵⁷, il demeure assez difficile de tracer un tableau satisfaisant du paysage pluraliste juridique. Il ne semble même pas exagéré de constater qu'il existe autant de pluralismes juridiques que de doctrines pluralistes : Gierke a développé une théorie pluraliste du droit²⁵⁸ ;

²⁵⁶ Cf. H. RUIZ FABRI, « Introduction » in H. RUIZ FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, SLC, 2003, pp. 7-12.

²⁵⁷ J. MORET-BAILLY, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n°35, 2002, p. 195.

²⁵⁸ Dans le sens adopté par cet auteur, on peut citer Frédéric Le Play dans le cadre de ses travaux sur la famille, où il oppose le droit et la coutume, et au-delà, la loi et le peuple. Cf. L. ASSIER-ANDRIEU, « Le Play et la critique du droit », *Revue Sociétés*, n°23, 1989, pp. 30-34.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

Ehrlich aussi à partir de 1912 avec sa théorie du « droit vivant »²⁵⁹, et d'une certaine manière, des grands classiques comme Gény, Hauriou et Duguit eux-mêmes ont eu des tendances pluralistes assez nettes en admettant la production normative juridique d'autres instances que l'Etat, par la coutume pour le premier²⁶⁰, par les institutions pour le second²⁶¹, et par les syndicats et les corporations pour le troisième²⁶². De manière générale donc, le pluralisme juridique ne se présente pas comme une théorie unifiée, mais comme un ensemble de prises de positions théoriques ou sociologiques sur le droit. Très souvent même, le pluralisme est explicitement présenté comme une idéologie plus que comme une théorie²⁶³.

45. Mais ce n'est pas cette difficulté à établir une certaine *homogénéité* des divers pluralismes qui constitue *le problème* du pluralisme juridique dans la science du droit. Celui-ci est à rechercher dans le *contraste* qui découle du *statut* des théories pluralistes dans la théorie du droit²⁶⁴. En effet, le pluralisme juridique est *marginalisé* par la théorie du droit en vertu d'une certaine conception du droit et de l'Etat qui se veut la seule, c'est-à-dire, en vertu

²⁵⁹ E. EHRlich, « Das Lebende Recht der Völker in der Bukovina », *Recht und Wirtschaft*, 1912, 1, p. 273; « Grundlegung der Soziologie des Rechts », 1913, trad. anglaise 1936 avec une introduction de R. POUND, *Fundamental principles of sociology of law*, Cambridge, Harvard University Press 1936; « The sociology of law », *Harvard Law Review*, 1922, n°36, p. 100. « Ce n'est qu'une partie infime de l'ordre juridique de la société qui peut être atteinte par la législation de l'Etat et la plus grande partie du droit se développe en indépendance des propositions juridiques abstraites ».

²⁶⁰ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Tome I, 1919, préface, R. SALEILLES, spéc. p. 319. Sur François Gény et la coutume, cf. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, pp. 16 et 411.

²⁶¹ M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, n°4, pp. 2-45.

²⁶² Sur le versant pluraliste de Léon Duguit (qui développe plutôt une conception moniste du droit par le biais notamment des juridictions), cf. C. LABORDE, « Pluralism, syndicalism and corporatism : Léon Duguit and the crisis of the State », *History of European Ideas*, 1996, n°3, pp. 227-244.

²⁶³ J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux-aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ*, n°49, 2002, p. 49, « le pluralisme *demande* seulement que l'Etat ne s'attribue pas le monopole de la production du droit, plus particulièrement en des temps où le citoyen a effectivement pris conscience de sa participation à ce processus » (nous soulignons). Une opinion similaire semble également se retrouver dans l'article de S. GUTWIRTH, « Une petite réflexion sur l'importance de la flibusterie épistémologique des littéraires. Dostoïevski, les sciences, le droit et la littérature », in F. OST, L. VAN EYNDE, P. GERARD, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2001, p. 342; « Il faut des flibustiers de l'épistémologie pour transgresser les systèmes de pensée totalitaires et pour parer la possibilité même d'une telle pensée. Ils doivent exister pour donner de l'oxygène et du carburant à un droit relationnel et polyphonique ».

²⁶⁴ L'expression théorie du droit est comprise ici au sens de l'analyse des concepts fondamentaux du droit : droit, norme juridique, ordre juridique, système de droit, interprétation, raisonnement juridique, etc. Cf. sur cette question, M. VAN HOECKE, « Théorie générale du droit », in A-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993. Selon Jean Carbonnier, « La théorie du droit ne se confond pas avec la philosophie du droit. Elle est l'affaire des juristes, et ceux-ci y travaillent sans métaphysique à partir de leur droit positif, tandis que les philosophes du droit se placent par vocation en dehors de tout droit positif, souvent même s'en prétendent l'antithèse (Il n'est que de songer aux philosophes du droit naturel) », in *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994, p. 23. Dans la même optique, Bruno Oppetit estime que « (...) la théorie générale du droit, à partir des enseignements des sciences juridiques particulières, vise à donner une définition des concepts communs à des ordres juridiques différents, à les lier entre eux selon telle ou telle typologie et à bâtir un système (...) », in *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999, p. 19.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

d'une vision manichéenne et « monocentratiste ». En d'autres termes, le pluralisme juridique est marginalisé dans la théorie du droit en vertu de l'emprise impériale des théories monistes sur la science du droit. Pourtant, bien que ce soit avec les théories sociologiques et anthropologiques du droit qu'est apparue la notion de pluralisme juridique, il est intéressant de remarquer que l'élaboration de véritables théories du droit reposant sur la notion d'ordre, de système et de hiérarchie et l'émergence des théories spécifiquement pluralistes du droit sont presque simultanées, dans le premier quart du XX^e siècle²⁶⁵. Plus encore à propos de la théorie du pluralisme construite par l'italien Santi Romano en 1917 et 1918, il n'est pas du tout souligné comme une curiosité qu'elle l'ait été dans un ouvrage intitulé *L'ordre juridique*²⁶⁶, avant même de surcroît l'arrivée des théories très positivistes du droit comme celle de Carré de Malberg, puis celle de Hans Kelsen.

Dans ce sillage, les théories positivistes (monistes) envisagent le pluralisme « normatif » et non « juridique »²⁶⁷. Lorsque le professeur Charles Leben identifie deux types de « doctrines de l'ordre juridique », les normativistes et les non normativistes (dont les pluralistes), il ne considère pas les thèses pluralistes comme des discours sur le droit²⁶⁸. Bien que ces thèses renaissent au XX^e siècle à partir des années soixante-dix, dans le cadre de théories anthropologiques et ethnologiques du droit de Norbert Rouland²⁶⁹ et Etienne Le Roy²⁷⁰, ou sociologiques du doyen Carbonnier²⁷¹, *la science du droit moderne exclut le pluralisme consubstantiellement*. Et, l'internationaliste Roberto Ago affirmait, en 1936, que

²⁶⁵ L. FONTAINE, « Le pluralisme comme théorie des normes », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et société », 76, 2007, p. 127.

²⁶⁶ S. ROMANO, *Ordinamento giuridico*, trad. franc. *L'ordre juridique* (par L. FRANCOIS et P. GOTHOT), Paris, Dalloz, 1975. Sur d'autres aspects de la thèse du pluralisme de Romano, cf., J. MORET-BAILLY, « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits*, 2000, n°32, p. 177.

²⁶⁷ A propos du pluralisme normatif, les tenants du pluralisme juridique parlent parfois de « faux pluralisme », caractérisé par la reconnaissance d'une pluralité de normativités alternées tempérée par leur subordination au droit étatique ou par la marginalisation de leur importance », S. LEBEL-GRENIER, *Pour un pluralisme juridique radical*, thèse, Université McGill, Montréal, 2002, p. 34 ; J. VANDERLINDEN, « Trente ans de longue marche sur la voie du pluralisme juridique », in E. LE ROY, (dir.), *Les pluralismes juridiques*, Laboratoire d'anthropologie de Paris, Paris, Karthala, 2003, p. 32 ; L. INGER, « Le pluralisme juridique dans l'œuvre des philosophes du droit », in J. GILISSEN (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éd. De l'Université de Bruxelles, 1972, p. 83.

²⁶⁸ Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *op.cit.*, pp. 20-21.

²⁶⁹ N. ROULAND, *Anthropologie juridique. Droit politique et théorique*, Paris, PUF, 1988 ; *L'Etat français et le pluralisme*, Paris, Odile Jacob, 1995.

²⁷⁰ E. LE ROY, « Pluralisme et universalisme juridiques, propos d'étape d'un anthropologue du droit », in *L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Paris, La documentation française, Mission de recherche droit et justice, 2001, pp. 227-248. Dans le sens, cf., les nombreux travaux publiés par le Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris (LAJP) sous la direction d'E. Le Roy, et notamment à travers le bulletin de liaison du LAJP.

²⁷¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, *op.cit.* Le doyen Carbonnier exclut lui-même le pluralisme de la théorie du droit, pour ne le considérer que comme de la sociologie, en qualifiant Santi Romano de « sociologue » au titre de ce qu'il avait développé une théorie pluralisme du droit. (p. 216.).

« l'ordre juridique est exclusif, au sens où il exclut le caractère juridique de tout ce qu'il ne réintègre pas »²⁷². Or, et il convient de le souligner, *le pluralisme juridique n'exclut pas l'ordre et n'est pas incompatible avec l'idée de système*. En revanche, *l'ordre et le système dans la perspective positiviste excluent le pluralisme* en restreignant son objet à l'Etat seul²⁷³. Tel est le problème du pluralisme dans la science du droit.

2. Pluralisme juridique et internationalisation pénale : le pluralisme comme vecteur épistémologique de l'internationalisation du droit.

46. Si l'on surmonte l'obstacle épistémologique ci-dessus, il devient possible de constater de manière générale, le pluralisme réside dans l'admission de la « coexistence d'une pluralité d'ordres, de systèmes juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit, ou encore de sources de droit, dans un espace donné à un moment donné »²⁷⁴. Dans un espace juridique national, il peut s'agir de la *coexistence* (et non de *l'intégration*) d'un ordre juridique infra étatique, étatique ou supra étatique comme l'ordre juridique communautaire ou interétatique comme celui international. Dans ce sens, le pluralisme juridique se définit comme,

« 1/En droit : (1) Existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques. (2) Coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit. 2/En sociologie du droit : Coexistence d'une pluralité de cadres ou systèmes de droit au sein d'une unité d'analyse sociologique donnée (société locale, nationale, mondiale) ».

Ainsi, si les thèses pluralistes se nomment comme telles, c'est par opposition à la conception dominante appelée « monisme juridique », résidant dans le fait de considérer le droit comme un système *unique*. Comme il a été souligné, le courant pluraliste n'est pas réductible à une théorie unique. Chacun des auteurs donne une définition particulière du pluralisme²⁷⁵. Pour l'italien Santi Romano, le pluralisme peut s'entendre comme une pluralité « d'ordres juridiques ». Les belges Michel Van de Kerchove et François Ost évoquent une pluralité de « systèmes juridiques ». Le français Georges Gurvitch, en revanche, définit le pluralisme juridique comme une pluralité de « sources du droit ». Jean-Guy Belley, quant à lui, envisage le pluralisme sous l'angle du « pluralisme judiciaire »²⁷⁶. Malgré cette diversité d'approches il est possible d'ordonner « les pluralismes » en deux groupes distincts, que l'on

²⁷² R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol. 58, 1936, p. 302.

²⁷³ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.

peut rattacher à chacun des deux « pères fondateurs » du courant pluraliste de l'époque moderne, Georges Gurvitch et Santi Romano²⁷⁷.

47. Pour Georges Gurvitch, le pluralisme juridique rend compte d'une double réalité, « une pluralité irréductible des données spirituelles de l'expérience juridique, de la diversité des valeurs juridiques, de la multiplicité des aspects sous lesquels est vécue l'idée de justice dans la richesse de sa totalité infini ; (...) une pluralité irréductible des foyers de l'expérience juridique, chaque groupe et chaque secteur d'un groupe, bien qu'ils appartiennent à la même époque et à la même nation, pouvant avoir leur propre existence juridique immédiate, ce qui conduit à une pluralité d'ordres de droit, dont certains peuvent s'affirmer comme équivalents »²⁷⁸.

L'« expérience juridique » est constitutive des « faits normatifs », eux-mêmes sources premières du droit²⁷⁹. Il n'est pas question, dès lors, de pluralité d'ordres ou de systèmes, mais de pluralité de sources²⁸⁰.

A la différence de Gurvitch, le point de départ de Romano est l'assimilation entre corps social, institution, ordre juridique et droit²⁸¹. Pour le pluraliste italien, le droit n'est pas inhérent à l'Etat, mais « tout ordre juridique est une institution, et inversement, toute institution est un ordre juridique ; il y a donc entre ces deux concepts, une équation nécessaire et absolue »²⁸² car il y a « autant d'ordres juridiques que d'institutions »²⁸³. Ces différents ordres juridiques entretiennent des rapports à partir de la notion de « relevance »²⁸⁴. La théorie de Romano est largement reprise par les belges Michel Van de Kerchove et François Ost qui précisent que,

« par conception pluraliste du droit (...) nous entendons (...) le simple fait que plusieurs systèmes juridiques coexistent au même moment. (...) une telle

²⁷⁴ J.-G. BELLEY, « Pluralisme juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, pp. 446-449, spec., 446.

²⁷⁵ Sur l'articulation des théories pluralistes avec les autres courants théoriques de la sociologie du droit, cf., E. SERVERIN, *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, 2000, pp. 64-69

²⁷⁶ Cette étude synthétique a été présentée par Joël Moret-Bailly, « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *op.cit.*, p. 198.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie du droit*, *op.cit.*, pp. 77-78.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 17.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 21.

²⁸¹ Santi Romano est un juriste italien de l'entre-deux-guerres, successivement professeur de droit administratif et de droit constitutionnel en Italie et ailleurs, qui rencontre la théorie de l'*institution* d'Hauriou avant la théorisation ontologique, et avoue et revendique pleinement cette influence. Pour plus de détails, cf. E. MILLARD, « Sur les théories italiennes de l'institution », in B. BASDEVANT-GAUDEMET (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes droit », 2004, pp. 31-46.

²⁸² S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op.cit.*, p. 25.

²⁸³ *Ibid.*, p. 77.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 106.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

conception du pluralisme juridique suppose donc une pluralité de systèmes et non pas seulement une pluralité de mécanismes ou de normes juridiques »²⁸⁵.

48. A l'analyse, ces deux grandes conceptions du pluralisme juridique peuvent être combinées puisqu'elles ne sont pas en réalité contradictoires. La pluralité des ordres juridiques impliquent nécessairement la pluralité des sources du droit. Dans ce sens, la théorie de Romano peut bien se lire avec celle de Gurvitch. C'est dans perspective combinée que l'on envisage la renaissance du pluralisme juridique dans le champ pénal africain.

Dans la présente étude en effet, l'on part de la distinction entre les ensembles juridiques et donc, des normes juridiques au sein du système pénal pour admettre le pluralisme qui le domine. Mais toute la difficulté est dans la détermination du critère permettant de différencier les ensembles juridiques. D'ailleurs, cette difficulté a souvent été la principale difficulté à surmonter pour dépasser l'omniprésence et l'omniscience de l'Etat dans l'affirmation de la juridicité des normes. Pour tenter de la vaincre, l'on fait recours à la notion de « *déterminant normatif* »²⁸⁶ à partir de laquelle il est possible de distinguer au sein du système pénal quatre ensembles normatifs différents. Inspiré des différentes études portant sur les normes, les systèmes et/ou les ordres juridiques déjà citées, deux « déterminants normatifs » ont pu être identifiés : le *déterminant normatif institutionnel* et le *déterminant normatif culturel*. D'après le premier, l'on distingue l'ensemble normatif issu des institutions internationales de celui résultant des institutions internes (distinction droit international/droit interne). En référence au second, l'on distingue l'ensemble normatif hérité de la colonisation de celui produit localement (distinction norme reçue/norme originelle). Tous ces ensembles normatifs coexistent aujourd'hui dans le système pénal africain et la pertinence de leur distinction tient à leur différence de logique et de philosophie comme il sera abordé tout au long de l'étude.

49. Cette perspective combinée du pluralisme qui emprunte à Gurvitch et Romano apparaît par ailleurs comme le vecteur de l'internationalisation du droit. Au départ, si l'on considère les facteurs traditionnels du droit international, décentralisation des foyers normatifs ou absence de hiérarchie entre les sources, normativité de plus en plus graduée et une juridictionnalisation non hiérarchisée²⁸⁷, il apparaît que « le droit international semble bien lié

²⁸⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 188-189.

²⁸⁶ Le terme « déterminant normatif » s'entend de l'élément ou du critère à partir duquel l'on peut opérer une distinction d'appartenance entre des normes juridiques, des systèmes juridiques ou encore des ordres juridiques.

²⁸⁷ Sur ce point particulier, cf., notamment, E. JOUANNET, « Le juge international face au problème d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt de la CIJ du 6 novembre 2003, Affaire des Plates-formes pétrolières », *RGDIP*, vol. 4, 2004, pp. 917-948.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

consubstantiellement au pluralisme »²⁸⁸. Ainsi, le droit international se rapproche davantage aujourd'hui d'une compréhension par la multiplicité des ordres juridiques ou des espaces normatifs à la manière d'un Santi Romano que du monisme de Kelsen ou du dualisme d'Anzilotti²⁸⁹. Si l'on regarde du côté des sources du droit international, les principes généraux de droit, au sens de l'article 38 du Statut de la CIJ, constituent sans doute la source du droit international qui permet le mieux de comprendre la synthèse opérée par ce droit à travers le rassemblement vers des principes d'une diversité concordante²⁹⁰.

Il apparaît ainsi que, l'internationalisation du droit en général et celle pénale en particulier est un mouvement pluraliste de normes²⁹¹, c'est-à-dire un vaste ensemble qui fait rétroagir aussi bien le droit international classique que la part prise par le droit interne des Etats dans cet ensemble, l'élément droit comparé qui irrigue de plus en plus cette matière ou encore les phénomènes transnationaux. Il y a, à travers le phénomène d'internationalisation pénale, la recherche d'une certaine cohérence entre ensembles juridiques coexistant dans un système normatif donné²⁹². Il s'agit d'appréhender la diversité et, si possible, de « l'ordonner » par le biais du droit international²⁹³ car c'est bien à une mutation de la conception de l'ordre juridique que nous invite l'internationalisation du droit²⁹⁴.

B. Le développement d'une nouvelle technique d'articulation des ordres et des normes juridiques dans les systèmes pénaux africains : le recours au concept de « hiérarchie complémentaire ».

50. Comme il a été précisé, le présent travail, axé sur la recherche d'une théorie sur de l'internormativité, a pour principal objectif de décrire le développement de la nouvelle technique de d'articulation des ordres et des normes juridiques au sein du système pénal

²⁸⁸ J.-M. SOREL, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et pluralisme*, op.cit., pp. 73-99, spec., 78-80.

²⁸⁹ Sur ce point relatif aux spécificités contemporaines du droit international, nous renvoyons utilement à l'étude collective, R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006. Plus particulièrement, voir, E. JOUANNET, « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international », pp. 115-154. Pour une réflexion plus générale, cf., R. KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

²⁹⁰ J.-M. SOREL, « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », op.cit., p. 82.

²⁹¹ M. DELMAS-MARTY, *Leçon inaugurale au Collège de France. Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Paris, Fayard, 2003, p. 32.

²⁹² J.-M. SOREL, op.cit., p. 92; M. DELMAS-MARTY, « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in J.-L. BERGEL (dir.), *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.

²⁹³ J.-M. SOREL, op.cit., p. 96.

²⁹⁴ *Ibid.*

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

africain. Or, s'agissant d'un système normatif donné, il peut exister au moins trois types de rapport entre les ordres et les normes composant sa structure. L'on distingue selon un degré croissant, les *rappports d'articulation*, les *rappports de communicabilité* et les *rappports d'interaction*. Compte tenu de leur fort degré d'imbrication au regard des phénomènes d'*internormativité juridique*, tel l'internationalisation pénale, il apparaît souvent difficile, mais pas impossible, d'isoler un type spécifique de rapport dans l'analyse des mouvements de normes affectant le système tout entier. Alors, même si le présent travail s'intéresse principalement au degré le moins élevé dans l'échelle des rapports à savoir au niveau des rapports d'articulation dans le but de décrire selon quelle logique les normes sont mises ensembles pour réaliser l'unité du système pénal, il convient de souligner qu'il part de l'hypothèse de leur *communicabilité* pour déduire les modes et les techniques positifs d'articulation normatives. Ce choix s'appuie sur l'idée que le juge joue désormais un rôle primordial dans l'articulation entre les ensembles juridiques différents au sein d'un même système pénal et plus précisément encore, il est le principal acteur de la dynamique en cours.

Dans cette perspective, l'orientation de l'étude s'inspire largement des travaux du théoricien contemporain de la communicabilité entre les ordres juridiques, Jean Claude Escarras. Pour cet auteur, qui a construit sa thèse à partir de l'échange entre les justices constitutionnelles italienne et française, la *communicabilité* amène à réfuter « toute absolutisation des dichotomies, alors très courantes chez les constitutionnalistes, entre « contrôle abstrait » et « contrôle concret » d'un côté, et « contrôle objectif » et « contentieux subjectif » de l'autre. En réalité, poursuit-il, les systèmes italiens et français sont *métissés* »²⁹⁵. Et, précisément c'est de ce métissage appliqué au système pénal africain qu'il sera question de décrire tout au long des développements à suivre.

La communicabilité décrite par le professeur Jean Claude Escarras entre des systèmes juridiques n'ayant aucun lien d'articulation entre eux (système de justice constitutionnelle français et italien) et donc fondant leur communicabilité sur la seule base de l'emploi judiciaire de l'argument de droit comparé²⁹⁶, se transforme davantage en un rapport d'interaction normative lorsqu'il s'agit d'envisager cette communicabilité à l'intérieur d'un système. C'est-à-dire entre des ensembles juridiques présentant des liens quelconques

²⁹⁵ J.-C. ESCARRAS, « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italiens et français de justice constitutionnelle », *AJJC*, 1986, pp. 15 ss.

²⁹⁶ Sur l'emploi de l'argument de droit comparé entendu comme l'invocation d'un ou plusieurs exemples étrangers pour justifier une évolution du droit positif, un projet de réforme, cf. F. MELLERAY (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, coll. « droit administratif », 2008.

d'articulation. En clair, au sein d'un système, le rapport de communicabilité se prolonge et donne lieu au troisième niveau des rapports entre les ensembles juridiques, celui de l'interaction normative²⁹⁷. Prolongement de la *communicabilité*, l'*interaction* suppose une action réciproque de deux normes l'une sur l'autre²⁹⁸. De cette hypothèse découle logiquement la nécessité d'un renouvellement des techniques d'articulation normative. Pour cela, il convient de distinguer deux types de rapports susceptibles de déterminer la structure d'un système normatif. Un premier rapport bien connu concerne les rapports entre les normes juridiques au sein d'un système et qui peut être pensé à l'aune de la technique de la hiérarchie des normes (1). Un second type peu connu mais exerçant pourtant une forte influence sur le premier concerne le rapport entre les ordres normatifs différents. Ce second appelle plutôt la mise en œuvre du principe de la complémentarité entre les ordres juridiques (2). La combinaison entre les deux suggère l'idée que la théorie sur l'internormativité des systèmes pénaux en transition peut se construire à partir de la substitution de la hiérarchie normative « stricte » par des formes de hiérarchie « complémentaire ».

1. La hiérarchie des normes comme logique d'articulation des normes juridiques à l'intérieur du système pénal national.

²⁹⁷ Comme l'écrit Jean-Jacques Pardini, le sujet des interactions entre les ordres juridiques est une question théorique qui semble aujourd'hui occuper et préoccuper l'ensemble de la doctrine non seulement pénaliste. Par exemple, les comparatistes s'en réjouissent estimant notamment qu'au regard de cette question, « les ordres juridiques sont devenus si interdépendants qu'on ne saurait négliger plus longtemps le droit comparé » (C. GREWE, H. OBERDORFF, *Les constitutions des Etats de l'Union européenne*, Paris, La Documentation française, coll. « Retour aux textes », 1999, p. 7). Les internationalistes pour leur part, voient avec satisfaction leurs réflexions confirmées à propos de l'existence d'une communauté internationale qui transcenderait la logique interétatique fondée sur la toute puissance souveraine des Etats. Les théoriciens du droit, quant à eux, trouvent matière à enrichir le discours sur le droit, ce qui tend à combler leur insatiable curiosité intellectuelle, (J.-J. PARDINI, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 161-180, spec. 162).

²⁹⁸ Pour des développements détaillés sur les deux types de rapports, cf. utilement, outre les mélanges Escarras et les travaux de Mireille Delmas-Marty précités, le numéro 96 de la Revue française *Pouvoirs* publié en 2001 portant sur le thème des interactions entre les cours constitutionnelles nationales et les cours européennes. Notamment les articles, O. DORD, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité », pp. 5-18 ; D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? », pp. 31-49 ; Ph. MANIN, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », pp. 51-64 ; M.-L. LAYS et F. SIMONETTI, « Procédure juridictionnelle : points communs et différences », pp. 85-106 ; D. DE BECHILLON, « Conflits de sentences entre les juges de la loi », pp. 107-122. L'on peut aussi consulter utilement les contributions contenues dans la première partie « L'interaction des ordres juridiques » des mélanges, *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gaudron*, Paris, A. Pedone, 2004. Notamment les articles, J. ANDRIANTZIMBAZOVINA, « Les droits de nature politique selon la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel entre droit national et droit européen : retour aux sources ou renouvellement ? », pp. 3-18 ; J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », pp. 105-116 ; J.-P. JARNEVIC, « La perméabilité du droit financier aux ordres juridiques européens », pp. 137-154 ; B. MATHIEU, « L'appréhension de l'ordre juridique communautaire par le droit constitutionnel français », pp. 169-176 ; H. RUIZ FABRI et C. GREWE, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », pp. 189-206 ; F. SUDRE, « A propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionnalité », pp. 207-224.

51. Dans les différentes interprétations de la théorie kelsénienne, les auteurs qu'ils pensent que la hiérarchie est une « idée qui va de soi »²⁹⁹ ou qu'ils la critiquent³⁰⁰, admettent qu'il y a sans doute un consensus minimum sur son idée de base. En effet, la notion de hiérarchie des normes implique, dans son sens premier, *un lien particulier* qui ordonne, les rapports entre les normes et/ou les contenus normatifs qui, lorsqu'il s'établit, a pour effet de *subordonner* le contenu d'une norme à celui d'une autre placée au-dessus d'elle³⁰¹. Dans ce sens, le vocabulaire juridique l'appréhende comme « *l'ensemble des composantes* d'un système juridique considéré dans leur *coordination* et fondé sur le principe selon lequel la *norme* d'un degré inférieur doit respecter et mettre en œuvre *celle* d'un degré supérieur »³⁰². Il en ressort que la notion de hiérarchie des normes peut introduire au moins trois types de rapport entre les composantes *internes* d'un système juridique : un rapport de *subordination*, un rapport de *force dérogatoire* ou encore un rapport de *production*³⁰³.

Au regard de cette idée de base, il apparaît que les critiques, les perturbations ou même les idées de déclin évoquées au sujet de la hiérarchie ne concernent pas véritablement la notion elle-même qui conserve en réalité toute sa valeur opératoire. Elles concernent davantage la conception que les auteurs se font de la notion et n'affectent donc que sa systématicité³⁰⁴. En effet, le vrai problème lorsqu'on aborde la question de la hiérarchie des normes est souvent de savoir s'il s'agit d'une règle de droit, d'un principe juridique ayant un caractère impératif, ou d'une simple théorie permettant de décrire la structure logique d'un ordre juridique.

52. Face à cette question, l'opinion dominante, à côté des conceptions sensibles au parfum d'éternité qu'exhale l'architecture pyramidale visant à considérer la hiérarchie des

²⁹⁹ P. AMSELEK, « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, coll. « Etudes, Mélanges, Travaux », 2007, p. 983 ; D. DE BECHILLON, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, vol. 32, 1994, p. 81.

³⁰⁰ L. CHARBONNEL, *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2010, pp. 6- 15. Pour une opinion critique, voir M. MONIN, « La hiérarchie des normes n'existe pas », *Dalloz*, n°30, 1999, dernière actualité p. 1.

³⁰¹ J. PERROUIN, *La hiérarchie des normes en droit privé*, Thèse Université de Toulouse, 2000, p.5, nous soulignons.

³⁰² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007, p. 457, nous soulignons

³⁰³ Sur ces différentes conceptions, cf. M. TROPER, « En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°9, 2000, p. 137. Dans cette étude, le professeur de théorie et de philosophie du droit identifie sept possibilités de rapport hiérarchique entre les normes.

³⁰⁴ cf. sur ces aspects, Ch. MOULY, « La crise des introductions au droit », *Droits*, vol.4, 1986, pp. 99 ss ; P. AMSELEK, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Arch. phil. droit.*, 1983, t. 28, p. 749 ; F. GRANET, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 41 ; P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *Rev.trim.dr.civ.*, 2001, pp. 749 ss.

normes comme une règle impérative devant être respectée par les acteurs de l'ordre juridique comme le législateur ou le juge³⁰⁵, admet que « la hiérarchie n'est pas un principe juridique (...) mais une sorte de « *principe général* » de droit assurant une certaine cohérence du système qu'elle régit »³⁰⁶. En clair et pour le professeur Michel Troper, par exemple, la hiérarchie des normes est,

« un genre de relation entre normes, un mode d'organisation du système juridique, que l'on peut observer et décrire. Ce n'est pas un principe juridique auquel le droit positif serait tenu de se soumettre sous peine d'être un mauvais droit et même si les bouleversements de la hiérarchie des normes constitue une violation de la logique *il n'y a non plus de principe juridique qui ordonne de se soumettre à la logique* »³⁰⁷.

Cette acception suppose qu'en présence d'ordres juridiques ou de normes juridiques autonomes, distincts, coordonnés ou intégrés, la hiérarchie des normes constitue effectivement *une modalité d'articulation des normes, une technique d'agencement des normes*³⁰⁸. Ses principales manifestations juridiques sont, notamment le principe de constitutionnalité, le principe de conventionalité, le principe de légalité très souvent ramené au principe de normativité³⁰⁹. C'est précisément en tant que théorie appliquée aux rapports des normes à l'intérieur d'un système ou d'un sous système juridique que le concept sera employé ici.

2. La complémentarité des normes: d'une règle juridictionnelle à un principe d'articulation des ordres normatifs structurant le système pénal.

53. Le sens premier, et sans doute le plus partagé, de la règle de la complémentarité est celui qui la considère comme une technique juridique d'articulation de compétences juridictionnelles entre différents ordres juridictionnels. Pour la majorité des auteurs, ce sens

³⁰⁵ Cf. à ce propos, l'article de D. J. ZAMBO ZAMBO, « Le législateur camerounais et la hiérarchie des normes », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol 8, n°2, 2011, pp. 63-90.

³⁰⁶ ABDELKHALEQ BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits. Droits internes et droit européen et international*, Paris, L'Harmattan, coll. « logiques juridiques », 2002, p. 248, nous soulignons.

³⁰⁷ M. TROPER, *op.cit.*, p. 98, nous soulignons.

³⁰⁸ Sur les différents aspects de cette question, nous renvoyons très utilement à la profonde réflexion de Pascal Puig, « Hiérarchie des normes : du système au principe », précitée. Certaines branches de la conclusion de l'hypothèse défendue dans cet article peuvent être critiquée, notamment lorsqu'il admet que la hiérarchie des normes a évolué « de système [c'est-à-dire de théorie] à principe [normatif] (...) renforcé par le développement des contrôles de conformité qui en assure le respect » (n°8). A cette conclusion, il peut être objecté les contrôles de conformité existants dans l'ordre juridique entre deux normes et exercés par le juge constitue une implication juridique de la technique à la base de l'agencement des normes au sein du système. Aussi, la multiplication des contrôles juridictionnels dont parle l'auteur, si elle permet de relever une certaine vitalité à la théorie de la hiérarchie des normes, elle reste en soi une conséquence de la multiplication des ordres juridiques dans le droit à l'époque contemporaine. Par contre, l'on partage entièrement son point de vue tel que contenu dans la branche de son hypothèse qui énonce que, la hiérarchie « n'est plus le fondement [de l'unité d'ailleurs l'a-t-il jamais été] de l'ordre juridique assurant la liaison cohérence des règles les unes aux autres mais constitue, plus modestement, un simple mode parmi d'autres de résolutions des conflits des normes » (*Ibid.*).

³⁰⁹ Cf. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit dans la Ve République*, Paris, Flammarion, coll. « Forum », 1996, p. 39.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

premier de la complémentarité ressort explicitement de l'article 17 du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale³¹⁰. Cette conception qui fonde le caractère subsidiaire de la Cour pénale internationale dans ses rapports avec les juridictions nationales dans la répression des *core crimes*³¹¹ est aussi analysée comme le dépassement de la logique *ad hociste* des tribunaux pénaux internationaux issus du droit pénal de l'ONU et basés sur le principe de la primauté³¹². Dans ce sens, la complémentarité est présentée comme une technique d'articulation de compétences plus respectueuse de la souveraineté, du moins lorsqu'elle est comparée au principe de primauté des juridictions internationales³¹³. Le professeur Italien Antonio Cassese pense à cet effet que la seconde raison du choix de la technique de la complémentarité dans le Statut de Rome était principalement « *the intent to respect state sovereignty as much as possible* »³¹⁴. Dans le même sens, l'internationaliste

³¹⁰ Pour une analyse globale et approfondie de la complémentarité en droit pénal international, l'on peut citer quelques références de la doctrine pénale anglophone notamment, I. TSEGMILLER, « Complementarity thoughts », *Criminal Law Forum*, vol. 21, 2010, pp. 159-174; N. N. JURDI, « The prosecutorial interpretation of complementarity principle: does it really contribute to ending impunity on the national level ? », *International Criminal Law Review*, vol. 10, 2010, pp. 73-96 ; J. STIGEN, *The relationship between international criminal court and the national jurisdictions. The principle of complementarity*, Liden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; C. STAHN, « Complementarity : a tale of two notions », *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, pp. 87-113; M. EL ZEIDY, *The principle of complementarity in international criminal law*, Liden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008; J. KLEFFNER, *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*, Oxford, New York, OUP, 2008; W. A. SCHABAS, C. STAHN, M. EL ZEIDY, « The international criminal court and complementarity: five years on », *Criminal Law Forum*, vol. 19, pp. 1-3; J.B. TERRACINO, « National implementation of ICC crimes. Impact on national jurisdiction and the ICC », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 421-440; J. K. KLEFFNER et G. KOR (dir.), *Complementary views on complementarity: proceedings of the international roundtable on complementary nature of the international criminal court*, The Hague, TMC Asser Press, 2006; F. MEYER, « Complementing complementarity », *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, pp. 549-583; K. J. HELLER, « The shadow side of complementarity : the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process », *Criminal Law Forum*, 2006, pp. 255 ss; S. MOREL, *La mise en oeuvre du principe de complémentarité par la cour pénale internationale le cas particuliers des amnisties*, Lausanne, Editions bis et ter, 2005; A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, spec. 348-362; J. T. HOLMES, « Complementarity: national courts versus ICC, in the Rome Statute of international criminal court », in A. CASSESE, P. GAETA et J. R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 667-685.

³¹¹ Cf. infra seconde partie, titre 1, « subsidiarité de la Cour pénale internationale ».

³¹² Sur cet aspect, cf. M. EL ZEIDY, « From primacy to complementarity and backwards: (re)-visiting rule 11 bis of the ad hoc tribunals », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 57, 2008, pp. 403-415; A. G. KARIBI-WHITE, « The twin ad hoc tribunals and primacy over national courts », *Criminal Law Forum*, vol. 9, 1999, pp. 55 ss; B. S. BROWN, « Primacy or complementarity: reconciling the jurisdiction of national courts and international criminal tribunals », *Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998, pp. 383-436.

³¹³ F. GIOIA, « State sovereignty, jurisdiction, and 'modern' international law: the principle of complementarity in the international criminal court », *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 1095-1123; A. CASSESE, « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale? », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales, op.cit.*, pp. 13-29; Ph. KIRSCH, « La Cour pénale internationale face à la souveraineté des Etats », *Ibid.*, pp. 31-37.

³¹⁴ A. CASSESE, *International criminal law, op.cit.*, p. 351.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

Benzing soutient que, « the complementarity regime (...) is designed *to protect and serve (...)* the sovereignty both of State parties and third States »³¹⁵.

54. Si cette appréhension de la complémentarité telle qu'elle découle de la logique de Rome est vraie, c'est que cette vérité est partielle en ce qu'elle ne vise qu'à rendre compte d'une seule dimension de la règle de la complémentarité : la *dimension institutionnelle*³¹⁶. En effet, si l'on cherche à appréhender la règle dans toute sa valeur et sa portée philosophique, l'on s'aperçoit rapidement qu'à côté de sa *dimension institutionnelle*, elle présente une *dimension systémique* indéniable à travers laquelle elle organise les rapports et les interactions entre les ordres normatifs interne et international. Carsten Stahn écrit dans ce sens que, le concept de complémentarité,

« has a broader *systemic meaning*. It (...) institutes a legal system under which the court and domestic jurisdictions are meant to complement and reinforce each other in their mutual efforts to institutionalize accountability for mass crimes »³¹⁷.

D'ailleurs, cette dimension systémique de la règle de la complémentarité lui confère un véritable statut de principe juridique d'articulation des ordres normatifs dont l'article 17 du Statut de Rome, et plus généralement le régime de la Cour pénale internationale, ne constitue qu'un cas particulier d'évocation textuelle. Pour prendre conscience de la dimension systémique, et donc aussi de la valeur principielle, de la règle de la complémentarité en droit pénal international, il convient de remonter aux premières applications de la règle avant d'analyser son caractère de « principe juridique » c'est-à-dire de norme d'application générale.

55. Remonter aux premières applications de la règle de la complémentarité en droit pénal international revient à se détacher de sa mise en œuvre telle qu'elle résulte du Statut de Rome dans le but de rompre avec l'opinion selon laquelle, la règle normative de la complémentarité naît en droit international avec le Statut de Rome. Historiquement, la règle de la complémentarité semble être apparue pour la première fois en droit pénal international à l'occasion de la signature du Traité de Paix de Versailles à travers l'introduction des dispositions relatives aux sanctions pénales renvoyant au droit pénal interne des Etats parties à

³¹⁵ M. BENZING, « The complementarity regime of international criminal court : international criminal justice between State sovereignty and the fight against impunity », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, p. 595.

³¹⁶ C. STAHN, « Complementarity : a tale of two notions », *op.cit.*, p. 90.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 91.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

la Convention³¹⁸. La seconde manifestation explicite de la règle fut la Convention de la Ligue des nations pour la création d'une Cour pénale internationale de 1937³¹⁹. Commentant la position adoptée par la France lors des discussions, le professeur Vespasien Pella, représentant du Gouvernement de Roumanie soutenait que son Gouvernement,

« fully recognises that, in present circumstances, the system advocated by the French Gouvernement would be the one most easily realisable in practice. Though maintaining *the basic principle priority of jurisdiction of national courts*, the french proposals do not exclude the possibility of investing an international court with certain powers (...) It might be said that this conception resembles to a certain extent the idea of *jurisdiction by delegation* »³²⁰.

Cette position française donna lieu à l'introduction, dans le projet de convention sur la prévention et répression du terrorisme, de l'article 3 prévoyant que « (...) each high contracting party to the present convention shall be intitled, instead of prosecution before his own tribunal, to send the accused for trial before the court ». Cet article fut introduit sur la base du principe *aut dedere aut judicare* qui constituait à l'époque moderne la principale manifestation de la complémentarité en droit pénal international³²¹. A ce propos, le professeur Pella soulignait que cette position marquait, « a decisive turning-point in the history of... public law...the dogma of sovereignty [that renders] cases belong exclusively to national courts [has been] abandoned »³²². La troisième manifestation de la règle de la complémentarité antérieure à l'évocation textuelle du Statut de Rome, est le régime de la bipolarité de la légalité mis en place à l'occasion de la mise sur pied, après la seconde guerre mondiale, des tribunaux militaires de 1945³²³.

³¹⁸ Sur cette question cf. G. A. FINCH, « The peace conference of Paris, 1919 : its organization and method of work », *American Journal of International Law*, vol. 13, 1919, pp. 159 ss; R. LANSING, « Some legal questions of the peace conference », *Ibid.*, pp. 631-647. Pour d'autres développements, cf. Ch. BASSIOUNI, « International crime investigations and prosecutions: from Versailles to Rwanda », in Ch. BASSIOUNI, *International criminal law : enforcement*, vol. II, 2^{ème} éd., Ardsley/New York, Transnational Publishers, 1999.

³¹⁹ Cf. P. KOVAC, « La Société des Nations et son action après l'attentat contre Alexandre roi de Yougoslavie », *Revue d'Histoire du Droit International*, vol. 6, 2004, pp. 65-79. Pour d'autres aspects de la question, voir, L. GROSS, « International terrorism and international criminal jurisdiction », *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, pp. 508 ss.

³²⁰ *League of Nations document*. C. 184. M. 102. 1953, p. 19.

³²¹ Sur ce principe de base du droit pénal international cf. C. BASSIOUNI et E.M. WISE, *Aut dedere aut judicare : The duty to extradite or prosecute in international law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995; M. PLATCHA, « Aut dedere aut judicare : an overview of modes of implementation and approaches », *Maastricht Journal of European and comparative law*, vol.6, 1999, pp. 331-365.

³²² V.V. PELLA, « Towards an international criminal courts », *American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, p. 39.

³²³ Cf. sur cette question, G. SCHWARZENBERGER, « The judgement of Nuremberg », *Tulane Law Review*, vol. 2, 1947, pp. 329 ss; « The problem of an international criminal law », *Current Legal Problems*, vol. 3, 1950, pp. 263-291; J. W. BRIDGE, « The case for an international court of criminal justice and the formulation of an international criminal law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13, 1964, pp. 1255-1268; K. WOETZEL, *The Nuremberg trials in international law*, London, Stevens & sons, 1960; R. S. CLARK, « Nuremberg to Tokyo in cotemporary perspective » in T. L. H. McCORMACK et al. (dir.), *The law of war*

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

La preuve de cette antériorité de la règle de la complémentarité à l'évocation textuelle du Statut de Rome, qui en constitue dès lors une des formes d'expression, signifie que la règle se situe bien à l'origine du droit pénal international. Elle relève de la philosophie de cette nouvelle matière en ce qu'elle constitue une technique de fonctionnement des ordres juridiques interne et international en matière d'infractions internationales. Elle constitue le soubassement du droit pénal international ou plus précisément de la justice pénale internationale. Cette dimension permet d'affirmer que la règle de la complémentarité joue comme un véritable principe général d'articulation des ordres normatifs nationaux et internationaux. Son caractère normatif tient au fait qu'elle ne suggère pas une substitution de l'ordre interne par l'ordre international dans la répression des crimes graves mais invite ces deux ordres à se compléter l'un par rapport à l'autre. Certains auteurs ont qualifié cette interprétation de la complémentarité d'origine internationale de « proactive complementarity »³²⁴, servant de catalyseur pour la cohérence du droit pénal national³²⁵ au regard de son impact sur le droit substantiel³²⁶.

C'est dans cette perspective qui considère la règle de la complémentarité comme un principe juridique d'articulation des ordres normatifs que la notion sera adjointe à la celle de la hiérarchie des normes qui ne l'exclue pas, par plus que l'idée de primauté qu'elle sous-entend ne s'y oppose pas.

56. Comme nous allons tenté de le démontrer, la hiérarchie des normes permet d'articuler les normes à l'intérieur d'un même système juridique alors que le principe de la complémentarité quant à lui permet d'articuler des ordres normatifs différents dont les normes vont structurer plus tard un système donné. De là, il apparaît que le phénomène d'internormativité pour se réaliser appelle une combinaison des deux techniques d'articulation normative tout en les distinguant. Cette logique de mise en rapport des normes juridiques suggère que la théorie de l'internormativité se conçoit autour de la substitution de la « hiérarchie stricte » à la « hiérarchie complémentaire », mouvement qui donne une

crimes: national and international approaches, The Hague/London/Boston, Kluwer International Law, 1997, pp. 171 ss.

³²⁴ W.W. BURKE-WHITE, « Proactive complementarity: International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice », *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n°1, 2008, pp. 53-108. Cette dimension sera analysée infra.

³²⁵ K. L. DOHERTY et T. L. H. McCORMACK, « 'Complementarity' as a catalyst for comprehensive domestic penal legislation », *University of California Davis Journal of International Law, & politics*, vol. 5, 1999, pp. 149-180.

³²⁶ J. K. KLEFFNER, « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *Journal of International Criminal Justice*, 2003, vol. 1, pp. 88-113.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

dimension pluraliste aux systèmes pénaux nationaux les faisant entrer progressivement dans une transition des modèles simples aux modèles complexes.

57. Cette modification de perspective emporte, comme le suggérait la spécialiste contemporaine de la théorie des normes juridiques, Catherine Thibierge, « *la nécessité pour la théorie des sources (du droit pénal) de se renouveler (...)* ». Ce d'autant plus que, poursuit-elle, « *ce renouvellement est déjà amorcé en doctrine, et tout particulièrement grâce à certains travaux récents qui traitent de la genèse du droit en général ou dans des branches particulières* ». Cet auteur relève à juste titre que la doctrine fait état « *d'une recombinaison de la théorie des sources qui n'épargne aucune branche du droit, fût-elle régalienne (comme le droit pénal)* »³²⁷. Cette nécessité d'un renouvellement de la *théorie* des sources du droit (pénal) tient à l'évolution vers un renouvellement du formalisme des systèmes pénaux nationaux en transition du monisme au pluralisme. En effet, pour établir comment la force normative du paradigme juridique du crime contre l'humanité agit sur les systèmes pénaux et entraîne l'apparition d'une nouvelle forme de pluralisme juridique au sein des droits pénaux africains, il convient de démontrer deux choses. La première est que la détermination de l'incrimination internationale dans le champ pénal interne suppose que le processus législatif entre l'internationalité de l'incrimination et le nationalisme méthodique des droits pénaux. La seconde est que le traitement de l'incrimination internationale dans le champ pénal interne obéit à la double logique de l'universalité de l'obligation de punir et du relativisme des modèles de justice pénale. En clair, c'est autour des deux pierres de touche du droit pénal (légalité pénale et répression de l'infraction) que la théorie de l'internormativité permettra de montrer que les systèmes pénaux africains sont en transition. D'où les deux articulations suivantes de l'idée générale :

³²⁷ C. THIBIERGE, « Sources du droit et sources de droit », in *Libres propos sur les sources du droit*. Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Paris, Dalloz, 2006, pp. 519-547, *spec.* 520. Concernant les auteurs qui défendent l'hypothèse d'une recombinaison des sources du droit, l'on peut mentionner, V. VARNEROT, *Les sources privées du droit fiscal*, Thèse Nice, 2001 ; V. CHERITAT, *Les modes d'évolution de la théorie générale du contrat*, Thèse Orléans, 2004 ; M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouvellement du droit de la responsabilité civile*, Thèse Le Mans, 2001 ; « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ*, vol. 4, 2003, p. 2336.

Chapitre introductif

A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains

Première partie : La bipolarité de la légalité pénale du crime contre l'humanité dans le champ pénal étatique.

Seconde partie : La dualité des logiques répressives du crime contre l'humanité par le système pénal étatique.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Première partie

**LA BIPOLARITE DE LA LEGALITE DU CRIME CONTRE L'HUMANITE DANS
LE CHAMP PENAL INTERNE**

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

« La greffe du droit international ne prend en effet que très rarement sur le corpus étatiste et légaliste du droit pénal (national) [...] s'il faut cesser de croire que la greffe du droit international prendra facilement sur le droit pénal étatique et, qu'à défaut, elle devra prendre sous prétexte que c'est son devoir, il faut accepter que le socle du droit pénal étatique puisse parfois être prolongé, complété, amélioré, embelli par la greffe ».

M. HENZELIN, «Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures», in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, LGDJ, 2002, p. 70

58. La pensée pénale classique issue des théories descriptives de la macro criminologie établit indiscutablement que *la loi est la donnée fondamentale du phénomène juridique de l'incrimination*³²⁸. Le paradigme officiel de la rationalité pénale moderne issu de cette pensée reconnaît au législateur et à sa forme d'écriture, le monopole *in criminalibus*³²⁹. Dans ses postulats fondamentaux à l'époque des Lumières, ce paradigme énonce que *la détermination de l'incrimination serait de type moniste, abstraite et donc, complète*. Les droits positifs lui donnent une importante valeur juridique en reconnaissant dans les constitutions des Etats, c'est-à-dire au plus haut niveau de l'échelle des normes, la compétence exclusive de la loi

³²⁸ Pour une étude de la pensée classique cf. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991, 182 p ; J. GRAVEN, « Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794) », in *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie, 1948, p. 97 et s ; M. MAESTRO, *Cesare Beccaria and the origin of penal reform*, Philadelphie, Temple University press, 1973 ; R. BADINTER, « Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la révolution française », *Rev. sc. crim.*, 1989, pp. 235 et s ; M. DELMAS-MARTY, « Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria », *Ibid*, pp. 252 et s ; A.P. PIRES, *Histoire des savoir sur le crime et la peine, t. 2, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, pp. 83 et s. Pour une étude du courant positiviste de la pensée positiviste, cf. M. ANCEL, « Le centenaire de l'«Uomo delinquente». Exposé introductif », *Rev. sc. crim.*, 1977, pp. 285 et s. ; P. NUVOLONE, « Lombroso et le droit pénal », *Ibid.*, pp. 541 et s. ; G. CANEPA « Perspectives de contradiction et d'innovation dans la pensée de Cesare Lombroso », *Ibid*, pp. 551 et s. ; M. RENNEVILLE, « La réception de Lombroso en France (1880-1900) », in L. MUCCHIELI (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994, pp. 107 et s. ; P. BOUZAT, « Le centenaire d'E. FERRI, l'œuvre du maître, son actualité », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 1 et s. ; Ph. MARY, « Relecture de Garofalo », *Journ. proc.*, n°141, 30 décembre 1988, pp. 22 et s. Pour une étude du courant dit de réaction sociale de la pensée pénale classique, cf. W.J. CHAMBLISS, « Functional and conflict theories of crime : The heritage of Emile Durkheim and Karl Max », in W.J. CHAMBLISS et M. MANKOFF (dir.), *Whose law, What order? A conflict approach to criminology*, New York e.a., John Wiley, 1976, pp. 1 et s ; N. HERPIN, *Les sociologues américains et le siècle*, Paris, PUF, 1973, pp. 37 et s. Pour d'autres développements dans ce sens, cf., E.M. SCHUR, *Labeling devian behavior. Its sociological implications*, New York-Londres, Harper and Row, 1971 ; H.S. BECKER, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, New York-Londres, The Free press-Collier-Macmillan, 1963 ; Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, Kluwer, coll. « A la rencontre du droit », 6^e éd., 2003 ; Ph. ROBERT, *La question pénale*, Genève, Droz, 1984 ; Ph. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'année sociologique*, vol. 24, 1973.

³²⁹ Cf. A. PIRES, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », Québec, 2006, version numérique, www.bibliotheque.uqac.ca.

Première partie.

La bipolarité de la légalité de l'incrimination internationale internationalisée.

dans le choix des mots et des choses en matière pénale³³⁰ : la loi seule découpe, « selon une vision définitive des valeurs et de la vie en société, ce qui est pénal et ce qui ne l'est pas »³³¹. Cette place centrale de la loi³³², constitue le fondement du principe de la *légalité pénale* qui, absorbe « *la totalité de l'ordre juridique pénal* »³³³.

Aujourd'hui cependant, cette rationalité pénale moderne relève de l'ancien temps. Ce qui caractérise le droit pénal contemporain ce n'est plus la *stabilité* de ses normes à travers la figure du code pénal absolutiste et monocentré, mais plutôt le *mouvement* qui les affecte en ce qu'il inscrit la *légalité pénale* dans une nouvelle rationalité obligeant, par là, les analystes à repenser la *détermination* de l'incrimination en dehors du seul *souverainisme législatif*.

En effet, des phénomènes comme l'émergence des biens juridiques supranationaux emportent, par l'internationalisation pénale qu'ils provoquent, une diversification des sources du droit pénal et

« remettent en cause la conception classique qui conférait à la loi, au sens formel, le monopole de la répression. L'apparition et l'extraordinaire développement du droit international, [...], ressurgissent sur le droit pénal »³³⁴.

Françoise Tulkens pénaliste belge et juge à la Cour de Strasbourg, a même écrit au sujet du Code pénal français, qu'

« on ne peut que constater l'antinomie partielle qui existe entre le projet de codification qui symbolise l'uniformisation des sources du droit, la primauté de la loi et le caractère central de l'Etat et le fait qu'au même moment s'affirme de plus en plus nettement la limitation de la souveraineté nationale notamment par les engagements internationaux, le déclin de la loi et l'hétérogénéité croissante des sources du droit »³³⁵.

³³⁰ Article 26 de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 ; article 67 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 ; article 122 (6) de la constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 ; article 159 (3) de la constitution de la République du Burundi du 18 mars 2005

³³¹ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004, p.57.

³³² Cf. G. BEAUSSONIE, « Prolégomènes à l'étude de la force normative de la loi en droit pénal contemporain », in C. THIBIERGE et Alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, op.cit., pp. 361-372, spec., p. 364. L'auteur écrit que, « La loi est l'alpha et l'oméga de la matière pénale : de l'incrimination à la peine, c'est au législateur de poser ce qui doit être ».

³³³ P. E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, Bruxelles, Larcier, t. 1., vol. 1, 1956, n°27 – 28.

³³⁴ B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les cahiers du droit*, vol. 50, n°3-4, 2009, pp. 585-609. Sur les évolutions du principe de légalité, outre les études déjà citées, Cf. M. VAN DE KERCHOVE, « Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels », in *Liber Amicorum. Jean du Jardin*, Kluwer, Deume, 2001, pp. 299 et s ; W. JEANDIDIER, « Principe de légalité criminelle », *Jurisclasseur pénal*. (Code pénal), Fasc. 10, novembre 2004, p.1 et s ; J. PRADEL, « Les grandes tendances de l'eupéanisation des systèmes pénaux nationaux », *Les cahiers du droit*, vol. 50, n°3-4, 2009, pp. 1015-1038 ; P. BEAUVAIS, *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, Thèse droit pénal européen, Paris X-Nanterre, 2006.

³³⁵ F. TULKENS, « Le mouvement de réforme des codes et le nouveau code pénal français », APC, n°17, 1995, p. 28.

La bipolarité de la légalité de l'incrimination internationale internationalisée.

59. Le premier facteur à prendre en compte, au regard de cette dynamique des normes que connaît le champ pénal contemporain, est sans aucun doute *la perte du monopole du législateur* dont le corollaire est la *détermination* « étatique » de l'incrimination à travers un partage de compétence entre le législateur national et les instances non nationales. Certains auteurs, analysant ce premier facteur ont, pour qualifier cette situation, parler d'écriture de l'incrimination à « plusieurs mains »³³⁶ décrivant, selon la théorie *des contraintes juridiques*³³⁷, « la contrainte du législateur » national tantôt tenu de légiférer ou de ne pas légiférer, tantôt limité à observer la « neutralisation » de ses propres incriminations même parfois par un juge supranational³³⁸. D'autres études, prenant appui sur le principe de l'effet direct du droit communautaire sur le droit pénal national, ont abouti au constat d'une sorte de « *communautarisation de la norme d'incrimination nationale* »³³⁹ décrivant en toile de fond, une remise en cause du principe de légalité et un affaiblissement de la *détermination* de l'incrimination par la *loi seule*. La doctrine autorisée, notamment la pénaliste française Christine Lazerges a, dans une appréciation critique de ce processus, affirmé qu'il y avait là « *négation partielle* du principe de légalité »³⁴⁰. En effet, énonce-t-elle, « classiquement, un seul et même texte définit le comportement incriminé et prévoit la sanction »³⁴¹. Alors, la prolifération d'autres techniques est à l'évidence une forme de *négation* des principes cadres du droit pénal.

³³⁶ M. MASSE, J-P. JEAN et A. GIUDICELI, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 2009, p. 84.

³³⁷ La contrainte juridique consiste en « *une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère* », in M. TROPPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS et C. GRZEGORCZYK (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2005, p.12. Sur cette théorie, voir également, M. TROPPER, « Les contraintes juridiques dans la production des normes », in E. SEVERIN et A. BERTHOUD (dir.) *La production du droit entre Etat et société civile. Les figures de l'institution de la norme entre Etat et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000, pp. 27- 46.

³³⁸ Pour l'analyse de certains aspects de cette problématique générale des influences contemporaines sur la loi, voir la *Revue Pouvoir*, n°114, 2005, portant sur la loi. Notamment les études de, J. MAÏA, « La contrainte européenne sur la loi », pp. 53-71 ; P. AVRIL, « Qui fait la loi ? », pp. 89-99 ; J. HAUSER, « Le juge et la loi », pp. 139-153. Sur d'autres aspects toujours en rapport avec la même problématique, voir, C. MAÛGUE, « Le conseil constitutionnel et le droit supranational », *Ibid.*, n°105, 2003, pp. 53-71 ; N. MOLFESSIS, « L'irrigation du droit par les décisions du conseil constitutionnel », *Ibid.*, pp. 89-101.

³³⁹ Pour une étude systématique de cette thématique dans le droit de l'Union Européenne, cf. L. D'AMBROSIO, *La communautarisation de la norme d'incrimination nationale*, Thèse de droit pénal européen Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Seconda Università degli di Napoli, 2007. Dans cette thèse, l'auteur identifie des cas d'interférence entre la norme d'incrimination nationale et l'ordre communautaire, qui se produisent sans que soit nécessaire une intervention de médiation ponctuelle du législateur national : la neutralisation (Chapitre II), l'intégration-spécification d'éléments constitutifs de la norme d'incrimination (Chapitre III) et l'interprétation orientée dans un sens communautaire (Chapitre IV).

³⁴⁰ Ch. LAZERGES, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in R. CABRILLAC, M-A. FRISON ROCHE et T. RIVET, *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz 4^e éd., 1997, p. 415. Cf. également M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit pénal constitutionnel, op.cit.*, p. 119.

³⁴¹ Ch. LAZERGES, *Ibid.*

La bipolarité de la légalité de l'incrimination internationale internationalisée.

Toutefois, si au premier facteur constitué par la perte du monopole du législateur, s'ajoute un second facteur lié au particularisme de l'incrimination à *déterminer*, comme tel est le cas du crime contre l'humanité – crime international par nature –, il semble bien nécessaire d'aller au-delà d'un simple partage de compétence entre le national et le non national et prendre en compte la force normative du paradigme de l'incrimination elle-même. En effet, il y a un risque majeur dans le processus de *détermination* d'une telle incrimination dans le champ pénal interne parce qu'elle est, pourrait-on dire, « venue d'ailleurs »³⁴². Considérant les attitudes habituelles de *méfiance* de même que les tactiques bien connues de *défi*ance du législateur national à l'égard du droit international, le processus de détermination « étatique » du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne comporte le risque d'éclatement de la catégorie juridique que constitue cette incrimination, et par voie de conséquence, le risque de perte de la spécificité du bien juridique protégé au regard de sa possible « nationalisation ». Certains auteurs, tels Nicolas Guillou et Emanuela Fronza, analysant le cas spécifique de la détermination étatique du crime de génocide, qui pose *mutatis mutandis* les mêmes difficultés que celle du crime contre l'humanité, ont démontré que, « cette incrimination pouvait prendre différentes formes en fonction des processus d'intégration en droit interne »³⁴³. Le droit pénal national par

« la récupération progressive de l'incrimination en droit interne, modifie considérablement la définition conventionnelle du génocide [...] (rendant ainsi) la notion extrêmement hétérogène, plurielle, relative et donc complexe, ce qui n'était pas attendu [...] » font remarquer les auteurs³⁴⁴.

Dans un approfondissement très intéressant de cette analyse en droit français, Mathieu Jacquelin révèle avec beaucoup de pertinence, qu'au sujet de la détermination « étatique » du crime de génocide,

« il ne semble pas que le droit international et le droit français protègent le même intérêt par l'incrimination de génocide, la référence à l'Humanité dans les deux systèmes juridiques cachant une ligne de faille tenant à la conception de cette Humanité qu'il s'agit de protéger. L'examen approfondi de cette conception de l'Humanité aboutit au constat d'un hiatus fort entre les deux systèmes juridiques, qui

³⁴² Nous reprenons ici l'expression du Doyen Carbonnier, qui par « droits venus d'ailleurs » entend, « des droits qui ont surgi d'abstractions », in J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, coll. « Champs essais », 1996, p. 48.

³⁴³ E. FRONZA et N. GUILOU, « Etude critique des fragments existants de droit pénal commun. Le crime de génocide », in M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT et H. RUIZ FABRI, *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, SLC, 2002, pp. 273-296.

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 279. Pour quelques éléments de droit comparé en Europe, l'on peut notamment citer, dans le Code pénal italien, la Loi spéciale n°962 de 1967 ; aussi, l'article 220 a du Code pénal allemand ; l'article 211-1 du Code pénal français. L'article 607 §2, n°2, du Code pénal espagnol, introduit dans la définition des éléments constitutifs du crime de génocide, les violences sexuelles qui ne sont pas comprises dans la définition du droit international.

La bipolarité de la légalité de l'incrimination internationale internationalisée.

semblent bien poursuivre des finalités radicalement distinctes, à partir d'orientations philosophiques différentes »³⁴⁵.

Il poursuit en disant que, même si l'humanité est la

*« référence commune des deux systèmes juridiques dans l'énoncé de la valeur sociale protégée, elle n'est pas du tout conçue de la même façon dès lors que le droit international la conçoit par le biais des groupes minoritaires alors que le droit français la contient dans l'individu »*³⁴⁶. L'optique « collectiviste du droit international contraste ainsi avec l'optique individualiste du droit français »³⁴⁷.

60. Cette analyse illustre parfaitement l'idée que le processus de *détermination* « étatique » du crime de génocide, comme on le verra également s'agissant de celui du crime contre l'humanité, place le crime international par nature aux confins des ordres juridiques interne et international, aux confins des valeurs dites universelles et de la diversité culturelle des peuples. Dans cette perspective, où l'on assiste à la relance du débat entre le relatif et l'universel, le processus de *détermination* « étatique » du crime contre l'humanité, au regard du double facteur de la perte du monopole *in criminalibus* du législateur et de la nécessaire prise en compte de la spécificité même de l'incrimination, amène à modifier le schéma classique des rapports entre le droit interne et le droit international. Il faut articuler autrement l'interne et l'international afin que le relativisme des droits pénaux nationaux s'articule avec l'universalisme du bien juridique qu'entend protéger l'infraction internationale. Au type de rapport vertical et linéaire prévu par les constitutions et les codes pénaux nationaux, la *détermination* « étatique » du crime contre l'humanité qui se réalise en effet par la réception en droit interne d'une incrimination internationale par nature, substitue des concepts de *bouclage*, de *récurtivité*³⁴⁸ ou encore de *hiérarchies inversées*³⁴⁹.

Mais à la différence du crime de génocide et peut-être des autres crimes internationaux pour lesquels un certain degré de différences entre l'ordre international et les ordres internes est envisageable dès lors qu'il peut exister une grande variété de génocides, il ne saurait être admis de distorsion entre ces ordres juridiques s'agissant du crime contre l'humanité. Dans ce dernier cas, une pluralité de crimes contre l'humanité ne serait concevable si l'on part du postulat qu'il ne pourrait exister plusieurs « humanités ». L'homogénéité naturelle ou l'unicité inhérente à cette catégorie pénale combinée aux spécificités propres à chaque peuple suppose

³⁴⁵ M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, Thèse droit, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2010, p. 62 (nous soulignons).

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 75 (nous soulignons).

³⁴⁷ *Ibid.* (nous soulignons).

³⁴⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une critique du droit*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 210 et s.

³⁴⁹ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, coll. « Librairie du XXI siècle », 1989.

La bipolarité de la légalité de l'incrimination internationale internationalisée.

qu'il n'y ait ni autonomie radicale entre l'ordre interne et l'ordre international, ni superposition stricte entre ceux-ci. D'où la suggestion du recours à *l'hypothèse du passage de la logique de hiérarchie stricte vers des formes de hiérarchies complémentaires pour penser les rapports d'articulation entre l'ordre interne et l'ordre international dans cette détermination « étatique » de l'incrimination.*

En s'appuyant sur le postulat d'un minimum de *communicabilité* entre l'interne et l'international³⁵⁰, la présente réflexion défend l'idée d'une indispensable *articulation du principe de hiérarchie avec celui de complémentarité* – d'où la notion de hiérarchie complémentaire – dans la réception du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne. Dans ce sillage, il s'agit de repenser la théorie des sources de l'incrimination pénale ou plus précisément celle de leur articulation qui semble glisser progressivement tantôt vers la complémentarité tantôt vers une certaine articulation de la hiérarchie à partir de la complémentarité. La prise en compte de ce mouvement, au regard de l'articulation des rapports entre la norme interne et la norme internationale, suppose que l'étude des sources du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne soit faite à l'aune d'une lecture renouvelée de la règle classique « *nullum crimen nulla poena sine lege* ». *Un renouvellement qui suggère l'hypothèse d'une bipolarité de la légalité d'une incrimination internationale par nature dans le champ pénal interne.*

Dans un premier temps, l'hypothèse d'une bipolarité de la légalité de l'incrimination tient à l'application de la double dimension de la légalité pénale au crime internationale dans le champ pénal interne (**Titre 1**). Dans un second temps, cette hypothèse résulte de la texture ouverte des composantes normatives d'une incrimination internationale telle que le crime contre l'humanité. Texture ouverte qui autorise, au sein du système pénal, des phénomènes d'emprunts normatifs (**Titre 2**).

³⁵⁰ Nous parlons ici d'un minimum de communicabilité parce qu'il n'existe pas encore de jurisprudence nationale relative à la détermination « étatique » du crime contre l'humanité. Pourtant, c'est davantage le juge qui permet d'apprécier le degré de communicabilité entre les normes.

Titre 1 :

**UNE BIPOLARTE PROVENANT DE LA DISTINCTION LEGALITE
FORMELLE/LEGALE SUBSTANTIELLE APPLIQUEE AU CRIME CONTRE
L'HUMANITE INTERNALISE.**

Titre 1.

Une bipolarité fondée sur l'application de la distinction légalité formelle / légalité substantielle.

« Toute réflexion critique sur la signification du principe de légalité doit prendre simultanément en compte ses deux dimensions. La légalité a d'abord une dimension pratique (...); mais elle a aussi une portée idéologique. »

D. LOSCHAK, « Le principe de légalité. Mythes et mystifications », *AJDA*, 1981, p. 387.

61. Le principe de la légalité pénale a classiquement une double dimension : l'une dite *formelle* et l'autre dite *substantielle*³⁵¹. Si ces deux dimensions restent relativement simples à mettre en exergue dans l'analyse des infractions de droit interne, tel semble ne pas être le cas lorsqu'il s'agit de les distinguer à partir du régime des infractions internationales et plus encore lorsque ces infractions sont envisagées sous l'angle de l'internationalisation pénale. Dans ce domaine particulier, la légalité pénale présente une double singularité. D'une part, elle jouit d'une certaine conception dite « élastique » et d'autre part, elle s'articule entre deux pôles de normes national et international.

En droit international en effet³⁵², la première véritable application du principe de la légalité pénale remonte à la répression des criminels nazis dans le cadre du jugement de Nuremberg de 1945³⁵³. Celle-ci a rapidement mis en exergue la « conception élastique » du principe, contribuant à le distinguer de la conception admise en droit interne. Tout au long du procès, les débats portaient davantage sur l'application *ex post facto* de l'article 6 (c) du Statut du TMI qui créait une « nouvelle incrimination » en droit international, celle de crime contre l'humanité. Pour contester cette application rétroactive de l'Accord de Londres aux faits

³⁵¹ C. LAZERGES, « Du principe de la légalité », in M. A. FRISON-ROCHE *et al.* (dir.), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 327 et s.

³⁵² Pour une étude détaillée du principe de légalité pénale en droit international, nous renvoyons à, Ch. BASSIOUNI, *International criminal law. Vol. 1. Sources, subjects and contents*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Third edition, 2008, pp. 73-106.

³⁵³ La situation en 1945 est une innovation en ce sens que, si les normes du droit international sont généralement appliquées par les juridictions nationales, selon les principes définis par les ordres juridiques internes, il s'agissait là de normes internationales directement appliquées à des individus au plan international, indépendamment des droits nationaux. Par ailleurs, la question de la légalité fut soulevée une fois avant les procès de Nuremberg en droit international par la CPJI en 1935 (CPJI 1935, AC, 4 décembre 1935, Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la ville libre). Pour des développements, Cf. Ch. BASSIOUNI, *Crimes against humanity in international law*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2^e éd., 1999, pp. 138-140. Mais dans l'affaire Ile de Palmas de 1928, il a été dégagé « un principe de contemporanéité » en droit international général dont le contenu est similaire au principe de non rétroactivité corollaire du principe de la légalité, « un acte juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque, et non à la lumière du droit en vigueur au moment où s'élève ou doit être réglé un différend relatif à cet acte ». (Sentence de Max Huber, 4 avril 1928), cf. B. STERN, « L'utilisation du temps en droit international pénal », in *Le droit international et le temps*, S.F.D.I, Paris, Pedone, 2001, p. 254. Après Nuremberg, le problème s'est encore posé lors des procès intentés par les tribunaux alliés sur le fondement de la loi n°10 du Conseil de contrôle allié du 20 décembre 1945. Pour plus de détails sur ce point, nous renvoyons à, M. BOOT, *Genocide, Crimes against humanity, War crimes. Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002, pp. 206 et s.

Titre 1.

Une bipolarité fondée sur l'application de la distinction légalité formelle / légalité substantielle.

antérieurs à son adoption, la défense faisait reposer ses arguments sur le positivisme classique comme limite logique au pouvoir du Tribunal d'appliquer le Statut³⁵⁴. Dans leur discours, les avocats des différents accusés, notamment Hermann Jahreiss, estimait que,

« si l'on est dans une phase transitoire [dans le développement du droit international] ou l'abandon des vieux principes est certain, où la clarté nouvelle est vacillante, la règle d'interprétation restrictive de la loi pénale commande l'acquiescement [des accusés] (...). De toute manière, une condamnation porterait atteinte au principe *nulla poena sine lege* (...). *Comment soumettre les accusés aux prescriptions d'un droit international public nouveau dont la supériorité n'est pas en cause, mais qui était seulement en gestation ? Ce serait les juger ex post facto, leur infliger les effets d'une rétroactivité injuste* »³⁵⁵.

Ces arguments, basés sur une interprétation par analogie du principe de légalité tel qu'appréhendé par les droits nationaux issus des systèmes romano-germanique³⁵⁶, avaient été entièrement rejetés par la Tribunal. Celui-ci rappela que « la maxime *nullum crimen sine lege* ne limite pas la souveraineté des Etats ; elle ne formule qu'une règle généralement suivie »³⁵⁷.

Dans une analyse relative aux conditions ayant gouverné l'interprétation du principe de la légalité pénale dans les procès de Nuremberg, le professeur français Henri Donnedieu de Vabres, juge à Nuremberg écrivait que, « le tribunal [de Nuremberg] était une juridiction *ad hoc*, dont l'institution était postérieure aux infractions qu'il avait reçu mission de réprimer. Les incriminations étaient vagues et les peines presque entièrement laissées à l'appréciation discrétionnaire des juges »³⁵⁸. Cette tentative de justification avait conduit la doctrine de l'époque à défendre une certaine autonomisation conceptuelle du principe de la légalité pénale en droit international. Ainsi, le pénaliste belge Stéphane Glaser affirmait qu'

« en ce qui concerne le droit international pénal, il faut constater que *l'interprétation du principe de la légalité des délits* ainsi que des manifestations qu'il entraîne, *s'écarte de l'interprétation que l'on admet en droit pénal interne*. Il est évident que le principe de la légalité des délits qui enseigne qu'il n'y a pas d'infractions sans loi, ne

³⁵⁴ Cf., S.L. PAULSON, « Classical legal positivism at Nuremberg », *Philosophy & Public affairs*, vol. 4, n°2, 1975, pp. 132-158. Mais C. Bassiouni souligne toutefois que le Statut de Nuremberg est généralement perçu comme une victoire sur le positivisme juridique classique (C. BASSIOUNI, *Crimes against humanity*, *op.cit.*, p.114.)

³⁵⁵ H.DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », RCADI, 1947, p. 500.

³⁵⁶ Cf. pour les différentes acceptions et interprétations du principe de la légalité pénale entre les pays de tradition romano-germanique et ceux de common law, P. BEAUVAIS, *Le Principe de la légalité dans le droit de l'Union européenne*, *op.cit.*

³⁵⁷ Procès des grands criminels, t. 1^{er} jugement, p. 231. Nous évoquons ces arguments présentés au sujet du crime contre la paix dans l'analyse du crime contre l'humanité en raison de la connexité établie par le Statut lui-même entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Cette connexité a justifié le fait que, le raisonnement des juges de Nuremberg a suivi la même logique dans les différents actes d'accusation.

³⁵⁸ H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *op.cit.*, pp. 485-486.

Titre 1.

Une bipolarité fondée sur l'application de la distinction légalité formelle / légalité substantielle.

peut être appliqué, au sens strict de ces termes, en droit international pénal, car celui-ci en tant que droit coutumier, est dépourvu de lois »³⁵⁹.

Dans le même sillage, le professeur Hans Kelsen, pourtant le positiviste normativiste le plus célèbre du XX^e siècle, a quant à lui fait recours dans l'examen de la question, à un raisonnement teinté de la philosophie du droit naturel. Il a par exemple soutenu que le principe de légalité pénale (en droit international) est limité par des principes supérieurs de moralité³⁶⁰. Il soulignait que le Tribunal international de Nuremberg avait à juste titre condamné les inculpés nazis pour des actes manifestement immoraux, même si ces actes *n'étaient pas punissables au sens du droit positif en vigueur au moment des faits*. S'inscrivant donc dans la logique argumentative du professeur Glaser³⁶¹, le maître de l'école de viennes a même rappelé qu'il est nécessaire de faire une distinction entre une rétroactivité qui rend punissable un acte « indifférent » ou « innocent » au moment de sa commission et une rétroactivité qui rend punissable un acte manifestement « immoral » ou « en conflit avec une norme supérieure » au moment des faits, ce qui est assurément le cas des actes commis par les inculpés nazis³⁶².

Dans la même perspective, l'opinion doctrinale majoritaire ayant immédiatement suivi le jugement de Nuremberg³⁶³ a analysé ce détachement du principe de légalité pénale de la loi stricte et son rapprochement aux principes moraux supérieurs de justice et d'équité³⁶⁴. Ces différentes analyses ont conduit à la systématisation de l'idée d'une certaine *élasticité du principe de la légalité pénale dans le droit des infractions internationales*³⁶⁵. Stéphane Glaser a

³⁵⁹ S. GLASER, « La méthode d'interprétation en droit international pénal », *Rivista Italiana Di Diritto E Procedura Penale*, vol. 9, 1966, pp. 762 ss ; voir également, « Nullum crimen sine lege », *Comparative Legistive & International Law*, vol. 24, 1942, pp. 29 ss.

³⁶⁰ H. KELSEN, « Collective and individual responsibility in international law with particular regards to the punishment of war criminals », *California Law Review*, vol. 31, 1941, pp. 530 et s.

³⁶¹ H. KELSEN, « The Rule against ex post facto laws and the prosecution of the Axis war criminals », *The judge advocate journal*, vol. II, n°3, 1945, pp.10-11.

³⁶² Kelsen se réfère ici à Blackstone. Selon ce dernier, pour que le principe de non rétroactivité soit applicable, deux conditions cumulatives sont nécessaires : il faut, d'une part, que les actes en question soient « innocents » ou « indifférents » au moment de leur commission ; et, d'autre part, que leur caractère punissable soit absolument imprévisible (H. KELSEN, *Ibid.*, p. 9-10).

³⁶³ Cf. pour les différentes illustrations, S. GARIBIAN, « Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg », *Journal of Genocide Research*, 2007, pp. 93-111.

³⁶⁴ Voir, A.L. GOODHART, « The legality of the Nuremberg trials », *op.cit.*, p. 17 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement de Nuremberg et le principe de la légalité des délits et des peines », *op.cit.*, pp. 818-819 ; J.C. GENTON, « Le tribunal militaire international », *RDPC*, 1947-48, p. 517.

³⁶⁵ J. DESCHEEMAER, « Le tribunal militaire international des grands criminels de guerre », *RGDIP*, 1946, p.226 ; A.L. GOODHART, « The legality of the Nuremberg trials », *Judicial Review*, 1946, pp. 16-17 ; H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le jugement de Nuremberg et le principe de la légalité des délits et des peines », *RDPC*, 1946-47, p. 813 ; G.A. FINCH, « The Nuremberg trial and international law », *AJIL*, 1947, p.23 ; H. KELSEN, « Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law ? », *International Law Quarterly*, 1947, p. 154.

Titre 1.

Une bipolarité fondée sur l'application de la distinction légalité formelle / légalité substantielle.

affirmé dans ce sens que, la meilleure formule de *nullum crimen sine lege* en droit international est *nullum crimen sine iure*³⁶⁶.

Cette admission de l'élasticité du principe de la légalité pénale en droit international permettait d'apporter une réponse à la question de savoir si l'incrimination de crime contre l'humanité, notamment, trouvait sa source dans le Statut du Tribunal de Nuremberg ou bien si elle la trouvait dans une série de règles juridiques préexistantes audit Statut ? Fallait-il limiter l'appréciation du principe de la légalité pénale et ses corollaires au seul Statut du Tribunal ou fallait-il la faire remonter de manière *élastique*, plus loin dans certaines normes coutumières du droit international ?³⁶⁷ Face à cette question, les juges de Nuremberg avaient fait le choix d'une légalité *flexible*. Choix confirmé par les juges du TPIY qui ont admis, en la matière, une « *interprétation raisonnable* » de la légalité pénale des crimes relevant de leur compétence dans l'affaire *Zeljnil Delalic*³⁶⁸.

Mais au-delà de cette illustration des fondements de l'élasticité du principe de la légalité pénale en droit international, ce qui nous intéresse dans le cadre de la présente étude est l'idée selon laquelle, la conception élastique du principe de la légalité pénale en droit international ne facilite pas la détermination de ses deux dimensions formelle et substantielle lorsqu'il s'agit d'envisager les incriminations internationales dans le champ pénal interne. Cette difficulté s'accroît davantage si l'on admet que dans l'Accord de Londres, la définition des incriminations internationales ne s'accompagnait pas d'une définition des sanctions applicables. Ces dernières étaient laissées à la discrétion des juges qui devaient faire recours aux dispositions des législations nationales. Cette situation, était à l'origine de la création de deux pôles de la légalité des infractions internationales. *Le pôle nullum crimen sine lege déterminé par le droit international et le pôle nulla poena sine lege garanti par le droit national*. Cette bipolarité de la légalité des infractions internationales a longtemps fonctionné comme modèle d'incrimination en droit international. Elle remonte même bien avant les procès des criminels nazis. André Huet et Renée Koering-Joulin, pour la schématiser, ont d'ailleurs suggéré l'idée d'une sorte de « *division du travail* » entre le droit

³⁶⁶ S. GLASER, « La méthode d'interprétation en droit international pénal », *op.cit.*, p. 766.

³⁶⁷ A ce sujet pour Kelsen, le fait de considérer le Statut de Nuremberg comme étant l'expression de normes préexistantes de droit international est une « *typical fiction of the problematical doctrine whose purpose is to veil the arbitrary character of the acts of a sovereign law-maker* » (H. KELSEN, « Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law ? », *op.cit.*, pp. 161-162).

³⁶⁸ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. In. I., Affaire n° IT-96-21, 16 novembre 1998, para. 170.

Titre 1.

Une bipolarité fondée sur l'application de la distinction légalité formelle / légalité substantielle.

interne et le droit international dans la détermination de la légalité pénale des incriminations internationales³⁶⁹.

Tout comme l'influence de la conception élastique du principe, la bipolarisation de ses éléments a aussi contribué à brouiller la distinction classique entre légalité substantielle et légalité formelle. Personne ne pouvant plus dire avec certitude sur quoi repose l'aspect formel ou encore celui substantiel. Dans le but de tenter de réduire la difficulté, les nouvelles dynamiques de cristallisation des incriminations internationales issues des Statuts des TPI *ad hoc* mis en place par le Conseil de Sécurité de l'ONU près de cinquante ans après le jugement de Nuremberg, ont remis en cause cette bipolarisation de la légalité pénale des infractions internationales. Depuis ce moment fort du droit pénal, la règle *nullum crimen nulla poena sine lege* n'est plus séparée entre l'interne et l'international³⁷⁰. Les actes créateurs des deux tribunaux *ad hoc* énoncent à la fois les comportements répréhensibles qu'ils incriminent par l'adoption de sanctions pénales. Le Statut de Rome est confirmé cette tendance. Ce texte, qui peut être considéré comme le dernier état du droit des infractions internationales par nature, définit intégralement les comportements et les sanctions : l'article 22 porte sur le *nullum crimen sine lege* et l'article 23 porte quant à lui sur le *nulla poena sine lege*.

62. Mais *quid* du mouvement de l'internationalisation pénale ? Le processus d'intégration des crimes internationaux, comme le crime contre l'humanité, dans le champ pénal interne amène à s'interroger, au final, sur la légalité pénale de l'infraction. La question est dès lors de savoir si la rencontre entre les deux ordres normatifs aboutit-elle à l'introduction dans le champ pénal interne de la conception élastique de la légalité pénale en vigueur en droit international ? La réception nationale de cette incrimination suppose-t-elle que le droit pénal national s'appropriera l'incrimination internationale qu'il soumettra désormais au régime interne de la légalité pénale ou bien réhabilitera à cette occasion

³⁶⁹ A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, coll. « Thémis droit », 3^{ème} éd., 2005, p. 93.

³⁷⁰ Mais, il convient tout même de relever que les mêmes reproches formulés lors du jugement de Nuremberg ont été repris lors des premiers procès devant ces TPI *ad hoc*. Comme à Nuremberg, la création des TPI intervient postérieurement à la commission des actes qui fondent leur compétence *ratione materiae*. Et comme à Nuremberg aussi, les juges des TPI adoptent une approche extensive des sources du crime contre l'humanité, élargissant un peu le principe de la légalité pénale dans la qualification des faits. Cf., L. GRADONI, « L'attestation du droit international coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-yougoslavie. 'Régularités' et 'règles' », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, p.25. L'on s'est même demandé, à certains moments et non sans pertinence, « comment prouver que le mécanisme juridique mis en place (par le Conseil de sécurité de l'ONU) ne relève pas du pur arbitraire ? » (J.F. ROULOT, *Le crime contre l'humanité*, Paris L'Harmattan, 2002, spéc., p. 336).

Titre 1.

Une bipolarité fondée sur l'application de la distinction légalité formelle / légalité substantielle.

l'ancienne technique de bipolarisation de la légalité pénale des infractions internationales ? La difficulté est bien réelle. Elle porte principalement sur l'examen des sources des infractions internationales par nature en droit interne ; et, en l'espèce, des sources du crime contre l'humanité « internalisé ».

En abordant certains aspects de cette problématique, Mireille Delmas-Marty a affirmé qu'« *au croisement des deux axes de la compétence et des normes applicables (interne et internationale) (...) quatre principaux modèles [marquant] quatre différents degrés dans l'internationalisation du droit : aux deux pôles extrêmes un modèle national pur et un modèle international pur, deux modèles intermédiaires sont possibles, un modèle national intégré et un modèle international modéré* »³⁷¹.

En s'appuyant sur le concept de hiérarchie complémentaire, les deux modèles décrits comme intermédiaires par Mireille Delmas-Marty, paraissent particulièrement féconds surtout si l'on admet, comme le suggère cette hypothèse, un minimum de communicabilité entre les ordres juridiques. En effet, en parcourant les différents processus d'intégration des crimes internationaux dans les droits pénaux africains, il est permis de constater que les différents pays ont globalement opté pour la mise en œuvre du *modèle national intégré*. Celui-ci, qui semble explicitement découler d'une articulation entre les deux principes normatifs hiérarchie et complémentarité, permet d'une part, la mise en perspective de la distinction classique entre légalité formelle et légalité substantielle en matière d'infractions internationales et d'autre part, le retour de la bipolarité de la légalité pénale de ces infractions.

Ainsi, l'analyse de légalité pénale des infractions internationales dans le champ pénal interne exige que l'on distingue le contenu de l'infraction une fois internalisée et la nature de l'incrimination lors de son internalisation. La première dimension traite de l'aspect formel de la légalité du crime contre l'humanité et est définie par la norme interne (**Chapitre 1**). La seconde dimension relève de l'aspect substantiel de l'infraction et est déterminé la norme internationale (**Chapitre 2**). La complémentarité entre ces deux poles normatifs participe du concept de « hiérarchie complémentaire ».

³⁷¹ M. DELMAS-MARTY, « Tribunaux internationaux et mondialisation », in E. FRONZA et S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des laws clinics en droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2003, p. 278, (nous soulignons).

Chapitre 1

**L'INTERPRETATION NATIONALISEE DE LA LEGALITE FORMELLE DU
CRIME CONTRE L'HUMANITE.**

« Nous sommes, ici, dans cette zone de clair-obscur ou les infractions sont de nature ambiguë et où le glissement de l'ordre interne à l'ordre international s'opère de façon presque invisible ».

ACDI, 1983, Vol. II (1), p. 155, para. 57.

63. A parcourir la littérature ancienne et contemporaine sur la question de l'intégration, par les Etats, des normes internationales en droit interne, il n'est pas exagéré de dire qu'il n'existe de méthodes cohérentes et catégorisées en la matière. La diversité et le pragmatisme dominant pour deux raisons du moins faciles à identifier³⁷².

La première tient à l'absence de prescription spécifique des règles du droit international. En effet, il n'existe pas, dans la théorie générale des obligations du droit international, une obligation propre d'intégrer les normes du droit international dans l'ordre juridique interne. Même s'il apparaît, à certains égards, que plusieurs principes du droit international permettent de faire des instruments internationaux une source du droit national – la règle *pacta sunt servanda*³⁷³ ou encore le principe de la nullité de l'exception fondée sur les dispositions du droit interne face au droit international tiré de l'article 27 de la Convention de Vienne³⁷⁴ – la doctrine internationaliste y voit seulement un fondement de la force obligatoire du droit international en droit interne et non véritablement la formulation d'une obligation juridique³⁷⁵. La seconde résulte du manque de clarté des droits nationaux. Les

³⁷² B. TAXIL, « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », in *Internationalisation du droit et internationalisation de la justice*, Actes du colloque des 21-23 juin 2010 de l'Ahjucaf, Cours judiciaires suprêmes francophones, pp. 104-115. Du même auteur, l'on peut citer, « L'applicabilité directe des traités internationaux en France et aux Etats-Unis », *RIDC*, vol. 1, 2007, pp. 157-176.

³⁷³ Aux termes de l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969, « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ». Il convient également de signaler que l'article 26 de la Convention du 21 mars 1986 contient – s'agissant des accords conclus entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales – une règle rédigée dans les mêmes termes. Sur le point de vue théorique, J.B. WHITTON, Professeur à l'Université de Princeton, a démontré dans la première moitié du XXe siècle dans un cours dispensé à l'Académie de droit internationale de La Haye, et ce manière de manière approfondie que, au sujet de la règle « *pacta sunt servanda* », pratique et *opinio juris* s'unissent pour féconder une règle de droit international. V., « La règle *pacta sunt servanda* », *RCADI*, 1934, III t. 49, pp. 147-276, spec. 217-249 et plus particulièrement p.220. ce point de vue n'est pas isolé, d'autres auteurs ont également démontré le caractère coutumier de la règle *pacta sunt servanda*. V. notamment, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, (trd. Charles Eisenmann), p.292. On peut également citer BASDEVANT, GUGGENHEIM, KUNZ, De LOUTER, OPPENHEIM ou encore LAUTERPACHT. Tous ces auteurs considéraient que « *pacta sunt servanda* » est une règle coutumière, c'est-à-dire une règle juridique.

³⁷⁴ L'adage *pacta sunt servanda* peut être énoncé sous la forme d'une obligation mise à la charge des Etats et sanctionnée par le droit international et l'article 27, de par son contenu, consacre une sorte de principe général qui remonte jusqu'à *Alabama Claims Arbitration* de 1872³⁷⁴ : « les dispositions du droit interne ne peuvent prévaloir sur celles d'un traité ».

³⁷⁵ Il peut être fait mention à ce sujet des travaux de P. LARDY, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international », t.xxxvi, 1966, 279 p.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

constitutions des Etats ou toute autre norme nationale ne règlent pas de manière achevée la question de l'intégration nationale des normes internationales.

Face à cette double carence, toute tentative d'analyse de la question appelle inéluctablement des distinctions. Distinction notamment selon que la norme internationale à intégrer est relative à une matière spécifique comme celle des droits de l'homme ou pas ; distinction aussi selon que cette norme internationale intéresse la matière du droit public, du droit privé ou encore du droit pénal ; ou encore, combinaison de ces deux critères. Cette dernière hypothèse semble pertinente pour aborder la thématique de la réception dans le champ pénal interne des crimes graves comme le crime contre l'humanité.

64. En effet, de par sa formulation, le sujet de l'internalisation du crime contre l'humanité soulève, la question de la *définition* des crimes internationaux dans l'ordre juridique national, c'est-à-dire, le problème de leur *légalité formelle*. En des termes clairs, le problème est ici de déterminer si l'ordre juridique national doit-il recevoir *littéralement* la définition du crime contre l'humanité telle qu'elle est fournie par la norme internationale et garantir ainsi une certaine « homogénéité » de l'incrimination entre le droit interne et le droit international, ou alors si l'ordre juridique national peut-il *redéfinir* le crime contre l'humanité dans le but de l'inscrire dans le relativisme étatique sans manquer de courir le risque de l'éclatement de la catégorie juridique ? Quelle est l'incidence du mouvement de l'internationalisation pénale sur la légalité formelle de l'infraction internationale dans le champ pénal interne ?

Poser de telles questions revient à se demander si le « *complementarity test* » prévu dans le Statut de Rome suppose un *principe d'identité* entre le droit international et le droit interne au regard notamment d'un prétendu principe d'*applicabilité directe* du droit international dans l'ordre juridique interne ? Ou alors, s'il suppose simplement une *exigence de compatibilité* entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique national dans la définition de l'infraction internationale en cause ? Cette interrogation correspond bien à deux visions distinctes des rapports entre le droit international et le droit interne. Pour tenter d'y répondre, il importe d'envisager le sujet à l'aune des spécificités propres aux deux matières (droit international et du droit interne) dans le domaine assez technique et complexe de la définition des incriminations en droit.

D'un côté, la spécificité du droit international tient à l'instabilité de la définition des incriminations dans l'ordre juridique international. Cette instabilité empêche, en effet, de rechercher la sécurité juridique selon le schéma traditionnel d'une légalité pénale stricto

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

sensu. Contrairement au droit pénal national, l'analyse du droit pénal international révèle l'existence d'un nouveau rapport du juge à la loi. La lecture, même superficielle, de la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* met en exergue le rôle de *law maker* des juges internationaux aux prises avec des préceptes extrêmement vagues et synthétiques³⁷⁶. Les éléments des crimes n'étant pas définis par les statuts des différents Tribunaux – le droit international ne contenait au départ par exemple aucune définition ni de l'homicide ni du viol³⁷⁷ – le juge est « contraint » d'accomplir une importante fonction normative. En général, la norme internationale ne contient que des étiquettes (meurtre, viol, violence sexuelle) sans indication de contenu. Ceci conduit le juge dans l'ordre international à opérer, de manière quasi systématiquement, selon deux lignes directrices : recours au droit comparé et/ou recours aux principes généraux du droit pour combler les lacunes³⁷⁸. Or, justement sur ce plan, ni la méthode de droit comparé, ni les principes généraux du droit international ne fournissent de réponses uniformes³⁷⁹.

Une illustration de cette instabilité de la définition de l'incrimination en droit international peut être faite à partir du crime de viol. Selon certaines applications, le viol constitue à la fois un élément du crime de génocide³⁸⁰ et un élément du crime contre l'humanité. Or, si l'on admet la différence entre le génocide et le crime contre l'humanité basée sur la spécificité de l'intention, il apparaît que l'intention du viol dans le génocide n'est nécessairement pas la même que celle du viol dans le crime contre l'humanité. De là, il pourrait être admis que la théorie des infractions internationales n'admet pas de définition uniforme du crime de viol³⁸¹. Dans l'affaire *Akayesu* par exemple, le TPIR a adopté trois

³⁷⁶ A. ESPOSITO, « La définition des crimes et le rôle du droit comparé : comment les juges comblent les lacunes normatives », in E. FRONZA et S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes de law clinics en droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2003, p. 41.

³⁷⁷ A ce jour, seul l'Assemblée des Etats au Statut de Rome a adopté un document « Les éléments des crimes » dont le but est d'aider la Cour dans son travail d'interprétation. Mais comme nous le verrons infra, ce texte n'étant pas une convention internationale, il ne lie pas les parties qui, lorsqu'elles ont ratifié le Statut, sont appelées à soumettre les éléments des crimes à la définition nationale. Ce d'autant plus que tous les crimes spécifiques comme le meurtre, le viol, la violence contenus dans les instruments internationaux sont déjà présents en droit interne.

³⁷⁸ A. ESPOSITO, *op.cit.*, p. 43.

³⁷⁹ Une analyse de la *law in action* anglaise permet de constater par exemple que l'interprétation du principe de stricte légalité, en droit italien, allemand ou encore français, ne présente pas du tout les mêmes perspectives. Les sauvegardes dans le domaine pénal, qui dans les pays romanistes étaient imposées de haut, par le principe *nullum crimen sine lege*, dans le système anglo-saxon avaient été garanties au niveau de règles jurisprudentielles. Pour plus de détails sur ce point, cf. E. GRANDE, « Droit pénal et principe de légalité : la perspective du comparatiste », in E. FRONZA et S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc...*, *op.cit.*, pp. 69-79.

³⁸⁰ S.L. RUSSEL-BROWN, « Rape as an Act of genocide », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, pp. 350 et s.

³⁸¹ Andreana Esposito illustre par exemple, dans l'étude précitée, que de la jurisprudence des Tribunaux (*ad hoc*), il ressort pratiquement que toutes les dispositions identifiant des crimes internationaux ont constitué la base

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

attitudes différentes dans la qualification du viol. D'abord, le Tribunal a qualifié le viol comme une étape de destruction du groupe, et donc comme une partie intégrante du crime de génocide ; ensuite, il a reconnu l'autonomie du viol – comme infraction autonome et non instrumentalisée pour la réalisation d'une autre incrimination – en le faisant entrer dans le cadre du crime contre l'humanité ; enfin, il a fourni une définition du viol à partir d'une perspective nationale³⁸². Andreana Esposito, conclut à ce sujet que, la signification de la norme d'incrimination en droit pénal international évolue dans le temps et oblige le juge à cristalliser, momentanément dans l'arrêt, la signification actuelle de la norme³⁸³.

S'agissant de la spécificité du droit interne, celui-ci est radicalement différent du droit international. Ce qui domine dans le droit interne, c'est le monopole de la loi dans la définition des incriminations. La reconnaissance de ce monopole suggère que c'est la loi, parce qu'elle est claire et précise, qui fournit la définition de l'incrimination qui servira de base à l'opération de qualification judiciaire³⁸⁴. Les principaux corollaires de cette affirmation sont l'interprétation restrictive et l'exigence générale de non rétroactivité de la loi. Contrairement à la dynamique du droit international, le rapport du juge à la loi pénale est ici différent³⁸⁵ : il ne peut ne peut incriminer des faits qui ne sont qualifiés et définis infraction par la loi au moment où il statue.

légale des condamnations pour faits de viol. Ont été utilisés : l'article 5g du Statut du TPIY et l'article 3 g du Statut du TPIR, qualifiant l'infraction en question de crime contre l'humanité. La difficulté de prouver que l'acte ou les actes de viol font partie d'un plan qui vise à réaliser des viols de masse a parfois amené les Tribunaux à utiliser d'autres normes pour poursuivre ces conduites : ou l'article 2b du Statut du TPIY, considérant le viol comme torture et donc violation grave des conventions de Genève, ou l'article 3 du même texte, violations des lois et coutumes de guerre. Aussi, le viol a été considéré comme acte de génocide et dans ce cas, la norme appliquée a été l'article 2 du Statut du TPIR (p.43).

³⁸² TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Ch. Ins., Jugement, n° TPIR-96-4-T, du 2 septembre 1998, para. 504 et s. Au sujet de l'analyse de cette décision, nous renvoyons à M. KARAGIANNAKIS, « The definition of rape and its characterization as an act of genocide – A review of jurisprudence of international criminal tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia », *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, 1999, pp. 479-490; PAPAConstantinou, « Rape as a crime under international humanitarian law », RHDI, 1998, pp. 477-499. S.A. HEALY, « Prosecuting rape under the statute of the war crimes tribunal for the former Yugoslavia », *Brooklin Journal of International Law*, vol. 21, 1995, pp. 327-383.

³⁸³ A. ESPOSITO, *op.cit.*, p. 57.

³⁸⁴ Cf., Dans son sens classique, Cf., L. JULIOT DE LA MORANDIERE, *De la règle « nulla poena sine lege »*, Thèse Paris, 1910 ; G. LEVASSEUR, « Révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », *Recueil Dalloz* 1959, chron., pp. 121 et s. ; A. VITU, « Le principe de la légalité et la procédure pénale », *RICPT*, 1967, pp. 94 et s. ; « Faut-il repenser le principe de la légalité pénale », XIV Congrès de l'Association française de droit pénal, Bordeaux, 25 et 26 mars 1999 ; J-P. DELMAS-SAINTE-HILAIRE, « Les principes de la légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de légalité en droit pénal, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bouzat*, Paris, Pedone, 1980, pp. 149 et s. ; C. LAZERGES, « Du principe de la légalité », in M. A. FRISON-ROCHE *et al. (dir.)*, *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 327 et s. Il peut également être fait mention les arrêts de la CEDH notamment, Kokkinakis du 25 mai 1993, Cantoni du 15 novembre 1996, Schimanek du 1^{er} février 2000 ou encore de Coëne du 22 juin 2000 dans laquelle la Cour déclare que, « La loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment ».

³⁸⁵ Sur le thème de la création du droit par le juge, cf., P. AVRIL, *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, coll. « Archives de philosophie du droit », 2007, 470 p.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

65. En tenant compte de ces différentes spécificités des deux ordres juridiques interne et international dans le domaine de l'élaboration des incriminations, il se dégage des divergences assez profondes sur la perception de la légalité formelle des incriminations selon que l'on est en droit international ou en droit interne. Ainsi, l'idée que l'on souhaite défendre dans le présent chapitre est que la garantie de stabilité du droit national par rapport au droit international conduit à rechercher *la source* de la définition du crime contre l'humanité applicable par le juge national dans le contenu de la norme interne. Mais du fait de l'origine internationale de l'incrimination, le droit national est, dans cette perspective « relativement » autonome. Il adhère à un code de référence tracé par le droit international. De la sorte, le monopole *in criminalibus* de la loi pénale nationale, tel que conçu par la rationalité pénale moderne, se ramène à une *marge nationale d'appréciation*.

En effet, la notion de *marge nationale d'appréciation* sous-entend une mise à l'écart *contrôlée* du droit international par le législateur national dans la détermination de la légalité formelle du crime contre l'humanité en droit interne. A travers l'idée de relativisme culturelle qu'elle introduit dans la définition des crimes internationaux, la *marge nationale d'appréciation* fait de la définition du droit international, à la fois, la limite ne pouvant être restreinte par la norme interne et le socle à partir duquel le législateur national peut aménager son *droit à la différence*. C'est dans cette perspective que notre raisonnement prend appui sur l'hypothèse d'un passage d'une hiérarchie stricte entre norme interne et norme internationale vers une hiérarchie complémentaire dans la détermination du contenu du crime contre l'humanité. En effet, la reconnaissance d'une certaine autonomie à la norme pénale nationale à l'égard du droit international (**Section 1**) suggère l'idée d'un *contenu prévisible* dans la définition nationale du crime contre l'humanité (**Section 2**). La combinaison de ces deux modalités normatives (autonomie relative et contenu prévisible) permet d'affirmer l'hypothèse d'une interprétation nationalisée de la légalité formelle du crime contre l'humanité dans le champ pénal étatique. Ce qui ne s'entend pas d'une hypothèse radicale d'une définition nationale du crime international.

Section 1. La relative autonomie normative de la norme nationale d'incrimination du crime contre l'humanité à l'égard du droit international.

66. La définition du crime contre l'humanité dans les droits pénaux nationaux constitue une parfaite illustration de la thématique générale des rapports entre le droit interne

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

et le droit international. En cela, elle suit le schéma classique de la réception des normes internationales dans les ordres juridiques nationaux (§1). Cependant, ce schéma classique ne permet pas de rendre compte de l'ensemble du phénomène. Car, si l'on peut déterminer à partir de celui-ci la validité formelle et le niveau hiérarchique d'intégration de la norme internationale en droit interne, il n'est pas possible d'appréhender l'autonomie manifestée par la norme d'incrimination nationale qui développe une *marge nationale de définition* fondée sur une marge nationale d'appréciation. En effet, le droit national reprend la définition internationale de l'incrimination de crime contre l'humanité et tente de l'adapter au contexte national sous l'influence des facteurs politiques et/ou des traditions historiques. Ce faisant, il remet en cause l'hypothèse d'une application directe des normes internationales en droit interne (§2). La « relative » autonomie de la norme nationale d'incrimination tient, dès lors, au fait qu'elle s'inscrit dans le schéma classique en même temps qu'elle s'en émancipe.

§1- Le schéma classique de l'intégration des normes internationales en droit interne.

67. Le schéma classique de l'intégration des normes internationales en droit interne s'entend de l'ensemble des mécanismes généralement mis en œuvre par les Etats soit pour reconnaître au droit international une validité interne (A) soit pour déterminer le niveau hiérarchique d'intégration des normes internationales dans l'ordre interne (B). Ainsi envisagé, ce schéma classique a déjà fait l'objet de parfaites et complètes études doctrinales de sorte qu'il peut paraître superflu de vouloir en traiter une nouvelle fois³⁸⁶. Cependant, lorsque l'étude porte sur un instrument normatif spécifique comme c'est ici du Statut de Rome, la réflexion se renouvelle dans la mesure où elle vise l'analyse d'un aspect contemporain de la question.

Mais avant de pénétrer dans le fond de l'étude, il n'est pas sans intérêt de constater, au préalable, qu'en Afrique, le débat doctrinal au sujet de la thématique des rapports entre le droit international et le droit national est relativement flou et source de graves confusions. L'internationaliste camerounais Alain Didier Olinga, dans une étude portant sur l'intégration des normes internationales en droit camerounais, regrette également ce flou lorsqu'il affirme

³⁸⁶ A titre illustratif, nous renvoyons à P-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2007, 849 p, spéc. 426 ss. ; M. VIRALLY, « Sur un pont aux deux ânes : les rapports entre le droit international et le droit interne », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, 1964, pp. 488-505 ; P. DE VISSCHER, « Tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI*, 1952, pp. 515-575 ; J-F. BURGELIN et A. LALARDRIE, « L'application de la convention par le juge judiciaire français », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 145-163.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

que « nul ne peut dire avec certitude quelle est l'attitude précise de l'ordre juridique camerounais à l'égard du droit international et notamment des normes conventionnelles »³⁸⁷.

Il poursuit en constatant que,

« la confusion de l'analyse doctrinale vient conforter l'incertitude déjà passablement embarrassante du droit positif. Tout se mêle ici : professions de foi monistes avec primauté du droit international et pratique dualistes semblent se côtoyer sans aucune gêne »³⁸⁸.

Toutefois, bien que son étude contribue à éclairer davantage l'analyse dans l'ordre juridique camerounais, elle ne simplifie pas pour autant, la thématique générale des rapports entre le droit interne et le droit international³⁸⁹. En effet, sous le titre « *Considérations sur les traités* dans l'ordre juridique camerounais » l'auteur aborde plutôt la problématique de « *l'intégration véritable* de la norme internationale dans le droit interne (camerounais) »³⁹⁰ et traite quasiment de la question du rang hiérarchique de la norme internationale dans l'ordre interne³⁹¹. La difficulté dans cette étude tient au fait que l'auteur, et comme d'ailleurs une bonne partie de la doctrine, semble assimiler la question des théories descriptives des rapports entre les deux ordres juridiques interne et international (monisme ou dualisme) à la question du niveau d'intégration de la norme internationale dans l'ordre interne (son rang dans la hiérarchie des normes)³⁹². Cette assimilation, source de confusion théorique mais aussi pratique, avait déjà été faite dans une étude d'ensemble sur les constitutions africaines et le droit international publié en 1976 sous la direction du politologue Kontchou Kouemegni qui écrivait que,

« le débat entre *le monisme et le dualisme est ici*, à l'image du système français, résolu dans le sens d'un compromis consacrant *une prépondérance* relative du droit international. [...] Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont dès leur publication, *une autorité supérieure* à celle des lois formelle [...] »³⁹³.

³⁸⁷ A.D. OLINGA, « Considérations sur les traités dans l'ordre juridique camerounais », RADIC, n°2, 1996, p. 283.

³⁸⁸ *Ibid.*, pp. 283-284.

³⁸⁹ Pour une étude critique de ces différents aspects liés à la question de la détermination des rapports entre le droit interne (national) et international cf. M. TROPER, « En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°9, 2000, pp ??; A. PELLET, « Vous avez dit « monisme » ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 284.

³⁹¹ Voir tous les développements consacrés à la première partie de l'étude intitulée « La relative incertitude de la place des traités dans l'ordre juridique camerounais », pp. 284-296.

³⁹² A la page 294, l'auteur analyse, sous le titre « La portée incertaine de l'orientation *moniste* de certains textes législatifs » (nous soulignons), le rang supra-législatif des normes internationales dans l'ordre interne.

³⁹³ A. KONTCHOU KOUEMEGNI, « Les constitutions africaines et le droit international », in G. CONAC (dir.), *Les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République Malgache*, Paris, Economica, 1979, p. 238 (nous soulignons).

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

Toutes ces considérations peuvent, à elles seules, légitimer le réexamen de la question dans son entièreté. Mais tel n'est pas, comme nous l'avons annoncé, l'optique de la présente étude.

A- La question de la validité interne du Statut de Rome dans les droits nationaux africains.

68. La validité des normes juridiques, distincte de leur effectivité³⁹⁴, est un thème pour la théorie générale du droit. En effet, sous ce sujet, l'on étudie les conditions d'existence du droit valide et dans une large mesure celles de l'existence du système juridique. Ce sont ces conditions qui fournissent les critères d'application et de non application d'une norme. Une théorie de la validité explique ce qu'est le droit. Elle indique les conditions qui peuvent déterminer s'il y a ou pas une norme juridique caractérisée. Pour Kelsen, comme on le sait, assurer qu'une norme est valide, c'est avoir observé qu'elle remplit toutes les conditions formelles requises de son existence exigées par l'ordre juridique auquel elle appartient, vu que le droit présente la particularité de réglementer lui-même sa propre création.

Pris sous cet angle, parler de la validité interne du droit international, c'est-à-dire de la validité des normes du droit international dans l'ordre interne, c'est examiner les conditions formelles requises pour l'existence de ces normes dans l'ordre juridique nationale. Or, si ces conditions varient en fonction des modèles théoriques (1) chaque droit positif se positionne toujours dans un sens ou dans l'autre (2). L'idée de départ de l'analyse est donc que le droit international est distinct du droit national.

³⁹⁴ Sur le thème de l'effectivité des normes juridiques, nous renvoyons à P. LASCUMES, « Effectivité », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ et Story Scientia, (à compléter page), 1988 ; F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (CURAPP) Paris, PUF, 1989, p.130 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 10 ; J. COMMAILLES, « Effectivité », in D. ALLAN et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 583. Dans le même sens, on peut lire, G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949. Dans l'évolution contemporaine du droit, le thème classique de l'effectivité des normes juridiques (la qualité d'une norme devant être appliquée réellement ou sa réalisation dans les pratiques sociales) se confond de plus en plus avec celui de l'efficacité de la norme (le caractère d'une norme qui produit l'effet recherché par son auteur ou encore la propriété qu'a la norme de produire, non pas seulement des effets, mais bien des effets qu'on attendait d'elle).

1- Les modèles théoriques de détermination de la validité interne du droit international.

Il est établi de manière indiscutable qu'il existe deux modèles théoriques déterminant deux modalités distinctes d'acquisition de la validité interne des normes internationales³⁹⁵. La première est la construction dualiste (a) et la seconde est celle moniste (b). Sans revenir sur l'examen de ces deux options théoriques, puisque leur existence n'est plus en débat, nous allons brièvement reprendre les opinions développées par les deux principaux auteurs connus dans ce domaine à savoir Hans Kelsen et Hans Triepel³⁹⁶.

a. La construction dualiste.

69. D'après la construction dualiste, l'ordre juridique international et l'ordre juridique national coexistent sans tendre à intégrer l'un dans l'autre ou encore à les réunir en un ordre commun. Mais cela ne signifie pas pour autant qu'il n'existe aucune possible relation juridique entre ces deux ordres indépendants. Aux termes de cette théorie, le droit international n'acquiert sa validité interne que si un acte spécial national a été pris. L'on pourrait à ce propos parler de la validité médiate du droit international en droit interne. Ce modèle est davantage admis par les pays appartenant au système anglo-saxon³⁹⁷. Pour soutenir cette thèse dualiste, Triepel, dans ses travaux fameux, a posé la question fondamentale de l'essence de l'ordre juridique, et constaté que deux disciplines juridiques peuvent se distinguer l'une de l'autre soit par leur contenu soit par leur source³⁹⁸. Cela revêt pour Triepel une double signification lorsqu'on l'applique à la définition du droit international et du droit interne.

Le droit international, par rapport au droit interne, a – quant au contenu – un domaine d'application différent et par ailleurs, il découle d'une source différente. Ce qui détermine,

³⁹⁵ Cf. M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre le droit international et le droit interne », *op.cit.* ; B. SIMMA, « International Human Rights and general international law. A comparative analysis », in *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, vol. IV-2, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 201-204.

³⁹⁶ Sur la distinction entre monisme et dualisme nous renvoyons spécialement à, J. DHOMMEAUX, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *AFDI*, 1995, pp. 447-468 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Le droit international public*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 1997, spéc. 176-18 ; A. WASILKOWSKI, « Monism and dualism at present », in *Theory of international law at the Threshold of the 21st century. Essays in honour of K. Skubiszewski*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, pp. 323-336 ; P.M. MABAKA, « L'incorporation de la convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique Britannique », *Rev. trim. Dr. h.*, 2000, pp. 11-42.

³⁹⁷ Cf. V. S. VERESHCHETIN, « New constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law », *European Journal of International Law*, 1996, pp. 29-41 ; P. M. MABAKA, *op.cit.* Dans le même sens, cf. D. F. VAGTS, « The United states and its treaties : observance and breaches », *American journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 313 ss ; A. PEYRO, « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis », *RGDIP*, 2005, pp. 609 ss.

³⁹⁸ G.A. WALZ, « Les rapports du droit international et du droit interne », *RCADI*, 1937.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

selon Triepel, la dualité des ordres en cause. La différence quant au domaine d'application des deux ordres consiste en ceci que : le droit international régit exclusivement les rapports entre les Etats coordonnés, tandis que le droit interne règle les rapports entre les individus et les collectivités soumises à l'Etat lui-même³⁹⁹. Pour la différence quant à la source, Triepel fait valoir qu'en l'absence d'un législateur suprême en droit international, c'est la fusion de volontés étatiques différentes ayant le même but, une sorte de « *Vereinbarung* » qui constitue la source du droit international⁴⁰⁰. Par conséquent le droit international se distingue du droit interne par sa source. Si donc pour Triepel,

« le droit international et le droit national diffèrent aussi bien d'après leur source que d'après leur contenu, et représentent, par conséquent, les ordres juridiques de caractère différents, ils ne peuvent jamais rivaliser ou se couper. Ils s'écartent l'un de l'autre et peuvent tout au plus avoir des points de tangence. [...] Mais cette stricte séparation formelle n'exclut nullement la possibilité d'une connexité »⁴⁰¹.

70. En critique de ce système, Kelsen estime par exemple, qu'en adoptant la construction dualiste, l'on s'interdit absolument de reconnaître simultanément un caractère obligatoire aux règles de l'un et de l'autre système. Le dualisme poussé jusqu'à ses dernières conséquences aboutit au droit international tout simplement une sorte de morale ou droit naturel, et non pas un droit véritable au sens plein du mot, au sens où l'on qualifie le droit interne de « droit positif »⁴⁰². Dans ces conditions, seul le droit interne serait apte à définir ce qui est droit et ce qui ne l'est pas. Il en découle que les règles de droit international, qui elles-mêmes obligeraient seulement les Etats, et non ses organes ni ses sujets, n'auront de force obligatoire à l'intérieur du droit interne, qu'une fois *transformée* en règles du droit interne. C'est là le fondement de la théorie de la transformation du droit international en droit interne⁴⁰³.

b) - La construction moniste.

71. A l'opposé de la thèse dualiste, il s'est développé une autre dite *moniste*. Apparu véritablement dans les périodes de perturbation et de tensions internationales, le monisme résultait de la tendance à rechercher un ordre commun à l'humanité toute entière. Tous les

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 383.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 384.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 385.

⁴⁰² H. KELSEN, *op. cit.*, p. 276.

⁴⁰³ Cf. H. KELSEN, « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP*, 1936, pp. 5-49 ; Ch. ROUSSEAU, « Le régime actuel de la publication des traités en France », *Recueil Dalloz*, 1953, chron. Pp. 1165-174 ; P. LEVEL, « La publication en tant que condition d'application des traités internationaux », *RCDIP*, 1961, pp. 83-104 ; M. G. MARCOFF, « Les règles d'application indirecte en droit international », *RGDIP*, 1976, pp. 385-424.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

grands penseurs de l'époque d'après seconde guerre mondiale avaient à cœur de formuler une explication valable à la fois pour la nature et pour l'ordre du monde politique. Le monisme trouve ainsi une part de ses origines dans la manière de penser adoptée par le Kantisme moderne. Une vision qui implique une modification sensible de la conception originaire de Kant qui se trouve à la base de la théorie transcendantale⁴⁰⁴. Ce n'est donc que de manière logique que le monisme trouve sa formule la plus achevée en droit, dans les travaux de Hans Kelsen qui a largement été influencé par la philosophie de Kant.

Pour le maître de l'école de Vienne, les rapports entre le droit interne et le droit international sont des rapports systématiques, c'est-à-dire, des rapports de deux systèmes de normes ou de règles : « *le droit interne et le droit international sont des éléments d'un seul et même système juridique* »⁴⁰⁵. En effet, pour Kelsen, en parlant des rapports entre le droit interne et le droit international, l'on ne parle pas des rapports entre l'Etat et le droit international, car l'Etat n'est pas comme on l'a souvent dit le support (*Träger*) ou le créateur de l'ordre juridique interne. Pour développer sa théorie moniste, Kelsen part de la définition d'un système de normes. Après avoir démontré la double acception statique et dynamique du système normatif, il affirme que deux systèmes de normes sont différents « s'ils reposent sur deux normes fondamentalement différentes, indépendantes l'une et l'autre et irréductible l'une à l'autre »⁴⁰⁶. Or tel n'est pas le cas pour le droit international et le droit interne. Les deux appartenant à un même système, la question de leurs rapports n'est qu'un cas particulier des rapports possibles entre deux systèmes de normes⁴⁰⁷. De ce point de vue par exemple, le traité acquiert sa validité juridique de manière immédiate sans qu'il soit besoin d'une quelconque procédure de transformation. Il produit sa force obligatoire, directement, non seulement par rapport aux Etats respectifs, mais aussi par rapport aux organes de l'Etat et, également, à l'égard des individus, membres de la société interne⁴⁰⁸.

72. Cependant, la critique basée sur une certaine perte de spécificité du droit international en droit interne fait à l'endroit de la thèse dualiste peut également être formulée à l'endroit de la thèse moniste. Celle-ci dans son postulat affirme qu'après les procédures de ratification et de publication dans l'ordre interne, le droit international acquiert immédiatement une validité sans qu'il soit nécessaire d'adopter une norme nationale de

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 392.

⁴⁰⁵ H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926, p. 232.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 263.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

⁴⁰⁸ M. I. ANGHEL, « Le traité international et l'ordre juridique interne », *REI*, vol. 99, 1989, pp. 65 et s.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

transposition. Puisque le droit international et le droit interne forment un seul et même système, une telle norme n'est pas nécessaire au risque de tomber dans le dualisme. Il s'en suit une importante relativisation des normes nationales consécutives à la ratification d'un traité et donc, le rejet de toute possibilité d'adaptation – mais pas de transformation – du droit international dans l'ordre interne.

2. L'option positive des systèmes nationaux africains.

73. La question abordée ici est de savoir si, pour les systèmes juridiques africains, il faut un acte spécial d'une autorité nationale compétente pour introduire les conventions internationales dans l'ordre interne ou si celles-ci acquièrent immédiatement leur validité après accomplissement des formalités d'insertion ?

Aux termes de l'article 215 de la constitution de la République Démocratique du Congo, « Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie »⁴⁰⁹. Cette disposition peut être retrouvée aux termes de l'article 98 de la constitution de la République du Sénégal, « Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie »⁴¹⁰ ou encore de l'article 45 de la constitution de la République du Cameroun, « Les traités et accords internationaux régulièrement conclus ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie »⁴¹¹. Cette disposition consacre l'option moniste des pays concernés et constitue une clause générale applicable à tous les instruments internationaux. Il ressort de là que, les instruments internationaux acquièrent une validité immédiate dans les ordres juridiques internes concernés.

74. La condition de publication contenue dans ces dispositions introduit sur la distinction entre la réception de l'instrument international dans le système national et son insertion dans le système national. En effet, la première technique d'incorporation du droit international dite de la réception, suppose l'adoption d'un acte spécial d'une autorité nationale pour que le traité acquiert une validité interne. La réception, terme employé par la doctrine depuis Anzilotti, est la caractéristique principale du système dualiste. Elle débouche souvent

⁴⁰⁹ Constitution de 2006, *op.cit.*

⁴¹⁰ Constitution du 22 janvier 2001, *op.cit.*

⁴¹¹ Constitution révisée le 18 janvier 1996, *op.cit.*

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

sur une transformation par transposition du droit international en droit interne⁴¹². Par contre la technique d'incorporation qui résulte de l'insertion du droit international caractérise le système moniste. Dans ce cas, le droit international et le droit national appartenant au même système, il est logique que les normes découlant des deux ordres obéissent à un même régime général d'acquisition de la validité interne dont la publication est presque toujours la dernière étape du processus⁴¹³. Cette technique adoptée par les constitutions africaines francophones résulte de leur histoire. Celles-ci ont subi l'influence de la pratique française constituée par la jurisprudence dans le cadre des lois constitutionnelles de 1875 et confirmée par les constitutions de 1946 et 1958. D'après l'article 26 de la constitution française de 1946, « les traités régulièrement ratifiés et publiés ont force de loi sans qu'il soit besoin d'autres dispositions législatives que celles qui auraient été nécessaires pour assurer sa ratification ». Cette disposition, décrivant de manière radicale la technique de la validité automatique des traités dans l'ordre interne, a amené Paul de Visscher à écrire que « le système français constitue à l'heure actuelle le système le plus progressiste »⁴¹⁴. Cette disposition est entièrement reprise dans son esprit mais un peu moins dans sa lettre par l'article 55 de la constitution française de 1958 en ces termes, « Les traités ou accord régulièrement ratifiés ou approuvés, ont dès leur publication, une autorité supérieure à la loi ».

Sous ces conditions, la validité interne du Statut de Rome devrait s'apprécier à compter de la publication de l'instrument dans le journal officiel des Etats. Toutefois, il existe souvent certaines conditions préalables aux procédures de ratification comme, l'autorisation parlementaire ou l'examen de constitutionnalité qui apparaissent comme des pré conditions à l'insertion du texte dans l'ordre interne⁴¹⁵. Si donc le Statut de Rome acquiert a priori sa

⁴¹² Cette technique rappelle la thèse de la réception du droit étranger dans un Etat. Si l'on prend par exemple, le cas de la réception du français dans les Etats d'Afrique francophone, l'on constate une certaine différence entre le droit reçu et le droit de réception. Le premier subit une transformation dans le second tel que sa philosophie générale s'en trouve parfois extrêmement modifiée. Cette hypothèse de transformation du droit a été étudiée en Afrique à partir de la théorie dite de l'originalité qui postule que les droits africains s'inspirent certes des droits français pour des raisons historiques, mais ils s'en démarquent du fait de l'inéluctable nécessité d'adaptation des solutions au contexte africain. Aussi, la technique de la réception en droit constitue une importante thématique des études comparatives.

⁴¹³ La publication n'a donc aucune influence sur le rang hiérarchique du traité en droit interne. Il règle simplement ses conditions de validité. Même si pour déterminer le rang hiérarchique d'une norme à l'intérieur d'un ordre juridique, il faut d'abord que la dite norme soit reconnue comme valable, les deux aspects restent donc distincts bien que liés.

⁴¹⁴ P. DE VISSCHER, « Les tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI*, vol. 80, 1952, p. 558.

⁴¹⁵ Mention peut être faite de l'article 44 de la Constitution camerounais révisée le 18 janvier 1996, « Si le conseil constitutionnel a déclaré qu'un traité ou accord international comporte une clause contraire à la constitution, l'approbation en forme législative ou la ratification de ce traité ou de cet accord ne peut intervenir qu'après la révision de la constitution ». A ce propos, Jean-François Flauss parle « d'harmonisation préventive », in « Mise en œuvre du droit international », *Jurisclasseur administratif fascicule 104-5*, 1993, p. 2.

validité interne de manière immédiate, la question qui reste est de savoir quel peut être son niveau d'introduction dans l'ordre juridique national ?

B - Le rang hiérarchique du Statut de Rome dans les ordres juridiques étatiques.

75. Si la validité interne du Statut de Rome dans les législations africaines semble relever de la technique dite de la validité immédiate, son rang hiérarchique n'en demeure pas moins ambigu. Non pas que les constitutions africaines ne sont pas claires à certains égards. Nous venons de le voir, les traités – le Statut de Rome en est un – ont une valeur supérieure à celle des lois⁴¹⁶. L'ambiguïté du niveau hiérarchique du Statut de Rome résulte plutôt de la nature *droit de l'homme* de cet instrument et des conséquences qui en découlent. En effet, le problème est de déterminer le niveau d'introduction du Statut de Rome, en tant qu'instrument de protection des droits de l'homme, par rapport à la constitution. Valeur *infra, intra* ou alors *supra* constitutionnelle⁴¹⁷ ? Le débat n'est pas tranché – peut être même il est loin de l'être – tant sa solution se trouve compliquée par le phénomène grandissant dit de constitutionnalisation des droits de l'homme en droit interne, déterminé lui-même, par celui de l'internationalisation des constitutions nationales⁴¹⁸.

Une fois accomplies les formalités d'introduction des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans leur ordre juridique, la plupart des Etats africains ont choisi le procédé de la constitutionnalisation des droits de l'homme - phénomène qui se distingue clairement de celui des bases constitutionnelles des droits de l'homme⁴¹⁹ - pour assurer leur primauté sur les normes internes. Mais cette technique, s'il est clair qu'elle intègre les normes relatives aux droits de l'homme dans la constitution, les érige-t-elle pour autant au rang des normes constitutionnelles ? Pour le professeur Maurice Kamto si,

« la technique présente un intérêt indéniable pour la protection des droits de l'homme, elle n'en est pas moins, dans certains Etats, à l'origine de sérieuses difficultés dues à l'enrôlement constitutionnel d'instruments juridiques porteurs de normes à tout le moins incompatibles »⁴²⁰.

⁴¹⁶ Cf. F. GARRON, « L'interprétation des normes supralégislatives en matière pénale », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 773 ss.

⁴¹⁷ Pour une étude détaillée des principes dits supra constitutionnels, cf., A. PECZENIK, « L'existence de principes supra constitutionnels », in *L'architecture du droit. op.cit.*, pp. 817-826.

⁴¹⁸ Cf., V.S. VERESHCHETIN, « New constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law », *op. cit.*

⁴¹⁹ Sur la définition du phénomène de la constitutionnalisation, nous renvoyons à L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp.25-42.

⁴²⁰ M. KAMTO, « Charte africaine, instruments internationaux de protections des droits de l'homme, constitutions nationales : articulations respectives », in J. FLAUSS et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *L'application nationale de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Jus », pp. 31-32.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

La même difficulté est soulevée par le professeur Adolphe Minkoa She, lorsqu'il pose de manière fort pertinente la question de savoir si,

« dès lors que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont intégrés (dans la constitution) et donc, servent de normes de référence pour le contrôle de constitutionnalité, peut-on également les soumettre au régime spécifique des normes internationales ? En particulier, peut-on également les prendre comme base d'un contrôle de conventionalité autonome ? Et, plus généralement, la qualité de normes internationales de ces instruments est-elle complètement absorbée par leur intégration (dans la constitution ? »⁴²¹.

L'interrogation est reprise par Alain Didier Olinga⁴²².

La solution au problème des rapports hiérarchiques entre les normes internationales relatives aux droits de l'homme et la constitution nationale dépend donc fortement de la portée reconnue au phénomène de constitutionnalisation dont l'analyse de la technique (1) permet de mieux appréhender le niveau hiérarchique d'introduction du Statut de Rome au regard de la fameuse notion de « bloc de constitutionnalité » (2).

1. La technique de la constitutionnalisation des droits de l'homme dans les constitutions africaines.

76. L'intégration des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dans la constitution relève de ce que l'on pourrait qualifier aujourd'hui de donnée structurante du constitutionalisme africain.

En premier lieu, cette intégration découle d'une attitude générale des systèmes juridiques africains à l'égard du droit international. En effet, les Etats africains ne manquent pas d'affirmer leur attachement au droit international des droits de l'homme et la volonté de leur dirigeant de le respecter. Cette affirmation constitue d'ailleurs une sorte de formule générale inscrite dans la plupart des constitutions nationales qui remonte dès avant l'accession à l'indépendance⁴²³, et reprise aux lendemains de celle-ci⁴²⁴. Dans l'exposé des motifs de la Constitution de 2006 de la République Démocratique du Congo, le constituant « tient à

⁴²¹ A. MINKOA SHE, *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, coll. « La vie du droit en Afrique », 1999, p. 85.

⁴²² A. D. OLINGA, « Réflexions sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge au Cameroun », *Juridis*, n°65, 2005, pp. 3-18.

⁴²³ Il peut être fait mention des constitutions ou des textes constitutionnels du Mali (23 janvier 1959), du Sénégal (24 janvier 1959), du Dahomey (15 février 1959), de la république Centrafricaine (16 février 1959), du Gabon (19 février 1959), du Congo (20 février 1959), de la Haute Volta (28 février 1959), du Niger (12 mars 1959). Cette tendance a également été reprise dans les constitutions issues du vent de démocratisation des années 1990. Cf., M. KAMTO, « L'énoncé des droits dans les constitutions africaines », *R.J.A.*, 1991, pp. 7 et s.

⁴²⁴ D.G. LAVROFF, *Les systèmes constitutionnels d'Afrique noire. Les Etats francophones*, Paris, Pedone, 1976, p. 20.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

affirmer l'attachement de la République Démocratique du Congo aux droits humains et aux libertés fondamentales tels que proclamés par les instruments juridiques internationaux »⁴²⁵. Dans le préambule de la constitution du 20 janvier 2002, le constituant du Congo Brazzaville affirme, « Nous peuple congolais (...) déclarons partie intégrante de la constitution les principes fondamentaux proclamés et garantis par la Charte des Nations Unis du 15 octobre 1945; la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 26 juin 1981 ; - tous les textes internationaux pertinents dûment ratifiés relatifs aux droits humains »⁴²⁶. Dans le même sens, dans le préambule de la constitution du 22 janvier 2001 de la République du Sénégal, le constituant « affirme son adhésion « à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation des Nations Unis [...] ». Dans une formule similaire, le préambule de la constitution de la République du Cameroun du 2 juin 1972 révisée le 18 janvier 1996 « affirme l'attachement du (Cameroun) aux libertés fondamentales inscrites dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Charte des Nations Unis, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de toutes les conventions internationales [...] ». L'article 96 de la constitution namibienne de 1992 s'inscrit dans la même logique en indiquant que l'Etat « favorise le respect du droit international et de ses obligations conventionnelles ». Il peut également être fait allusion de la République de Mauritanie qui, aux termes de la Charte constitutionnelle de 1985, les forces armées proclamaient leur « volonté de respecter les engagements internationaux pris au nom de l'Etat »⁴²⁷. Mais cette adhésion de principe au droit international ne signifie nullement qu'en toute circonstance les Etats africains conforment effectivement leur conduite aux règles du droit international. En Afrique comme ailleurs, droit international et politique internationale sont en interaction constante⁴²⁸. Tout au plus, cette adhésion pourrait constituer, en tant qu'élément du constitutionalisme africain, un critère d'appréciation du rang hiérarchique des normes internationales dans l'ordre juridique national.

⁴²⁵ Cf., Journal Officiel de la République Démocratique du Congo, n° Spécial, 47^{ème} année, Kinshasa, 18 février 2006.

⁴²⁶ Pour certaines analyses de la constitution de la République du Congo du 20 janvier 2002, cf., W. MBILAMPINDO, « La nouvelle constitution de la République du Congo », *RJPIC*, n°2, 2002, pp. 362-376.

⁴²⁷ Pour d'autres exemples allant dans le même sens, nous renvoyons à l'étude de P-F. GONIDEC, « Droit international et droit interne en Afrique », *RADIC*, n°4, 1996, pp. 789-807. Pour une étude plutôt historique des constitutions africaines, voir, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, G. CONAC et Ch. DESOUCHES, *Les constitutions africaines publiées en langue française*, tome 1 et 2, Paris, La documentation française, Bruxelles, Bruylant, coll. « Retour aux textes », 1997.

⁴²⁸ Cf., P-F. GONIDEC, « Dialectique du droit international et de la politique internationale », in *Mélanges Ch. Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 315 et s.

En second lieu, certaines constitutions africaines consacrent des titres entiers à l'énoncé des droits et libertés des citoyens. Cette technique dite de « constitutionnalisation centripète »⁴²⁹, est par exemple contenue dans le titre II de la constitution nigérienne du 26 décembre 1992 révisée le 12 mai 1996, celle togolaise du 27 septembre 1992, celle tchadienne du 31 mars 1996 ou encore celle de la République du Burundi du 18 mars 2005 dont l'article 19 dispose, « Les droits et devoirs proclamés et garantis, entre autres, par la Déclaration universelle des droits de l'homme, les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention relative aux droits de l'enfant font partie intégrante de la Constitution de la République du Burundi ».

2. La question de l'appartenance du Statut de Rome au « bloc de constitutionnalité ».

77. L'affirmation de l'existence d'un bloc de constitutionnalité dans les constitutions africaines découle d'un renvoi de la constitution à des instruments juridiques internationaux de protection des droits de l'homme soit dans le préambule soit dans le dispositif du texte constitutionnel. Dans la constitution camerounaise issue de la réforme du 18 janvier 1996, par exemple, le constituant énonce dans le préambule, comme nous l'avons évoqué supra, un certain nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Et dans l'article 65 du texte constitutionnel, il affirme que, « le préambule fait partie intégrante de la constitution »⁴³⁰. Cette disposition par sa singularité⁴³¹, participe selon l'opinion doctrinale dominante, de l'érection d'un bloc de constitutionnalité⁴³². L'idée est ainsi d'affirmer que les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme constituent des normes de référence pour un contrôle de constitutionnalité des lois et autres textes réglementaires. Parce qu'elles constituent donc un élément de la compétence du juge constitutionnel, ces normes sont logiquement hissées au rang de normes suprêmes dans l'ordonnement juridique interne des

⁴²⁹ M. KAMTO, « Charte africaine, instruments internationaux de protections des droits de l'homme, constitutions nationales ... », *op.cit.*, p. 34.

⁴³⁰ Cf. J. MOUANGUE KOBILA, « Le préambule du texte constitutionnel du 18 janvier 1996 : de l'enseigne décorative à l'étalage utilitaire », *op.cit.* ; A. D. OLINGA, « L'aménagement des droits et libertés dans la constitution camerounaise révisée », *RUDH*, 1996, p. 116.

⁴³¹ J. MELEDJE DJEDJRO, « La révision des constitutions dans les pays africains francophones esquisse de bilan », *Revue de Droit Public*, 1992, p. 125

⁴³² A. MINKOA SHE, *op.cit.*, pp. 23-24; M. KAMTO, « Charte africaine, instruments internationaux de protections des droits de l'homme, constitutions nationales ... », *op.cit.*, p. 35.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

Etats⁴³³. Pour autant, ces normes ne perdent pas leur nature de norme internationale dont l'application justifie le recours à un contrôle de conventionalité par le juge ordinaire saisi d'un cas de contrariété entre le traité et la loi nationale.

En reprenant l'interrogation du professeur Adolphe Minkoa She il convient de souligner que le contentieux de l'application des conventions internationales relève d'un régime dual en fonction du juge saisi. Lorsqu'il s'agit du juge ordinaire, celui-ci exerce un contrôle de conventionalité des lois internes conformément aux dispositions constitutionnelles notamment de l'article 45 de la constitution camerounaise qui affirme la supra légalité des textes internationaux. Lorsque c'est le juge constitutionnel qui est saisi, il exerce son contrôle de constitutionnalité en vertu des effets attachés à l'admission du bloc de constitutionnalité⁴³⁴. Cette bipartition des compétences juridictionnelles trouve son fondement dans la différence de nature entre les deux contrôles, résultant elle-même d'un irréductible constat : les normes constitutionnelles demeurent différentes et différenciables des normes conventionnelles⁴³⁵.

78. Toutefois, cette technique d'élaboration législative du « bloc de constitutionnalité », différente de l'élaboration prétorienne en vigueur dans la terre d'origine de la notion à savoir la France, peut soulever un certain nombre de difficultés quant à l'intégration, dans le fameux bloc, des normes postérieures à la révision constitutionnelle.

En France en effet, la notion de « bloc de constitutionnalité »⁴³⁶, qui s'origine dans le langage du droit administratif à travers la notion de « bloc de compétences » développée par

⁴³³ M. KAMTO, *Ibid.*, p. 36. Dans le même ordre d'idées, voir, K. M'BAYE, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 1992.

⁴³⁴ Sur cette question nous renvoyons à A. MINKOA SHE, *op.cit.*, pp. 85-87.

⁴³⁵ Sur une analyse des deux contrôles en France, cf. M. PUECHAVY, « Les contrôles de conventionalité et de constitutionnalité par le juge interne des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Un besoin de clarification en France », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Athènes/Bruxelles, Editions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2009, pp. 415-429.

⁴³⁶ L'idée de « bloc de constitutionnalité » en France résulte de ce que l'étalon de contrôle utilisé pour effectuer l'examen de conformité des lois à la constitution avant leur promulgation ne se limite pas au seul texte de la constitution. Dans un commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 21 novembre 1969 relative aux modifications apportées au règlement de l'Assemblée, Claude Emeri écrit qu'« on peut à juste titre s'étonner que la Haute juridiction construise ainsi un véritable « bloc de constitutionnalité » composé de la constitution et des ordonnances de l'article 92 [...] », (C. EMERI, « Chronique constitutionnelle et parlementaire française », RDP, 1970). Apparu sous la plume d'Emeri en 1970, la notion de « bloc de constitutionnalité » s'est développée à travers les travaux de Louis Favoreu notamment en 1975. Ce dernier est aujourd'hui considéré comme le père adoptif de la notion. Cf. L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 34-41 ; « Les normes de référence », in *Le conseil constitutionnel et les partis politiques. Journées d'études de l'Association française des constitutionnalistes du 13 mars 1987*, Paris, Economica, 1988, p. 69 ; « Dualité ou unité de l'ordre juridique », in *Conseil constitutionnel et conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1988, p. 151 ; « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *Revue de Droit Public*, 1989, p. 440 ; « Bloc de constitutionnalité », in O. DUHAMEL et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 87 et s ; « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », in *Mélanges Plantey*, Paris, Pedone, 1995, p. 33. Dans le même sens, voir aussi, J.-F. FLAUSS, « Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français », L.P.A, n°85, 1992, p. 24 ; B. GENEVOIS, « Normes de référence du

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

Marcel Waline⁴³⁷, présente deux principales caractéristiques qui découlent de l'élaboration prétorienne de la notion: le bloc de constitutionnalité est un ensemble hétérogène et inachevé. Alors que dans le constitutionnalisme africain, la notion de « bloc de constitutionnalité » est admise pour signifier une sorte d'élargissement, par le constituant lui-même et non par le juge constitutionnel, du champ de la constitution aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Si cette technique consacre davantage la valeur constitutionnelle de ces normes internationales, elle n'en n'est pas moins problématique quant à l'ouverture du bloc à l'admission des droits nouveaux. Contrairement à la jurisprudence qui peut s'étendre en fonction des cas d'espèce, la loi semble plutôt complète et/ou bloquée. Certes, il reviendra au juge d'affiner les contours du bloc de constitutionnalité préalablement défini par le constituant, mais ce faisant, modifiera-t-il le texte constitutionnel par élargissement ou par rétrécissement du champ du bloc ? Outre la difficulté théorique suscitée par le phénomène de l'importation des notions juridiques d'un système juridique vers un autre, la question présente un intérêt pratique lié à la thématique de l'intégration du Statut de Rome dans les ordres juridiques internes et plus précisément de son rang hiérarchique. Peut-on affirmer que cette convention internationale, par le recours à la notion de bloc de constitutionnalité, se situe au niveau suprême de l'ordonnement juridique de l'Etat ?

79. Cette question résulte de la prise en compte de la nature intrinsèque du Statut de Rome qui d'une part, constitue le dernier état de la codification du droit international humanitaire et

contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *Mélanges Guy Braidant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 339.

⁴³⁷ A l'origine, les textes révolutionnaires français (Les lois des 16 et 24 août 1790, le décret du 16 Fructidor an III et le Décret du 2 germinal an V) venaient soustraire au juge judiciaire tous les procès dans lesquels l'administration était en cause. Au XIXe siècle, ce principe s'est atténué avec la distinction entre les actes de puissance publique (ou d'autorité), réservés à l'administration et les actes de gestion analogues à ceux des particuliers, dont le juge judiciaire est le seul à connaître. En 1873 dans l'arrêt Blanco (TC, 8 février 1873, GAJA, n°1), le Conseil d'Etat établit avec netteté le lien entre la compétence du juge administratif et l'application du droit administratif. Il adopte alors à la place du critère de puissance publique, un nouveau critère celui de service public. L'évolution de l'interventionnisme économique et social de l'Etat a remis en cause la valeur du critère du service public. Les hypothèses de gestion privée se sont développées, l'administratif a de plus en plus eu recours à des contrats de droit privé et les services publics industriels et commerciaux fonctionnant comme des entreprises privés se sont développés. Cette évolution a fait de la notion de service public « une simple présomption de compétence » aux côtés de la notion de puissance publique (J. RIVERO et M. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1994, p. 145). Ainsi, les critères de compétence se sont multipliés, ils sont devenus complexes et incertains. Dans le but d'apporter des solutions aux inévitables conflits nés de l'existence de deux ordres de juridiction, Marcel Waline dans sa note sous l'arrêt *Naliato* en 1955, (TC 22 janvier 1955, « Juridiction compétente pour connaître des conséquences d'un accident survenu dans une colonie de vacances », *Revue de Droit Public*, 1955, p. 716) a développé la notion de « blocs de compétence » pour deux principales raisons : pallier l'absence d'un critère unique qui permette de déterminer avec précision la juridiction compétente et simplifier les règles de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction administrative et judiciaire. Pour l'énumération des différents « blocs de compétence », voir, G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 169 et s. Sur l'analyse détaillée de cette problématique qui met en exergue comment l'idée de « bloc » a été élaborée pour appréhender une réalité mouvante et difficile à cerner, cf. C. DENIZEAU, *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, LGDJ, 1997.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

d'autre part, réaffirme, dans son préambule, l'attachement aux buts et principes de la charte des Nations Unies. En effet, si l'on admet que le noyau dur du bloc de constitutionnalité est composé des droits fondamentaux, et qu'au regard des différentes constitutions nationales, la Charte des Nations Unies apparaît comme le socle dudit bloc, il peut être déduit de là que les rapports très étroits entre le Statut de Rome, la notion de droits fondamentaux et la Charte des Nations Unies en font un nouveau venu dans le bloc de constitutionnalité africain. Mais, il appartiendra au juge de le dire et surtout, il lui appartiendra de délimiter l'étendue de la constitutionnalité du Statut de Rome. L'on aborde là un aspect important du débat constitutionnel autour de l'intégration nationale de la convention portant création de la Cour pénale internationale.

Si l'on considère les droits tels le droit à la vie, à l'intégrité physique et mentale, le droit à la liberté, protégé dans le Statut par le biais des incriminations internationales comme le crime contre l'humanité, il ne fait aucun doute que cet instrument constitue une norme de référence pouvant appartenir au bloc de constitutionnalité. Ce qui justifie pour l'application dudit Statut, soit un contrôle de conventionalité, soit un contrôle de constitutionnalité selon les hypothèses. Mais, concernant les mécanismes de mise en œuvre du Statut notamment l'organisation et la composition administrative de la Cour elle-même, l'institution des Chambres, du Procureur ou encore du Greffe, il est difficile d'admettre que les normes juridiques y relatives appartiendraient au fameux bloc de constitutionnalité. La question pourrait même être de savoir si les normes relatives aux mécanismes de mise en œuvre du Statut, sont susceptibles d'être intégrées dans le droit national ? Ce qui revient à la question esquissée par le professeur Maurice Kamto de savoir si l'on peut mettre au même niveau d'intégration des normes de fond et des normes de procédure⁴³⁸. Une autre question est aussi de savoir sous quelles conditions peut-on penser qu'une juridiction internationale peut être intégrée dans l'ordre juridique interne ? Cet aspect de la problématique n'est pas moins lié à celui de l'intégration des crimes internationaux dans l'ordre interne.

⁴³⁸ M. KAMTO, « Charte africaine, instruments internationaux de protections des droits de l'homme, constitutions nationales ... », *op. cit.*, p. 37. L'auteur se demandait s'il est possible de « placer sur le même plan, c'est-à-dire au même niveau de hiérarchie formelle, les normes substantielles et les règles procédurales, ou celles qui créent des mécanismes institutionnels de contrôle et de garantie des droits de l'homme ? Autrement dit, les articles, consacrés pour partie à la Commission et aux principes applicables par elle [...] sont-ils de la même nature et ont-ils la même valeur constitutionnelle que les articles de la Charte qui énoncent des droits et libertés fondamentaux ? »

§2- La définition du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne au-delà du monisme et en dehors du dualisme : L'affirmation législative d'une marge nationale de « définition » du crime international.

80. L'internationalisation du droit qui se réalise du droit international vers le droit national, n'est pas toujours linéaire. La prise en compte d'une liberté d'action, sorte de marge de manœuvre, reconnue au destinataire intermédiaire de la norme internationale conduit au dépassement du schéma classique tracé par la distinction entre monisme/dualisme⁴³⁹. Une troisième voie, censée dépassée cet éternel « pont aux deux ânes »⁴⁴⁰ et restituer la complexité actuelle, suggère le dépassement de la logique binaire⁴⁴¹. Aussi, lorsque l'on se démarque des options théoriques descriptives des rapports entre le droit interne et le droit international, et que l'on analyse précisément, les techniques juridiques qui permettent d'articuler les différents ensembles normatifs, il peut être observé qu'au fond, aucun système n'appartient plus – et peut être cela n'a jamais été le cas – véritablement ni au monisme, ni au dualisme⁴⁴² (A). La marge reconnue aux Etats dans la mise en œuvre des normes internationales dépasse la logique verticale, unifiée et hiérarchisée (B).

A- L'existence de la notion de marge nationale d'appréciation dans l'articulation des rapports entre le droit interne et le droit international.

Pour bien apprécier l'existence de la notion de marge nationale d'appréciation dans l'articulation des rapports entre le droit interne et le droit international, il n'est pas inutile d'exposer quelques données théoriques de la notion (1), certains indices de son existence en droit international général (2) avant d'envisager sa mise en lumière par la Cour européenne des droits de l'homme (3).

⁴³⁹ E. LAMBERT et al., *Les effets des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 33 et s. Les auteurs parlent de l'inadéquation du modèle classique monisme/dualisme.

⁴⁴⁰ M. VIRALLY, « Sur un pont aux deux ânes : les rapports entre le droit international et le droit interne », *op.cit.*

⁴⁴¹ Cf. sur l'analyse de cet aspect spécifique de la problématique, P. DAILLER, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », in R. BEN ACHOUR et S. LAGHMANI (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pp. 9 ss.

⁴⁴² M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, pp. 174 et s ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 10 et s.

1. Quelques données théoriques pour appréhender la notion de « margin of appreciation ».

81. La marge du latin *margo*, *marginis* c'est-à-dire bord, suggère comme l'ont écrit les professeurs Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche,

« l'idée d'une certaine possibilité de faire un pas de côté, de s'écarter de quelque chose, de bénéficier d'une certaine latitude. Mais l'expression contient aussi l'idée de mesure : l'écart est limité, le délai n'est point trop long, le « jeu » qui est accordé n'est pas illimité »⁴⁴³.

Dès lors que l'on conçoit les systèmes de droit à l'intersection des théories déductives et inductives⁴⁴⁴ comme des ensembles de normes dont le sens est déterminé par une pluralité d'acteurs (auteurs et récepteurs de la norme) qui bénéficient d'une certaine latitude, on comprend que la marge soit « au cœur des systèmes de droit »⁴⁴⁵.

En droit, la marge d'appréciation se manifeste dans la marge d'interprétation reconnue au juge comme récepteur de la norme écrite. Tel est le cas de la liberté reconnue au juge pénal dans la qualification des faits ou de celle qui lui est reconnue dans le prononcé de la peine qui sera exécutée par le délinquant. Tel est aussi le cas de la latitude reconnue au juge social dans l'appréciation de la notion faute lourde comme motif du licenciement. Tel est encore le cas du juge civil ou commercial dans la détermination du contenu d'un contrat. En effet, dans la logique juridique et plus précisément dans la recherche du sens de la norme juridique, il y a presque toujours un décalage entre l'émetteur de la norme et le récepteur de celle-ci. Ce décalage provient de la distance naturelle entre l'élaboration de la norme et son application. La marge d'appréciation reconnue au juge, en tant que récepteur de la norme, conduit parfois soit à une surdétermination du sens de la norme juridique, soit à une sous détermination⁴⁴⁶. L'on retrouve ici la fameuse controverse entre le positivisme et la doctrine du droit naturel. Le premier limite l'étude du droit au droit posé alors que la seconde reconnaît une place déterminante aux valeurs dans l'élaboration et l'application du droit. Pourtant en réalité, le droit fait toujours référence à des valeurs sans pour autant perdre sa qualité de droit⁴⁴⁷. Cet

⁴⁴³ M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, « La marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *McGill Law Journal*, vol. 46, 2001, p. 925. Egalement, *RIDC*, vol. 42, 2000, pp. 753-780.

⁴⁴⁴ Cf. P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, PUF, 1995, pp. 163 et s.

⁴⁴⁵ M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, *Ibid.*

⁴⁴⁶ Cf. G. TIMSIT, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991, pp. 151 et s.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, pp. 154-155.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

aspect de la réflexion est aussi, à certains égards, le problème de l'articulation de ce que le professeur GénY appelait le « donné » et le « construit »⁴⁴⁸.

82. A l'analyse, la notion de marge d'appréciation semble parfaitement liée à la technique des standards déterminée par le professeur Stéphane Rials. Pour lui, le

« standard est une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci. Souvent d'origine jurisprudentielle, et en principe dénoté par l'utilisation de certaines formes, le standard vise à permettre la mesure de comportements et de situations en terme de normalité »⁴⁴⁹.

En tant que technique de formulation de la règle de droit, les standards ont pour fonction d'engendrer des normes⁴⁵⁰. Ils partagent tous le « statut de normes secondaires sur la production juridique »⁴⁵¹. Le professeur Rials distingue ainsi les standards jurislatifs (liés à l'émetteur de la norme) qu'il qualifie de « standards textuels » parmi lesquels, il cite « les standards constitutionnels, les standards législatifs ou réglementaires et les standards des conventions internationales »⁴⁵², des standards juridictionnels (liés au récepteur de la norme). Ces standards naissent de l'idée qu'un juge normal se fait d'un certain nombre de relations normales entre certains faits (théorie de la présomption ou de la causalité) ou de l'idée qu'il se fait d'un acte clair (théorie de l'acte clair) ou encore de la reconstitution qu'opère le juge de la volonté d'individus présumés normaux par diverses applications de la ratio legis⁴⁵³. Cette distinction entre standards jurislatifs et standards juridictionnels repose sans aucun doute sur la validité d'une marge d'appréciation reconnue au récepteur de la norme juridique.

Ainsi, lorsqu'on applique la notion de marge d'appréciation, à partir de la technique des standards, au processus de réception de la norme internationale dans l'ordre juridique interne, l'on admet l'existence distincte d'un standard posé par la norme internationale (standard de l'émetteur de la norme à savoir le législateur supranational) et d'un standard posé

⁴⁴⁸ F. GENY, *Science et techniques en droit privé positif*, Paris, Sirey, 1923-1924. Voir également dans le même sens, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1978.

⁴⁴⁹ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 120.

⁴⁵⁰ Dès l'origine, la question des « standards juridiques » a été soulevée pour dénoncer les excès d'une vision par trop formaliste du raisonnement juridique. Le professeur François GénY y puisa ainsi une critique de l'école de l'exégèse et un point d'ancrage de la « libre recherche scientifique ». Le professeur Chaïm Perelman, quant à lui, s'appuiera sur les standards pour appréhender la logique juridique comme nouvelle rhétorique. Pour plus de détails, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux du centre national de recherches de logique », 1984.

⁴⁵¹ P. DUBOUCHET, *Le modèle juridique. Droit et herméneutique*, Paris, L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique », 2001, p. 132.

⁴⁵² S. RIALS, *Ibid.*, p. 37.

⁴⁵³ Il convient de relever ici que, les standards juridictionnels définis par Stéphane Rials correspondent à ce que le professeur Yves Gaudemet appelait, « les techniques juridictionnelles » ou les « constructions juridictionnelles » comme catégories, notions, principes et théories. Lire, Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 31.

par la norme interne (standard du récepteur de la norme à savoir les autorités nationales). Le décalage entre ces deux standards favorise le développement de la marge nationale d'appréciation en vertu de laquelle, les Etats se voient reconnaître, dans certains contextes, une latitude, une liberté, une marge plus ou moins importante pour apprécier le contenu de leurs obligations aux termes des instruments internationaux. Vu sous cet angle, la marge nationale d'appréciation apparaît plutôt comme une donnée classique dans les rapports entre les ordres juridiques national et international.

2. Les indices d'appréhension de la marge nationale d'appréciation en droit international général.

83. Contrairement à ce que peut laisser penser les développements contemporains sur la notion de marge d'appréciation, la notion pourrait bien ne pas être aussi nouvelle dans le champ juridique. L'on trouve déjà un certain nombre d'indices de sa manifestation dans certaines données classiques du droit international général telles, la technique des réserves aux traités et l'imprécision des normes internationales.

84. Lorsque l'on va du droit international au droit national, la technique des réserves⁴⁵⁴ et celle des déclarations interprétatives, révèlent l'existence d'une marge d'appréciation reconnue aux autorités nationales. Déclarations unilatérales de volonté visant à produire des effets juridiques, les réserves au traité ont pour but d'« exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'Etat réservataire »⁴⁵⁵. Comme l'a écrit Ruda, « a reservation modifies the substance of a contractual stipulation »⁴⁵⁶. Dans le même ordre d'idées, la déclaration interprétative vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions. Considérant cette acception des réserves et de la déclaration interprétative, il apparaît que ces deux notions cristallisent la marge reconnue aux autorités nationales dans la réception du droit international. Ce qui constitue à certains égards, une façon de « renationaliser » une norme d'origine internationale⁴⁵⁷. A ce sujet, le débat est particulièrement vif lorsqu'il s'agit de traités relatifs aux droits de l'homme : « le but premier des traités de ce genre n'est-il pas de

⁴⁵⁴ Sur la notion des réserves en general, voir, P-H IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, pp. 83-86 ; 89-90 ; J-M. RUDA, « Reservations to treaties », *R.C.A.D.I.*, tome 146, 1975. Sur l'approfondissement du régime juridique des réserves et des déclarations interprétatives, cf. M. KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.*, tome 310, 2004, spec. pp. 182-193 ; A. PELLET, *Cinquième rapport sur les réserves aux traités*, doc. A/CN.4/508/Add.3 du 23 juin 2005, pp. 5-34 ;

⁴⁵⁵ Voir la définition des réserves et ainsi que les commentaires de la CDI dans *Documents officiels de l'Assemblée générale*, cinquante-quatrième session, supplément n°10 (A/53/10), pp.180-184.

⁴⁵⁶ J.-M. RUDA, « Reservations to treaties », *op.cit.*, p. 193.

⁴⁵⁷ M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, *op.cit.*, p. 930.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

poser les standards minima et uniformes de liberté et de protection pour tous les êtres humains, tous égaux en dignité en quelque endroit qu'ils se trouvent ? »⁴⁵⁸. Au-delà de ces doutes sur la validité des réserves et des déclarations interprétatives, il demeure que les réserves sont admises bien que la tendance des organes de contrôle est précisément de vérifier si la marge que se reconnaissent les Etats pour « renationaliser » la norme internationale n'est pas excessive⁴⁵⁹. Ainsi, même lorsqu'un instrument international exclue explicitement toute possibilité pour les Etats de formuler des réserves⁴⁶⁰, ceux-ci se ménagent presque toujours implicitement des marges d'appréciation surtout lorsque l'instrument international est incomplet et procède à un renvoi au droit interne.

85. En plus des réserves ou des déclarations interprétatives, la marge nationale des Etats découlent parfois des procédés même de normativité du droit international. Parmi ceux-ci figure le procédé du renvoi au droit interne. Particulièrement présent en matière pénale⁴⁶¹, ce procédé suppose une application du droit international par le relais du droit interne. C'est par exemple le cas avec la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁴⁶² à travers laquelle, le droit international ménage les spécificités nationales⁴⁶³. Un tel aménagement est d'autant plus inévitable que la norme internationale est souvent incomplète et imprécise, comme par exemple lorsque la même convention se contente d'engager les Etats parties à prendre les mesures nécessaires pour prévoir « des sanctions pénales efficaces », celles-ci variant considérablement en pratique d'un pays à l'autre⁴⁶⁴.

Plus en avant que de simples indices du droit international général, la Cour européenne des droits de l'homme a particulièrement développé la notion de marge nationale d'appréciation en lui donnant, par ce fait, des fondements théoriques et pratiques assez fertiles pour une analyse du processus d'internalisation des crimes internationaux tel que le crime contre l'humanité.

⁴⁵⁸ G. COHEN-JONATHAN, « Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux », *RGDIP*, vol. 100, 1996, pp. 915-949, p. 916.

⁴⁵⁹ M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, *ibid.*

⁴⁶⁰ C'est le cas notamment du Statut Rome instituant la Cour pénale internationale dont l'article 120 dispose clairement, « *Le présent Statut n'admet aucune réserve.* »

⁴⁶¹ Cf., infra, titre 2 « les différentes techniques d'incrimination ».

⁴⁶² Cf., infra, chapitre 2 « l'application des normes du jus cogens ».

⁴⁶³ Cf., l'opinion dissidente du juge Brennan dans l'arrêt *Polyukhovich c. Commonwealth of Australia* (1991), 101 ALR, 545, 172 CLR 501 (H.C.), commenté par D. BOYLE, « Le crime de génocide au Cambodge », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Les processus d'internationalisation. Criminalité économique et atteinte à la dignité des personnes. Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal*, Paris, Maison des sciences de l'homme, vol. VII, 2001, pp. 296-306.

⁴⁶⁴ M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, *op.cit.*, p. 930.

3. La mise en lumière de la notion de marge nationale d'appréciation par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

86. La marge d'appréciation a parfaitement été développée par la Cour de Strasbourg dans sa pratique jurisprudentielle. H. C. Yourow l'a défini comme,

« the latitude of deference or error which the Strasbourg organs will allow to national legislative, executive, administrative and judicial bodies before it is prepared to declare a national derogation from the convention, or restriction or limitation upon a right guaranteed by the Convention to constitute a violation of one of the Convention's substantive guaranties »⁴⁶⁵.

C'est donc une forme de retenue ou d'autolimitation de la part de la Cour⁴⁶⁶, de judicial restraint⁴⁶⁷, qui introduit une « élasticité dans la contrainte imposée aux Etats »⁴⁶⁸.

87. Les fondements de la marge d'appréciation ont été formulés par la Cour dans l'affaire *Handyside c. Royaume-Uni*⁴⁶⁹. Dans cette affaire, étaient en cause les procédures engagées contre le requérant en tant qu'éditeur d'un manuel de conseils aux adolescents (*The little red schoolbook*), incluant des informations sur la sexualité et qui avait été qualifié de « publications obscènes » ce qui avait abouti à la saisie et à la confiscation de l'ouvrage ainsi qu'à la condamnation à l'amende par les autorités nationales en application du droit national. La Cour en avait décidé que,

« [...] on ne peut dégager du droit interne des divers Etats contractants une notion européenne uniforme de la « morale ». L'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une évolution rapide et profonde des opinions en la matière. Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences comme sur la « nécessité » d'une « restriction » ou « sanction » destinée à y répondre [...]. Dès lors, l'article 10 par. 2 réserve aux Etats contractants une marge d'appréciation »⁴⁷⁰.

Plus tard, dans l'arrêt *F. c. Suisse*, la Cour observait à propos du Code civil suisse autorisant le juge à prononcer une interdiction de remariage d'une durée de trois ans à l'encontre d'un époux condamné au divorce pour adultère,

⁴⁶⁵ H. C. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1996, p. 13.

⁴⁶⁶ A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1995, pp. 567-604, p. 569.

⁴⁶⁷ G. VAN DER MEERSCH, « Le caractère « autonome » des termes et la « marge d'appréciation » des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in F. MATSCHER et H. PETZOLD (eds), *Protecting human rights : the european dimensions. Study in honour of Gerard J. Wardia*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymans Verlag KG, 1988, pp. 201-220, p. 210.

⁴⁶⁸ A.-D. OLINGA et C. PICHERAL, *op.cit.*, p. 567.

⁴⁶⁹ CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume Uni*, arrêt du 7 décembre 1976.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, para. 48.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

« le fait qu'un pays occupe, à l'issue d'une évolution graduelle, une situation isolée quant à un aspect de sa législation n'implique par forcément que pareil aspect se heurte à la convention, surtout dans un domaine – le mariage – aussi étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société et aux conceptions profondes de celle-ci sur la cellule familiale »⁴⁷¹.

Plus tard, dans l'affaire *Wingrove c. Royaume-Uni*, la Cour affirmait qu',

« une plus grande marge d'appréciation est généralement reconnue aux Etats contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale et, spécialement de la religion »⁴⁷².

Par la suite, la Cour a eu à appliquer la notion de marge nationale d'appréciation dans plusieurs autres affaires⁴⁷³.

88. Ce qui nous intéresse dans cette application jurisprudentielle de la notion de marge nationale d'appréciation, ce n'est ni le domaine d'application de la notion par la Cour (les droits concernés), ni l'acceptation de la notion par la Cour (le standard juridictionnel). Dans l'analyse de cette jurisprudence, c'est plutôt le fondement de l'emploi de la notion de marge nationale d'appréciation par le juge régional européen en ce qu'il a une profonde incidence sur l'articulation des rapports entre le droit international et le droit national. En effet, la Cour de Strasbourg a justifié le recours à la marge nationale d'appréciation par la prise en compte de la diversité culturelle et du fait du caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle des droits de l'homme établi par la Convention européenne elle-même⁴⁷⁴.

S'agissant de la diversité culturelle, il importe de relever que bien que la notion de marge nationale d'appréciation n'a pas été conçue comme un moyen de la préserver⁴⁷⁵, son invocation est bien souvent associée à l'idée de respect de la diversité culturelle⁴⁷⁶. Le passage

⁴⁷¹ CEDH, *F. c. Suisse*, arrêt du 18 décembre 1987, Série A 128, § 33.

⁴⁷² CEDH, *Affaire Wingrove c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 novembre 1996, Recueil 1996 - V, vol. 33, para. 58.

⁴⁷³ CEDH, *Affaire Goodwin c. Royaume Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, para. 85 ; *Affaire I. c. Royaume Uni*, arrêt du 11 juillet 2002, para. 65 ; *Affaire Podkolzina c. Lettonie*, arrêt du 9 avril 2002, para. 3.

⁴⁷⁴ Sur ce point précis, cf. F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Rev. sc. crim.*, n°1, 2006, pp. 3-24.

⁴⁷⁵ Cf. S. VAN DROOGHENBROEK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 500; J. SCHOKKENBROEK, « The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case law of the European Court of human rights. General reports », *HRLJ*, vol 19, 1998, pp. 30-36, p. 36.

⁴⁷⁶ Cf., E. BREMS, *Human rights: Universality and diversity*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, pp. 357-422 ; D. L. DONOHO, « Autonomy, self-governance, and the margin of appreciation: developing a jurisprudence of diversity within universal human rights », *Emory Int'l L. Rev.*, vol. 15, 2001, pp. 391-466; P. MAHONEY, « Marvellous richness of diversity or individious cultural relativism? », *HRLJ*, vol. 19, 1998, pp. 1-6 ; M. DELMAS-MARTY, « Pluralisme et traditions nationales. (revendication des droits individuelles) », in P. TAVERNIER (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 année de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruxelles, Bruylant, 1996 ; Ph. ALSTON, « The best interest principle : towards a reconciliation of culture and human rights », in Ph.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

citée dans l'affaire Handyside a mis en lumière le rapport entre marge d'appréciation et diversité culturelle. Bien que le terme « culturel » ne soit pas utilisé de manière explicite, il apparaît qu'aux yeux des juges, les divergences des droits nationaux en matière de morale reflètent les variations des conceptions de la population de chaque pays ; de l'éthos de chaque société⁴⁷⁷. Face à cette variété d'opinions, les juges européens ne s'estiment pas en mesure de dégager une norme européenne commune, à l'aune de laquelle évaluer les mesures adoptées par les autorités internes⁴⁷⁸. La diversité culturelle constitue dès lors pour la Cour une cause d'incertitude, qui la contraint à faire preuve d'une plus grande déférence envers l'appréciation des autorités nationales⁴⁷⁹. Ainsi,

« la diversité n'apparaît pas tant valorisée pour elle-même, qu'endurée comme la source d'une impossibilité d'ordre cognitif conduisant le juge européen à devoir s'en remettre au surcroît d'expertise corrélativement reconnu aux autorités étatiques »⁴⁸⁰.

Un tel raisonnement ne constitue pas une violation de la norme internationale et ne contredit pas l'idéal d'unification généralement exprimé dans les instruments internationaux. Il permet simplement d'admettre le nécessaire décalage entre le standard normatif international et le standard normatif national. Ce nécessaire décalage, suscite nous l'avons dit, une rupture du paradigme officiel monisme/dualisme. En effet, la réalité de la réception en droit interne des normes internationales, en général et de celles protectrices des droits de l'homme en particulier, est beaucoup plus complexe que la simple description théorique entre monisme et dualisme.

L'admission d'une marge nationale d'appréciation modifie les rapports entre le droit international et le droit interne. Ceux-ci, d'une hiérarchie stricte, évoluent vers une hiérarchie souple. Le contrôle de conventionalité des juges internes se transforme radicalement : d'un contrôle de conformité du droit national au droit international il glisse vers un contrôle de compatibilité qui, lui-même, légitime un contrôle de proportionnalité⁴⁸¹. Il en est de même du

ALSTON (ed.), *The best interest of the child. Reconciling culture and human rights*, Unicef, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1994, pp. 1-25, p. 25.

⁴⁷⁷ F. HOFFMANN et J. RINGELHIEM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *RIEJ*, n°52, 2004, pp. 109-142, p. 118.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

⁴⁷⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, *op.cit.*, p. 509.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 500 ; P. WASHMANN, « Une certaine marge d'appréciation – Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du 3^{ème} millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1017-1042, p. 1030.

⁴⁸¹ Sur l'application du principe de proportionnalité par la Cour européenne des droits de l'homme, voir, S. VAN DROOGHENBROECK, *op.cit.* Sur le principe de proportionnalité en général, cf. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op.cit.*, pp. 431-443 ; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux – Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruxelles, Bruylant, 1999, spéc., pp. 5 – 43 ; P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence*

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

contrôle de constitutionnalité à partir du moment où, les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme sont intégrés au bloc de constitutionnalité et accèdent au rang de normes suprêmes. Sous réserve du standard normatif international, « les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées pour la mise en œuvre de leurs obligations internationales »⁴⁸². Entre les deux termes alternatifs obligation de conformité/appréciation souveraine des Etats, la marge nationale introduit une troisième formule, l'obligation de compatibilité. Alors que,

« la conformité va de pair avec l'exigence d'identité (exigence de pratiques nationales strictement conformes à la conduite prescrite par la norme internationale), la compatibilité repose sur une exigence de proximité (exigence de pratiques nationales suffisamment proches de la norme internationale pour être jugées compatibles). La décision de compatibilité impose donc de situer la pratique en cause sur une échelle graduée et de fixer un seuil. C'est pourquoi la marge implique un changement de logique juridique de la logique binaire classique, exprimée soit dans le cadre du monisme soit dans le cadre du dualisme, à la logique de gradation évoquant les sous-ensembles flous »⁴⁸³.

Par le recours à la notion de diversité culturelle et donc de relativisme des droits nationaux, la marge introduit l'hypothèse d'un pluralisme juridique qu'il convient d'ordonner⁴⁸⁴. Toutefois, la marge n'est pas illimitée et le droit national ne se détache pas du droit international. La hiérarchie ne disparaît pas, elle est simplement modulée parce que désormais modulable. C'est aussi le sens du second fondement de l'emploi de la marge par la Cour de Strasbourg à savoir le caractère subsidiaire du mécanisme.

89. S'agissant de la subsidiarité du mécanisme de contrôle international des droits de l'homme par rapport aux systèmes nationaux de garantie comme fondement de la marge nationale d'appréciation, elle repose sur l'intervention toujours a posteriori de la Cour. Intervention qui suppose que le juge de Strasbourg ne peut ignorer l'appréciation portée par les autorités nationales quant aux exigences du standard de la norme internationale. La Cour européenne a relevé sans ambiguïté que, « le mécanisme de sauvegarde instauré par la convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »⁴⁸⁵. En vertu de ce caractère, l'instrument international « confie en premier lieu à chacun des Etats contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et

du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu, Bruxelles, Bruylant, t. I, 1992, pp. 49-68.

⁴⁸² F. SUDRE, *Droit européen et droit international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 9^{ème} éd., 2008, p. 200.

⁴⁸³ M. DELMAS-MARTY et M-L. IZORCHE, *op.cit.*, p. 934.

⁴⁸⁴ *Ibid.* il convient de souligner que cette idée constitue la problématique générale développée par ces auteurs.

⁴⁸⁵ CEDH, *Affaire Handyside c. Royaume Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, GACEDH, n°7, A/24, §48, CDE 1978, 350 chron. G. COHEN-JONATHAN ; JDI, 1978, 706, chron. P. ROLLAND.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

libertés qu'il consacre »⁴⁸⁶. Ainsi, la Convention européenne assume une fonction supplétive puisqu'elle « doit s'effacer devant la norme interne, lorsque cette dernière est plus protectrice et, dans le cas contraire, en compenser les imprécisions et les lacunes »⁴⁸⁷. Comme l'ont fait remarquer Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche, la subsidiarité conduit à « la marge nationale d'appréciation pour des raisons technique et politique (la sensibilité des Etats à certains thèmes touchant à l'ordre public national) »⁴⁸⁸.

La combinaison de ces éléments que sont le respect de la diversité culturelle, la prise en compte du principe de subsidiarité des mécanismes internationaux et l'imprécision des normes internationales suggère fortement que l'on s'interroge sur l'apport de la notion de marge d'appréciation dans le processus d'intégration du Statut de Rome dans les droits pénaux nationaux.

A. La notion de la marge nationale d'appréciation et le processus d'internalisation du Statut de Rome.

90. En détachant la notion de marge nationale d'appréciation de son domaine naturel, à savoir celui de l'interprétation judiciaire, il est possible de l'appliquer au processus d'internalisation du Statut de Rome. Tout au contraire, au regard de l'extrême variété des procédés d'internalisation employés et surtout de l'extrême variété des définitions finales obtenues dans les ordres juridiques nationaux⁴⁸⁹, il paraît même logique de convoquer la notion de marge d'appréciation pour expliquer et comprendre les dynamiques nationales. Dans ce sens, c'est principalement la clause de la complémentarité qui donne, toute sa pertinence à la notion de marge d'appréciation (1) en ce qu'elle pose les conditions d'un dialogue des juges qui, à l'évidence, semble de plus en plus inévitable (2).

1. Le principe de complémentarité du Statut de Rome, vecteur de la marge d'appréciation des droits pénaux nationaux.

91. Si l'on adopte une approche diachronique dans l'analyse de la répression des crimes internationaux, il en ressort que trois modèles de répression se sont succédés dans le

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, coll. « Monde européen et international », 2001, p. 343.

⁴⁸⁸ M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, *op.cit.*, p. 933.

⁴⁸⁹ MANACORDA (S.) et WERLE (G.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome », *Rev. sc. crim.*, 2003, pp. 501-515.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

temps. Le premier modèle fut purement national⁴⁹⁰. Consacré par les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 et le Protocole additionnel du 8 juin 1977 relatif à la répression des victimes des conflits armés, ce modèle reprend un principe traditionnel du droit international général de répartition des tâches entre la sphère interne et la sphère internationale⁴⁹¹. A la définition internationale des crimes, ce modèle fait correspondre une répression nationale⁴⁹². Le second modèle fut quant à lui purement international. Inauguré par la logique dite de Nuremberg et de Tokyo, ce modèle a été cristallisé par les tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda⁴⁹³. Contrairement au premier, ce modèle repose sur le principe de la primauté des juridictions internationales sur les tribunaux internes⁴⁹⁴ à l'effet d'échapper aux aléas d'une juridiction exclusivement nationale. Le troisième modèle est de nature hybride. Inauguré par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, il représente une sorte de compromis entre les deux variantes à dominante nationale ou internationale. Du fait de sa nature hybride, ce modèle est organisé sur la base du principe de complémentarité. Ce qui signifie en substance que les Etats parties au Statut de Rome conservent la compétence principale dans la répression des crimes relevant dudit Statut, tandis que la Cour pénale internationale intervient de manière subsidiaire lorsque les Etats n'agissent pas ou que leur action se révèle défailante.

Sur la base de cette subsidiarité, qui postule une primauté des autorités nationales dans la dynamique de répression et constitue une conséquence de la complémentarité de l'organe

⁴⁹⁰ Ce modèle est qualifié de purement national en ce sens que l'Etat reste totalement souverain d'intenter ou non des poursuites. Et au cas où, il décide de n'engager aucune poursuite contre tel ou tel auteur des crimes graves, il n'existe aucune instance supranationale capable de se substituer à lui.

⁴⁹¹ A titre d'illustration, le droit international des réfugiés repose sur une définition internationale du réfugié (art. 1 A 2 de la convention de Genève relative au statut des réfugiés du 28 juillet 1951), dont la mise en œuvre est laissée à l'appréciation des Etats, de sorte que la Convention de 1951 ne contient aucune disposition relative aux procédures d'asile. A ce propos, cf. V. CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme. Le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 110-112.

⁴⁹² Cf. article 146 de la Convention IV relative à la protection des personnes civiles et temps de guerre du 12 août 1949.

⁴⁹³ Il n'est pas inutile de rappeler que le Traité de 1937 instituant une Cour pénale internationale pour connaître du crime de terrorisme n'est jamais entré en vigueur. En outre la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, entrée en vigueur en 1951, envisage les deux formes de répression, sans instituer une quelconque priorité entre la justice internationale et celle nationale.

⁴⁹⁴ Voir l'article 9 §2 du Statut du TPIY et l'article 8 §2 du Statut du TPIR. Il peut également être relevé que l'article 8 du Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone est rédigé en des termes similaires. Pour une étude du principe de primauté, cf. F. HARHOFF, « Consonance or rivalry ? Calibrating the efforts to prosecute war crimes in national and international tribunals », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1997, pp. 571-596; B. S. BROWN, « Primacy or complementarity: reconciling the jurisdiction of national courts and international criminals tribunals », *Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998, pp. 383-436; B. MUNA, « The Rwanda Tribunal and its relationship to national trials in Rwanda », *American University International Law Review*, vol. 13, 1998, pp. 1469-1493; A.G. KARIBI-WHYTE, « The twin ad hoc tribunals and primacy over national courts », *Criminal Law Forum*, vol. 9, 1999, pp. 55-98.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

internationale, les récepteurs de la norme internationale conserve une marge d'appréciation dans la mise en œuvre desdites normes. Suivant la logique du dédoublement fonctionnel⁴⁹⁵, les opérateurs juridiques nationaux que sont les Etats conserve une certaine liberté dans l'exécution du droit international. Ce même caractère subsidiaire du Statut de Rome dans la répression des crimes relevant de sa compétence avait déjà été invoqué au sujet du mécanisme mis en œuvre dans le cadre de la Cour européenne des droits de l'homme.

92. Partant de ce mécanisme hybride de Rome et prenant en compte, d'une part la dimension substantielle du principe de complémentarité et, d'autre part l'absence d'une obligation internationale explicite de réception des crimes internationaux en droit interne, les Etats restent entièrement maîtres de leurs compétences législatives en matière d'édiction des incriminations. Cependant, contrairement au premier modèle purement national, si les Etats viennent à faillir à leur mission ici, la Cour pénale internationale est apte à se substituer à eux, pour autant quelle en a été habilitée. Ainsi, la souveraineté des Etats en matière de compétences pénales ne consiste plus en une entière liberté d'internaliser ou non les crimes contenu dans le Statut, mais consiste plutôt en une marge d'appréciation dans les modalités de réception desdits crimes du fait du contrôle potentiel que peut exercer la Cour pénale internationale. Il n'y a donc aux termes du Statut de Rome, ni exigence d'application directe du droit de la Cour par les autorités nationales, ni obligation de renvoi intégral par ces autorités aux dispositions du Statut ou encore copie littérale du Statut par le législateur interne. Implicitement, le principe de complémentarité par la subsidiarité qu'il induit, semble plutôt admettre une disharmonie entre le droit national et le droit de Rome. Disharmonie que l'instance supranationale est appelée à contrôler sur la base d'une exigence de compatibilité entre le droit national et le droit international. C'est, pourrait-on dire, le sens des deux volets de l'article 17 du Statut traitant des conditions de recevabilité de l'affaire devant la Cour et qui sanctionne soit le manque de volonté de l'Etat soit l'incapacité de celui-ci.

Cependant, l'interprétation de certains aspects de cet article 17 faite par la Cour semble quelque peu remettre en cause cette idée de marge d'appréciation reconnue aux Etats. En effet, dans l'affaire Lubanga, la Chambre Préliminaire I a conclu à la recevabilité de l'affaire après avoir souligné que,

« pour qu'une affaire découlant de l'enquête sur une situation soit irrecevable, les procédures nationales doivent englober tant la personne que le comportement qui font l'objet de l'affaire devant la Cour »⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ G. SCHELLE, *Précis de droit des gens. Première Partie*, Paris, Sirey, 1932, p. 43.

⁴⁹⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga*, Ch. Pr. I, décision relative à la requête du procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, ICC-01/04-01/06, 20 février 2006, para. 37. En l'espèce,

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

A travers cette décision la Cour a fondé la recevabilité de l'affaire sur l'identité de la personne et du comportement. Elle a même affirmé cette position dans plusieurs autres affaires au point où, certains auteurs en ont vu une condition sine qua non de l'irrecevabilité⁴⁹⁷. L'affaire n'est donc recevable que s'il existe une parfaite concordance du comportement incriminé. Mais que faut-il entendre par concordance de comportement incriminé ? Cette exigence d'identité de comportement posée par la Cour a-t-elle vocation à exclure la marge nationale d'appréciation dans l'internalisation des crimes du Statut ? Cette question laisse transparaître en filigrane l'équilibre délicat entre le droit international et le droit national. Aussi, le critère d'identité de comportement a été critiqué comme étant « incompatible avec le principe de complémentarité »⁴⁹⁸, parce qu'il « revient à donner la primauté à la Cour »⁴⁹⁹.

En tout état de cause, sous l'angle théorique, le principe de complémentarité par sa dimension substantielle introduit un mode d'articulation normative distinct du schéma traditionnel des relations entre l'ordre interne et l'ordre international, en ce qu'il ne postule ni une absolue autonomie ni une totale subordination de l'un à l'autre. Du fait de la marge nationale d'appréciation qu'il emporte, il apparaît davantage comme un trait d'union entre la sphère interne et la sphère internationale : chacune interagit sur l'autre dans une sorte de continuum pour former un ensemble cohérent orienté vers l'objectif commun de lutte contre l'impunité. Ce qui, inéluctablement, crée les conditions d'un dialogue des juges.

2. La marge nationale d'appréciation et la possible ouverture d'un « dialogue des juges » nationaux et internationaux.

93. La volonté de décrire, dans leur dimension judiciaire voire juridictionnelle, les interactions entre les ordres juridiques national, supranational ou international à conduit la

les mandats d'arrêt délivrés par les autorités nationales ne renvoyaient aucunement à la responsabilité pénale de l'accusé en raison de l'enrôlement et la conscription d'enfants de moins de quinze ans, dont est saisi la Cour.

⁴⁹⁷ CPI, *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman*, Ch. Pr. I décision relative à la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut, ICC-02/05-01/07, 27 avril 2007, para. 24 ; *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, Ch. Pr. I Décision concernant les éléments de preuve et les renseignements fournis par l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt contre Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01-04-02/07, 6 juillet 2007, para. 21 ; *Le Procureur c. Germain Katanga*, Ch. Pr. I Décision concernant les éléments de preuve et les renseignements fournis par l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt contre Germain Katanga, ICC-01/04-01/07, 5 novembre 2007, para. 20.

⁴⁹⁸ Nous soulignons.

⁴⁹⁹ *Exception d'irrecevabilité de l'affaire Le Procureur c. Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui*, soulevé par la défense de Germain Katanga en vertu de l'article 19-2 du Statut, ICC-01/04-10/07, 11 mars 2009, para. 39 et para. 44. Dans sa décision du 16 juin 2009, la Chambre de Première Instance n'a toute fois pas jugé utile de se prononcer sur cette question pourtant importante, CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui*, (Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut)), 16 juin 2009, ICC-01/04-01/07, para. 95.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

doctrine à imaginé des concepts mettant en lumière tantôt des concurrences, tantôt des conflits, tantôt des échanges entre les juges de plusieurs niveaux au sujet de l'interprétation et de l'application d'une même norme. Ainsi, l'on a parlé de « gouvernement des juges », de « guerre des juges » mais aussi de « dialogue des juges ». Ce dernier concept semble constituer une problématique nouvelle même si elle a déjà été plusieurs fois traitée⁵⁰⁰.

En doctrine, le professeur Andriantsimbazovina semble avoir été le premier à aborder la question du « dialogue de juges » ou du « dialogue entre les juges » dans le cadre de son étude consacrée à l'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français⁵⁰¹. En reliant la notion à celle d'autorité de la chose interprétée des décisions de justice, l'auteur considère que,

« la pluralité et l'interaction des ordres juridiques modernes impliquent la complémentarité de l'autorité nécessaire au maintien de la cohérence de ceux-ci et du dialogue entre les juges qui les animent, gage de souplesse et de plasticité, qualité bien utiles pour gérer la complexité de l'ensemble »⁵⁰².

Sans vouloir faire une analyse systématique du concept de « dialogue des juges », l'on s'inscrit dans cette logique qui propose une manière de gérer la complexité du phénomène d'internormativité. En effet, l'idée est de dire que, la marge nationale d'appréciation issue du principe de complémentarité aboutit à un décalage entre le standard normatif international et le standard normatif national et crée, de ce fait, des conditions d'un dialogue entre le juge national et le juge international en l'espèce la Cour pénale internationale. Le « dialogue des juges » dans ce cas s'entend des échanges indirects pouvant naître entre le juge national et le juge international au sujet de l'affirmation du principe de lutte contre l'impunité. Celle-ci apparaît comme le trait d'union entre les deux juges en ce qu'elle garantit la compatibilité au-delà de la disharmonie résultant de la mise en œuvre de la marge nationale d'appréciation. L'intérêt de ce concept de « dialogue des juges » est qu'il permet de donner corps à l'hypothèse de la communicabilité entre les ordres juridiques national et international. Car, le

⁵⁰⁰ Cf. M. COLLET, « Les bienfaits du « dialogue des juges ». Remarques sur la mise en œuvre par le juge fiscal des articles 14 de la Convention EDH et 1^{er} de son premier protocole additionnel », *Revue de droit fiscal*, n°51, 2006, pp. 2179-2189 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions ». L'inévitable dialogue des juges ? », in *Le champ pénal. op.cit.* ; C. LANDAIS et F. LENICA, « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par el Conseil d'Etat », *D.A.*, n°6, 2005, pp. 8-11 ; V. SOMMACCO, « Les validations législatives : illustration du « dialogue des juges » », *RRJ*, 2003, pp. 2787-2800 ; L. POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in F. LICHERE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYMOND (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et justice », n°53, 2004, pp. 19-59 ; J-P. COSTA, « La Cour européenne et le dialogue des juges », *Ibid.*

⁵⁰¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1998, 663 p., spéc., pp. 441-515.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 367, nous soulignons.

juge apparaît généralement en droit processuel comme le gardien du bon déroulement d'un dialogue entre les parties. Il doit éviter que la controverse ne dégénère en affrontement et doit veiller à l'équitable partage de la parole⁵⁰³.

En partant de la notion de marge nationale d'appréciation pour aborder la question du « dialogue des juges », il convient de relever que le concept ne suppose aucune relation hiérarchique entre le juge national et le juge supranational, ni même celle d'une totale autonomie du juge national à l'égard du juge international. Il s'agit d'évoquer un procédé par lequel le juge national discute le sens d'une disposition conventionnelle à partir d'une ligne directrice tracée par le standard international. C'est aussi le sujet, plus général, de l'interprétation et de l'application par le juge pénal national des normes supranationales qui, pour des raisons à la fois technique et pratique, doivent nécessairement avoir un contenu national⁵⁰⁴.

94. Comme on le voit, la « marge nationale de définition » du crime contre l'humanité qui semble implicitement découler de la complémentarité du Statut de Rome et du caractère subsidiaire de la Cour elle-même, appelle à penser l'intégration de l'instrument international en dehors du clivage classique tracé par le dualisme et le monisme. Ce dépassement suggère explicitement une relativisation de la théorie des normes self-executing au sujet de la définition de l'incrimination de crime contre l'humanité en droit interne. Aussi, « la marge de définition » des autorités nationales ne semble pas admettre l'hypothèse de l'application directe des normes internationales d'incrimination en droit interne sans pour autant validé celle de leur application indirecte⁵⁰⁵. Elle semble plutôt suggérer une troisième voie, celle de l'application autonome des normes internationales d'incrimination par le juge national. Mais une autonomie limitée par le fait que le législateur national a adhéré à un code de référence commun. En effet, le Statut de Rome a une valeur supralégislative et intraconstitutionnelle en droit interne. Cependant, le contrôle de conventionalité que peut exercer le juge national

⁵⁰³ F. JACQUES, « Dialogue exige : communicabilité et dialectique », in F. JACQUES (dir.), *Dialogue, dialectique et philosophie en droit, Colloque du 1^{er}-4 juin 1983, Ile d'Artz*, Paris, Dalloz, APD, tome 29, 1984, pp. 18-19.

⁵⁰⁴ F. GARRON, « L'interprétation des normes supralégislatives en matière pénale », *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 773 et s.

⁵⁰⁵ Sur le sujet de l'application directe du droit international par les juridictions nationales, nous renvoyons à la très importante étude de, W.N. FERDINANDUSSE, *Direct application of international criminal law in national courts*, The Hague, T.M.C. ASSER PRESS, 2006. Lire aussi sur la même question, M. MARCOFF, « Les règles d'application directe en droit international », *RGDIP*, 1976, p. 385 ; J. VERHOEVEN, « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, vol. 2, 1980, pp. 243 ss ; « Applicabilité directe des traités et intentions des parties contractantes », in *Liber Amicorum. Prof. EM. E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, p. 895 ; H. BROBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », *RBDI*, 1996, pp. 36 ss. ; « Applicabilité directe des traités et intentions des parties contractantes », in *Liber Amicorum. Prof. EM. E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, p. 895.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

devrait se fonder sur une exigence de compatibilité de la loi nationale à la convention internationale et non sur une exigence de conformité entre les deux définitions nationale et internationale du crime contre l'humanité. Cette exigence de compatibilité appelle l'idée d'un contenu prévisible de la définition nationale du crime contre l'humanité.

Section 2- Le contenu prévisible des définitions nationales de l'incrimination de crime contre l'humanité.

95. La notion de contenu prévisible des définitions nationales de l'incrimination de crime contre l'humanité signifie que celles-ci sont élaborées à l'aune du cadre de référence fixé par le standard de la norme internationale que constitue en l'espèce, le Statut de Rome. Cette notion apporte d'autres éléments de clarification dans l'analyse de la thématique de l'adaptation nationale du droit pénal de fond contenu dans le Statut en ce qui concerne la définition des incriminations. En l'absence, à proprement parlé, d'une obligation juridique d'internalisation du droit des crimes internationaux, la notion de contenu prévisible des définitions nationales postule le dépassement de l'affirmation d'un nécessaire principe d'identité entre les définitions nationales et celles internationales des crimes internationaux, au profit de l'admission de l'hypothèse d'une exigence de compatibilité entre les deux définitions. Cette approche, parce qu'elle érige la norme internationale en cadre de référence des définitions nationales, permet de remplir la condition de prévisibilité exigée comme caractéristique des normes pénales au regard du principe de la légalité formelle.

L'idée de prévisibilité amène à considérer que, quel que soit le cadre dans lequel il s'exprime, le pouvoir de punir n'est légitime que si son exercice est soumis à une prédétermination textuelle des infractions⁵⁰⁶. A cette exigence de textualité du principe de légalité pénale⁵⁰⁷, l'évolution contemporaine ajoute désormais une exigence d'intelligibilité⁵⁰⁸ conduisant à une certaine prise en compte de la compréhensibilité des lois pénales⁵⁰⁹. Dans cette perspective, les définitions nationales du crime contre l'humanité doivent remplir, pour des raisons de sécurité juridique, l'exigence de prévisibilité de l'incrimination. C'est-à-dire que par delà les variantes nationales (§2), elles doivent tenir compte de l'élément spécifique du crime contre l'humanité, celui qui permet de qualifier un acte comme tel. Cette idée est

⁵⁰⁶ A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *Rev. sc. crim.*, 2007, p. 509.

⁵⁰⁷ Sur la qualification du principe de légalité en principe de « textualité », cf. C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Paris, Hachette Supérieure, 1994, p. 13 ; M.L. RASSAT, *Droit pénal général*, Paris, Ellipses, 2004, n°85, p. 94.

⁵⁰⁸ CEDH, *Affaire Kruslin et Huvig c. France*, 24 avril 1990, Série A, n°176, § 28 et s.

⁵⁰⁹ Sur le thème de la compréhensibilité des lois, nous renvoyons à la brève étude de V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *Recueil Dalloz*, 2002, chron. p. 1157.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

contenue est celle qui se dégage de l'expression du professeur Philippe Conte lorsqu'il parle « d'unité et de diversité » du crime contre l'humanité⁵¹⁰ (§1).

§1- L'élément spécifique de l'incrimination de crime contre l'humanité : le stable.

96. Limité à l'article 7 (1) du Statut de Rome, le crime contre l'humanité est appréhendé comme le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou le transfert forcé de population, l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international, la torture, le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable, la persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste, les disparitions forcées de personnes, le crime d'apartheid, d'autres actes de caractère analogues, commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque.

Cette définition élargie de l'incrimination est l'aboutissement d'un assez long processus historique au cours duquel les éléments entrant dans la catégorie du crime contre l'humanité ont été progressivement étendus. Le Statut du TMI de Nuremberg, première tentative de codification du crime, énumérait une liste de cinq actes : l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain et les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux. L'article 3 du Statut du TPIR a rallongé la liste par l'ajout de cinq nouveaux éléments : la réduction en esclavage, l'expulsion, l'emprisonnement, la torture, le viol. Le Statut de Rome, en maintenant la catégorie dite des autres actes inhumains, a encore ouvert la liste des actes constitutifs des éléments du crime par l'ajout du crime d'apartheid ou encore celui des disparitions forcées.

97. Sur le plan qualitatif, le crime contre l'humanité s'est, pourrait-on dire, renouvelé dans le Statut de Rome. Certains actes criminels ont changé de formulation à l'effet de prendre en compte les apports de la jurisprudence des TPI. Ainsi, l'« assassinat » est devenu le meurtre dans le Statut de Rome⁵¹¹, l'emprisonnement s'étend désormais à l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit international⁵¹², les crimes de caractère sexuel ne se

⁵¹⁰ Le pénaliste français Philippe Conte distingue dans ce sens « unité et diversité du crime contre l'humanité », in *Droit pénal spécial*, Paris, Litec, coll « Manuel », 3^{ème} éd., 2007, pp. 28-30.

⁵¹¹ Article 7-1 (a).

⁵¹² Article 7-1 (e).

limitent plus au viol mais englobent désormais les crimes d'esclavage sexuel, prostitution forcée, grossesse forcée, stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable⁵¹³.

Mais au-delà de ces évolutions textuelles, constat d'une évolution contextuelle du crime contre l'humanité, l'incrimination semble s'être cristallisée au tour d'un élément fondamental qui en constitue désormais l'élément irréductible. Cet élément, base de la définition du crime contre l'humanité, est un puissant facteur de qualification du crime et constitue, ce que l'on nomme le stable, entendu le dénominateur commun des définitions nationales. Le seuil de gravité nécessaire pour garantir la prévisibilité de l'incrimination en droit interne. A ce jour en effet, le crime contre l'humanité est simplement appréhendé comme des actes de violence graves commis dans le cadre d'une attaque (A) généralisée ou systématique (B) dirigée contre une population civile (C).

A- L'attaque comme « élément fondamental » de l'incrimination de crime contre l'humanité.

Comme il a été relevé à l'introduction, le crime contre l'humanité a évolué en s'autonomisant et en s'émancipant à la fois du contexte de guerre et de la figure de l'Etat. Tel qu'il est défini dans le Statut de Rome, c'est la notion d'attaque qui consacre cette double évolution. Elle marque le constat d'une évolution de l'élément contextuel du crime (1) au regard de la définition fournie par la jurisprudence internationale (2).

1. L'évolution de l'élément contextuel du crime contre l'humanité.

98. Initialement, le droit international exigeait, pour la qualification du crime contre l'humanité, la référence à un conflit armé. En effet, c'est au lendemain de la seconde guerre mondiale que l'infraction de crime contre l'humanité a fait l'objet d'une formulation juridique. La Charte du Tribunal de Nuremberg, aux termes de son article 6 (c), reprenait ce rapport du crime contre l'humanité avec le contexte du conflit armé et exigeait que le crime contre l'humanité soit commis en lien avec un crime contre la paix ou un crime de guerre. Ainsi, le premier enjeu de la codification du crime contre l'humanité fut sa nécessaire distinction par rapport aux autres crimes internationaux. Parce que paradoxalement, c'est le lien étroit entre le crime contre l'humanité et les crimes de guerre qui a rendu nécessaire

⁵¹³ Article 7-1 (g).

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

l'adoption de la convention contre le génocide de 1948 dont l'un des buts était d'élargir l'incrimination en dehors des situations de conflit armé⁵¹⁴.

Dans le même sens, l'article 5 du Statut du TPIY, largement influencé par la Charte de Nuremberg, requiert, pour caractériser le crime contre l'humanité, que les actes aient « été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne ». Malgré cette clarté du Statut du TPIY, les juges internationaux feront une interprétation souple de l'appréciation du contexte de commission du crime contre l'humanité. Bien que l'article ne se réfère pas à la notion d'« attaque », la jurisprudence du Tribunal va confirmer ultérieurement cette exigence sur la base du droit international coutumier. Elle a par exemple affirmé dans l'affaire Dusko Tadic qu'en exigeant un lien avec un conflit armé, le Conseil de sécurité était resté en deçà du droit international coutumier⁵¹⁵.

99. Déjà bien avant cette jurisprudence, la définition du crime contre l'humanité retenue par l'article 3 du Statut du TPIR n'exigeait plus, quant à elle, l'existence d'un conflit armé, mais seulement que les actes aient été « commis dans le cadre d'une attaque [...] ». Même s'il convient de relever que s'agissant principalement du Statut du TPIR, l'élaboration de l'article 3 fut largement marquée par le contexte rwandais. La dernière étape, qui apparaît comme la plus importante⁵¹⁶, est celle de l'adoption du Statut de Rome en 1998 dont l'article 7 confirme que l'existence d'un conflit armé n'est plus un élément nécessaire à la qualification de l'incrimination⁵¹⁷. Cette évolution de l'élément contextuel du crime contre l'humanité a obligé les tribunaux internationaux à rechercher à travers leur jurisprudence, un contenu précis à la notion d'attaque.

2. La difficile appréhension de la notion d'attaque par la jurisprudence internationale.

100. Le crime contre l'humanité doit être clairement distingué des crimes de guerre. Pour cela, « l'attaque contre toute population civile » dont il participe doit être distinctement séparée de la notion de « conflit armé », condition juridique d'existence des crimes de guerre. L'objectif semble plutôt clair. Il faut autonomiser le crime contre l'humanité comme le désire l'évolution du droit international. Mais, les juges y sont-ils parvenus ? Ont-ils pu systématiser

⁵¹⁴ Cf. à ce sujet, H. ABTAHI et Ph. WEBB, *The Genocide convention. The travaux préparatoires*, Vol. 1, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

⁵¹⁵ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction, Affaire n° IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, para. 78

⁵¹⁶ Cf. Ph. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 35 et s.

⁵¹⁷ Cf. M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, *op.cit.*, p. 15 et s.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

le passage de la notion de conflit armé, bien définie en droit international, à celle d'attaque, plutôt vague, en proposant notamment un sens opératoire de l' « acte d'attaque » en droit des infractions internationales ? La réponse est loin d'être positive tant la notion d'attaque demeure floue et le critère de son identification suffisamment indéterminé.

101. Dans l'affaire Kunarac par exemple, la chambre d'appel du TPIY a admis que,

« The concepts of 'attack' and 'armed conflict' are not identical... under customary international law, the attack could precede, outlast, or continue during the armed conflict, but it need not be part of it.... Also, the attack in the context of a crime against humanity is not limited to the use of armed force; it encompasses any mistreatment of the civilian population »⁵¹⁸.

Cette définition proposée par la Chambre d'appel cherchant à clarifier la distinction entre de la notion d'attaque et celle de conflit armé dans le cadre du crime contre l'humanité. La chambre poursuit dans cette logique en affirmant que l'attaque perpétrée en réaction d'une autre attaque ne constitue pas moins une attaque au sens du droit international,

« [T]he existence of an attack upon one side's civilian population would not disprove or cancel out that side's attack upon the other's civilian population »⁵¹⁹.

Toujours dans cette volonté d'affirmation de cette nouvelle distinction conceptuelle entre l' « attaque » dans le cas d'un crime contre l'humanité et le « conflit armé » qui est aussi une sorte d'attaque selon les lois de la guerre, la jurisprudence bien suivie du TPIY précise, que l'attaque peut être définie,

« as a course of conduct involving the commission of acts of violence. In the context of a crime against humanity, 'attack' is not limited to armed combat. It may also encompass situations of mistreatment of persons taking no active part in hostilities, such as of person in detention [...] »⁵²⁰.

Le TPIR, sans trop s'étendre sur la question, a simplement affirmé dans l'affaire Akayesu que,

« l'attaque peut se définir comme tout acte contraire à la loi du type énuméré aux alinéas a) à i) de l'article 3 du Statut (assassinat, extermination, réduction en esclavage, etc. »⁵²¹.

⁵¹⁸ TPIY, *Le Procureur c Dragoljub Kunarac et al.*, Arrêt, Affaire n° IT-96-23/I A, Ch. d'App., 12 juin 2002, para. 86.

⁵¹⁹ *Ibid.*, para. 97.

⁵²⁰ Nous soulignons, TPIY, *Le Procureur c. Vidoje Blagojevic et Dragan Jokic*, Jugement, Affaire n° IT-02-60-T, Ch. I, 17 janvier 2005, para. 543 ; *Le Procureur c. Radoslav Brdanin*, Jugement, Affaire, IT-99-36-T, Ch. II, 1^{er} septembre 2004, para. 131 ; *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Jugement, Affaire n° IT-98-29-I, Ch. I, 05 décembre 2003, para. 141 ; *Le Procureur c. Mladen Naletilic et Vinko Martinovic*, Jugement, Affaire, n° IT-98-34-T, Ch. I, 31 mars 2003, para. 234 ; *Le Procureur c. Milorad Krnojelac*, Jugement, Affaire, n° IT-97-25, Ch. II, 15 mars 2002, para. 54 ; *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Arrêt, Affaire n° IT-94-I-T, Ch. d'App. 15 juillet 1999, para. 251.

⁵²¹ TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, Jugement, Affaire n° ICTR-96-4, 2 septembre 1998, para. 1998. voir aussi ultérieurement, TPIR, *Le Procureur c. George Rutangada*, Jugement, Affaire n° ICTR-96-3, 6 décembre 1999, para. 70 ; *Le Procureur c. Alfred Musema*, Jugement, Affaire n° ICTR-96-13, 27 janvier 2000,

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

Mais cette tentative de définition demeure floue. Sans véritablement dire en quoi consiste une attaque de crime contre l'humanité, les juges affirment que la preuve d'un plan concerté ou d'une politique criminelle quelconque n'est pas nécessaire pour établir l'existence de l'attaque,

« [N]either the attack [...] needs to be supported by any form of 'policy' or 'plan'. There was nothing in the Statute or in customary international law [...] which required proof of the existence of a plan or policy to commit these crimes »⁵²².

En effet, en affirmant que « a plan or policy is not a legal element of a crime against humanity »⁵²³, les juges soulignent que les motivations de l'auteur de l'acte de prendre part à l'attaque ne sont pas pertinentes pour établir qu'il y a ou non attaque. De tels actes pouvant être justifiés par des raisons purement personnelles⁵²⁴.

Pour surmonter cette difficulté à définir l'attaque du crime contre l'humanité, les juges suggèrent que pour retenir la qualification de crime contre l'humanité, quatre conditions relatives à l'attaque doivent être réunies : a) il faut qu'il y ait une attaque, b) que les actes de l'auteur s'inscrivent matériellement – et non intellectuellement – dans cette attaque, c) que cette attaque soit dirigée contre une population civile et d) que l'attaque soit généralisée ou systématique⁵²⁵. Mais en réalité la difficulté demeure.

102. Cependant, le Statut de Rome se démarque quelque peu de cette position des tribunaux pénaux internationaux. En effet, l'article 7-2 (a) dispose que l'attaque s'entend du,

« comportement qui consiste en la commission multiple d'actes (...) en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

Mais du point de vue de la jurisprudence la Cour adopte plutôt une position ambiguë. Dans l'interprétation de cette disposition notamment dans l'affaire Jean Pierre Bemba, la Chambre préliminaire II de la Cour, après avoir admis – selon la tendance des tribunaux pénaux internationaux – que,

para. 205 ; *Le Procureur c. Laurent Semanza*, Jugement, Affaire n° ICTR-97-20, 15 mai 2003, para. 327. Pour une certaine analyse doctrinale de cette question, voir, G. METTRAUX, « Crimes against humanity in the jurisprudence of the international criminal tribunals of Former Yugoslavia and Rwanda », *Harvard International Law Journal*, 2002, p. 244

⁵²² TPIY, *Le Procureur c. Kunarac*, *op.cit.*, para. 98.

⁵²³ TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Arrêt, Affaire n° IT-95-14-A, Ch. d'App., 29 juillet 2004, para. 100, 120.

⁵²⁴ *Ibid.*, para. 103.

⁵²⁵ TPIY, *Le Procureur c. Radoslav Brdanin*, *op.cit.*, para. 130.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

« L'attaque même est constituée par la commission des actes mentionnés à l'article 7-1 du Statut et [qu'] aucun autre élément n'a besoin d'être prouvé pour établir son existence »⁵²⁶,

Elle reconnaît – selon l'esprit du Statut – que l'attaque en matière de crime contre l'humanité doit être « une attaque planifiée, dirigée ou organisée »⁵²⁷.

A l'analyse, il semble se dégager une conception à minima de la notion d'attaque, qui la ramène à celle de comportement, sans nullement préciser son sens qui, pourtant, fonde la spécificité du crime contre l'humanité. Selon les Eléments du crime dont le but est d'orienter l'interprétation des décisions de la Cour, l'attaque au sens du crime contre l'humanité ne se limite pas seulement à une attaque militaire. Le terme renvoie d'après la décision de confirmation des charges dans l'affaire Katanga, à une campagne ou à des opérations violentes dirigées contre une population civile⁵²⁸. La seule idée qui semble clairement se dégager du raisonnement des juges est celle liée à la caractérisation de l'attaque qui doit être généralisée ou systématique.

B. Le caractère de l'attaque du crime contre l'humanité : la généralité et/ou la systématité.

103. A l'origine, l'attaque du crime contre l'humanité devait être généralisée et systématique. Mais les juges des deux TPI dans le souci d'élargir le champ de l'incrimination ont admis que l'une ou l'autre caractéristique soit vérifiée pour que l'infraction soit constatée⁵²⁹. Dans le même sens, la Chambre Préliminaire II, dans l'affaire Jean Pierre Bemba, ouvre son analyse par le constat que les termes généralisée et systématique inscrist

⁵²⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relative aux charges portées par le procureur contre Monsieur Jean Pierre Bemba Gombo, Affaire n° ICC-01/05-01/08, Ch. pré. II, 15 juin 2009, para. 76.

⁵²⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*, *op.cit.*, para. 81.

⁵²⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Confirmation des charges, Affaire n° ICC-01/04-01/07-717, Ch. Pr. I, 30 sept. 2008, para. 399. La même position avait été adoptée par la Ch. Pr. II dans la décision rendue en vertu de l'article 15 du Statut de Rome sur l'autorisation d'enquêter en République du Kenya, Affaire n° ICC-01/09, 31 mars 2010.

⁵²⁹ TPIY, *Le Procureur c. Mile Mrksic, Miroslav Radic et Veselin Slivjanacanin*, Jugement, Affaire n° IT-95-13/1, Ch. II, 3 avril 1993, para. 30 ; *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, Affaire n° IT-95-14, Ch. I, 3 mars 2000, para. 207 ; *Le Procureur c. Goran Jelusic*, Jugement, Affaire n° IT-95-10, Ch. I, 14 décembre 1999. Pour le TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, *op.cit.*, para. 579 ; *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Jugement, Affaire n° ICTR-95-1, Ch. II, 21 mai 1999, para. 123 ; *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, Jugement, Affaire n° ICTR-95-1, Ch. I, 7 juin 2001, para. 77 ; *Le Procureur c. Elizaphan Ntakirutimana et Gérard Ntakirutimana*, Jugement, Affaire n° ICTR-96-10 et ICTR-96-17, Ch. I, 21 février 2003, para. 804 ; *Le Procureur c. Eliezer Niyitegeka*, Jugement, Affaire n° ICTR-96-14, Ch. I, 16 mai 2003, para. 439.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

dans le chapeau de l'article 7 sont alternatifs et non cumulatifs⁵³⁰. Par la suite, elle estime que l'adjectif « généralisée » précise le caractère de l'attaque commise à grande échelle :

« elle doit être massive, fréquente, menée collectivement, d'une gravité considérable et dirigée contre un grand nombre de victimes. Il s'agit d'une attaque couvrant une zone géographique étendue ou d'une attaque couvrant une zone géographique restreinte mais dirigée contre un grand nombre de civils »⁵³¹.

Cette approche reprend mutatis mutandis celle admise dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire Katanga⁵³² qui, elle-même, s'est fondée sur la définition fournie par la jurisprudence des TPI ad hoc⁵³³. Ainsi, deux principaux éléments permettent d'établir la généralité de l'attaque. Le nombre de victimes visés et/ou atteints par l'attaque et l'espace géographique couverte par l'attaque⁵³⁴. Ainsi, pour conclure à la généralité de l'attaque dans la décision de confirmation des charges de Jean Pierre Bemba, la Chambre préliminaire II a relevé que l'attaque a été menée « à divers endroits de la République centrafricaine tels que Bangui (District de Boy-Rabé et Fouh), le PK 12 de Mongoumba »⁵³⁵.

104. S'agissant de la systématique de l'attaque, il a été admis par la jurisprudence que cet élément se réfère à,

« the organised nature of the acts of violence and the improbability of their random occurrence »⁵³⁶.

Il apparaît ainsi que la systématique de l'attaque renvoie à la méthode mise en œuvre par le ou les auteurs d'actes de violence. Elle s'apprécie donc de façon qualitative⁵³⁷ et implique un minimum de planification, excluant par conséquent tout acte fortuit⁵³⁸.

105. Même si la définition internationale de l'incrimination fait désormais de la généralité et de la systématique des caractères alternatifs de l'attaque dans le cas du crime

⁵³⁰ CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*, *op.cit.*, para. 82.

⁵³¹ *Ibid.*, para. 83.

⁵³² CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga*, *op.cit.*, para. 395 et 398.

⁵³³ TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et al*, *op.cit.*, para. 95-97. ; pour le TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, *op.cit.*, para. 580.

⁵³⁴ TPIY, *Le Procureur c. Kunarac et al*, *ibid.*, para. 94.

⁵³⁵ CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*, *op.cit.*, para. 117.

⁵³⁶ *Ibid.*

⁵³⁷ S. MESEKE, « La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination de crime contre l'humanité », in M. CHAVARIO (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffé, 2003, pp. 173-222, *spec.* 186.

⁵³⁸ Pour une énumération des circonstances objectives d'une attaque systématique, cf., TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, *op.cit.*, para. 53. Pour les quelques commentaires doctrinaux, nous renvoyons à, Ph. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, *op.cit.* ; Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », t. 116, 2002, p. 281 ; J. DE HEMPTINNE, « La définition du crime contre l'humanité par le TPIY », RTDH, n°36, 1998, pp. 770-771.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

contre l'humanité, il convient de souligner que dans la pratique, la distinction entre ces deux éléments est parfois difficile à établir. En effet, une attaque d'ampleur qui vise un grand nombre de victimes repose généralement sur une forme quelconque de « planification ou d'organisation »⁵³⁹. L'un des intérêts de la séparation de ces deux éléments peut dès lors être recherché dans la volonté du législateur international de rabaisser le standard de la preuve du crime contre l'humanité. Aussi, le juge du TPIY énonce plusieurs facteurs pouvant servir de base d'appréciation. Dans l'affaire Goran Jelesic, il considère notamment que,

« l'existence d'une politique affichée visant une communauté particulière, la mise en place d'institutions parallèles visant à mettre en œuvre cette politique, l'implication d'autorités politiques ou militaires de haut niveau, l'importance des moyens financiers, militaires ou autres mis en œuvre, l'ampleur ou le caractère répété, uniforme et continu des exactions commises à l'encontre d'une même population civile, comptent parmi les facteurs qui peuvent mettre en évidence le caractère massif ou systématique d'une attaque »⁵⁴⁰.

Dans ce sens, l'existence d'un « plan » ou d'une « politique » constitue, en tant que facteurs sous-jacents aux critères de généralité et de systématisme, un simple moyen de preuve du caractère systématique de l'attaque sans jamais être un élément légal du crime lui-même⁵⁴¹. Même si, comme l'a écrit Stéphan Meseke, « la majorité de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et des tribunaux nationaux, ainsi que de la doctrine, qualifient la politique criminelle comme une caractéristique du crime contre l'humanité »⁵⁴², il convient de souligner qu'une telle politique lorsqu'elle est admise vise à mettre en exergue la dimension collective du crime⁵⁴³. D'ailleurs, il n'est pas nécessaire que ladite politique soit le produit d'un appareil étatique. Les juges admettent la possibilité de,

« tenir compte des forces qui, bien que n'étant pas celles d'un gouvernement légitime, exercent le contrôle de facto sur un territoire particulier ou peuvent s'y déplacer librement [...] sans la reconnaissance internationale ou le statut juridique officiel d'un Etat de jure »⁵⁴⁴.

⁵³⁹ TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, *op.cit.*, para. 207.

⁵⁴⁰ TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelesic*, *op.cit.*, para. 53.

⁵⁴¹ Voir dans ce sens, H. ASCENSI, « Les tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda », in H. ASCENSI, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, p. 722 ; M. BOOT, *Genocide, crimes against humanity, war crimes. Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the international criminal court*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002, p. 482 ; Y. JUROVICS, *op.cit.*, pp. 277 ss ; D. BOYLE, « Génocide et crime contre l'humanité : convergences et divergences », in E. FRONZA et S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etude des law clinics en droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2003, p. 135 ; Ph. CURRAT, *op.cit.*, pp. 101 ss ; H. ASCENSI et R. MAISON, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (2002) », *AFDI*, 2002, pp. 399-400.

⁵⁴² S. MESEKE, *op.cit.*, pp. 191-192.

⁵⁴³ D. BOYLE, *op. cit.* 135.

⁵⁴⁴ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Jugement, Affaire n° IT-94-1, Ch. II, 7 mai 1997, para. 654 ; TPIY, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, *op.cit.*, para. 125-126.

Au regard de cette jurisprudence, il ressort une certaine interprétation dynamique et extensive du droit international coutumier préexistant dont la finalité est de construire un concept de crime contre l'humanité autonome et achevé. La substitution expresse du nexus entre le crime contre l'humanité et le conflit armé, en tant qu'élément de définition de l'incrimination par le nexus entre les actes constitutifs du crime et une attaque généralisée ou systématique participe fortement de cette logique⁵⁴⁵. Tout comme l'est la nature de la cible de l'attaque.

C. La cible de l'attaque dans le crime contre l'humanité : une population civile.

106. La cible de l'attaque dans le cas du crime contre l'humanité est, aux termes des articles 5 du Statut du TPIY et 3 du Statut du TPIR, « une population civile quelle qu'elle soit »⁵⁴⁶. Contrairement à la notion d' « attaque » qui résulte d'une construction récente de la jurisprudence internationale, l'érection de la population civile en victime protégée par l'incrimination de crime contre l'humanité remonte à l'article 6 (c) du Statut de Nuremberg de 1945⁵⁴⁷. Sa reprise dans l'article 7 -1 du Statut de Rome⁵⁴⁸ en a fait l'un des éléments constitutifs de l'incrimination⁵⁴⁹. Comme pour prendre acte de ce caractère constant de la définition de la « population civile » comme élément spécifique du crime, la jurisprudence internationale en a fait un autre critère de distinction du crime contre l'humanité. Par rapport à la population civile visée dans les crimes de guerre, la détermination de la cible du crime contre l'humanité a fait l'objet d'une interprétation souple, voire extensive (1). Par rapport au groupe spécifique visé dans le crime de génocide, la cible du crime contre l'humanité est déterminée indépendamment de toute intention discriminatoire (2).

⁵⁴⁵ S. GARIBIAN, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept, op.cit.*

⁵⁴⁶ Cf., le Rapport établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (UN Doc.S/25T04, 3 mai 1993) du Secrétaire général des Nations Unies, au para. 47, « *Les crimes contre l'humanité sont dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit* ».

⁵⁴⁷ Au sens de ce texte, le crime contre l'humanité est « *l'assassinat, l'extermination, la réduction es esclavage [...] commis contre toutes populations civiles* ».

⁵⁴⁸ Comme il a été dit supra, aux fins du Statut de Rome, « *on entend par crime contre l'humanité, l'un des actes [...] commis contre une population civile [...]* ».

⁵⁴⁹ L'élément que constitue la population civile semble bien justifier la condamnation politique, exprimée dès 1915 par les alliés, des crimes de masse planifiés par un gouvernement à l'encontre de ses propres citoyens – et non seulement de civils d'un Etat ennemi.

1. Distinction entre la « population civile » du crime de guerre et la « population civile » du crime contre l'humanité.

107. La considération de la population civile dans le crime contre l'humanité est plus extensive que celle admise en matière de crimes de guerre. Dans le cadre d'un conflit armé international en effet, élément spécifique de l'incrimination de crimes de guerre, le concept de « population civile » s'entend de toute personne qui n'appartient pas aux forces armées et qui n'est pas prisonnier de guerre⁵⁵⁰. Dans le cadre d'un conflit armé non international, l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 prévoit que la population civile renvoie aux,

« personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause »⁵⁵¹.

Sur le fondement de ces définitions du droit international des conflits armés, les juges des TPI affirment la nécessité de les appliquer aux situations de « paix relative »⁵⁵² dépassant le contexte de conflit armé conformément à la jurisprudence Tadic. Ainsi, l'élargissement du concept de population civile dans le crime contre l'humanité résulte principalement de la perte du nexus entre ce crime et le conflit armé. La prise en compte des situations de « paix relative » relativise la distinction formelle entre combattants, non combattants et civils⁵⁵³. Dès lors, c'est « la situation concrète de la victime au moment où les faits sont commis, plutôt que son statut, qui permet de déterminer sa qualité de civil »⁵⁵⁴. S'agissant de la question des résistants « actifs », la Chambre de première instance du TPIY admet sur le fondement de la

⁵⁵⁰ Aux termes de l'article 50 du Protocole additionnel I de 1977 : « (1) Est considérée comme civile, toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A 1), 2), 3) et 6) de la III^e Convention et à l'article 43 du présent Protocole. En cas de doute ladite personne sera considérée comme civile. (2) La population civile comprend toutes personnes civiles. (3) La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité ». Pour une application de cette disposition par les tribunaux internationaux, cf. TPIY, *Le Procureur c. Drogoljub Kunarac et al.*, Jugement, Affaire n° IT-96-23&23/1, Ch. II, 22 février 2001, para. 426. Sur la population civile comme comprenant toute la population civile au sens des civils de toutes nationalités, TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, op. cit., para. 635 ; *Le Procureur c. Mirjan Kuperskic et al.*, Jugement, Affaire n° IT-95-16, Ch. II, 14 janvier 2000, para. 549 ; *Le Procureur c. Dario Kodic et Mario Cerkez*, Jugement, Affaire n° IT-95-14/2, Ch. III, 26 février 2001, para. 180 ; TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, op.cit., para. 582 ; *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, op.cit., para. 128 ; *Le Procureur c. Georges Rutaganda*, Jugement, Affaire, n° ICTR-96-3-T, Ch. Ins., 6 décembre 1999, para. 72.

⁵⁵¹ Dans le même sens, l'article 13 para. 3 du Protocole additionnel II de 1977 : « Les personnes civiles jouissent de la protection [...], sauf si elles participent directement aux hostilités et pendant la durée de cette participation ». Pour une application de la jurisprudence, cf., TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, op.cit., para. 582 ; *Le Procureur c. Georges Rutaganda*, op.cit., para. 72.

⁵⁵² Cf. TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, op.cit., para. 643 ; *Le Procureur c. Mirjan Kuperskic et al*, op.cit., para. 547-549.

⁵⁵³ S. MESEKE, op.cit., p. 200 ; M. BOOT, op.cit. p. 488; Ph. CURRAT, op.cit., pp. 105 ss.

⁵⁵⁴ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Ibid., *Le Procureur c. Goran Jelusic*, op.cit., para. 54.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

jurisprudence française dans l'affaire Barbie⁵⁵⁵, que les résistants actifs peuvent dans certaines circonstances être la cible de l'attaque d'un crime contre l'humanité⁵⁵⁶. Et, s'agissant de la situation des membres d'une autorité chargée du maintien de l'ordre, la Chambre de première instance du TPIR apporte un éclaircissement, en opérant une distinction entre les civils et les « personnes chargées de maintenir l'ordre public et investis du pouvoir de faire usage de la force publique »⁵⁵⁷.

L'élargissement ainsi amorcé de la jurisprudence des TPI semble être confirmée par les premières décisions rendues par la CPI. Dans l'affaire Katanga notamment, la Chambre préliminaire I a admis que, « les victimes civiles peuvent être de toute nationalité, appartenance ethnique ou avoir tout autre attribut distinctif »⁵⁵⁸. Allant encore plus loin dans l'interprétation souple de la notion, la Chambre préliminaire II affirme que le procureur « n'a toutefois pas à établir que toute la population d'une zone géographique était visée au moment de l'attaque »⁵⁵⁹. De même qu'il n'a pas à établir la preuve d'une intention discriminatoire dans la détermination de la population civile victime de l'attaque.

2. Distinction entre la « population civile » du crime contre l'humanité et le « groupe protégé » contre l'intention génocidaire.

108. La particularité du crime de génocide réside dans l'intention génocidaire⁵⁶⁰ : l'incrimination de génocide vise à protéger le groupe « comme tel »⁵⁶¹. Lorsqu'il s'agit du

⁵⁵⁵ L'affaire Barbie citée en référence par le TPIY est l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 décembre 1985, qui fournit la première définition du crime contre l'humanité en droit français. La chambre criminelle considère ce crime comme des « crimes imprescriptibles contre l'humanité, au sens de l'article 6 (c) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg annexé à l'Accord de Londres du 8 août 1945 – alors même qu'ils seraient également qualifiables de crimes de guerre selon l'article 6 (b) de ce texte – les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique, non seulement contre les personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale, religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique, quelle que soit la forme de leur opposition ».

⁵⁵⁶ *Dusko Tadic, Ibid.*, para. 639 et 643.

⁵⁵⁷ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana, op.cit.*, para. 127.

⁵⁵⁸ CPI, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, Confirmation des charges, op.cit.*, para. 399.

⁵⁵⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo, op.cit.*, para. 77.

⁵⁶⁰ O. TRIFFTERER, « Genocide. Its particular intent to destroy in whole or in part a group as such », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 399-408; W. SCHABAS, « The Jellic case and the mens rea of the crime of genocide », *Ibid.*, pp. 125-139; H. AZARI, « Regards croisés sur l'intention génocidaire. A propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice en l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro) », *Rev. sc. crim.*, n°4, 2007, pp. 739-763 ; A.-L., TEANI, « L'arrêt de la Cour internationale de justice du 26 février 2007. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ? », *Ibid.*, pp. 765-779. Pour une analyse globale, récente et très approfondie de la question, nous renvoyons à la thèse de M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la cour pénale internationale et du droit français, op.cit.*

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

génocide, l'individu est considéré exclusivement en tant que membre d'un groupe spécifique et à raison de son appartenance à ce groupe⁵⁶². L'analyse de la jurisprudence des TPI ad hoc portant la condamnation pour chef de génocide et les différents travaux doctrinaux, révèlent que le débat sur le génocide tourne essentiellement, voire exclusivement, sur l'élément mental, l'intention spécifique, le dol spécial ou *dolus specialis*. Selon l'article 2 de la Convention sur la prévention et la répression du génocide de 1948, entrée en vigueur le 12 janvier 1951⁵⁶³, reproduit verbatim dans l'article 4 (2) du Statut du TPIY, l'article 2 (2) du Statut du TPIR et l'article 6 du Statut de la CPI,

« le génocide s'entend par l'un des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel [...] ».

Dès lors, ce qui caractérise la victime du génocide, c'est précisément son appartenance à un groupe déterminé. Dans son rapport rendu au Secrétaire général des Nations Unies, la Commission internationale d'enquête sur le Darfour déclarait que,

« [T]he subjective element or mens rea is twofold : (a) the criminal intent required for the underlying offense (killing, causing bodily or mental harm, etc) and (b) the intent to destroy in whole or in part, a group as such. This second element is an aggravated criminal intent, or *dolus specialis*; it implies that the perpetrator consciously desire the prohibited acts he committed to result in the destruction, in whole or in part, of the group as such, and knew that these acts would destroy, in whole or in part, a group as such »⁵⁶⁴.

De là, il apparaît que la commission du crime de génocide suppose la présence d'une double intention connue, dans la terminologie française, à travers la distinction, dol général et

⁵⁶¹ Cf. W. SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 250 ss; B. LUDERS, « L'incrimination de génocide dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda », in M. CHAVARIO (dir.), *La justice pénale internationale entre son passé et son avenir*, op.cit., p. 228. Pour une réflexion sur le rapport entre la prévention du génocide et la protection des droits des groupes, ainsi qu'un parallèle entre cette protection et celle des droits de l'homme : J. VERHOEVEN, « Génocide et minorités : punir et protéger », *Revue du monde arménien moderne et contemporain*, tome 3, 1997, pp. 146 ss.

⁵⁶² TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, op.cit., para. 521-522 ; *Le Procureur c. George Rutaganda*, op.cit., para. 60 ; *Le Procureur c. Alfred Musema*, Jugement, Affaire n° ICTR-96-13, Ch. I, 27 janvier 2000, para. 165 ; *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngèze*, Jugement, Affaire n° ICTR-99-52, 3 décembre 2003, para. 948. Pour le TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, op.cit., para. 67 et 79 ; *Le Procureur c. Radislav Krstic*, Jugement, Affaire, n° IT-98-33, Ch. I, 2 août 2001, para. 551 et 561 ; *Le Procureur c. Dusko Sikirica et consorts*, Jugement, Affaire n° IT-95-8, Ch. III, 3 septembre 2001, para. 89.

⁵⁶³ Pour une certaine analyse de cette convention, cf. A. CASSESE, « La communauté internationale et le génocide », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991. Cet auteur considérait la convention comme un « exercice diplomatique » (p. 185) ; C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1971. Pour le professeur français de droit pénal international la convention contre le génocide avait un caractère « purement ornemental » (p. 65). Lire aussi, J. VERHOEVEN, « Le crime de génocide : originalité et ambiguïté », *RBDI*, 1991, p. 6.

⁵⁶⁴ Voir, le rapport de la commission internationale d'enquête sur le Darfour au secrétaire général. Rapport établi en application de la résolution 1565, 2004, Conseil de sécurité, 18 septembre 2004, S/2005/60, para. 491.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

dol spécial⁵⁶⁵. Le concept de dol spécial, caractéristique de la définition du crime de génocide, semble avoir été utilisé pour la première fois par les juges du TPIR dans l'affaire Akayesu⁵⁶⁶. La Chambre de première instance affirme dans cette instance que,

« [L]e génocide se distingue d'autres crimes en ce qu'il comporte un dol spécial, ou *dolus specialis*. Le dol spécial d'un crime est l'intention précise, requise comme élément constitutif du crime, qui exige que le criminel ait nettement cherché à provoquer le résultat incriminé. Dès lors, le dol spécial du crime de génocide réside dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel »⁵⁶⁷.

109. Sur la question de la détermination des critères attestant de l'existence spécifique d'un groupe, il y a une distinction entre une détermination objective et une détermination subjective. La première, dite détermination objective ou classique du groupe, est basée sur une interprétation a contrario des travaux préparatoires de la Convention de 1948. Selon cette conception, l'existence d'un groupe – auquel les individus appartiendraient indépendamment de leur volonté – serait déterminée par sa stabilité et sa permanence⁵⁶⁸. Cette approche largement critiquée par la doctrine⁵⁶⁹ a été, par la suite, abandonnée par les juges du TPIR, qui progressivement, soulignent l'importance de l'approche subjective basée sur « l'auto-identification » ou « l'identification par les tiers »⁵⁷⁰. Cette approche subjective semble également être privilégiée par le TPIY⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ Le dol en matière pénale renvoie à la connaissance chez l'auteur de l'infraction de la réalité factuelle et légale de son acte, cf., J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 2006, p. 463.

⁵⁶⁶ TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, op.cit., para. 121, 226, 227, 245 et 268.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, para. 518 ; pour le TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, op.cit., para. 98 ; *Le Procureur c. Radislav Krstic*, op.cit., 571.

⁵⁶⁸ TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, op.cit., para. 511-516. Position partiellement reprise dans *Le Procureur c. George Rutaganda*, op.cit., para. 57 et *Alfred Musema*, op.cit., para. 162. Pour le TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, op.cit., para. 69.

⁵⁶⁹ Cf. R. MAISON, « Le crime de génocide dans les premiers jugements du tribunal international pour le Rwanda », *RGDIP*, 1999, p. 127 pour qui, « l'appartenance à un groupe humain ne peut être qu'une revendication individuelle : rechercher une catégorie objective revient à employer le schéma d'analyse qui est celui des auteurs des discriminations » ; W. SCHABAS, « L'affaire Akayesu et ses enseignements sur le droit du génocide », in K. BOUSTANY et D. DORMY (dir.), *Génocide (s)*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1999, pp. 118-119 ; *Génocide in international law*, op.cit. ; E. DELAPLACE, « La notion de groupe dans la jurisprudence du TPIR », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 274-275. Cet auteur écrit que, la volonté d'objectivation du groupe « [...] qui repose d'une part sur une lecture classique et collective du droit international, et d'autre part sur la volonté implicite des juges de ne pas reconnaître la réalité de la division ethnique du Rwanda héritée de la colonisation », a aussi pour limite le fait qu'elle est pour le moins discutable dans le contexte rwandais.

⁵⁷⁰ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema*, op.cit., para. 98. Pour une analyse doctrinale, nous renvoyons à, F. MEGRET, *Le tribunal pénal international pour le Rwanda*, Paris, Pedone, 2002, p. 179.

⁵⁷¹ TPIY, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, op.cit., para. 70-71. Dans ce jugement, les juges estiment qu'il est conforme à la Convention de 1948 de protéger un groupe formé « par exclusion », ou en « négatif », c'est-à-dire constitué de tous les individus « qui ne font pas partie du groupe social auquel les auteurs du crime considèrent appartenir ». Voir également, *Le Procureur c. Radislav Krstic*, op.cit., para 556. Pour une analyse doctrinale, cf. H. ASCENSIO et R. MAISON, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (2002) », *AFDI*, 2002, p. 400.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

Mais, quelle que soit la conception admise pour définir le groupe cible de l'intention génocidaire et la difficulté inhérente à toute tentative d'identification d'une telle intention, il semble clairement établi que la victime du génocide est plus restreinte que celle du crime contre l'humanité en ce sens qu'elle fait référence à un groupe spécifique et non pas à une population civile dans son ensemble. Ce d'autant plus qu'une même population civile peut contenir divers groupes⁵⁷². La protection de la « population civile » sous-entend la protection d'un intérêt hautement collectif et suffisamment globalisant. Cette tendance à l'élargissement est, comme nous l'avons dit, la conséquence logique de la construction jurisprudentielle et textuelle de l'attaque comme l'axe du crime contre l'humanité. Ceci fait de l'incrimination de crime contre l'humanité, un concept autonome dont la stabilité ne devrait pas être remise en cause par les variations issues des droits nationaux.

§2- Les adaptations nationales du crime contre l'humanité : le variable.

110. L'analyse des processus d'intégration nationale des crimes internationaux ou d'adaptation du droit national au regard des prescriptions du droit des incriminations internationales conduit presque toujours les auteurs au constat de l'émergence des incriminations à géographie et à géométrie variable⁵⁷³. Ce constat, expression d'un décalage entre la norme d'incrimination nationale et celle internationale, tient à la liberté reconnue au droit national dans la réception du droit international. En effet, même lorsque le droit international prescrit la prise des mesures législatives internes à l'effet de donner suite aux dispositions internationales, il n'énonce ni la forme, ni le contenu de telles mesures. Dès lors, ce que l'on qualifie volontairement de variable a deux degrés au moins. D'abord, le variable

⁵⁷² Cf. G. METTRAUX, « Crimes against humanity in the jurisprudence of the international criminal tribunals for former Yugoslavia and for Rwanda », *Harvard international law journal*, 2002, pp. 304 ss; D. BOYLE, « Génocide et crimes contre l'humanité: convergences et divergences », *op.cit.*, p. 129.

⁵⁷³ Pour une vue globale de la question, cf. A. ESER, U. SIEBER et H. KREICKER (eds), *National prosecution of international crimes*, Berlin, Max Planck Institute, vol. 7, 2006; H. FISCHER, C. KREB et S.R. LÜDER (eds), *International and national prosecution of crimes under international law: current developments*, Berlin, Arno Spitz, 2001; M. BOTHE et al. (eds), *National implementation of international humanitarian law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1990. Pour quelques études spécifiques, voir, K. DÖRMANN et R. GEIB, « The implementation of grave breaches into domestic legal orders », *Journal of International Criminal Justice*, vol.7, 2009, pp. 703-721; J.K. KLEFFNER, « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 86, 2003, pp. 86-113; J.I. CHARNEY, « International criminal law and the role of domestic courts », *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 120 ss. Dans la littérature francophone, l'on peut mentionner les travaux réalisés par le Professeur Mireille Delmas-Marty et ceux réalisés sous sa direction ou avec sa collaboration, notamment, M. DELMAS-MARTY, H. MUIR WATT et H. RUIZ FABRI (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, SLC, 2002; M. DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, coll. « Les voix du droit », 2004; Mireille Delmas-Marty et les années UMR, Paris, SLC, 2005.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

correspond au choix du mode de réception de l'incrimination internationale en droit interne : adoption d'une loi spéciale, insertion dans le code pénal, ou encore élaboration d'un code pénal spécifique⁵⁷⁴. Ensuite, le variable correspond à la détermination même du contenu de l'incrimination. C'est ce dernier aspect de la question qui sera analysé⁵⁷⁵.

A l'origine et si l'on considère les prescriptions du droit international humanitaire, le droit pénal interne est presque toujours apparu comme un complément du droit international dans la répression des infractions internationales. L'hypothèse classique étant celle selon laquelle, le droit international définit des comportements répréhensibles et laisse le soin au droit national d'adopter des sanctions afin de rendre effectif les dispositions du droit international. Cette dimension de la complémentarité est particulièrement illustrée par les articles 49, 50, 129 et 146 des première, deuxième, troisième et quatrième conventions de Genève de 1949 en ces termes, « Les hautes parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves [...]», définies dans les articles 50, 51, 130 et 147 desdites conventions. Ce type de mesure dont l'effet est de compléter, au premier sens du terme, le droit international par des dispositions du droit national constitue la vision classique des rapports pénaux entre les deux ordres juridiques⁵⁷⁶.

111. Les récents développements du droit pénal international marqués par la multiplication des tribunaux pénaux internationaux ou internationalisés et, plus particulièrement, l'entrée en vigueur du Statut de Rome ont considérablement modifié ce schéma classique par l'instauration d'une nouvelle forme de complémentarité qui reconnaît la primauté au droit national. Dans cette nouvelle version, c'est le droit international qui complète le champ pénal national⁵⁷⁷. Comme l'a affirmé un auteur, « [T]he International

⁵⁷⁴ Pour ce degré de variation, nous renvoyons utilement à, M. DELMAS-MARTY et A. CASSESE (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002. Dans cet ouvrage il y a une vue panoramique des situations nationales en Europe, en Amérique et en Afrique. C'est aussi le cas de l'ouvrage, M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, op.cit.

⁵⁷⁵ Pour certains aspects de la question voir, L. MOREILLON, « La Suisse et les crimes contre l'humanité », in L. MOREILLON, A. BICHOVSKY et M. MASSROURI (eds), *Droit pénal humanitaire*, Bruxelles/Bâle, Bruylant/Helbing Lichtenhahn, coll. « Collection latine », 2^{ème} éd., Série II, volume 5, 2009, pp. 459-502.

⁵⁷⁶ Sur cette question cf., R. VAN ELST, « Implementing universal jurisdiction under over grave breaches of Geneva conventions », *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, pp. 815-854; Y. SANDOZ, « Penal aspects of international humanitarian law », in C. BASSIOUNI (ed), *International criminal law: a draft of international criminal code*, The Hague, Kluwer Law International, 2nd ed., 1999, pp. 226 - 228.

⁵⁷⁷ Pour une vue d'ensemble de la question, cf. J.K. KLEFFNER et G. KOR (eds), *Complementary views on complementarity: proceedings of the international roundtable on complementary nature of the international criminal court*, Amsterdam, 25-26 juin 2004, The Hague, TMC Asser Press, 2006; C. KREB et F. LATTANZI (eds), *The Rome Statute and the domestic legal orders*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009. Pour quelques études spécifiques, cf., S.H. CARRASCO, « Implementation of war crimes in Latin America: An

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

criminal court has been created to act as a catalyst for domestic prosecution »⁵⁷⁸. Elle est une « institution that would monitor and support the domestic level »⁵⁷⁹. Cette conception de la position de la Cour a conduit d'autres auteurs à affirmer que la Chambre préliminaire de la haute juridiction, lors de l'examen du contentieux de l'admissibilité de l'affaire, « has a critical role to play in shaping domestic justice efforts »⁵⁸⁰. Il est en effet admis que le Statut de Rome constitue, « le point de référence pour la mise en œuvre au niveau interne (et, par conséquent, le point d'ancrage du processus d'harmonisation) »⁵⁸¹. Dans cette perspective, il convient de relever que les contours de l'incrimination ne varient que sous la condition de la prise en compte de l'élément de stabilité contenu dans le Statut de Rome. La définition du crime contre l'humanité en droit national varie certes au regard de la définition fournie par le droit international, mais du fait de la nouvelle vision de la complémentarité, la légalité formelle de l'incrimination prend parfaitement en compte l'exigence de prévisibilité inhérente à toute norme d'incrimination.

En l'absence d'un modèle d'intégration du crime contre l'humanité en droit interne, chaque Etat détermine lui-même l'option d'implémentation de l'incrimination en fonction des contraintes politiques et peut-être des aspirations idéologiques. Toutefois, une analyse comparée des différents modèles d'internalisation du crime contre l'humanité révèle, selon le professeur Mireille Delmas-Marty, l'existence de trois paradigmes d'intégration à savoir le paradigme de la contextualisation normative (A), le paradigme de la contextualisation d'affichage (B) et enfin le paradigme de la contextualisation historique (C)⁵⁸². Ces trois

assessment of the impact of the Rome Statute of the international criminal court », *International Criminal Law Review*, vol. 2010, pp. 461-473; P. AKHAVAN, « Whiter National courts? The Rome Statute's missing half. Towards an express and enforceable obligation for the national repression of the international crimes », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 1243-1266; M.S. ELLIS, « The international criminal court and its implication for domestic law and national capacity building », *Florida Journal of International Law*, vol. 15, 2002-2003, pp. 215-242;

⁵⁷⁸ J.K. KLEFFNER, « Complementarity as a catalyst for compliance », in J.K. KLEFFNER et G. KOR (eds), *Complementary views on complementarity: proceedings of the international roundtable on complementary nature of the international criminal court*, *op.cit.*, p. 79-104; J.B. TERRACINO, « National implementation of ICC crimes. Impact on national jurisdiction and the ICC », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 421-440; G. MATTIOLI et A. VAN WOUDEBERG, « Global catalyst for national prosecution? The ICC in the Democratic Republic of Congo », in *Courting conflict? Justice peace and the ICC in Africa*, 2008, pp. 55-64.

⁵⁷⁹ K. DÖRMANN et R. GEIB, « The implementation of grave breaches into domestic legal orders », *op.cit.*, p. 717.

⁵⁸⁰ W.W. BURKE-WHITE et S. KAPLAN, « Shaping the contours of domestic justice. The international criminal court and an admissibility challenge in the Uganda situation », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 257-279.

⁵⁸¹ M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, *op.cit.*, p. 58.

⁵⁸² *Ibid.*, pp. 57-78.

paradigmes peuvent être tantôt alternatifs, tantôt cumulatifs tel que le donne à voir l'analyse des droits pénaux africains.

A- La réception du crime contre l'humanité en droit sénégalais : l'option de la contextualisation normative.

Le Sénégal est presque toujours présenté comme modèle d'intégration des normes internationales en Afrique (1). Il est donc intéressant de vérifier la pertinence d'une telle affirmation au regard de la définition du crime contre l'humanité par le législateur national (2).

1- Le Sénégal présenté comme « modèle » de réception des normes internationales en Afrique.

112. Comme il a été démontré, le Sénégal appartient à la famille des droits romano-germaniques et reconnaît de ce fait la primauté formelle au droit international dans les rapports avec le droit interne. Ainsi, la définition des crimes internationaux en droit national obéit à cette logique normative. De manière générale, le Sénégal est souvent présenté comme un modèle d'intégration du droit international dans l'ordre juridique national. Même si l'affaire Hissène Habré continue d'ébranler la répression des crimes internationaux dans ce pays, davantage pour des raisons politiques que juridiques⁵⁸³, ce constat n'en conserve pas moins une part de vérité. En effet, le Sénégal a été l'un des premiers Etats d'Afrique noire à avoir ratifié, en 1986, la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁵⁸⁴. Conformément à la nature légaliste du système sénégalais, les actes de torture prévue dans cette convention de New York ont été incriminés par le Code pénal⁵⁸⁵. D'autres conventions relatives aux crimes internationaux ont été ratifiées par le législateur sénégalais. Parmi lesquelles, la convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (1973), celle relative à la prévention et à la répression du crime de génocide (1948), celle relative à l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968) ou encore celle relative à l'esclavage (1926). Mais à la différence du crime international de torture, les incriminations prévues dans ces différentes

⁵⁸³ Sur cette approche, voir, A. CISSE, « Droit sénégalais », in M. DELMAS-MARTY et A. CASSESE (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 445.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 437.

⁵⁸⁵ Cf. Article 295-1 du Code pénal.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

conventions n'ont pas toujours été suivies d'une définition nationale⁵⁸⁶. L'autre élément permettant de considérer le Sénégal comme un modèle d'ouverture au système de justice pénale internationale tient au fait que ce pays est le tout premier pays dans le monde à avoir signé la Convention de Rome instituant la Cour pénale internationale⁵⁸⁷. Un tel acte pourrait être interprété comme manifestant une volonté pour les autorités nationales d'une adhésion complète au système mis en place par cette juridiction internationale.

2- La définition du crime contre l'humanité en droit pénal sénégalais.

113. Considérant la méthode positive de réception du crime contre l'humanité en droit interne, le Sénégal a opté pour l'adoption d'une loi spéciale modifiant le Code pénal⁵⁸⁸. Cette loi, adoptée le 31 janvier 2007, soit près de huit ans après la ratification du Statut de Rome par le pays, illustre avec pertinence l'optique du législateur sénégalais pour une contextualisation normative du crime contre l'humanité, même si dans l'exposé des motifs, il est admis que la technique d'internalisation des crimes internationaux choisie est celle de « la transposition littérale des infractions pour affirmer le caractère de jus cogens des règles posées »⁵⁸⁹. Aux termes de l'article 431-2 du Code pénal, la définition fournie par le législateur reprend l'élément stable de l'incrimination à savoir « l'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile ». Mais à la différence du texte international, la définition nationale emploie l'expression « à l'occasion d'une attaque » plutôt que celle de, « dans le cadre d'une attaque ». Bien que ces deux expressions soient apparemment équivalentes, elles n'en demeurent pas moins distantes l'une de l'autre. En effet, la formule sénégalaise élargit davantage le spectre des actes criminels pouvant rentrer sous la qualification de crime contre l'humanité. Un acte commis à l'occasion d'une attaque peut ne pas s'inscrire dans le cadre d'une attaque et donc ne pas obéir à une logique de destruction systématique. La condition exigée par le Statut de Rome, que l'acte fasse partie de l'attaque, semble relativisée par le législateur national sénégalais. Ainsi, un crime isolé peut bien être qualifié crime contre l'humanité dès lors que l'attaque ne paraît plus être le contexte du crime mais peut

⁵⁸⁶ Cf. A. Cisse « Les atteintes à la dignité de la personne en droit sénégalais », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Criminalité économique et atteinte à la dignité de la personne*, Paris, PUF, 2002, p. 220.

⁵⁸⁷ Le Sénégal a signé le Statut de Rome le 18 juillet 1998 et a déposé les instruments de ratification le 2 février 1999.

⁵⁸⁸ Loi n° 2007-02 du 12 février 2007 modifiant le Code pénal, in Journal Officiel de la République du Sénégal (JORS), disponible en ligne, <http://www.iccnw.org/documents/Loi.200702.du.12.Fev.2007.modifiant.le.Code.penal.Senegal.fr.pdf> (consulté le 20 octobre 2009)

⁵⁸⁹ Cf. Exposé des motifs de la Loi n°2007-02 du 12 février 2007 modifiant le Code pénal.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

simplement en constituer le prétexte de sa commission⁵⁹⁰. Une telle perception de l'élément contextuel du crime pourrait avoir des incidences sur la détermination de la responsabilité du supérieur hiérarchique notamment avec la difficulté qu'il y aurait à démontrer que le supérieur ou le dirigeant savait ou aurait du savoir l'existence d'actes commis simplement à l'occasion d'une attaque⁵⁹¹.

En dehors de cette divergence non moins importante, la définition nationale ne reprend pas les actes prévus à l'article 7-1 (e) du Statut de Rome⁵⁹². De même, la définition sénégalaise ne reproduit pas les dispositions contenues à l'article 7-2 (a) à (h)⁵⁹³. Un autre élément important de la contextualisation normative opérée par le législateur sénégalais est l'absence dans le Code pénal de l'acte spécifique de « persécution » comme crime contre l'humanité. L'article 431-2 dispose plutôt dans son paragraphe 7, « La torture ou les actes inhumains causant intentionnellement de grandes souffrances ou des atteintes graves à l'intégrité physique et psychique inspirés par des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ». Pour certains auteurs, le choix apparent de diluer le crime de persécution dans celui spécifique de torture semble ne pas prendre en compte le consensus international trouvé autour du crime de persécution et dont l'élément spécifique est constitué par l'existence de motifs discriminatoires⁵⁹⁴. Toutefois, cette formulation sénégalaise pourrait, par ailleurs, être analysée comme caractérisant la volonté des autorités de distinguer le crime contre l'humanité du crime de génocide défini à l'article 431-1.

En tout état de cause, l'option de contextualisation normative rapproche par exemple le modèle sénégalais du modèle allemand. En effet, l'Allemagne a introduit les crimes contre l'humanité dans le *Völkerstrafgesetzbuch* (Code pénal international), texte entré en vigueur le 30 juin 2002 et qui constitue la loi d'adaptation au Statut de Rome. Son paragraphe 7 définit

⁵⁹⁰ M. NIANG, « The senegalese legal framework for the prosecution of international crimes », *Journal of International Criminal Justice*, vol.7, 2009, p.1051.

⁵⁹¹ Lire pour une analyse qui va dans le même sens, A-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous- fifies engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *Revue Canadienne de Droit Pénal/Canadian Criminal Law Review*, vol. 9, 2004, pp. 107-147.

⁵⁹² Il s'agit de « l'emprisonnement ou autre forme de privation grave de liberté physique en violation des dispositions fondamentales du droit internationale ».

⁵⁹³ Il s'agit des définitions des notions « attaque lancée contre une population civile », « extermination », « réduction en esclavage », déportation ou transfert forcé de population », « torture », « grossesse forcée », « persécution », « crime d'apartheid ».

⁵⁹⁴ La définition du crime de persécution a effectivement fait l'objet d'une importante controverse en droit pénal international. Selon les opinions, il a été admis que le crime de persécution est soit une sous-qualification du crime contre l'humanité, soit une incrimination distincte et autonome, soit comme une incrimination système, soit encore comme une incrimination individuelle. Peut être cette certitude dans la perception du crime de persécution en droit international a conduit le législateur sénégalais à l'exclure du champ normatif de son crime contre l'humanité. Pour une étude détaillée cette infraction, voir utilement, J. DE HEMPTINNE, « Controverses relatives à la définition du crime de persécution », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 53, 2003, pp. 15-48.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

les crimes contre l'humanité⁵⁹⁵. Ici, la norme interne s'inspire de la norme internationale en ce que sa structure est composée d'un « chapeau » suivi d'une énumération. Cependant, le législateur,

« ne se contente pas de reconnaître l'importance de cette incrimination et donc de l'intégrer en droit interne, mais essaie, au travers d'un parcours critique, de la reformuler en la conformant aux standards éthiques, juridiques et formels propres à sa tradition juridico-culturelle »⁵⁹⁶.

La question qui semble se dégager de cette option de nationalisation du crime contre l'humanité est de savoir si la définition sénégalaise maintient le seuil de gravité requis par la qualification internationale. Le risque étant de ne pas, pour un besoin de contextualisation, aboutir à une dénaturation voire à une banalisation de l'incrimination qui pourtant, vise la protection d'un bien juridique spécifique. C'est peut-être ce risque que ne voulait pas courir les Etats ayant opté pour une contextualisation d'affichage.

B. La réception du crime contre l'humanité au Burkina Faso, au Burundi, au Cameroun ou encore en Afrique du Sud : l'option de la contextualisation d'affichage.

Contrairement à la première option d'intégration du crime contre l'humanité décrivant l'hypothèse d'écart par rapport à la norme internationale et qui, pour certains auteurs, témoigne d'une prise de distance critique vis-à-vis de l'incrimination conventionnelle en vue, le cas échéant, de corriger les lacunes la caractérisant⁵⁹⁷, la présente option d'intégration est calquée sur le dispositif international. La réception de l'incrimination contenue dans le Statut de Rome s'opère dans ce cas sans aucune modification ou intégration « nationalisante »⁵⁹⁸. Plusieurs pays ont opté pour cette forme d'intégration.

⁵⁹⁵ H. SATZGER, « German criminal law and the Rome Statute. A critical analysis of the new German ode of crimes against international law », *International Criminal Law Review*, vol.2, 2002, p. 261; G. WERLE, F. JESSBERGER, « International criminal justice is coming home. The new German Code of crimes against international law », *Criminal Law Forum*, vol. 13, 2002, p. 191; R. ROTH et Y. JEANNERET, « Droit allemande », in M. DELMAS-MARTY et A. CASSESE (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, pp. 7-29.

⁵⁹⁶ M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, op.cit, p. 61.

⁵⁹⁷ *Ibid.*, p. 76.

⁵⁹⁸ *Ibid.*

1. L'internalisation du crime contre l'humanité par le législateur burkinabé.

114. Le législateur burkinabè a adopté la Loi n°052/AN du 03 décembre 2009 portant détermination des compétences et de la procédure de mise en œuvre du Statut de Rome relatif à la Cour pénale internationale par les juridictions du Burkina Faso par laquelle il intègre le crime contre l'humanité dans l'ordre interne. L'un des objectifs de cette loi, aux termes de son article 1^{er}, est la poursuite et la répression des crimes internationaux, notamment ceux visés par le Statut de la Cour pénale internationale. Le modèle d'intégration choisi est l'intégration pure et simple du Statut. En effet, le chapitre I de la dite loi constitue un exemple tangible de l'intégration pure et simple du droit de Rome. Les articles 17 et 18, qui définissent le crime contre l'humanité en droit interne, sont une copie conforme de l'article 7 -1 et 2 de la convention. Ainsi, le choix d'adopter une loi spéciale plutôt qu'une modification du Code pénal ne présente aucune portée théorique particulière.

2. L'internalisation du crime contre l'humanité le législateur burundais.

115. Comme le législateur burkinabè, le législateur burundais a également opté pour copie conforme de la norme internationale. Après avoir internalisé les crimes internationaux par l'adoption de la Loi n°1/004 du 8 Mai 2003 portant répression du crime de génocide, du crime contre l'humanité et du crime de guerre, il a adopté la loi n°1/05 du 22 avril 2009 portant révision du Code pénal. Dans ce dernier texte, il reprend textuellement, aux termes des articles 196 et 197, les dispositions contenues à l'article 7-1 et 2. A l'instar de son homologue du Burkina Faso, le législateur du Burundi opte pour l'intégration de l'incrimination dans le Code pénal.

3. L'internalisation du crime contre l'humanité dans le projet de refonte du Code pénal camerounais.

116. S'inscrivant dans la même logique, le législateur camerounais semble également s'avancer vers ce modèle d'intégration par insertion de l'incrimination dans le Code pénal. En effet, dans le projet de refonte du Code pénal en cours, le législateur, sous la rubrique des atteintes à la paix et à la sécurité internationales et plus spécifiquement dans le cas des violations du droit international humanitaire, reprend textuellement, aux termes du projet d'article 230-1 (1) et (2), la définition du crime contre l'humanité telle que contenue dans l'article 7-1 et 2 du Statut de Rome.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

De manière générale, ce choix de nationaliser le crime international par la voie de la codification, même s'il tient en l'espèce à des raisons d'opportunité – la tendance universelle à l'internalisation des crimes internationaux correspondant au Cameroun au processus de refonte du Code pénal - n'est pas nouveau. Déjà à la suite de la ratification de la convention des Nations Unies sur l'interdiction de la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, le législateur camerounais, à l'instar de son homologue sénégalais, a par l'adoption de la Loi n°97-9 du 10 janvier 1997, inséré, dans le Code pénal, un nouvel article 132 bis créant par là même le crime de torture en droit interne⁵⁹⁹.

Par ailleurs, il n'est pas inutile de souligner que l'incrimination de crime contre l'humanité n'est pas totalement nouvelle en droit camerounais⁶⁰⁰. Si le droit pénal commun ne contenait pas de dispositions y relatives, la législation militaire notamment le décret n°75-700 du 6 novembre 1975 portant Règlement de discipline générale dans les forces armées contribuait à l'intégration des violations graves du droit international humanitaire dans l'ordre interne. Le chapitre VI du décret relatif aux devoirs des militaires au combat, traite du comportement des combattants ainsi que des lois et coutumes de la guerre. Dans son article 35, ce texte définit les notions de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. L'une des critiques pouvant être formulées à l'endroit de ce texte concerne son champ d'application rationae personae limité aux seules forces armées⁶⁰¹. Mais avec l'évolution internationale vers l'autonomisation de la définition de l'incrimination, et son intégration dans le Code pénal, le législateur national tend à s'inscrire dans la logique de la généralisation de l'incrimination.

⁵⁹⁹ Sur une analyse détaillée de cette question, cf. E. KITIO, « Observations sur le nouvel article 132 bis du Code pénal relatif à la torture (Loi n°97-9 du 10 janvier 1997) », *Juridis Périodique*, n°32, 1997, pp. 47-52 ; J.P. BEGOUDE, « La loi du 10 janvier 1997 contre la torture, un pas en avant dans la protection des droits de l'homme au Cameroun », *RADIC*, vol. 10, 1998, pp. 686-708 ; M. MAHOUE, « L'interdiction de la torture à l'épreuve des circonstances exceptionnelles », *Juridis Périodique*, n°40, 1999, pp. 69 ss. La méthode mise en œuvre par le législateur national à l'occasion de l'internalisation de la convention de 1984 a sensiblement été la même que celle adoptée au sujet de l'internalisation de la convention de 1971 traitant de la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile. La ratification de cette convention a conduit à l'adoption de la Loi n°2001/019 du 18 décembre 2001 qui introduit l'incrimination de terrorisme en droit camerounais et édicte des mesures pour lutter contre les actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile.

⁶⁰⁰ Lire dans ce sens, Ph. KEUBOU, « Les crimes contre l'humanité en droit camerounais », *Annales de la faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, t.4, 2000, pp. 77-86 ; S. NGONO, « La participation du Cameroun à la répression internationale du génocide rwandais. Réflexions à propos des décisions de la Cour d'appel de Yaoundé », *AFRILEX*, n°4, 2002, disponible en ligne, [http : // www.Afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.Afrilex.u-bordeaux4.fr), consulté le 10 mai 2007 ; M. MAHOUE, « La répression des violations du droit international humanitaire au niveau national et international », *Juridis Périodique*, n°62, 2005, pp. 63-80 ; A.D. OLINGA, « Considérations sur l'effectivité du droit international humanitaire aujourd'hui », *Juridis Périodique*, n°79, 2009, pp. 101-118.

⁶⁰¹ D'autres critiques peuvent être formulées contre ce décret, notamment, sa possible contradiction avec les dispositions de la constitution qui donne compétence à la seule loi de créer des crimes et des délits. Or en l'espèce un crime est créé par un décret. Sur certains aspects de cette question, lire, R. MEVOUNGOU NSANA, « La constitution du 18 janvier 1996 et le droit pénal au Cameroun », *RDIDC*, 2000, pp.186 ss.

4. L'internalisation du crime contre l'humanité dans le droit sud-africain.

117. Dans les pays d'inspiration common law, l'Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act, n° 27, 2002 du 18 juillet 2002⁶⁰² de l'Afrique du Sud reprend littéralement la définition du crime contre l'humanité contenu dans le Statut de Rome. Pourtant, compte tenu de l'histoire de l'Afrique du Sud marquée par l'apartheid, l'on se demande si ce pays n'aurait pas du recourir à l'intégration par contextualisation historique ?

118. Ces différents exemples d'internalisation ont été qualifiés de contextualisation d'affichage parce que, « l'impression qui domine (à l'analyse) est que l'incrimination n'est reçue que pour montrer qu'elle a été intégrée, pour respecter un standard, sans qu'elle n'est réellement été assimilée par le pays de réception. Dans ce cas, l'incrimination est assez vide de sens dans le contexte national »⁶⁰³. La doctrine pose ici la question de savoir si l'on peut réellement parler dans ce cas « d'un droit interne au sens structurel des termes, surtout si aucune jurisprudence ne s'est encore formée en matière de crimes contre l'humanité. Car tout processus d'assimilation de l'incrimination au niveau national ne suppose-t-il pas une contextualisation historique ou normative ? »⁶⁰⁴.

C- La réception du crime contre l'humanité en République Démocratique du Congo⁶⁰⁵ et en République du Congo : l'option de la contextualisation historique.

119. Il est aujourd'hui difficile de faire une étude sociologique, anthropologique ou juridique dans la sous région des grands lacs africains sans être tenté de conclure que la violence, ou mieux les massacres, font désormais partie de l'histoire contemporaine à la fois troublante et saisissante des peuples qui composent cette région. Plusieurs études interdisciplinaires ont en effet été consacrées à l'analyse de cette réalité dominante⁶⁰⁶ et la quantité de mesures adoptées à l'échelle mondiale constitue également un important élément d'appréciation. Dans cette perspective, c'est de manière logique que la dynamique d'internalisation des crimes internationaux les plus graves tels le crime contre l'humanité, reflète ici une certaine maturation historique et politique concernant des événements tragiques

⁶⁰² Cf. *La Government Gazette*, vol. 445, Cape Town, 18 juillet 2002, n° 23642, pp. 39-40.

⁶⁰³ M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité, op.cit.*, p. 76.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 77.

⁶⁰⁵ La République Démocratique du Congo a ratifié le Statut de la Cour pénale internationale aux termes du Décret-Loi n° 013 du 30 mars 2002

⁶⁰⁶ Lire à ce sujet, J. HANNOYER, *Guerres civiles. Economie de la violence, dimensions de la civilité*, Paris, Karthala, 1999, 326 p.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

de l'histoire nationale des pays comme la République Démocratique du Congo⁶⁰⁷. Mais avant d'analyser la définition nationale du crime contre l'humanité dans ce pays (2) il convient au préalable d'appréhender la notion de contextualisation historique (1).

1- L'appréhension de la notion de contextualisation historique.

120. Pour la doctrine ayant décrite cette option d'intégration des normes internationales dite de la contextualisation, la dynamique à l'œuvre ici consiste à introduire l'incrimination internationale de crime contre l'humanité dans l'histoire nationale. En d'autres termes, « le processus de nationalisation de l'incrimination se caractérise par un législateur qui a davantage à l'esprit les événements historiques de son pays que la norme internationale »⁶⁰⁸. Dans ce sens, l'introduction du crime contre l'humanité semble bien liée au contexte historique de guerre ayant dominé la sous région des grands lacs africains. En effet, la dynamique de nationalisation de l'infraction reprend naturellement le contexte de guerre en même temps qu'il s'en émancipe conformément aux prescriptions des normes internationales.

2- Les internalisations congolaises comme modèle de contextualisation historique.

121. Le premier indice du rattachement du crime contre l'humanité au contexte de guerre en droit congolais consiste dans le choix du mode d'une internalisation faite à partir d'une loi militaire : le Code pénal militaire du 18 novembre 2002⁶⁰⁹. Ce texte identifie, aux termes de son article 39, deux types d'infractions relevant de la compétence des tribunaux militaires à savoir, les infractions d'ordre militaire et les infractions mixtes. Cette dernière

⁶⁰⁷ Pour une étude des crimes graves du droit international dans la sous région des grands lacs africains, cf. LWAMBA KATANSI, *Crimes et châtements dans la région des grands lacs. Cour pénale internationale, tribunaux pénaux internationaux, tribunaux pénaux nationaux*, Paris, L'Harmattan, coll. « Comptes rendus », 2007.

⁶⁰⁸ M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité, op.cit.*, p. 69. Ces auteurs vont plus loin dans l'analyse et estiment que l'entrée de l'incrimination de crime contre l'humanité dans l'ordre interne est dans ce cas de nature symbolique, avec valeur d'aveu ou de confession. Ils affirment qu'en France par exemple, la codification des crimes contre l'humanité ainsi que la disposition sur l'imprescriptibilité de ces infractions peuvent être lue à la lumière et en fonction des débats politiques nationaux, des rapports de pouvoir, des réactions de l'opinion publique et surtout en relation avec les reconstructions et élaborations du passé. Voir dans ce sens, P. COUVRAT, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *Rev. sc. crim.*, 1993, p. 469 ; M. MASSE, « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », *Rev. sc. crim.*, 1994, pp. 376-383.

⁶⁰⁹ Le Code pénal militaire est régi par la Loi n° 024-2002 du 18 novembre 2002.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

catégorie est constituée, selon l'article 40 (2) du même Code, des « infractions graves » ou « crimes graves » au regard du droit international humanitaire⁶¹⁰.

122. Le second indice de ce rattachement est le choix de la technique de cette internalisation. Après son insertion dans le Code pénal militaire, la loi congolaise donne deux définitions assez distinctes du crime contre l'humanité dans l'ordre interne. L'article 165, qui fournit la première définition de l'incrimination internationale, mentionne à nouveau et comme pour marquer l'insistance, les circonstances de guerre ou de paix de perpétration de l'infraction, « [L]es crimes contre l'humanité sont des violations graves du droit international humanitaire commises contre toutes populations civiles avant ou pendant la guerre ». Même si ce texte dispose ensuite que, « [L]es crime contre l'humanité ne sont pas nécessairement liés au contexte de guerre (...) », il n'en demeure pas moins qu'il s'inscrit, de manière générale, dans la logique des prescriptions des quatre conventions de Genève du 12 août 1949 et de leurs Protocoles additionnels du 8 juin 1977. En tant que telle, le Code pénal militaire tente de mettre l'accent sur le contexte spécifique de perpétration du crime.

123. Pour confirmer cette liaison rétablit entre le crime contre l'humanité et le contexte de guerre par le droit congolais, l'article 166 du même Code définissant les éléments du crime contre l'humanité se rapproche davantage de l'article 8 du Statut de Rome sur les crimes de guerre de l'article 7. Comme le Statut de Rome, la loi congolaise reprend la même norme de référence constituée par les conventions de Genève. Aux termes de cet article 166, « constituent des crimes contre l'humanité (...) les infractions graves énumérées ci-après portant atteinte, par action ou par omission, aux personnes et aux biens protégés par les conventions de Genève du 12 août 1949 et les Protocoles Additionnels du 8 juin 197 (...) »⁶¹¹. Or, il peut être relevé que, les personnes et les biens ici protégés le sont à l'occasion d'un conflit armé. Parmi les actes criminels énumérés par la loi congolaise, l'on retrouve des références explicites aux actes constitutifs des crimes de guerre. C'est le cas notamment de l'alinéa 4, « le fait de priver un prisonnier de guerre ou une personne civile protégée par les conventions ou les protocoles additionnels relatifs à la protection des personnes en temps de guerre (...) », de l'alinéa 5 ou encore 6 qui traite de la prise d'otage⁶¹². Outre la prise en compte du contexte de guerre dans la première définition du crime contre l'humanité en droit

⁶¹⁰ La catégorie d'infraction mixte comprend, « les infractions de droit commun aggravée en raison des circonstances de leur perpétration et réprimées à la fois par le Code pénal ordinaire et le Code pénal militaire » (article 40 du Code pénal militaire). Il convient de relever que cette disposition met en évidence le lien étroit qui unit les tribunaux répressifs de droit commun et militaires dans la répression des infractions graves.

⁶¹¹ Nous soulignons.

⁶¹² Il est difficile de considérer la prise d'otage en tant que telle comme un crime contre l'humanité en temps de paix.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

congolais, l'on peut constater l'extension considérable de la définition nationale. Mais du fait de cette extension, il est possible de s'interroger sur la portée de l'article 169 qui lui s'inscrit dans la logique de l'article 7 du Statut de Rome. Ce texte, tout en mentionnant le contexte de guerre ou de paix, procède comme en matière d'intégration d'affichage.

124. L'autre facteur de contextualisation historique du crime contre l'humanité dans la dynamique d'internalisation congolaise semble être le caractère ethnique des conflits de la sous région des grands lacs. Que l'on considère le génocide des tutsis du Rwanda, les massacres de kissangani, les violences du Nord Kivu, ou celles du village de l'Ituri, le dominateur commun se trouve être la dimension tribale ou ethnique des conflits. C'est sans doute dans cette perspective que la réforme constitutionnelle du 18 février 2006 dispose en son article 15, « [S]ans préjudice des traités et accords internationaux, toute violence sexuelle faite sur toute personne, dans l'intention de déstabiliser, de disloquer une famille et de faire disparaître tout un peuple est érigé en crime contre l'humanité »⁶¹³. Non seulement il y a, à travers cette disposition, une sorte de constitutionnalisation de l'incrimination de crime contre l'humanité – phénomène qui soulève certaines questions au regard de l'articulation formelle entre la présente définition et celles sus évoquées et contenues dans le Code pénal militaire -, mais il y a aussi un rapprochement plus ou moins explicite entre cette définition du crime contre l'humanité et celle du crime de génocide.

125. En effet, en inscrivant dans la définition du crime contre l'humanité, l'intention de déstabiliser, de disloquer une famille et de faire disparaître tout un peuple, la présente définition paraît prendre en compte l'intention discriminatoire dans la qualification du crime en même temps que la victime directe est le peuple et non plus la population civile comme admis par le Code pénal militaire⁶¹⁴. Comme on peut le constater, le cadre national de définition de l'incrimination est dominé par une pluralité de normes d'internalisation et de techniques de définition⁶¹⁵. Le Code pénal militaire, le Code pénal de droit commun et la constitution de l'Etat offre chacun une perception de l'incrimination singulière. Ce qui fait la

⁶¹³ Journal Officiel de la République Démocratique du Congo, n° Spécial, *op.cit.*

⁶¹⁴ Sur certains aspects de la comparaison, voir, D. BOYLE, « Génocide et crime contre l'humanité: convergences et divergences », *op.cit.*

⁶¹⁵ A titre d'illustration de législation étrangère, cette diversité des sources d'incrimination peut également être relevée s'agissant de l'encadrement légal du crime de guerre en droit français. En effet, la répression de cette infraction se fonde sur trois sources juridiques. D'abord le code pénal qui incrimine l'homicide intentionnel (art. 221-6), la torture (art. 222-1) le viol (art. 222-23). Ensuite le Code de justice militaire notamment aux articles 427, 428, 429, 463 et 464 dont les dispositions ne s'appliquent pas aux civils. Enfin, le Règlement de discipline générale des armées (Institué par le décret du 01 octobre 1966, J.O. 08 octobre 1966, p. 8853 ; remplacé par le décret du 28 juillet 1975, J.O. 30 juillet 1975, p. 7732 ; modifié plus tard par le décret 2002-184 du 14 février 2002, J.O. 15 février 2002, p. 2987) qui prescrit notamment qu'un militaire au combat « doit respecter les règles applicables aux conflits armés et aux conventions internationales régulièrement approuvées ou ratifiées ».

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

spécificité de ce cadre formel congolais est qu'à l'intérieur d'un même Etat l'incrimination de crime contre l'humanité est à géométrie variable.

126. Pour tenter une harmonisation entre ces différents textes à l'échelle nationale, le législateur de la République Démocratique du Congo a élaboré, en 2005, la loi modifiant et complétant certaines dispositions du Code pénal, du Code de l'organisation et de la compétence judiciaires, du Code pénal militaire et du Code de justice militaire, en application du Statut de la Cour pénale internationale. Mais, si cette loi tente un regroupement des différents textes en vigueur sur la définition du crime contre l'humanité, elle semble systématiser la géométrie variable de l'incrimination. La nouvelle loi distingue un crime contre l'humanité puni de mort⁶¹⁶ et un crime contre l'humanité puni de la servitude pénale de 5 à 20 ans⁶¹⁷. Dans cette perspective, le législateur procède à une hiérarchisation des actes constitutifs du crime contre l'humanité. Ce qui n'est pas sans incidence sur le régime de l'infraction en ce sens que certains actes commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique pourraient être de simples délits⁶¹⁸. En procédant à une hiérarchisation des atteintes à l'intérieur de l'incrimination, le législateur congolais ne semble plus définir l'incrimination à partir de son élément spécifique à savoir l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile en même temps qu'il semble perdre de vue la nécessaire homogénéité de la valeur sociale protégée par l'incrimination.

127. Ces développements faits concernant la République Démocratique du Congo valent également pour le République du Congo. En effet, la loi congolaise du 31 octobre 1998 qui introduit les crimes internationaux, dont le crime contre l'humanité, dans l'ordre interne, maintient le nexus entre le crime contre l'humanité et le contexte de guerre. En effet, la loi du 31 octobre 1998 s'inscrit dans l'histoire du pays dès lors qu'elle intervient comme un cadre de résolution de la guerre civile qu'a connu le pays entre le 5 juin et le 15 octobre 1997⁶¹⁹.

128. Eu égard à ce qui précède, il convient de relever que la dynamique de contextualisation historique congolaise, à certains égards, sort le crime contre l'humanité de sa trajectoire internationale au moins pour deux raisons. D'une part, la loi congolaise inscrit

⁶¹⁶ Article 222. Contrairement à ce que l'on aurait espérer, cet article ne facilite pas la distinction entre le crime contre l'humanité et le génocide. Notamment aux termes de l'article 222 (2), constitue un crime contre l'humanité, le fait d', «impose[r] à une population ou une partie de celle-ci, dans l'intention de la détruire en tout ou en partie, des conditions devant entraîner son extermination ou sa destruction totale ou partielle », commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique (nous soulignons).

⁶¹⁷ Article 223.

⁶¹⁸ C'est le cas par exemple de la privation de liberté, ou la persécution des membres d'un groupe commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.

⁶¹⁹ Pour une étude détaillée des crimes contre l'humanité en droit congolais, cf., G. MOYEN, « Génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité en droit congolais », *Revue EDJA*, n°71, 2006, pp. 53-68. L'auteur analyse également certains aspects de l'affaire dite du Beach.

Chapitre 1.

L'interprétation nationalisée de la légalité formelle

l'incrimination dans le cadre du contexte spécifique de conflit armé, et d'autre part, elle érige les violences tribales ou ethniques en crime contre l'humanité et procède à une hiérarchisation des éléments constitutifs de l'incrimination. Outre le risque de dénaturation inhérent à toutes les dynamiques de nationalisation des crimes internationaux, la contextualisation historique court le risque d'une extrême contextualisation.

Toutefois, quelle que soit l'option d'internalisation choisie par un Etat, contextualisation normative, contextualisation d'affichage ou encore contextualisation historique, les définitions nationales du crime contre l'humanité reprennent toutes la notion d'attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile. Cette notion, facteur stable de l'incrimination, permet de remplir l'exigence de prévisibilité, aspect important de la légalité formelle des incriminations.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Conclusion d chapitre 1. Le developpement d'un droit pénal national international important

129. Le présent chapitre avait pour but l'examen de la légalité formelle d'une infraction internationale par nature dans l'ordre juridique interne. La question posée était de savoir, si le juge national appelé à statuer sur un cas de crime contre l'humanité, devrait-il se référer à la définition de l'incrimination telle que fournie par la norme internationale ratifiée par son législateur, et ce, conformément au principe de la suprématie du droit international sur le droit interne ou bien devrait-il s'en émanciper ? En d'autres termes, y a-t-il, au moment de cette intégration, une exigence d'identité entre la norme internationale définissant le crime contre l'humanité et la norme interne internalisant ladite incrimination ou simplement une exigence de compatibilité ? La réponse à cette interrogation, qui rejoint celle de la détermination des rapports entre le droit international et le droit interne à travers la thématique de la réception, technique et méthode, des normes internationales dans l'ordre interne, reste assez complexe.

En effet, la réception du Statut de Rome dans l'ordre juridique interne n'obéit pas au schéma classique de l'internalisation des normes internationales. D'ailleurs, une analyse casuistique de quelques exemples d'intégration nationale du crime contre l'humanité s'inscrit au-delà du monisme et en dehors du dualisme. Le souci de contextualisation normative, d'affichage ou historique confère au législateur national une marge nationale d'appréciation dans les dynamiques d'internalisation. Ainsi, ce n'est pas le droit national stricto sensu qui détermine la légalité formelle du crime contre l'humanité dans l'ordre interne. C'est ce droit conformément à une ligne directrice tracé par le droit international. D'où la solution que le juge peut procéder à une interprétation nationalisée de la légalité formelle de l'incrimination.

130. Une telle option démontre que ce qui est en cours c'est le développement d'un droit pénal national internationalement important selon le raisonnement de l'internationaliste Hans Triepel⁶²⁰. Un droit pénal dont l'émergence et le développement tiennent à la prise en compte des prescriptions du droit international et à l'exercice d'un devoir international de l'Etat. Ce droit pénal est ainsi qualifié parce qu'il est autorisé, déterminé voire requis par le droit international⁶²¹. Dans sa formation, les Etats aménagent le « variable » sous réserve d'un élément dit « stable »⁶²². Les traditions juridiques, l'histoire du pays et les contraintes

⁶²⁰ H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, p. 106.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 107.

⁶²² La doctrine parle ici de noyau commun, lire dans ce sens, M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, *op.cit.*, p. 78.

Conclusion du chapitre 1.

Le développement d'un droit pénal national international important

politiques conduisent à une multiplicité des modes de transcription de la notion dans l'ordre interne. L'analyse comparée enseigne finalement que les disparités entre les initiatives de coloration nationale de l'incrimination peuvent être plus ou moins importantes selon les pays. L'interprétation nationalisée de la légalité formelle du crime contre l'humanité emporte l'affirmation de l'émergence d'une catégorie pénale à géométrie variable qui, pourtant, demeure à vocation universelle au regard de sa nature. Or, si l'on a pu analyser la géométrie variable de l'incrimination, il est peut être temps de s'intéresser aux éléments qui fondent sa vocation universelle.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre 2

L'INTERPRETATION INTERNATIONALISEE DE LA LEGALITE SUBSTANTIELLE DU CRIME CONTRE L'HUMANITE.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

« Ce n'est pas le moindre des paradoxes de ce droit des infractions internationales, sur lequel on a tant philosophé et depuis si longtemps, d'être un droit informulé et d'avoir été un droit appliqué. (...)»

C. Lombois, Droit pénal international, Paris, Dalloz, 1979, (faisant référence au Tribunal Militaire de Nuremberg)

131. Comme il a été dit à l'introduction, le crime contre l'humanité est un « crime du droit des gens »⁶²³. Une infraction internationale par nature qui, selon Claude Lombois, « consiste en un comportement illicite qui porte atteinte aux fondements de la société internationale elle-même »⁶²⁴. Cette idée fut reprise par Dautricourt qui opéra une distinction entre les infractions portant atteinte à l'ordre public international et celle portant atteinte à l'ordre public universel parmi lesquelles, il rangeait le crime contre l'humanité⁶²⁵. La prise en compte de cette dimension internationale du crime contre l'humanité oblige le juge quel qu'il soit, international ou national, appelé à appliquer les règles régissant la catégorie pénale de crime contre l'humanité à tenir compte, comme l'ont suggéré les professeurs Mireille Delmas-Marty et Antonio Cassese, d'un élément « formel (l'infraction est établie par une norme internationale) et d'un élément matériel (l'infraction porte atteinte à l'ordre public de la société internationale) »⁶²⁶. Il y a là une implication judiciaire résultant de la détermination de la nature de l'incrimination qui structure l'opération de qualification pénale en deux étapes. Dans une première étape, le juge s'intéresse à ce qui fait la substance d'une incrimination et par conséquent justifie que tel ou tel régime lui soit appliqué. Dans une seconde étape, il confronte rigoureusement les faits poursuivis avec les divers types de faits incriminés pour voir si tel ou tel fait visé prend la forme de l'incrimination telle que définie.

132. Dans la première étape, le juge examine la catégorie pénale indépendamment de la confrontation de celle-ci avec les faits de l'espèce. Cet examen, défini par la doctrine allemande à travers la notion de typicité⁶²⁷, conduit le juge à déterminer le régime d'une incrimination à partir de ses sources tant formelles que matérielles. Le fondement de cette opération judiciaire est le respect de la légalité substantielle de l'incrimination. Celle-ci plonge le juge dans le « noyau » de l'incrimination pour y rechercher à la fois le bien

⁶²³ H-H. JESCHECK, « Crimes du droit des gens », *RIDP*, 1955, n.3 et 4, pp.503-554.

⁶²⁴ C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, n. 33.

⁶²⁵ J.Y. DAUTRICOURT, « Nature et fondement du droit pénal universel », *RDPC*, 1949-1950, pp.1029 et 1030.

⁶²⁶ A. Cassese et M. Delmas-Marty, (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, 673 p.

⁶²⁷ Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Tome 1, Paris, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 385.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

juridique défini par la norme pénale et le statut que le droit confère au crime dans l'ordre pénal.

Ainsi, lorsqu'une incrimination internationale par nature intègre le champ pénal étatique, comme c'est le cas du crime contre l'humanité, la question qui se pose est de savoir sur quelle norme, interne ou internationale, le juge se fondera-t-il pour examiner la légalité substantielle de la nouvelle incrimination? Sur la base de certains indices, il ressort de l'examen des droits nationaux que la légalité substantielle de l'incrimination internationale reste déterminée et soumise à la norme internationale. Cette réalité ne vise pas une mise en conformité du droit national au regard du droit international selon le modèle classique de la hiérarchie des normes, mais postule plutôt l'incompétence totale du droit national dans la détermination de la légalité substantielle de l'incrimination et la reconnaissance de la compétence exclusive du droit international selon le modèle de la complémentarité des normes. En s'appuyant sur le caractère supranational du bien juridique protégé par l'incrimination de crime contre l'humanité (**section I**) et sur l'internationalité de la catégorie pénale constituée par le crime contre l'humanité (**Section II**), le présent chapitre contribue à une conceptualisation de la notion d'infraction internationale par nature afin de lui donner un contenu opératoire dans le champ pénale étatique.

Section 1- Le fondement de l'interprétation internationalisée de la légalité substantielle du crime contre l'humanité : considérations sur la trajectoire du bien juridique protégé.

133. Il n'est pas excessif d'affirmer que la définition de la notion de bien juridique demeure une question fondamentale en droit pénal en ce sens qu'il s'agit, à travers elle, de déterminer les critères à partir desquels la norme pénale transforme les intérêts sociaux en valeurs sociales dignes de protection juridique. Non seulement le risque est de relativiser certaines valeurs importantes, ou au contraire de surprotéger arbitrairement certaines « sous valeurs », mais le risque est aussi de confondre éthique et droit dans le processus d'érection de l'interdit pénal. Pour être légitime, l'interdit pénal se doit d'être détaché de ses origines religieuses, politiques ou économiques pour subordonner le pouvoir et la technique à la raison humaine. Cette capacité de « mettre à la raison » les pratiques humaines fait de l'interdit pénal, l'interdit le plus « fondateur »⁶²⁸. Pour exprimer – et non seulement réprimer – la façon

⁶²⁸ Cf. tout particulièrement, M. DELMAS-MARTY, « Vers une communauté des valeurs ? Les interdits fondateurs », in *Etudes juridiques comparatives et universalisation du droit*, p. 538, Cours dispensé au Collège de France le 21 janvier 2008, disponible sur le site du Collège, www.college-de-france.fr, consulté le 13 juin 2011.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

dont chaque communauté se représente la vie, la mort, le pouvoir le sexe ou encore l'appropriation, la difficulté n'est pas seulement épistémologique (choix entre dogmatique, théorie, philosophie) elle est également politique (habilitation de l'autorité compétente pour exprimer ces représentations). On le voit, la définition du bien juridique soulève d'abord des problèmes de politique criminelle⁶²⁹.

Et lorsqu'il s'agit de définir un bien juridique supranational, c'est-à-dire que l'on prenne en compte l'existence d'un niveau supranational d'élaboration d'un discours de politique criminelle, s'ajoute, au problème lié aux fonctions du droit pénal tout entier, celui lié à la fonction délimitatrice du *ius puniendi*. Dans ce cas, pour refléter des valeurs communes à l'ensemble des communautés étatiques, le bien juridique, situé au-dessus de dites communautés, doit nécessairement avoir un caractère axiologique⁶³⁰ au sens où l'entend le professeur Murielle Fabre-Magnan d'« une proposition évidente de soi, échappant à toute démonstration, et s'imposant par un principe d'évidence ou autrement de certitude qui entre dans la constitution de l'esprit humain »⁶³¹. Cette prise en compte de l'indépassable dimension axiologique dans la définition du bien juridique participe à l'opération de qualification pénale.

S'agissant du crime contre l'humanité, les juges du TPIY, en appui à leur premier jugement de condamnation dans l'affaire Erdemovic renseigne sur son contenu axiologique,

« [L]es 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 »⁶³².

Cette décision suggère que la dimension axiologique de l'interdit consacré se situe autour de l'idée de construction de l'humanité à la fois comme valeur et comme victime. Sous cet angle, le droit pénal s'internationalise au tour du refus de l'inhumain, et, la dimension axiologique décrite par le juge, conduit à s'interroger sur la philosophie de l'incrimination.

⁶²⁹ Les quelques points illustrés ici et bien d'autres portant sur le concept même de bien juridique ont largement été approfondis par, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Paris, LGDJ, 2011. L'auteur estime que le bien juridique protégé par le droit pénal est dual. Il est d'abord l'objet de protection du droit pénal et, il est ensuite, l'objet de l'atteinte causé par le comportement prohibé. En rejetant la réduction du droit pénal à sa fonction de conservation du système social, l'auteur suggère de replacer la question de sa finalité au cœur de la réflexion du système juridique.

⁶³⁰ L'importance de ce caractère axiologique du bien juridique a déjà été soulignée par Marion Lacaze, qui propose une définition matérielle du bien juridique protégé, « non par la détermination illusoire d'une liste de biens a priori dignes de protection pénale, mais par la reconnaissance de l'indéniable contenu axiologique de la loi pénale.

⁶³¹ M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *R.I.E.J.*, 2007, 58, p. 2. L'auteur cite à ce sujet, A. SUPIOT, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, spéc. p. 37.

⁶³² TPIY, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, Jugement, Ch. In., affaire n°IT-96-22-T, mai-novembre 1996.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

134. Or, s'enquérir au sujet de la philosophie d'une entité revient à pénétrer dans ses raisons ultimes. La philosophie, quelle que soit la perception que l'on peut en avoir, consiste à s'interroger sur ce qu'il y a d'ultime et de plus radical dans les choses⁶³³. Autrement dit, la philosophie a toujours essayé de transcender l'apparence sensible (phénomène) afin d'appréhender l'essence intelligible (noumène). Prétendre ainsi atteindre la réalité 'nouménique' du crime contre l'humanité permet de légitimer la fondation de sa légalité substantielle dans le droit international. En effet, ce droit, selon Quincy Wright, a une double fonction: celle d'instrument pour servir de règlement des contentieux entre Etats et celle de protection des valeurs universelles⁶³⁴. Selon Michel Virally, le droit international est étroitement lié à l'idéologie et aux valeurs⁶³⁵. D'ailleurs, Pierre-Marie Dupuy, affirme que si l'on peut parler de progrès du droit international, c'est surtout en raison de « l'intégration effective dans son contenu et sa pratique de valeurs éthiques »⁶³⁶. Pour lui, le droit international a assigné aux Etats « perçus comme émanation des peuples des « Nations Unies » une finalité commune, elle-même appuyée sur un édifice normatif hiérarchisé, puisque l'application des règles consacrées par la Charte est toute entière subordonnée à la promotion collective de la paix internationale »⁶³⁷. Cette réflexion peut être confirmée si l'on analyse à la fois les antécédents (§1) et les projections de l'incrimination de crime contre l'humanité (§2).

§1- Les antécédents de l'incrimination de crime contre l'humanité.

L'analyse des antécédents de l'incrimination de crime contre l'humanité permet en quelque sorte de retracer l'évolution de l'incrimination elle-même. Celle-ci part de la doctrine de l'intervention d'humanité (A) à l'évolution des lois d'humanité (B).

A- La doctrine de l'intervention d'humanité.

Se combine ici, bornes de la souveraineté étatique (1) et théorie des droits humains (2).

⁶³³ Die frage nach dem sein, disait Heidegger.

⁶³⁴ Q. WRIGHT, « The strengthening of international law », *RCADI*, tome 98, 1959, p. 260 et s.

⁶³⁵ M. VIRALLY, « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 183, 1983, pp. 9-382 *passim*

⁶³⁶ P-M. DUPUY, « L'enfer et le paradigme. Libre propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix », in *Mélanges Hubert Thierry*, Paris, Pedone, 1998, p. 199.

⁶³⁷ *Ibid.*

1- Le point de départ : l'humanité comme borne de la souveraineté étatique.

135. L'idée de l'intervention pour cause d'humanité apparaît, au XVI^e siècle parallèlement à la naissance de l'Etat moderne. Aussitôt, la cause humanitaire a été mise en opposition avec la souveraineté étatique. En effet, la notion de souveraineté, au sens où nous l'entendons aujourd'hui, s'est précisée et systématisée avec la naissance de l'Etat moderne, si bien qu'il semble dorénavant impossible de départager la souveraineté de l'institution étatique⁶³⁸.

Le XVI^e siècle est celui de l'exaltation du pouvoir étatique imputable à Nicolas Machiavel (1469-1527)⁶³⁹. Selon la doctrine du *Prince*, le terme de souveraineté désigne dans son acception originale, un certain degré de puissance ; c'elle d'un être sans aucune soumission, sorte de puissance suprême illimitée⁶⁴⁰. Cette qualité de supériorité qui subsiste dans la conception « machiavélique » de la souveraineté rappelle la conception médiévale du terme qui renvoyait déjà à un caractère de supériorité, à cette qualité qui retombait sur un pouvoir placé au-dessus de tous les autres, un pouvoir qui ne possède et ne souffre aucun supérieur en son genre. D'ailleurs, elle servait à cette époque autant pour la désignation de Dieu comme détenteur de l'autorité suprême, que pour celle d'une personne physique en tant que titulaire d'un pouvoir politique.

Cette conception machiavélique de la souveraineté connaît une véritable révolution avec les travaux de Jean Bodin⁶⁴¹ qui a amorcé la transition conceptuelle du pouvoir médiéval vers le pouvoir moderne. En effet, ce dernier se détache de Machiavel en ce qu'il ne personnifie pas l'Etat par un prince tyrannique : l'Etat, c'est la République, c'est-à-dire, le « *droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qu'il leur est commun, avec puissance souveraine* »⁶⁴². Bien qu'il reconnaisse le caractère absolu et perpétuel de la souveraineté,

⁶³⁸Cf. I. DUPLESSIS, « La souveraineté politique », in J. BOULAD-AYOUB et L. BONNEVILLE, *Souverainetés en crise*, Paris, L'Harmattan, coll. « Mercure du nord », 2003, p. 17.

⁶³⁹ Lire sur ce point, C. BENOIST, « L'influence des idées de Machiavel », *R.C.A.D.I.*, tome 9, 1925, spéc. p. 233 et s.

⁶⁴⁰ Dans le chapitre XVIII du *Prince*, on peut lire : « Et il faut comprendre cela, qu'un prince, et surtout un prince nouveau, ne peut observer toutes les choses pour lesquelles les hommes sont appelés bons, étant souvent dans la nécessité, pour maintenir l'Etat, d'œuvrer contre la foi, contre la charité, contre l'humanité, contre la religion. Et c'est pourquoi il faut qu'il ait un esprit disposé à se tourner selon ce que les vents de la fortune et les variations des choses commandent, et comme je l'ai déjà dit plus haut, ne pas quitter le bien, quand il peut, mais savoir entrer dans le mal, quand cela lui est nécessaire », (N. MACHIAVEL, *Le prince*, trad. fr. M. GAILLE-NIKODIMOV, Paris, Librairie Générale Française, 2001 (1513), pp. 129-130).

⁶⁴¹ O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 50. L'auteur écrit, « il y a bien une raison et elle est fort simple : il fut le premier à formuler en termes juridico-politiques le principe de l'unité du pouvoir ou de l'unité de la puissance publique ». Sur une étude détaillée de l'apport de Jean Bodin au développement du droit international, lire, A. GARDOT, « Jean Bodin. Sa place parmi les fondateurs du droit international », *R.C.A.D.I.* 1934, pp. 549-742.

⁶⁴² J. BODIN, *Les six livres de la Républiques*, *op.cit.*

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Bodin s'allie avec les stoïcistes et canonistes chrétiens et maintient la primauté des lois de la nature conformément aux valeurs morales et légitimées par la raison de justice. Ainsi, les lois de la nature et les valeurs morales étaient admises comme borne de la souveraineté.

Dans le prolongement de Bodin, le dominicain espagnol Francisco de Vitoria admet clairement que le droit naturel est la principale limite à la souveraineté de l'Etat en ce qu'il lui est antérieur, supérieur et d'application universelle. Aussi, Suarez admet le principe selon lequel, tout prince peut entreprendre une guerre pour la défense d'innocents : « *le genre humain, dit-il, bien qu'il soit divisé en nations et royaumes différents, a cependant une certaine unité (...) chacun, dans ces communautés, est aussi d'une certaine manière membre de cet ensemble qui est le genre humain* »⁶⁴³. Vitoria et Suarez ont ceci de commun qu'ils admettent tous une limite possible à la souveraineté de l'Etat. Dans le même sens, Grotius généralement présenté comme le père du droit international, tente pour sa part de laïciser cette morale en la faisant découler du raisonnement au-delà des affirmations éthiques. Le père de l'école du « droit de la nature et des gens » attribue à la théorie *jusnaturaliste* le caractère d'une théorie rationaliste⁶⁴⁴. Pour Grotius, la souveraineté ne dispense pas les Etats du strict respect du droit naturel, c'est-à-dire du respect des règles « que nous suggère la droite raison »⁶⁴⁵. Tous ces auteurs, admettent la souveraineté de l'Etat tout en reconnaissant la nécessaire soumission de celle-ci au droit naturel et justifient de ce fait, l'intervention pour cause d'humanité pour la prise en compte des lois d'humanité.

2- L'évolution : la théorie des droits humains.

136. Pour asseoir la doctrine de l'intervention pour cause d'humanité, la théorie des droits humains reconnaît qu'il existe un droit de l'humanité supérieur aux droits nationaux. Si

⁶⁴³ VITORIA et SUAREZ, *Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939, p. 205 et s. ; V. aussi, A. TRUYOLY SERRA, « La conception de la paix chez Vitoria et les classiques espagnols du droit des gens », Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions », 1961, pp. 241-273 ; A. DUFOUR, *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruylant, Schulthess, Bruxelles, 2003, pp. 407 - 425.

⁶⁴⁴ D. NUYEN QUOC, P. DAILLET et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2002, p.56. Pour plus de détails, V. H. LAUTERPACHT, « The Grotian tradition in international law », *British Yearbook of International Law*, 1946 ; R. AGO, « Le droit international dans la conception de Grotius », *RCADI*, 1983, tome. 182, pp. 375-398 ; H. SCHIEDERMAIR, « The influence of Grotius. Thought on the *Ius Naturale School* », *RCADI*, 1983, tome. 182, pp. 399-416 ; A. LEJBOWICZ, *Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité*, Paris, PUF, 1999, p. 256 et s. ; O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 26 et s.

⁶⁴⁵ H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. fr. P. PRADIER-FODERE, Paris, PUF, 1999 (1625), p. 98. L'auteur parle du droit naturel comme étant une « règle que nous suggère la droite raison, qui nous fait connaître qu'une action, suivant qu'elle est ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est moralement nécessaire et que, conséquemment, Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne », (p. 38).

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

cette affirmation fut admise pour la première fois sur le fondement du droit naturel, son acception progressiste a été remplacée par celle de droit humain ou droit de l'humanité.

A la suite de Wheaton, qui fut le premier à utiliser cette expression au sujet de l'intervention des grandes puissances en faveur des grecs en 1827⁶⁴⁶, l'on retrouve, à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, les termes de « droits humains », « droits de l'humanité », « lois d'humanité », « droits individuels reconnus comme nécessaires à l'humanité », « droits fondamentaux de l'humanité ». Antoine Pillet, pour sa part ramène la théorie des droits humains aux « *droit(s) en dehors des sociétés nationales et inséparables de l'homme* » qu'il nomme « *droit commun de l'humanité* »⁶⁴⁷ justifiant systématiquement l'intervention pour cause d'humanité⁶⁴⁸. Se prononçant sur la question d'Orient, le belge Rolin-Jaequemyns quant à lui, considère que l'intervention des grandes puissances formant le concert de l'Europe dans les affaires de la Turquie se justifiait par le fait que ces puissances ont le statut « mandataire de l'humanité »⁶⁴⁹. Arntz, plus tard généralise l'idée de la légitimité des interventions justifiées par les lois de l'humanité, en tant que préceptes juridiques, et admet un droit d'intervention de manière absolue à l'égard de tous les Etats. Il propose de considérer comme légitimes tant l'intervention au sens large, limitant la souveraineté externe et fondée sur le droit de conservation, que l'intervention limitant la souveraineté interne et fondée sur les droits de l'humanité⁶⁵⁰. Dans cette perspective, le droit d'intervention ne peut être exercé qu'au nom de « *l'humanité représentée par tous les Etats (...) qui doivent se réunir en un congrès ou en un tribunal pour prendre une décision collective* »⁶⁵¹.

137. Un tel raisonnement sera également évoqué pour justifier les interventions des Nations Unies au sujet de la création des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. En effet, le pouvoir de la grande Organisation est légitimé par l'expression d'une compétence liée au statut de représentant de la communauté internationale ou de l'humanité.

⁶⁴⁶ H. WHEATON, *Elements of international law*, New York, Da capo press, 1972 (1836), p. 91.

⁶⁴⁷ Cité par A. MANDELSTAM, « La protection des minorités », *RCADI*, 1923, tome 1, p. 383 et s.

⁶⁴⁸ Pour plus de détails à ce sujet, voir. B. WEIL-SIERPINSKI, *L'intervention d'humanité : un concept en mutation*, Thèse Montpellier I, 1995, p. 65 et s.

⁶⁴⁹ G. ROLIN-JAEQUEMYSNS, « Le droit international dans ses rapports avec les évènements contemporains (chronique du droit international) : l'Arménie, les Arméniens et les traités », *RDILC*, 1889, p. 293.

⁶⁵⁰ L'intervention au sens strict serait en effet légitime « *lorsqu'un gouvernement, tout en agissant dans la limite de ses droits de souveraineté, viole les droits de l'humanité, soit par des mesures contraires à l'intérêt des autres Etats, soit par des excès d'injustice et de cruauté qui blessent profondément nos mœurs et notre civilisation (...). Car, quelque respectables que soient les lois de souveraineté et d'indépendances des Etats, il y a quelque chose de plus respectable encore, c'est le droit de l'humanité, ou de la société humaine, qui ne doit pas être outragé. De même que dans un Etat la liberté de l'individu est restreinte et doit être restreinte par le droit et par les mœurs de la société, de même la liberté individuelle des Etats doit être limitée par les droits de la société humaine* », (Extrait d'une lettre adressée à Rolin-Jaequemyns en 1876 et partiellement reproduite dans G. ROLIN-JAEQUEMYSNS, « Note sur la théorie du droit de l'intervention », *R.D.I.L.C.*, 1876, p. 673 et s.

⁶⁵¹ G. ROLIN-JAEQUEMYSNS, *Ibid.*, p. 675.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Mais dans une approche un peu plus critique, le juriste français Antoine Rougier a tenté de renouveler le questionnement de la doctrine interventionniste. Il fut le premier à proposer un contenu aux droits humains. Selon lui, les droits humains seraient des « droits antérieurs et supérieurs à toute organisation politique, placés sous la garantie de toutes les nations, s'imposant à *chaque législateur en particulier* »⁶⁵². Autrement dit, les droits humains comprendraient le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la légalité définie restrictivement⁶⁵³. Partant de cette définition, le juriste français estime que la théorie de l'intervention d'humanité est fondée sur le postulat de l'existence d'une,

« règle impérative, générale, obligatoire pour tout Etat aussi bien que pour tout individu, *supérieur aux législations nationales aussi bien qu'aux conventions internationales et qui constituerait le droit commun de l'humanité* »⁶⁵⁴. Il en résulte que le contrôle de la souveraineté interne est légitime lorsqu'il s'exerce au nom de cette loi supérieure obligatoire qu'est un « droit humain »⁶⁵⁵, « soit que la vie d'une population entière se trouve menacée, soit que les actes barbares se répètent habituellement, soit que leur caractère particulièrement horrible choque plus violemment la conscience universelle »⁶⁵⁶.

Ainsi, adossée sur la théorie du droit humain, la doctrine de l'intervention d'humanité considère que le gouvernement qui manque à sa fonction en méconnaissant les intérêts humains de ses ressortissants commet ce que l'on pourrait appeler un détournement de souveraineté : sa décision ne s'impose plus souverainement au respect des tiers, car, les actes arbitraires ne sont pas des actes de souveraineté. De là, « il y a une perception selon laquelle la souveraineté étatique s'efface et cède le pas devant les exigences d'humanité et le respect du caractère fondamental et inaliénable de certains prérogatives inhérentes à la nature humaine »⁶⁵⁷.

L'idée qui se dégage de ces développements est, sans aucun doute, celle de la primauté du concept d'humanité sur celui de souveraineté, ou plus précisément, celle de la soumission du

⁶⁵² A. ROUGIER, « La théorie de l'intervention d'humanité », *R.G.D.I.P.*, 1910, pp. 517 (nous soulignons).

⁶⁵³ Antoine Rougier entend par droit à la liberté, le droit physique (dans le cas exclusif de la traite des esclaves), le droit à la liberté religieuse (dans le cas d'une intervention au bénéfice des ressortissants de l'Etat contrôlé) et le droit de propriété (si la violation se fait en dehors d'un état de nécessité publique sans indemnité). En outre, le droit à la légalité, plus complexe, est « le droit pour tout individu d'être protégé dans son activité par un certain ordre légal, d'échapper au pur arbitraire de ses gouvernements, et de n'être frappé dans sa vie et dans ses biens que conformément à la loi, par une autorité juridictionnelle régulière suivant les formes établies », *Ibid.* p. 521.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, pp. 478-479 (nous soulignons).

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 487.

⁶⁵⁶ *Ibid.* p. 235.

⁶⁵⁷ E. PEREZ-VERA, « La protection d'humanité en droit international », *RBDI*, 1969, p. 401. Lire aussi dans le même sens, E. C. STOWELL, *Intervention in international law*, John Byrne & Co., Washington D. C., 1921. L'auteur écrit que, « *Humanitarian intervention may be defined as the reliance upon force for the justifiable purpose of protecting the inhabitants of another state from treatment which is so arbitrary and persistently abusive as to exceed the limits of that authority within which the sovereign is presumed to act with reason and justice* ». (p. 53).

concept de souveraineté à un concept plus supérieur, d'humanité. Sans aller jusqu'au dépassement de la souveraineté – cela ne serait d'ailleurs pas souhaitable – il convient de relire la souveraineté avec les exigences d'humanité. Ces développements se situent au cœur de l'étude de la légalité substantielle de l'incrimination de crime contre l'humanité en ce qu'ils amorcent l'examen des questions liées à l'analyse de ses sources matérielles. La formulation juridique de l'incrimination de crime contre l'humanité apparaît en effet comme la définition juridique la plus achevée de la théorie des droits humains, sorte de *continuum* de la doctrine de l'intervention d'humanité dont l'autre aspect se trouve dans l'évolution des lois d'humanité.

B- L'évolution des lois d'humanité.

L'évolution des lois dites d'humanité vise la criminalisation de l'inhumanité. Aussi, elle a connu sa première étape dans la codification du droit de la guerre (1) et sa seconde étape dans la détermination de la figure de l'ennemi du genre humain (2).

1- L'origine des lois d'humanité : la codification du *ius ad bellum*

138. Le fond des lois d'humanité git dans la Convention de Genève du 22 août 1864 sur le traitement des militaires blessés⁶⁵⁸. Ce texte est présenté par le Général Dufour comme étant un traité « *hautement réclamé par l'humanité* » qui introduit un nouveau « *droit des gens entre les nations en guerre* »⁶⁵⁹. Plus tard, la déclaration de Saint-Petersbourg du 11 décembre 1868 se réfère explicitement pour la première fois, aux « lois d'humanité ». Basée sur le « principe d'humanité qui consiste à limiter autant que possible les calamités de la guerre et d'interdire l'emploi de certaines armes, dont l'effet est d'aggraver cruellement les souffrances causées par les blessures, sans utilité réelle pour le but de la guerre »⁶⁶⁰, cette déclaration est suivie par celle de Bruxelles de 1874 qui permis d'opérer une distinction entre les combattants et les non-combattants. Ces trois textes forment le socle de l'actuel « droit international humanitaire » qui résulte de la codification du *ius ad bellum*.

L'entreprise de codification du droit international humanitaire – ou droit des conflits armés – est marquée par les deux conférences de La Haye de 1899 et 1907. La première

⁶⁵⁸ Cette Convention a été conclue suite à la publication de l'ouvrage du Suisse Henri Dumant, *Un souvenir de Solférino*, sous les auspices d'un comité genevois qui deviendra, en 1880, le Comité internationale de la Croix-Rouge.

⁶⁵⁹ C. SAMWER et J. HOPF, *Nouveau recueil général des Traités*, Librairie de Dieterich, Gottingue, 1875, série I, tome XX, pp. 376-377.

⁶⁶⁰ Propos du Général Milutine, Président de la commission lors de la séance d'ouverture des débats, le 28 octobre 1868 : C. SAMWER et J. HOPF, *Nouveau recueil général des Traités*, op. cit., p. 451.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

donne naissance à trois Conventions datées du 29 juillet 1899 portant respectivement sur le règlement pacifique des conflits internationaux (Convention I), les lois et coutumes de la guerre sur terre (Convention II) et l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève de 1864 (Convention III)⁶⁶¹. La seconde, plus importante que la première a donné lieu à treize conventions datant du 18 octobre 1907 ainsi qu'à un projet de convention relative à l'établissement d'une Cour de justice arbitrale⁶⁶².

139. L'innovation de ces textes est assurément la fameuse clause Martens qui contribue à positiver les lois d'humanité. Du nom de son auteur, l'éminent juriste russe Fyodor Fyodorovich Martens, cette clause figure dans le préambule de la Convention II de 1899 et prévoit que,

« en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre soit édicté, les hautes Parties contractantes jugent opportun de constater que, dans les cas non compris dans les dispositions réglementaires adoptées par elles, les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de conscience publique »⁶⁶³.

Cette clause est reprise dans la Convention IV de La Haye de 1907 et l'énumération qu'elle contient semble avoir influencée les auteurs de l'article 7 de la Convention XII de 1907⁶⁶⁴, ceux de l'article 38 de Cour permanente de justice internationale (CPJI) en 1920, puis de la Cour internationale de justice en 1945⁶⁶⁵. Plus tard, cette clause sera également prise en compte par l'article 1§2 du Protocole additionnel I de 1977 aux conventions de Genève de 1949⁶⁶⁶.

Aujourd'hui, cette clause fait l'objet de référence quasi systématique à la fois dans la pratique des négociations internationales et dans le développement de la jurisprudence

⁶⁶¹ Pour une étude détaillée de la conférence, lire, J.B. SCOTT, *Les conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907*, trad. fr. A. DE LAPRADELLE, Paris, Pedone, 1927, p. 37 et s.

⁶⁶² Les documents officiels sont reproduits dans H. TRIEPEL, *Nouveau recueil général des Traités*, Librairie de Dieterich, Leipzig, 1910, série III, tome III, p. 323 et s.

⁶⁶³ H. TRIEPEL, op. cit., pp. 951-952.

⁶⁶⁴ L'on retrouve dans cet article, les « principes généraux de la justice et d'équité » qui semblent faire l'écho des lois d'humanité.

⁶⁶⁵ A noter qu'en 1920, dans le cadre des travaux relatifs à l'élaboration du statut d'une haute Cour internationale de justice criminelle, le belge Descamps (Président du comité de juristes mandatés par la SDN), inclura la clause Martens dans la compétence de la Cour. A cette énumération, sera par la suite substituée l'expression « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », sous la pression américaine, (W. SCHABAS, *Genocide in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 23.).

⁶⁶⁶ Cet article 1§2 du Protocole dispose, « Dans les cas non prévus par le présent protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique ».

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

internationale⁶⁶⁷ à telle enseigne que, Antonio Cassese n'a pas hésité à la qualifier de « *legal myth of international community* »⁶⁶⁸. Partant de ce point de vue du juge Cassese, il apparaît que l'intérêt principal de la clause Martens est qu'elle positive les considérations d'humanité jusqu'alors utilisées dans la doctrine. En se référant aux lois d'humanité, cette clause fait passer les lois d'humanité du statut de source formelle du droit des conflits armés au statut des sources formelles du droit international général.

2- Le développement des lois d'humanité : les prémisses de la construction de la figure « *hotis humani generis* ».

140. En marge d'un contexte de conflit armé, les lois d'humanité sont associées, plus largement aux droits fondamentaux de la personne humaine et justifie la répression internationale des « crimes contre les lois d'humanité ». Dans cette perspective, elle exprime la volonté de créer une nouvelle catégorie de crime international distincte de celle de crime de guerre. Ce traitement des crimes les plus graves étrangers à la guerre a commencé avec le plus ancien des « crimes du droit des gens » à savoir la piraterie⁶⁶⁹. L'admission de ce crime a amorcé l'édification du mécanisme de répression universelle permettant aux autorités d'une nation quelconque de saisir et de juger devant leurs tribunaux, les auteurs des actes ainsi qualifiés⁶⁷⁰. Défiant le principe de territorialité, corollaire du principe de souveraineté des Etats, la doctrine et la pratique considère que les pirates ne peuvent demander la protection d'aucun pavillon, parce qu'ils sont considérés comme « *hotis humani generis* », (ennemis du genre humain). A travers cette expression, « ennemi commun à toutes les nations », l'on retrouve les traces de l'expression de « crime contre les lois de l'humanité » ancêtre du « crime contre l'humanité » de Nuremberg en 1945. A la suite de la piraterie, le second crime à être consacré est évidemment l'esclavage que l'on nomme au début du XXe siècle, « crime de lèse-humanité »⁶⁷¹ et qui finalement sera considérée comme « autres actes inhumains »

⁶⁶⁷ Notons que les juges des TPI utilisent la clause Martens dans le cadre des développements relatifs à la genèse du crime contre l'humanité, lire spéc. TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, Ch. Pr. In., Jugement, IT-94-1, du 07 mai 1997, para. 618 ; TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, Ch. Pr. In., jugement, IT-96-4, du 02 septembre 1998, para. 566.

⁶⁶⁸ A. CASSESE, « The Martens clause: half of loaf or simply pie in the sky? », *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11, n°1, pp. 187-216.

⁶⁶⁹ C. BASSOUINI, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 131.

⁶⁷⁰ J. JEANNEL, *La piraterie*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1903, p. 1.

⁶⁷¹ Cf. notamment, J. JEANNEL, op.cit., p. 98. L'on peut noter la référence à la traite des esclaves comme étant un crime contre l'humanité dans un texte datant de 1921 qui contient, peut être la première mention doctrinale du concept. V. R. LANSING, « Notes on world sovereignty », *American Journal of International Law*, 1921, p. 25. L'auteur écrit, « *two prominent illustrations of this fully developed type of the law of Nations may be cited ; one, the universal declaration that piracy is a crime against the world ; the other, the right and duty for all states to suppress the slave-trade, which is crime against humanity* ».

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

qualifiés crime contre l'humanité en droit international sous les termes « réduction en esclavage »⁶⁷².

141. Le mouvement amorcé par la doctrine en faveur de l'intervention pour cause d'humanité et qui, au fur et à mesure, est légitimé par le développement des lois d'humanité, s'inscrit dans une dynamique en ce qu'il vise un objectif : permettre l'établissement d'un droit à s'immiscer dans les affaires intérieures d'un Etat souverain en cas de violations des lois de l'humanité commises par celui-ci, à l'encontre de ses propres ressortissants. Cette dynamique a évolué, comme la brillamment démontré Sévane Garibian d'une intervention diplomatique à une intervention judiciaire⁶⁷³.

Le Procureur Britannique Sir Hartley Shawcross, devant le Tribunal de Nuremberg en 1945 affirmait à cet effet,

« [L]e droit international a cherché dans le passé à proclamer qu'il y a une limite à l'omnipotence de l'Etat et que chaque être humain, unité ultime de toute loi, n'est pas privé du droit à la protection de l'humanité quand l'Etat piétine ses droits d'une façon qui outrage la conscience de l'Humanité »⁶⁷⁴.

Cette même intervention judiciaire a été à l'honneur lors de la création des TPI *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. L'enjeu de cette évolution vers une intervention judiciaire visait l'affirmation des lois d'humanité et la concrétisation du passage d'un refus « proclamatoire » de l'impunité à une répression effective. Dès lors, fixer la légalité substantielle du crime contre l'humanité dans une norme internationale permet de garantir l'homogénéité de l'incrimination du point de vue de ses sources. Toute chose que permet également de réaliser la prise en compte du projet même de l'incrimination.

§2- Le projet de l'incrimination de crime contre l'humanité : la cristallisation d'une communauté humaine au-delà d'une simple communauté interétatique.

142. Le projet de l'incrimination de crime contre l'humanité est d'être le vecteur d'une communauté juridique universelle ; un élément dans l'évolution actuelle du droit pour repenser l'ordre juridique international contemporain sans tomber dans la radicalité d'un strict inter étatisme ou d'un strict mondialisme. Cette idée de communauté humaine au-delà des frontières étatiques semble connaître un regain de faveur au moment où, l'on ne cesse de

⁶⁷² Art. 6 Statut de Nuremberg, art. 5 et 3 des Statuts des TPIY et TPIR, art. 7 du Statut de la CPI.

⁶⁷³ S. GARIBIAN, *op.cit.*, pp. 35-95.

⁶⁷⁴ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire international, Nuremberg 14 novembre 1945 – 1^{er} octobre 1946, Documents officiels, Nuremberg, 1947, tome XIX, p. 495.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

parler de l'affaiblissement de l'Etat⁶⁷⁵. Sans revenir frontalement sur cette hypothèse parfaitement analysée par Emmanuel Jouannet⁶⁷⁶, l'on portera un bref regard sur une utopie (A) et sur la volonté d'imputer l'inhumain à l'humain et non à l'Etat (B).

A – De l'insaisissable communauté internationale à l'utopie d'une communauté humaine mondiale.

Cette idée appelle l'examen de l'évolution de la notion de communauté internationale (1) vers une certaine activation de la vieille idée kantienne d'un cosmopolitisme (2).

1. L'évolution de la notion de communauté internationale.

143. « Il est courant de mentionner la communauté internationale. On retrouve cette expression aussi bien chez les auteurs que chez des hommes politiques et de plus en plus fréquemment, dans des textes juridiques sans qu'aucune définition n'en soit donnée avec quelque précision ». Ce constat d'un usage généralisé d'un concept au timbre rassurant est fait par l'internationaliste René Jean Dupuy à l'introduction de son cours général à l'Académie de La Haye⁶⁷⁷. En effet, plusieurs références documentaires permettent de constater l'existence théorique de la communauté internationale. Des résolutions des organisations internationales, de certaines dispositions des traités et des décisions des juridictions internationales⁶⁷⁸, aucun acteur de la scène internationale n'hésite à faire directement référence à la communauté internationale tantôt pour désigner quelque chose de supérieur à l'ensemble des Etats, tantôt pour illustrer ce qui leur est commun tout en leur étant distinct. C'est probablement sous cette double dimension, supérieure aux Etats et commune aux Etats sans se confondre à eux, que la notion de communauté internationale est une notion à la fois riche aux potentialités de tous ordres, mais aussi cruellement démentie par l'histoire.

⁶⁷⁵ Pour les travaux faisant état de l'affaiblissement de l'Etat avec la mondialisation, l'on peut citer notamment, C.A. MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, éd. Université Libre de Bruxelles, Helbing et Lichtenhahan, 2001 ; M. MAHMOUD MOUAMED SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002 ; D. MOCKLE (dir.), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000 ; M. CHEMILLIER GENDRAEU et Y. MOULIER-BOUTANG (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Paris, PUF, 2001 ; C. KESSEDJIAN et E. LOQUIN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000.

⁶⁷⁶ E. JOUANNET, « L'idée d'une communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », *Arch. phil. droit*, tome 47, 2003, pp. 191-232.

⁶⁷⁷ R.J. DUPUY, « Communauté internationale et disparité de développement. », *R.C.A.D.I.*, t. 165, 1979, p. 21.

⁶⁷⁸ Pour plus détails, voir R. J. DUPUY, *Ibid.*

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Utilisé vers le début du XVIII^e siècle, le vocable communauté internationale se référait à une civilisation européenne unifiant les acteurs du droit international de l'époque⁶⁷⁹. Puis, progressivement, le concept est devenu multiforme.

144. Dans un premier temps, le terme « communauté internationale » était utilisé pour désigner l'ensemble des Etats. Ainsi, lorsque dans l'avis sur *La réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour internationale de justice rappelle que l'organisation a été créée « par une très large majorité des membres de la communauté internationale », elle veut simplement parler des Etats⁶⁸⁰. De même, le passage des arrêts sur *les essais nucléaires* qui parle de l'engagement de la France envers « la communauté internationale dans son ensemble », s'éclaire par la précision que « le gouvernement français a signifié par là à tous les Etats du monde son intention de mettre fin effectivement à ces essais »⁶⁸¹. De même aussi, lorsque dans *l'affaire du personnel diplomatique et consulaire à Téhéran*, la Cour internationale de justice attire l'attention de la « communauté internationale dans son ensemble, y compris l'Iran, qui en est membre depuis les temps immémoriaux », c'est l'attention de tous les Etats que la Cour entend attirer⁶⁸². Dans ces quelques illustrations, le terme « communauté internationale » était synonyme de l'ensemble des Etats. Mais progressivement, le vocable s'est détaché de la figure de l'Etat.

145. Une fois détachée de la figure de l'Etat, la communauté internationale s'est quasiment personnifiée : elle accepte et reconnaît certaines normes en tant que normes impératives du droit international, les Etats prennent des engagements envers la communauté internationale, elle possède des intérêts fondamentaux dont la sauvegarde est essentielle⁶⁸³. Dans cette dimension, la Convention de Vienne place ce terme au cœur de la définition des normes impératives du droit international général que même les Etats ne peuvent y déroger et la Commission du droit international en fait le pivot de la théorie des crimes internationaux. A ce sujet, le préambule du Statut de Rome parle des « crimes les plus graves qui touchent la communauté internationale ». Roberto Ago a dans le même sens, écrit que,

« [T]he entity called the international community, distinct from its members (...), is able to enter into legal relationship with its members (...) The whole idea of obligations erga omnes is bound up (...) with the fact of recognition of the existence of that community as such (...)»⁶⁸⁴.

⁶⁷⁹ P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, t. t. 237, 1992, p. 306.

⁶⁸⁰ *Ibid.* p. 307.

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² *Ibid.*

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 308.

⁶⁸⁴ R. AGO, « International crimes of states. A critical analysis of the ILC's draft Article 19 on State Responsibility », in J. WEILER, A. CASSESE et M. SPINEDI (dir.), Berlin, De Gruyter, 1989, p. 238.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Cette personnification de la communauté internationale s'est aujourd'hui élargie à l'humanité. Un élargissement qui prend lui-même racine dans l'unité sociologique des relations humaines d'une part, et dans l'unité du genre humain d'autre part. Si dans le premier cas, on retrouve la vision d'un *ius gentium* unificateur et transcendant les peuples, dans le second, on retrouve l'ensemble des valeurs éthiques qui unissent le genre humain. Dès lors, la communauté internationale n'apparaît pas à proprement parlé comme une réalité déjà établie, mais comme une construction : « un ordre en puissance dans l'esprit des hommes ; dans la réalité de la vie internationale, elle est encore à se chercher »⁶⁸⁵.

2- L'activation de la vieille idée kantienne d'un droit cosmopolitique.

146. L'idée d'un droit cosmopolitique n'est effectivement pas récente, ou mieux, elle est vieille et n'est pas à proprement parlé une innovation kantienne. Toutefois, c'est Kant qui lui a donné un contenu relativement cohérent dans le cadre de son projet de paix perpétuelle⁶⁸⁶. Cette idée remonte déjà à l'époque de Vitoria qui avait développé l'idée d'un *ius communicationis et societatis humanae*⁶⁸⁷. Pour Kant, on ne peut penser que les Etats restent clos sur eux-mêmes : c'est impossible et impensable en raison de l'interdépendance grandissante due à la surface limitée de la terre, et, on pourrait ajouter aujourd'hui à la prise de conscience de l'existence d'une communauté de valeurs. Cette nécessaire et inéluctable interdépendance des Etats est à l'origine de l'idée d'un droit cosmopolitique. Kant tente par là de prolonger l'intuition fondamentale des jusnaturalistes de l'existence d'une communauté originaire du genre humain, d'une identité fondamentale entre les hommes qui dépasse les frontières des Etats. Pour lui, le droit cosmopolitique n'est pas un droit interétatique car, il repose sur les principes de la raison en considération de la communauté originaire des hommes⁶⁸⁸ et est fondé sur la communauté universelle des hommes. Il intègre le droit cosmopolitique dans les conditions de possibilité d'une paix perpétuelle en raison de considérations nouvelles liées à la conscience et à la proximité inévitable entre les peuples et

⁶⁸⁵ Ch. DE VISSCHER, « Positivismisme et *jus cogens* », *RGDIP*, 1971, p.8.

⁶⁸⁶ E. KANT, *Projet de paix perpétuelle*, (1797), Paris, Vrin, 1982. Kant avait en effet pressenti que les guerres et la violence pourraient faire émerger l'idée d'un monde commun et partagé. Le cosmopolitisme de Kant figure en quelque sorte cette dynamique entre violence et culture que l'on peut percevoir aujourd'hui. La reconnaissance de l'humanité est venue de l'expérience de l'inhumanité extrême, et elle n'a trouvé sa généralité qu'à partir d'expériences singulières. Cité par A. GARAPON « La justice pénale internationale à l'épreuve du cosmopolitisme », in Ch. EBERHARD et G. VERNICOS (dir.), *La quête anthropologique du droit. Autour de la démarche d'Etienne Le Roy*, Paris, Karthala, 43-57.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 29 et s.

⁶⁸⁸ E. WEIL, *Histoire et politique, Problèmes kantien*, Paris, Vrin, 1982, p. 133.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

l'impossibilité d'instituer un Etat mondial⁶⁸⁹. Ce droit cosmopolitique, Kant l'appelle « *droit public de l'humanité* »⁶⁹⁰.

On le voit, Kant défend, à travers son droit cosmopolitique, un droit de l'humanité. Et c'est cette perspective juridique dans la pensée kantienne qui mérite d'être soulignée. En effet, Kant propose de penser un nouvel ordre juridique, distinct de l'ordre juridique interétatique, à même de saisir dans son essence profonde du genre humain, une sorte d'ordre juridique universelle reconnaissant l'homme dans toute son humanité. Il propose de repenser les rapports entre le droit interne et le droit international. Son idée est celle d'une conciliation cohérente entre le nécessaire maintien d'un droit interétatique et le développement d'un droit fondé sur la communauté originaire. Loin de s'exclure en effet, la réalisation d'une véritable communauté humaine universelle pacifiée et soumise au droit cosmopolitique passe par la défense de l'Etat républicain. Les deux sont consubstantiels et solidaires tant et si bien que l'on ne peut omettre l'un sans renoncer à l'autre et qu'il faut donc nécessairement concilier l'idée d'une humanité solidaire et d'une humanité divisée entre Etats, d'une communauté humaine d'individus et d'une communauté humaine regroupée en Etats. Cela est déjà le sens d'une vision pluraliste entre le droit interne et le droit international. Un pluralisme dans lequel, le droit international prescrit un droit national dans la construction de l'humanité comme valeur.

B- De la nécessité d'imputer l'inhumain à l'humain.

L'idée d'une communauté humaine que tente de cristalliser l'incrimination de crime contre l'humanité traduit l'hypothèse d'un droit en quête d'humanité. Deux idées sont sous-entendues dans cette quête d'imputation de l'inhumain à l'humain: la première est que l'irréductible humanité de l'humain l'intègre dans la communauté humaine en permettant de le désigner comme responsable d'actes inhumains (1), alors que la seconde est le dépassement de l'hypothèse du crime contre l'humanité comme un crime d'Etat (2).

1. L'irréductible humanité de l'humain et son intégration dans la communauté humaine.

147. Ce n'est pas un hasard si ce n'est qu'au lendemain de la seconde guerre mondiale que la dignité humaine a véritablement investi le langage juridique : « elle n'a jamais été

⁶⁸⁹ E. KANT, *Projet de paix perpétuelle*, *op.cit.*, p. 46 et s.

⁶⁹⁰ Ibid., P. 33 ; M. CASTILLO, « L'idée de citoyenneté cosmopolitique chez Kant », *Etat et nation, cahiers de philosophie politique et juridique de Caen*, 1988, n°14, p. 184 et s.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

autant bafouée qu'à Auschwitz et autant reconnue qu'à Nuremberg »⁶⁹¹. Et comme l'a expliqué un auteur, les déclarations de droit sont faites en fonction des ennemis du moment⁶⁹². Si à l'époque des grandes déclarations occidentales, l'ennemi était l'Etat et le risque principal l'oppression et la perte de liberté, l'« *expérience nazi a dévoilé un autre ennemi : la barbarie étatique* »⁶⁹³. Aujourd'hui, poursuit cet auteur, l'ennemi n'est en outre plus seulement l'Etat. La barbarie et plus largement *le risque de déshumanisation* sont l'une des faces du monde contemporain. Dès lors, la résistance change de visage : « il ne s'agit plus d'opposer la liberté au despotisme mais la dignité à la barbarie »⁶⁹⁴. En effet, c'est qu'au centre de l'incrimination de crime contre l'humanité se trouve renouvelée la prise en compte de la dignité humaine. Elle en est le fondement le plus profond, l'horizon le plus élevé.

Or, la dignité est radicalement différente des autres concepts juridiques et n'entre dans aucune des catégories classiques telles que les droits subjectifs ni même en réalité les droits de l'homme⁶⁹⁵. Elle se rattache à l'irréductible humain. Cette dignité humaine permet au droit international, à travers la définition juridique du crime contre l'humanité, de reconnaître l'humanité de l'auteur de l'acte inhumain et de l'intégrer dans la communauté humaine. Car dans ce domaine des crimes de masse où le système ou l'organisation politique a transformé les hommes en simple rouage d'une machine bureaucratique aveugle, la formulation juridique de l'incrimination et donc sa légalité substantielle permettent de transformer les rouages en êtres humains. Hannah Arendt souligna, à ce propos, concernant le procès d'Eichmann que, le procès pénal accomplit non seulement une tâche de « réhumanisation » de la victime mais aussi celle du bourreau⁶⁹⁶. Il a par exemple été admis qu'il est réconfortant de penser que les criminels nazis « ne sont pas de simples fanatiques, ni seulement des doctrines aveugles, ni seulement d'abominables dogmatiques » mais « *au sens propre du mot, des monstres* »⁶⁹⁷. On ne juge pas le monstre, on l'élimine. On ne juge pas la bête, on la supprime. Dès lors, sans rien enlever à l'effroyable « monstruosité » des crimes contre l'humanité, quels qu'ils soient,

⁶⁹¹ G. BRAIBANT, in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Paris, Points Essais, 2001, p.88 au sujet du commentaire de l'article 1^{er} énonçant l'inviolabilité de la dignité humaine.

⁶⁹² B. EDELMAN, « L'ennemi dans les déclarations sur les droits de l'homme », *Droit*, n°16, 1992.

⁶⁹³ *Ibid.*, p. 13.

⁶⁹⁴ *Ibid.*

⁶⁹⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op.cit.*, p. 7.

⁶⁹⁶ Cf., A. ARENDT, *Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 1966; J. SEMELIN, *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, Seuil, 2005. Cf. aussi, M. DELMAS-MARTY, « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Rev. sc. crim.*, n° spécial portant sur « Droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », 2009, pp. 59-68.

⁶⁹⁷ V. JANKELEVICTH, *L'imprescriptibilité. Pardonner ? Dans l'horreur et la dignité*, Paris, Seuil, p. 25.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

il s'agit seulement de constater qu'il n'y a pas d'inhumanité de nature en ce que les catégories de la bête et du monstre échappent à l'imputabilité⁶⁹⁸.

148. Pour ne pas échapper à l'imputabilité, l'inhumain doit sortir du simple cri de l'indignation « c'est inhumain », pour entrer dans une catégorie juridique telle celle du crime contre l'humanité. Ce processus, qui permet de formaliser l'indicible afin de le penser dans la raison, fait appelle à la fonction expressive du droit pénal dont la norme internationale en assure la réalisation. En effet, la question de la capacité à l'imputation, avant même de permettre sa saisie par le droit, se présente comme la condition de possibilité de son existence et comme élément essentielle de sa définition⁶⁹⁹. L'inhumain est tantôt défini comme « *ce qui manque d'humanité* », tantôt comme ce « qui n'a rien d'humain ou semble ne pas appartenir à la nature humaine »⁷⁰⁰. Dans ce sens, la notion d' « inhumain apparaît dans la tension entre l'humain et l'inhumain, entre l'humanité de l'auteur et l'inhumanité de l'acte »⁷⁰¹. L'objectif du crime contre l'humanité est de montrer que l'inhumain n'est pas une substance, une « nature » au sens où l'on pourrait parler de « personne inhumaine »⁷⁰², mais « qu'il existe des traitements ou des actes inhumains, ce qui confère à l'inhumain une réalité objective dont le droit peut précisément s'emparer »⁷⁰³.

Le principal enjeu de ces développements est d'affirmer que le concept juridique de crime contre l'humanité dégagé par le droit international fait référence à l'inhumain en tant qu'implacable révélateur d'un paradoxe inhérent à la nature humaine : inhumain par ses manifestations, il est éminemment humain par son origine. En clair, le droit international permet que l'irréductible humanité de l'inhumain soit saisie par l'imputabilité. En cela, la nature de l'incrimination de crime contre l'humanité doit échapper au relativisme culturel des droits nationaux et sa légalité substantielle doit être fondée par une norme supranationale.

2. La nécessaire relativisation de l'hypothèse du crime contre l'humanité comme un crime d'Etat.

149. L'approfondissement de l'idée selon laquelle l'inhumain de l'irréductible humanité est saisie par l'imputabilité amène nécessairement à relativiser l'idée que le crime contre l'humanité est un crime d'Etat. Cette dernière fait encore référence à l'idée de rouage

⁶⁹⁸ C. SEVELY, « Réflexions sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité », *Rev. sc. crim.*, 2005, p. 486.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 484.

⁷⁰⁰ *Dictionnaire de la langue française*, Le petit Robert, 2002.

⁷⁰¹ *Ibid.*

⁷⁰² *Ibid.*

⁷⁰³ *Ibid.*

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

bureaucratique dénaturant la substance même de l'incrimination de crime contre l'humanité. Certes, un tel crime peut engager la responsabilité internationale de l'Etat⁷⁰⁴, mais la figure de crime d'Etat semble faire obstacle à l'autonomisation et au fonctionnement du crime contre l'humanité en droit interne. En effet, l'hypothèse de crime d'Etat appliquée au crime contre l'humanité semble suggérer l'introduction, dans l'appréhension du crime contre l'humanité, de l'ancienne théorie de *l'acte d'Etat*. Il y a donc une nécessaire remise en cause du crime d'Etat et donc de certaines des hypothèses émises par le professeur Alain Pellet et celle de Rafaëlle Maison dans la définition des crimes internationaux par nature. Bien entendu, il ne s'agit pas de critiquer le débat théorique et diplomatique existant au sujet de la construction d'un régime de responsabilité internationale de l'Etat à travers une distinction selon la nature de l'acte illicite « délit » ou « crime » tel que prévoit l'article 19 du rapport de la Commission du Droit International⁷⁰⁵. L'objectif est plutôt de limiter l'analyse de la légalité substantielle du crime contre l'humanité à sa seule dimension pénale en séparant rigoureusement la notion de responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite des conséquences pénales d'une infraction internationale.

150. En abordant dans cette perspective la thèse défendue par Rafaëlle Maison portant sur, « *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public* »⁷⁰⁶ les principaux points de son argumentation méritent d'être revisités. L'auteur défend la pertinence du concept de « crime d'Etat », qu'il assimile au crime international et tente, par là, de vérifier la thèse selon laquelle,

« la responsabilité pénale de l'individu [peut] être décrite comme l'une des manifestations du régime de responsabilité qui découle de la perpétration *d'un crime d'Etat* »⁷⁰⁷.

Dans la première partie de sa thèse portant sur « L'infraction », l'auteur consacre son étude à l'analyse de la jurisprudence pénale relative à trois infractions internationales : crime contre la paix, crime contre l'humanité et crime de guerre. A travers cette analyse, l'auteur met en exergue le caractère *collectif* des différents crimes ainsi que les conditions spécifiques

⁷⁰⁴ Voir infra, section préliminaire, chapitre 1, titre 1, seconde partie, « la responsabilité de l'Etat ».

⁷⁰⁵ Pour plus de détails au sujet de ce débat, cf. A. PELLET, « Can a state commit a crime? definitely yes », *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, n°2, pp. 425-434; TOMUSCHAT, « International crimes by States: An endangered species? », in K. WELLENS (dir.), *International law: theory and practice*, 1998, p. 253; BOWETT, « Crimes of State and the 1996 report of the International Law Commission on State responsibility », *European Journal of International Law*, 1998, vol. 9, p. 163; A. PELLET, « Vive le crime! Remarques sur l'illicite en droit international », in *ILC, International law on the Eve of the twenty-first century – views from the international law commission*, 1997, p. 287.

⁷⁰⁶ R. MAISON, *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, « *Collection de droit international* », 2007, 547 p.

⁷⁰⁷ *Ibid.*, pp.19-20.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

permettant de sanctionner la participation individuelle à cet illicite collectif et constate que « l'activité des juridictions pénales internationales vient sanctionner le trouble porté à l'ordre public du droit des gens par la criminalité étatique ou quasi-étatique »⁷⁰⁸. En se basant sur l'idée d'une criminalité de « système », l'auteur parvient à la conclusion que « seule la criminalité étatique ou quasi-étatique a été considérée comme présentant un danger pour l'ordre public du droit des gens »⁷⁰⁹.

Dans la seconde partie de la thèse portant sur « La répression », l'auteur s'engage à démontrer « que l'individu est toujours saisi en tant qu'organe formel ou organe de fait de la collectivité étatique ou quasi-étatique, et que sa place dans la structure de cette collectivité joue un rôle dans l'appréciation de sa responsabilité »⁷¹⁰. En s'interrogeant sur la fonction de la sanction pénale des agents étatiques, l'auteur remet en cause son efficacité lorsqu'elle est détachée d'un régime plus large de sanctions dirigées contre l'Etat,

« le droit international ne permet pas d'envisager la substitution intégrale de la sanction individuelle à la sanction collective. C'est lorsqu'elle s'intègre dans un processus de réparation au crime d'Etat, après que l'illicite a pris fin, que la sanction individuelle des agents étatiques peut être amenée à jouer un rôle utile afin d'assurer le respect du droit international »⁷¹¹.

En effet,

« la décision de poursuivre (pénalement un individu en droit international) apparaît comme une sanction de l'Etat d'ou émane l'activité qui met en danger l'ordre public du droit des gens. Dès lors, on doit reconnaître que *la sanction pénale de l'individu trouve sa source dans la réaction au crime d'Etat*. L'analyse de la fonction de la responsabilité individuelle permettra de surcroît d'affirmer *qu'elle constitue une forme de réparation de l'illicite étatique* »⁷¹².

L'auteur aboutit à la fin de son étude à la suggestion que

« le fait de concevoir *la sanction pénale infligée à l'individu par un tribunal international comme un aspect du régime de responsabilité découlant de la perpétration d'un crime d'Etat* pourrait permettre de construire une théorie définitive de la participation de l'individu à l'infraction collective mais également relancer la codification des formes aggravées de responsabilité internationale »⁷¹³.

151. Il ressort de cette étude que pour Rafaëlle Maison, le crime international est un crime d'Etat ou du moins un crime d'une collectivité quasi-étatique. Or, considérant la dimension à la fois axiologique et philosophique de l'incrimination de crime contre l'humanité, cette conception pourrait être nuancée au moins pour trois raisons.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, (nous soulignons), p. 24.

⁷⁰⁹ *Ibid.*, (nous soulignons), p. 262.

⁷¹⁰ *Ibid.*, p.24.

⁷¹¹ *Ibid.*

⁷¹² *Ibid.*, (nous soulignons), p.433.

⁷¹³ *Ibid.*, (nous soulignons), p.512.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Premièrement, si l'on reprend les trois infractions analysées par Rafaëlle Maison et que l'on prolonge son analyse de la jurisprudence des juridictions pénales internationales aux différentes affaires pendantes devant la Cour Pénale Internationale, il apparaît que l'idée d'appréhender le crime international comme un crime d'Etat est à relativiser. En effet, que ce soit l'affaire *Le Procureur contre Thomas Lubanga*, *Le Procureur contre Germain Katanga et Mathieu NGudjolo Chui* ou encore *Le Procureur contre Jean-Pierre Bemba Gombo*, il ne s'agit ni d'une poursuite d'agents étatiques, ni d'une mise en cause d'une collectivité étatique ou quasi-étatique. En se focalisant sur les procès de Nuremberg et de Tokyo et sur la notion de « purification ethnique », Rafaëlle Maison a, semble-t-il, exagéré un mode de perpétration des crimes internationaux, notamment celui faisant recours aux rouages de l'Etat. Evidemment, il ne s'agit pas de nier le rôle que peut jouer l'Etat à travers le pouvoir dont dispose un gouvernant auteur d'un crime international, ni même l'implication de l'Etat dans le processus criminel, qui du moins, reprend peu ou prou les propos de Vespasien Pella qui affirmait,

« Cette criminalité spéciale (étatique) émane d'un agrégat puissant, possédant une grande étendue dans l'espace et une existence illimitée dans le temps. Bien plus cet agrégat jouit de toute la liberté nécessaire pour créer sur son territoire des institutions spéciales destinées à renforcer et à développer l'esprit belliqueux indispensable »⁷¹⁴.

Il s'agit de relever que le risque dans la réflexion de Rafaëlle Maison est, comme nous le disions, que l'assimilation du crime international au crime d'Etat suscite une confusion entre l'acte criminel en droit pénal international et l'acte d'Etat en droit international général. C'est notamment le cas entre les crimes de guerre, pure catégorie pénale, et l'acte de guerre, notion propre des conflits internationaux.

Cette nécessaire distanciation a été relevée par Jacques Sémelin dans une étude portant sur les crimes de masse dans l'ex-Yougoslavie. Il affirme en effet que,

« le crime de masse n'est pas le prolongement de la guerre : sa perpétration ne joue aucun rôle sur l'issue du conflit, mais celui-ci en crée les conditions favorables, du fait de la brutalisation intense des rapports sociaux. Tels sont notamment les cas de l'extermination des Arméniens de Turquie, au cours de la première guerre mondiale, des Juifs, des homosexuels et des Tsiganes au cours de la seconde ; Quasi autonome, le crime de masse tend ici à se détacher presque complètement de la pratique et du contexte de guerre. Certes, il cherche encore à se justifier au nom d'une prétendue « menace » et à se présenter comme « acte de guerre ». Mais sur le « champ de bataille », il n'y a rien d'autre que lui ou presque. La « purification ethnique » en ex-Yougoslavie (1991-1999) relève d'une telle dynamique »⁷¹⁵.

⁷¹⁴ V. PELLA, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 1926, (360 p), p.22.

⁷¹⁵ J. SEMELIN, « Qu'est-ce qu'un crime de masse. Le cas de l'ex-Yougoslavie », *Critique internationale*, Vol.6, 2000, pp. 143-158, spec. p.146.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Deuxièmement, Rafaëlle Maison, toujours en assimilant le crime international au crime d'Etat, voit dans la poursuite des individus une conséquence de la responsabilité de l'Etat. En établissant une telle relation entre la responsabilité de l'Etat et celle des individus, l'auteur peut susciter une autre confusion entre la responsabilité internationale de l'Etat et la responsabilité *pénale* de l'individu devant les juridictions internationales⁷¹⁶.

Troisièmement enfin, Rafaëlle Maison, conditionne l'efficacité de la sanction pénale individuelle à son intégration dans les mécanismes généraux de réparation dans le cadre de la responsabilité de l'Etat, alors que dans l'affaire *Erdemovic*, que l'auteur cite pourtant, la Chambre de Première instance affirme qu',

« [E]n créant le Tribunal, le Conseil de sécurité, dans l'exercice de sa compétence de décider des mesures à prendre pour maintenir la paix et la sécurité internationales (...), visait à faire cesser les violations du droit international humanitaire en ex-Yougoslavie et « à en réparer utilement les effets » (...). Les déclarations des Etats membres du Conseil de sécurité, au moment de l'adoption de la résolution 827, révèlent qu'ils voyaient dans le Tribunal un puissant moyen de faire prévaloir la règle de droit, ainsi que de dissuader les parties au conflit en ex-Yougoslavie de commettre de nouveaux crimes ou de les convaincre de cesser leur commission. De plus les déclarations de plusieurs membres du Conseil de sécurité sont empreintes de l'idée de la peine comme rétribution proportionnée et comme réprobation par la communauté internationale de ceux convaincus de violations graves du droit international humanitaire. Le Tribunal, dans son premier rapport annuel à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité (1994), reprend ces objectifs, et ajoute que l'impunité des coupables ne ferait qu'attiser le désir de vengeance en ex-Yougoslavie, rendant précaire le retour à la « légalité », la « réconciliation » et le rétablissement d'une paix digne de ce nom »⁷¹⁷.

Comme il peut être constaté, cette décision revient sur des arguments de philosophie pénale et ne fait nullement référence aux mécanismes de réparation issus de la responsabilité des Etats en droit international.

Il est important de nuancer le propos de Rafaëlle Maison à l'effet de ramener le crime international et plus précisément, le crime contre l'humanité à la dimension humaine de l'interdit. Comme l'a soutenu Dominice, pour démontrer la pertinence des arguments rejetant les immunités d'anciens chefs d'Etat pour crime international,

« nous vivons ici le crime international commis par un individu, à l'exclusion de toute référence au crime international de l'Etat »⁷¹⁸.

En somme s'il est admis que la définition du bien juridique protégé par l'incrimination de crime contre l'humanité échappe totalement au cadre normatif national il faut, pour

⁷¹⁶ Cf. chapitre 1, titre 1, seconde partie.

⁷¹⁷ TPIY, *Le procureur c. D. Erdemovic*, Chambre de Première instance, Jugement portant condamnation, affaire N. IT-96-22-T, 29 novembre 1996, para. 58.

⁷¹⁸ C. DOMINICE, « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat », *RGDIP*, 1999, n. 2, p.305.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

affirmer la compétence du droit international, identifier les éléments qui font le caractère international de cette catégorie pénale.

Section 2 – Les éléments d'une interprétation internationalisée de la légalité substantielle du crime contre l'humanité : considérations sur l'internationalité de la catégorie pénale.

152. En droit pénal, la catégorie est un tout homogène constituant une référence pour le juge dans son opération de qualification. En tant que telle, elle correspond à une base de classification dans une matière ou dans un domaine. Si l'on considère le cas des infractions internationales, la catégorie pénale qui s'y réfère postule une classification de ces infractions. Or, pour parler d'infractions internationales, il faut justement que la catégorie en cause repose sur des éléments lui conférant son internationalité. L'article 1 (2) du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui constitue le cadre général, à partir duquel s'est développée de puis 1945 la dynamique *ad hociste* et depuis 1998 celle *permanente*, de définition des crimes contre l'humanité, établit que les crimes contre l'humanité *appartiennent* à l'ordre juridique internationale, indépendamment des normes conformes ou contraires des droits internes : on définit ainsi la *catégorie* de crimes internationaux autonome par rapport aux catégories de droit interne⁷¹⁹. De manière concrète, cette dimension de la catégorie de crime contre l'humanité a trait au statut de l'infraction (§1) et à son caractère (§2).

⁷¹⁹ Sur le projet de code comme tentative non réussie de synthétiser la catégorie des crimes internationaux, cf. S. GLASER, « Remarques sur les projets élaborés au sein des Nations Unies en matière de droit pénal international, *R.I.D.P.*, vol. 1, 1964, pp. 299ss ; J. GRAVEN, « Pour la défense de la justice internationale, de la paix et de la civilisation par le droit pénal », *Ibid.*, pp. 7ss ; H. H. JESCHECK, « Etat actuel et perspectives d'avenir des projets dans le domaine du droit international pénal », *Ibid.*, pp. 83 ss ; G.O. MUELLER, « The United Nations draft code of offences against the peace and the security of mankind : an american evaluation », in G. O. MUELLER, G. M. WISE, *International criminal law*, New York, Rothman, 1965, pp. 632 ss. Sur les rapports entre le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et le Statut de Rome, Ch. BASSIOUNI, *International criminal law : draft international criminal code*, Netherlands, Sijthoff & Noordhoff, 1980 ; *Id.*, *A draft international criminal code and a draft statute for an international criminal tribunal*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987 ; B. E. BERG, « The 1994 I.L.C. draft statute for an ICC: an appraisal of its jurisdictional structure », *Case Western Journal of international law*, vol. 28, n°2, 1996, pp. 221-264 ; J. ALLAIN, J. R. W. D. JONES, « A patchwork of norms : a commentary of the 1996 draft Code of crimes against the peace and the security of mankind », *European Journal of International Law*, vol. 8, n°1, pp. 100-117 ; M. BERGSMO, « The jurisdictional regime of ICC (Part II article 11-19) », *European Journal of crime Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 1998, pp. 345-363.

§1- L'application de la doctrine internationale du droit impératif à la détermination du statut de l'incrimination.

153. La considération du crime contre l'humanité comme un *delicti jus gentium* suppose qu'il existe des valeurs fondamentales à l'ensemble de la communauté humaine mondiale⁷²⁰. Dans la doctrine internationaliste, trois critères ont été avancés pour déterminer un *delicti jus gentium*. Le premier est la prise en compte des droits de l'homme comme objet de la protection du *delicti jus gentium*, le second est le caractère international de l'interdiction et le troisième enfin, est la particularité de la victime de l'atteinte qui n'est pas la personne directement touchée mais la communauté internationale dans son ensemble⁷²¹. Cette assimilation du crime contre l'humanité au *delicti jus gentium* précise le caractère absolu de sa prohibition et consacre la tendance progressive à l'humanisation des obligations du droit international. Tendance par laquelle le juge international inscrit,

« dans les normes juridiques le concept d'impératif catégorique, formulé par Kant dans le domaine de la morale (...) la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international (...), c'est-à-dire, qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger »⁷²².

Cette tendance a été conceptualisée par le professeur Cherif Bassiouni à travers la théorie des '*cores crimes*' qu'il a analysé dans une brève mais profonde étude au titre suffisamment évocateur : *International crimes : Jus cogens (A) and obligatio rega omnes (B)*⁷²³.

A- Le statut de *ius cogens* des crimes contre l'humanité.

Affirmer le statut de *jus cogens* des crimes contre l'humanité revient à dire que la normativité de ces crimes en droit interne échappe à la volonté des Etats. Celle-ci est située au plus haut niveau dans la hiérarchie des obligations internationales. D'où l'importance d'esquisser une théorie du *jus cogens* (1) afin de mieux apprécier son introduction dans le droit des infractions internationales par le dynamisme de la jurisprudence internationale (2).

⁷²⁰ J.M.C., « Delicti jus gentium : a limitation on the state's power to grant amnesty », *Ateneo Law Journal*, vol. 40, 1995, pp. 202-250.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 219. Voir également, C. BASSIOUNI et D.H. DERBY, « An appraisal of torture in international law and practice : the need for an international convention for the protection and suppression of torture », *RIDP*, vol.48, 1977, pp.

⁷²² TPIY, *Le Procureur c. Mirjan Kupreskic et al.*, Jugement, Ch. In. II, Affaire n° IT-95-16, 14 janvier 2000, para. 518 et s.

⁷²³ *Law and Contemporary problems*, vol.59, n. 4, 1996, pp. 63 – 74.

1- Approche théorique du jus cogens en droit international.

154. Le *ius cogens*, littéralement entendu « *The compelling law* », « droit intransgressible », n'aurait pas besoin d'être défini tant son idée serait claire par elle-même, estimaient certains auteurs⁷²⁴. Ce concept introduit l'hypothèse des normes impératives en droit international à partir de laquelle, le *ius cogens* se trouve au fondement d'un certain « ordre public international » inspiré du modèle d'ordre public des systèmes juridiques internes et, traduit par là même, la transposition en droit international public d'un concept de droit national. En ce qu'il constitue la source d'un « ordre public international », le *ius cogens* revêt une importance conceptuelle indéniable, car il contredit le principe, à présent bien établi, selon lequel les normes de l'ordre juridique international ne contraignent que les Etats qui y consentent. Aussi, son importance pratique est considérable puisqu'elle réside dans le fait que le *ius cogens* représente une justification potentielle de déstabilisation de cet ordre, en invalidant non seulement les traités, mais aussi les normes internationales reconnues qui seraient en contradiction avec les normes impératives. Dès lors, le concept, jadis discuté⁷²⁵, est aujourd'hui largement accepté.

155. Avant son introduction en droit positif à une date relativement récente, le *ius cogens* est resté depuis son origine, un thème de discussion académique. Grotius dans *De jure belli et Pacis*, partant du *droit romain*, opérait la distinction entre *Jus strictum* (droit obligatoire) et le *Jus dispositivum*⁷²⁶ pour affirmer l'existence du *ius cogens*. Alors que Vattel quant à lui distinguait entre le *Droit des Gens Naturel ou Nécessaire* et le *Droit Volontaire*⁷²⁷. Le professeur autrichien Alfred Von Verdross qui apparaît, à certains égards comme le doctrinaire suprême du *ius cogens*, du moins au sens où on l'entend aujourd'hui, s'est inlassablement efforcé dès 1935, à fonder la légalité des normes impératives dans le droit des gens⁷²⁸. Dans un article fort pertinent, il souligne que la Convention de Vienne reconnaît actuellement aux normes *ius cogens* un caractère spécifique tel que, la volonté des parties ne

⁷²⁴ Lors des discussions au sein de la Commission du Droit International sur la recherche des critères de reconnaissance des normes ayant le caractère de *ius cogens*, certains auteurs, à l'instar de, Ago, Amado, Castren, Tsuruoko étaient d'avis qu'une définition du *ius cogens* n'était pas nécessaire parce que la notion était claire par elle-même. Voir dans ce sens, ILC Yearbook, 1966, p. 66, 67.

⁷²⁵ Voir en particulier, G. SCHWARZENBERGER, « International jus cogens ? », *Texas Law Review*, 43, 1965, pp. 455 et s et *Current Legal Problems*, 1965, pp. 191-214. Pour une critique contemporaine, lire, M. J. GLENNON, « De l'absurdité du droit impératif (Jus cogens) », *R.G.D.I.P.*, 2006, vol. 3, pp. 530-535.

⁷²⁶ H. DE GROOT, *De jure belli et Pacis*, (1625), W. WHEWELL, (traduction), Cambridge C.U.P., 1853.

⁷²⁷ E. de VATTEL, *Le Droit des Gens*, (1758), Washington, Camegie Institution 1916, Préliminaires pp. 9 et 27.

⁷²⁸ Sur la contribution d'Alfred Verdross, cf. A. TRUYOL Y SERRA, « Verdross et la théorie du droit », *European Journal of International Law*, 1994, vol. 5, pp. 55-69.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

peut en rien déroger à ce que les dites normes prescrivent de manière « inconditionnelle »⁷²⁹. Après cela, Verdross est allé jusqu'à essayer de faire une classification de ces normes impératives. Il y distingua deux groupes : « les normes impératives du droit international coutumier » et « les normes prohibitives de traités contra bono mores ». Mais pour dire ce qu'est une norme impérative, le juriste allemand Wilhelm Wenger affirme quant à lui que « par droit international impératif (zwingendes völkerrecht) il faut entendre, ces normes de droit international coutumier dont l'exécution est assurée par la coaction juridique collective (rechtszwang) de la communauté internationale ».

A la suite de Verdross, d'autres auteurs ont développé l'opinion que cette introduction du *ius cogens* dans le droit des traités a profondément transformé le droit international. L'internationaliste hellénique Nicoloudis a même parlé d'une refonte du droit international en ces termes,

« cette refonte qui semble être aussi bien le résultat dialectique du mépris accru que ce droit a surtout souffert pendant la deuxième guerre mondiale, réside dans la reconnaissance par la Convention de Vienne, pour la première fois avec une telle netteté et autant de force, d'une volonté générale qui transcende, dans le domaine des relations internationales, la volonté particulière de sorte que cette dernière loin d'être sur le plan de la toute-puissance, comme c'était jusqu'ici le cas, se voit désormais fléchie, plus ou moins soumise à l'impératif de la volonté éveillée de la communauté mondiale qui réalise actuellement ses premiers pas dans la voie d'auto conscience ».

156. En droit positif, le *ius cogens* ne renvoie pas à une norme particulière de l'ordre juridique international, mais permet plutôt de conférer à certaines normes du droit international une qualité particulière. Le concept, n'introduit donc pas dans cette matière une différence de nature entre les normes (l'article 38 du Statut de la CIJ ne change pas du fait du *ius cogens*) mais plutôt une différence de régime. Cette vision semble d'ailleurs être le sens de l'article 53 de la convention de Vienne, fondement du *ius cogens* en droit positif intitulé, *Traités en conflit avec une norme impérative du droit international générale (ius cogens)* qui dispose,

« [E]st nul tout traité qui, au moment de sa conduite, est en conflit avec une norme impérative du droit international générale. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à

⁷²⁹ A. VERDROSS, « Jus dispositivum and jus cogens in international law », *American Journal of International Law*, 1966, vol. 60, pp. 55-63. Cette distinction entre *jus dispositivum* et *jus cogens* rappelle la distinction existant en droit international privé entre les notions de droit disponibles et celle de droit non disponibles. Distinction basée sur l'exception d'ordre public.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international générale ayant le même caractère »⁷³⁰.

Dans le même sens, l'article 64 dispose,

« [S]i une nouvelle norme impérative du droit international survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

En supposant que dans l'ordre international, il existe une volonté supérieure à celle des Etats, la doctrine du droit impératif s'attaque au sacro-saint principe de la souveraineté des Etats⁷³¹. Elle suggère avec ce postulat, l'idée d'une certaine hiérarchie des normes en droit international⁷³². Dans ce sens, le juriste algérien Abes Aberkane a écrit que, « le fait d'avoir reconnu comme possible et souhaitable, dans l'intérêt de la communauté internationale entière, l'existence au sein du droit international général des normes impératives dont la suprématie sur tout traité ne peut être suspendue que par l'avènement de normes de même nature » donne au *ius cogens*, selon l'avis de Michel Virally, « l'expression d'un intérêt commun à la société internationale toute entière ou d'une prescription éthique reconnue universellement, il ne peut être établi que par un processus engageant la société internationale toute entière, ce qui est d'ailleurs en parfaite conformité avec le fait qu'il appartient au droit international général ».

157. Si la première implication de la doctrine du droit impératif en droit international est la hiérarchisation des normes, la seconde est la distinction implicite que le juge international semble introduire entre norme obligatoire et norme impérative. En effet, il ressort de la jurisprudence internationale que si toutes les règles du droit international sont obligatoires, certaines seulement parmi elles sont impératives⁷³³. La CIJ dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran*, précise que, si « aucun Etat n'a l'obligation d'entretenir des relations diplomatiques ..., il ne saurait manquer de reconnaître les obligations impératives [en l'espèce l'inviolabilité de la mission diplomatique] qu'elles comportent »⁷³⁴. Toujours pour illustrer la différence entre norme obligatoire et

⁷³⁰ Convention de Vienne sur le droit des Traités, le 23 Mai 1969, entrée en vigueur le 27 Janvier 1980. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p.335.

⁷³¹ Cf. M. KAMTO, « La volonté de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 310, 2004, pp. 12- 428.

⁷³² Lire à ce sujet, D. SHELTON, « Normative hierarchy in international law », *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 291-323.

⁷³³ Comme Michel Virally l'a écrit, « norme impérative n'est pas synonyme de norme obligatoire. Toutes les normes du droit international, en effet, sont, en principe, obligatoire pour les Etats, ce qui signifie que la violation dont elles pourraient faire l'objet constituerait un acte illicite, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent. La seule exception à cette situation résulte de l'existence éventuelle de normes simplement permissives, c'est-à-dire dont les dispositions ne comportent aucune obligation pour leurs destinataires », in « Réflexions sur le Jus cogens », *op.cit.*, pp. 8-9.

⁷³⁴ *CIJ, Etats-Unis c. Iran*, Ordonnance du 15 décembre 1979, p. 20, par.41.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

norme impérative en droit international, la haute juridiction associe la seconde catégorie à celle de norme intransgressible. Ainsi, elle invoque dans son avis sur la *Licéité de la menace de l'emploi d'armes nucléaires*, les règles fondamentales du droit humanitaire qui « s'imposent à tous les Etats (...) parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »⁷³⁵. Dès lors, il est facile d'admettre qu'

« en cas de conflit entre une norme de jus cogens et toute autre règle du droit international, la première l'emporte. Du fait de cette primauté, la règle en cause est nulle et non avenue ou, en tout cas, ne déploie pas d'effets juridiques qui se heurtent à la teneur de la règle impérative »⁷³⁶.

A travers cette position du juge international, se développe en droit international, l'hypothèse de l'existence d'un ordre public. Hypothèse qui semble se systématiser aujourd'hui du fait de l'érection du *ius cogens* en critère fondamental de qualification des « core crimes » et donc de base de définition de la légalité substantielle des infractions internationales comme le crime contre l'humanité.

2- La dynamique de la jurisprudence internationale dans la systématisation du *ius cogens* comme socle de la légalité substantielle des crimes contre l'humanité.

158. Dans l'analyse contemporaine du *ius cogens*, c'est-à-dire dans l'analyse d'un *ius cogens supervénien*⁷³⁷ il convient de relever que le droit des infractions internationales constitue un terreau favorable pour l'épanouissement de la doctrine du droit impératif. En effet, il y a une implication entre *ius cogens* et crimes internationaux par nature en ce que d'une part, le *ius cogens* renvoie à des normes si nécessaires à l'existence de la vie humaine, qu'elles sont profondément enracinées dans la conscience internationale et méritent d'être intégrées de manière explicite dans tout ordre juridique et d'autre part, parce que, les normes ayant un caractère de *ius cogens* existeraient non pour satisfaire les besoins individuels des Etats mais l'intérêt supérieur de la communauté internationale dans son ensemble. Ces normes seraient ainsi absolues, d'application directes et sans condition de réciprocité.

⁷³⁵ 8 juillet 1996, *CIJ Recueil 1996*, p. 257, par. 79.

⁷³⁶ Opinion dissidente des juges Rozakis et Caflisch, rejoints par les juges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto et Vajic (par.1) dans l'affaire Al-Adsani, CEDH, 21 novembre 2001, req. n°35763/97.

⁷³⁷ G. GAJA, « Jus cogens beyond the Vienna Convention », *RCADI*, 1981, pp. 275- 316.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Dans son sens « supervénien », comme il a été dit, le *ius cogens* est de plus en plus associé à la notion de « considérations élémentaires d'humanité »⁷³⁸. Le TPIY dans l'affaire *Furundzija*, révèle en effet que,

« It... seems incontrovertible that torture in time of armed conflict is prohibited by a general rule of international law... Because of the importance of the values it protects, this principle has evolved into a peremptory norm or jus cogens, that is, a norm that enjoys a higher rank in the international hierarchy than treaty law and even "ordinary" customary rules (...) Clearly, the jus cogens nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamentals standard of human community»⁷³⁹.

Cet arrêt du 10 décembre 1998 renvoie clairement au commentaire général n° 42 sur les « Sujets relatifs aux réserves faites au moment de la ratification ou de l'accession au Pacte sur les droits civils et politiques ou au Protocole optionnel y relatif, ou en relation aux déclarations faites en vertu de l'article 41 du Pacte ». Au paragraphe 10 de ce document publié le 4 novembre 1994 par la Commission, il est écrit que « la prohibition de la torture a le statut d'une norme impérative ». L'arrêt *Furundzija* constitue aujourd'hui le précédent d'une jurisprudence constante en droit international⁷⁴⁰ et en même temps, fait suite à une jurisprudence bien admise en droit interne. Dans son rapport de 1999 sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, le groupe de travail de la CDI a observé que dans certaines affaires, les tribunaux nationaux avaient bien accueillis la thèse des requérants selon laquelle les Etats n'étaient pas habilités à invoquer l'immunité dans les cas où il y avait eu violation de normes de droits de l'homme ayant un caractère de *ius cogens*⁷⁴¹.

⁷³⁸ La Cour dans son avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, revient sur « les conditions élémentaires d'humanité » pour désigner les normes de *ius cogens* comme règles fondamentales du droit humanitaire applicable dans le conflit armé. Elle déclare que : « [ces] règles fondamentales d'ailleurs s'imposent à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifiés les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier ».

⁷³⁹ TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, Jugement, Affaire n°. IT-95-17/1-T, 10 Décembre 1998, para. 139, 153-154,.

⁷⁴⁰ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delali "Pavo"*, Jugement, Affaire, N. IT-96-21-T, 16 novembre 1998, par. 454, «Based on the foregoing, it can be said that the prohibition on torture is a norm of customary law. It further constitutes a norm of jus cogens, as has been confirmed by the United Nations Special Rapporteur for Torture. It should additionally be noted that the prohibition contained in the aforementioned international instruments is absolute and non-derogable in any circumstances ». Voir aussi, *Le Procureur c. The Prosecutor v. Kunarac et al.*, Jugement Affaire n°. IT-96-21-T, du 22 février 2001, et IT-96-23/1-T, para. 466 "Torture is prohibited under both conventional and customary international law and it is prohibited both in times of peace and during an armed conflict. The prohibition can be said to constitute a norm of jus cogens."

⁷⁴¹ Sur ces affaires voir, (Royaume-Uni), *Al-Adsani v. Government of Kuwait*, arrêt du 21 novembre 2000. Dans cet arrêt, la CEDH a fait valoir que « l'interdiction de la torture a désormais rang de norme de jus cogens en droit international, laquelle prime sur le droit des traités et des autres règles du droit international » ; (Nouvelle-Zélande), *Controller and Auditor General v. Sir Ronald Davidson*, [1996], 2, NZLR, 278, Lire notamment P.COOKIE, p. 290; (Etats-Unis) l'opinion dissidente du juge Wald dans *Princz v. Federal Republic Germany* 26 F 3d, 1166 (DC Cir. 1994), pp. 1165-1185; *Siderman de Blake v. Republic of Argentina* 965 F 2d 699 (9th Cir.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

159. Le précédent *Furundzija*⁷⁴² a permis de renforcer l'idée de l'existence d'une certaine hiérarchie des normes en droit international⁷⁴³. Le concept a permis de systématiser l'unité formelle des valeurs fondamentales de la communauté internationale et de déterminer l'origine philosophique de l'incrimination internationale. Aussi, l'idée de *ius cogens* ne se limite pas au crime de torture. Déjà en 1946, l'Assemblée Générale des Nations Unies identifiait le crime de génocide comme un crime contraire au *jus cogens*⁷⁴⁴. Mais bien avant cela, le Tribunal de Nuremberg a poursuivi et puni les auteurs des crimes de génocide en reconnaissant qu'un tel crime portait atteinte aux valeurs fondamentales de l'humanité auxquelles tout Etat a un intérêt juridique⁷⁴⁵. Dans son avis consultatif du 28 mai 1954 sur les Réserves à la convention pour la prévention et la répression des crimes de génocide, la Cour Internationale de Justice a affirmé que,

« [T]he Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose... In such a Convention the contracting States do not have any interest of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d'être of the Convention. Consequently, in a Convention of this type, one cannot speak of individual advantage or disadvantage of States or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties ».

En 1993, la même Cour a réitéré que le crime de génocide « shocks the conscience of humankind... and is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations »⁷⁴⁶. Le TPIR, en particulier, dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana*, a clairement repris cette jurisprudence en affirmant que, « the crime of genocide is considered part of

1992) ; *Argentina Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation* 488 US 428 (1989); 965 F 2d 699 (9th Cir. 1992); *Saudi Arabia v. Nelson* 100 ILR 544.

⁷⁴² E. DE WET, « The prohibition of torture as international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law », *European Journal of International Law*, 2004, Vol. 15, N. 1, pp. 97-121.

⁷⁴³ L'on se souvient de la thèse de Pierre-Marie DUPUY qui affirmait sur la base du Statut de la Cour Internationale de Justice et de l'égalité souveraineté des Etats en droit international, qu'il n'existe aucune hiérarchie et qu'il ne pourrait logiquement en exister en droit international. Les normes internationales disait-il, sont équivalentes, leur sources le sont et leurs procédures également, elles proviennent toutes de la volonté des Etats. Voir, *Droit international public*, 1995, 14-16. Sur la thématique de la hiérarchie des normes en droit international, lire P. WEIL, « Towards relative normativity in international law ? », *American Journal of International Law*, 1983, Vol. 77, pp. 413-443 ; M. KOSKENNIEMI, « Hierarchy in international law. A sketch », *European Journal of International Law*, Vol. 8, 1997, pp. 566-582; D. SHELTON, « Normative hierarchy in international law », 2006, Vol. 100, pp. 291-323.

⁷⁴⁴ UN G.A. Res. 96 (I).

⁷⁴⁵ Bien que le terme 'génocide' dans l'acte constitutif du Tribunal de Nuremberg, le crime a été inclus dans la catégorie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. De même, le terme n'apparaît pas dans le jugement lui-même qui parle « [du] plan to get rid of whole native populations by expulsion and annihilation, in order that their territory could be used for colonization by Germans », l'acte d'accusation fait cependant référence au mot 'génocide'. Voir M. RAGAZZI, *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 92-93.

⁷⁴⁶ Affaire concernant l'application de la Convention de la Convention sur la prévention et la répression du génocide (*Bosnia and Herzegovina v. Yugoslavia*), décision du 8 avril 1993, *Recueil de la CIJ*, 1993, para. 49.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

international customary law and, moreover, a norm of jus cogens»⁷⁴⁷. Dans le même sens, ce tribunal a affirmé que,

«The genocide convention became widely accepted as an international human rights instrument. Furthermore, the crime of genocide is considered part of international customary law and, moreover, a norm of jus cogens»⁷⁴⁸. Le TPIY a adopté la même position dans les jugements *Jelusic, Radoslav Brdamin*⁷⁴⁹.

Cette stabilité de la jurisprudence internationale a conduit certains auteurs à proposer l'érection de l'interdiction internationale du viol généralisé au rang de *jus cogens*⁷⁵⁰. Une tendance expansionniste du *jus cogens* en matière de 'core crimes' soutenue par le TPIY notamment dans l'affaire *Kupreskic* en ces termes,

« [M]ost norms of international humanitarian law, in particular those prohibiting war crimes, crimes against humanity and genocide are also peremptory norms of international law or *jus cogens*»⁷⁵¹.

Ces différentes illustrations constituent des éléments positifs de l'existence d'une *opinio juris* selon laquelle, par son rattachement systématique aux crimes les plus graves, le *jus cogens* pourrait constituer l'un des éléments permettant d'appréhender leur légalité substantielle. Toutefois, si l'on peut remarquer que la Cour Pénale Internationale n'a pas encore fait usage du concept dans la détermination de la légalité des différentes incriminations relevant de sa compétence, deux raisons peuvent justifier une telle « carence » ; d'une part, la Cour n'a encore rendu aucune décision au fond, d'autre part, la légalité des incriminations semble mieux déterminée dans le Statut de Rome que dans les textes antérieurs.

Par ailleurs, il convient d'adopter une lecture cohérente plutôt que concurrente entre le *jus cogens* comme normes impératives et la Charte des Nations Unies dont le but cité à l'article 1^{er} paragraphe 1^{er} est le « *le maintien de la paix et de la sécurité internationale* ». En allant au-delà de la question de savoir si la Charte des Nations Unies constitue ou non la constitution de la communauté internationale⁷⁵², il convient de relever que l'article 103 de

⁷⁴⁷ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, décision du 21 mai 1999, affaire n° ICTR-95-1, para. 88.

⁷⁴⁸ TPIR, *Le Procureur c. Akayesu*, Jugement, Affaire n° ICTR-96-4-T, T. Ch. I, 2 septembre 1998, par. 495.

⁷⁴⁹ TPIY, *Le Procureur c. Jelusic*, Jugement, Affaire, n° IT-95-10-T, T. Ch. I, 14 décembre 1999, par. 61 ; *Le Procureur c. Radoslav Brdamin*, Jugement, Affaire, n° IT-99-36-T, T. Ch. II, 1 septembre 2004, par. 680.

⁷⁵⁰ Voir spécialement, S. P. SUNGI, *Obligatio erga omnes of rape as jus cogens norm : Examining the jurisdiction of the international criminal tribunal for former Yugoslavia, International tribunal of Rwanda and the International criminal court*, *EJLR*, Vol. 9, 2007, pp. 113-145; D.S. MITCHELL, *The prohibition of rape in international humanitarian law as a norm of jus cogens: clarifying the doctrine*, *Duke Journal of Comparative and International law*, Vol.15, 2005, pp. 219-259; A. DEAN, *The prohibition of widespread rape as a jus cogens*, *SDILJ*, Vol.6, 2005, pp. 357-398.

⁷⁵¹ TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et al.* Jugement, Affaire n°. IT-96-16-T, du 14 Janvier 2000.

⁷⁵² Voir sur ce sujet, le très intéressant colloque organisé par le CEDIN de l'Université de Paris X (Nanterre), R. CHEMAIN et A. PELLET, *La charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, « Cahiers internationaux », N. 20, 2006, 237 p ; B. FASSBENDER, *The United Nations charter as the constitution of the*

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

cette Charte et le *ius cogens* poursuivent le même objectif⁷⁵³. En effet, les pierres angulaires du système de la Charte (interdiction de la menace ou de l'emploi de la force, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, droits fondamentaux de l'homme) sont aujourd'hui universellement décrites comme des normes impératives⁷⁵⁴, ayant un caractère *de ius cogens* en raison de la nature des obligations *erga omnes* qu'elles impliquent.

B- L'admission d'obligatio erga omnes.

160. La notion d'*obligatio erga omnes* est très souvent liée à la doctrine du droit impératif véhiculée par le *ius cogens* à tel point que certains auteurs ont proposé une conceptualisation de leur relation⁷⁵⁵. En effet, il est généralement admis que, des normes ayant un caractère de *ius cogens*, découlent des obligations *erga omnes*. Bruno Simma affirmait à cet effet que, *ius cogens* et obligation *erga omnes* sont les deux faces d'une même réalité⁷⁵⁶. Mais cette affirmation n'est jamais allée au-delà de cette brève constatation et le régime de l'*obligatio erga omnes* n'a toujours pas été clairement établi.

C'est dans l'*Obiter Dictum*⁷⁵⁷ de la décision de la CIJ rendue le 5 février 1970 dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que la notion fit son apparition en droit positif. Le juge international reprenant trait pour trait une certaine partie de la doctrine énonçait,

« Une distinction essentielle doit ... être établie entre les obligations d'un Etat envers la communauté internationale et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature, les premières concernent tous les Etats ... ; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Ces obligations découlent par exemple, dans le droit international contemporain, de la mise hors la loi des actes d'agression et du génocide mais aussi, des principes et des règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale »⁷⁵⁸.

international community, Liden, Martinus Nijhoff Publihers, 2009, 216 p ; M. VIRALLY, « L'ONU devant le droit », in *Le droit international en devenir, essais écrits au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 241 et s.

⁷⁵³ J.-M. THOUVENIN, « Article 103 », in J.-P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU, *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^e éd, II, 2005, pp. 2133-2147. Voir également, les actes du colloque de Rennes, *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, SFDI, Paris, Pedone, 1995, 322 p. ; A. TOUBLANC, « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, n^o. 2, 2004, pp. 439-462.

⁷⁵⁴ B. SIMMA, « La charte des Nations Unies et le *jus cogens* », in R. CHEMAIN et A. PELLET, *La charte des Nations Unies, constitution mondiale ? op.cit.*, pp. 207-209.

⁷⁵⁵ M. BYERS, « Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules », *Nordic Journal of International Law*, 1997, vol. 66, pp. 211- 239.

⁷⁵⁶ B. SIMMA, « *From bilateralism to community interest in international law* », *RCADI*, 1994, vol. 250, p.300.

⁷⁵⁷ Dans une décision de justice, l'*Obiter Dictum* désigne un passage indicatif, une opinion, qui ne justifie pas la décision. Sa distinction d'avec la *Ratio Dicendi* en tant qu'éléments de la doctrine du précédent (*Stare Decisis*) est classique dans la Common Law. Lire à ce sujet, Cross et Harris, *Precedent in English law*, 4th ed., Oxford, 1991, pp. 39-96.

⁷⁵⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Compagny Limited, (Belgique c. Espagne)*, 5 février 1970, CIJ, Recueil 1970, p.33, par. 33.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Mais bien avant cet arrêt, la CIJ avait déjà admis que les droits et obligations consacrés par la convention [sur le génocide] sont des droits et obligations *erga omnes*. Cherchant la portée des obligations en cause dans les traits particuliers de cette convention, la Cour souligne que de par ses origines et son caractère, les fins poursuivies par l'Assemblée Générale et les Etats contractantes révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme un « crime du droit des gens »⁷⁵⁹. Ce crime implique que, « le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité... »⁷⁶⁰. De là, la Cour introduit l'idée de normes ou d'obligations *erga omnes* en tirant des conséquences de son raisonnement,

« cette conception entraîne une première conséquence : les principes qui sont à la base de [celle-ci] sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel »⁷⁶¹.

161. Cette jurisprudence a récemment été reprise par le TPIY dans l'affaire *Kupreskic* et autres. Le tribunal international a énoncé qu'

« en raison de leur caractère absolu, ces normes de droit international humanitaire [les normes *erga omnes*] n'imposent pas d'obligation synallagmatique, à savoir d'obligation d'un Etat envers un autre. Au contraire, comme on peut le lire dans l'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire *Barcelona Traction*, elles énoncent des obligations envers l'ensemble de la communauté internationale, ce qui fait que chacun des membres de cette communauté a un « intérêt juridique » à leur observation et, par conséquent, le droit d'exiger qu'elles soient respectées »⁷⁶².

Il apparaît ainsi que les obligations *erga omnes* présentent deux principales caractéristiques. La première est leur universalité en ce sens qu'elles lient tous les Etats sans exception. La seconde est leur aspect solidaire en ce sens que tous les Etats sont censés avoir un intérêt juridique pour leur protection. Cette double caractéristique a également été mise en exergue par le juge Bruno Simma au sujet des droits de l'homme,

« [W]hen human rights are violated there simply exists no directly injured State because international human rights law does not protect States but rather human being or groups directly. Consequently the substantive obligations flowing from international human rights law are to be performed above all within the State bound by it, and not vis-à-vis other States. In such instances to adhere to the traditional bilateral paradigm and not to give other States or the organized international community to react to violations would lead to the result that these obligations remain enforceable under general international law »⁷⁶³.

⁷⁵⁹ CIJ Recueil 1951, p.23.

⁷⁶⁰ *Ibid.*

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreki et al.*, jugement, T. Ch., 14 janvier 2000, affaire n. IT-95-16-T, p.211, para. 519.

⁷⁶³ B. SIMMA, « *From bilateralism to community interest in international law* », *RCADI*, vol. 250, 1994, pp. 296-297

162. A partir de ces différentes caractéristiques, le concept d'obligation *erga omnes* permet de comprendre et d'expliquer le paradigme des 'core crimes'. En évoquant l'idée d'un ordre public international, elle assume la prévalence du *jus necessarium* sur le *jus voluntarium*. A défaut de justifier en droit international l'hypothèse d'une *actio popularis*, les normes *erga omnes*, sous-tendent philosophiquement, le processus mis en œuvre dans le cadre de la compétence universelle. Elles ont, dans ce sens, une double dimension d'obligations à effet horizontal et d'obligations à effet vertical. La dimension horizontale renvoie à la généralisation des obligations *erga omnes* à tous les Etats et l'aspect vertical, quant à lui, renvoie à leur intégration dans les droits nationaux. Au fond, ce qu'il y a dans la perception du *jus cogens* et des normes *erga omnes* comme éléments conceptuels du paradigme des 'core crimes' c'est que, ces éléments constituent le noyau dur des crimes internationaux et une dimension de leur légalité substantielle. Aussi, ils renvoient à l'idée que certaines valeurs sont aussi fondamentales qu'elles justifient la détermination internationale de la compétence des juges nationaux.

§2- L'application de la règle internationale de compétence obligatoire à la détermination du caractère l'incrimination.

163. L'analyse du régime général des obligations internationales judiciaires révèle que celui-ci est constitué de manière presque exclusive des règles permissives de compétence à l'égard du juge national, qui pour l'essentiel, se divisent en deux principales catégories : les règles contenant l'obligation pour le juge national d'établir sa compétence et les règles comprenant l'obligation d'exercer la compétence⁷⁶⁴. Paola Gaeta a résumé cette idée en ces termes,

« certaines règles (...) imposent aux Etats l'obligation d'adopter le dispositif législatif nécessaire établissant leur compétence répressive (...) [alors que d'autres] obligent les

⁷⁶⁴ Pour une étude détaillée des obligations internationales judiciaires à l'égard de l'Etat, Cf., E. DAVID, *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009 ; C. VAN DEN WYNGAERT, *et al.* (dir), *International criminal law : a collection of international and european instruments*, Lieden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004; C. BASSIOUNI et E.M. WISE, *Aut dedere aut judicare : The duty to extradite or prosecute in international law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995. Dans cet ouvrage, les auteurs identifient plus de vingt quatre crimes internationaux définis par des conventions internationales et contenant des obligations internationales judiciaires (pp. 73-283) ; M. PLATCHA, « Aut dedere aut judicare : an overview of modes of implementation and approaches », *Maastricht Journal of European and comparative law*, vol.6, 1999, pp. 331-365 ; M.P. SCHARPF, « The letter of the law : the scope of international legal obligation to prosecution human rights crimes », *Law and Contemporary Problems*, 1996, pp. 41-41; D. ORENTLICHER, « Settling accounts: the duty to prosecute human rights violation of prior regime », *Yale Law Journal*, vol.100, 1991, pp. 2537-2615.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Etats à exercer leur compétence pénale à l'égard des personnes accusées de crimes internationaux (...) »⁷⁶⁵.

Dans le premier cas, la règle internationale oblige les autorités nationales à prendre des mesures pour établir la compétence du juge national dans telle ou telle matière, sans impliquer la mise en œuvre effective de ladite compétence selon la règle « *être compétent ne veut pas dire juger* ». En effet après avoir établi sa compétence, le juge peut, dans son office, se heurter à un obstacle tel les immunités juridictionnelles personnelles ou fonctionnelles établies au bénéfice de la personne à l'égard de laquelle il entendait exercer sa compétence.

Dans la seconde hypothèse, par contre, la règle internationale oblige le juge national à exercer sa compétence. Cette obligation d'exercice se situe, de ce fait, au plus haut niveau dans la hiérarchie des obligations internationales à caractère judiciaire ; et, elle considère la question de l'établissement de la compétence comme *une question préalable* supposée résolue. La particularité de cette règle est qu'elle s'adresse directement au juge et en dehors de son aspect procédural – elle règle la compétence d'un juge –, elle a une haute portée substantielle. En effet, en touchant à l'exercice même de la compétence du juge, la règle l'oblige à surmonter les obstacles pénaux nationaux tels que la prescription, les immunités fonctionnelles ou encore l'amnistie, selon la règle « *le juge doit juger* ». Sous cet angle, l'obligation d'exercer la compétence qui peut à certains égards être qualifiée *de règle de compétence obligatoire* constitue un élément important dans la détermination du régime de l'incrimination internationale. Par exemple, elle renseigne sur le caractère d'une incrimination comme le crime contre l'humanité, appréhendée par le droit international comme une incrimination à caractère imprescriptible. Il convient dès lors de relever que cette dimension de la règle de compétence obligatoire en matière de crimes internationaux découle de la nature internationale des incriminations. Clairement formulée dans le statut de Rome (A), elle est un thème essentiel dans l'analyse de la légalité substantielle du crime international au regard de sa portée (B).

A- La formulation de la règle de compétence obligatoire dans le Statut de Rome.

164. Il est unanimement admis que le quatrième paragraphe du préambule du Statut de Rome prévoyant, « que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient restés impunis et que leur répression doit être effectivement

⁷⁶⁵ P. GAETA, « Les règles internationales sur les critères de compétence des juges nationaux », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op.cit., p. 192.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

assurée par des mesures prises dans le cadre nationale (...) »⁷⁶⁶ et le sixième paragraphe rappelant, « qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables des crimes internationaux »⁷⁶⁷ énoncent une obligation internationale à l'égard de l'ordre juridique étatique⁷⁶⁸. Mais, la détermination du sens et de la nature de ladite obligation fait l'objet d'une divergence de points de vue qui, pour la plupart des auteurs, portent sur la question de l'implémentation du droit substantiel du Statut de Rome dans le droit national.

Pour certains auteurs, contrairement à certaines dispositions du Statut⁷⁶⁹ et nombre des conventions du droit international humanitaire, le texte de Rome ne contient aucune obligation expresse d'implémenter le droit substantiel⁷⁷⁰. Cette position semble même confirmée par la pratique de certains Etats⁷⁷¹. Pour d'autres auteurs en revanche, l'obligation contenue dans le préambule du Statut de Rome constitue bel et bien une obligation d'implémentation du droit substantiel dans le droit national⁷⁷². Cette seconde approche est

⁷⁶⁶ Ce paragraphe semble reprendre des recommandations du coordonateur sur le texte du Préambule du Statut et du Chapitre XIII des dispositions finales : A/CONF. 183/C1/L.73, 14 juillet 1998. Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale.

⁷⁶⁷ Ce paragraphe se rapproche d'une proposition faite par la République Dominicaine, A/CONF.183/C.1/L.52, 6 juillet 1998.

⁷⁶⁸ S. AKTYPIS, « L'adaptation du droit pénal français au Statut de la Cour pénale Internationale : Etats des lieux », droits fondamentaux, n°7, janvier 2008- décembre 2009.

⁷⁶⁹ Cf. article 70 (4) (a) qui prévoit l'adoption des sanctions, à l'échelle nationale, contre les atteintes à l'administration de la justice et l'article 88 qui contient l'obligation d'adopter des mesures législatives nationales en matière de coopération.

⁷⁷⁰ D. ROBINSON, « The Rome Statute and its impact in national law », in A. CASSESE, P. GAETA et J. R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, op.cit., p.1860.

⁷⁷¹ Cf. Rapport du gouvernement espagnol sur la ratification et l'implémentation du Statut de Rome en droit interne au Conseil de l'Europe : « [...] *Strictly speaking, the Statute does not include any obligation in the part of states parties to incorporate those criminal provisions into their internal law, as they only concern the scope and the exercise of the jurisdiction of the Court [...]* », [http://www.legal.coe.int/criminal/Icc/does/Consult-ICC\(2001\)/ConsultICC\(2001\)28E.pdf](http://www.legal.coe.int/criminal/Icc/does/Consult-ICC(2001)/ConsultICC(2001)28E.pdf). (consulté le à compléter). V. également, la discussion sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative à la coopération avec la Cour Pénale Internationale en France, Session ordinaire de 2001-2002, 61^e jour de séance, 136^e séance, 1^{ère} séance du mardi 19 février 2002, Présidence de M. Claude Gaillard (Déclaration de M. Alain Vidaltes « [...] *Le Statut ne fait certes pas obligation aux Etats parties d'harmoniser leur définition des crimes relevant de la compétence de la Cour avec celle du Statut. Mais le principe même de complémentarité, disposition-clé du Statut, exige cette harmonisation [...]* ». La Belgique, aussi, rejette que l'implémentation du droit substantiel soit la conséquence de l'existence d'une obligation légale : « [...] Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation, mais d'une conséquence logique de la règle de la complémentarité de la Cour dans les rapports avec les tribunaux internes [...] », Sénat de Belgique 2 février 2000, Projet de loi portant assentiment au Statut de la Cour Pénale Internationale fait à Rome, le 17 juillet 1998, para. 21.

⁷⁷² C. SAAS, « La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome », *Actualité juridique pénale Dalloz*, n°6/2007, p. 267 ; M. POLITI, « Le Statut de la Cour Pénale Internationale : le point de vue d'un négociateur », *RGDIP*, 1999, vol. 103, pp. 817-850, *spec.* 843 ; R.B. PHILIPS, « The International Criminal Court Statute : jurisdiction and admissibility », *Criminal Law Forum*, 1999, vol. 10, pp. 61-85, *spec.* 64. L'on peut également mentionner, M. DELMAS-MARTY, « La CPI et les interactions entre droit international et droit penal interne à la phase de l'ouverture du procès », in *Guest Lecture Series of the Office of the Prosecutor*, La Haye, 11 mars 2005 (www.Icc-cpi.int). L'auteur préconise une sorte « d'harmonisation indirecte » des systèmes pénaux autour des critères internationaux communs dégagés par la CPI. De même, l'ONG Amnesty International, *Listes des*

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

également suivie par une certaine pratique étatique⁷⁷³. Sans vouloir discuter l'une ou l'autre des deux conceptions ainsi opposées, le Statut étant particulièrement ambigu sur la question⁷⁷⁴, il convient de relever qu'elles se focalisent toutes sur le sens du bout de phrase « *des mesures prises dans le cadre national* ».

Or, si l'on prend en compte la forme sémantique de ces paragraphes et notamment l'usage de l'impératif « *la répression doit être effectivement assurée* » et l'instauration du « *devoir* » étatique de traduire les auteurs des crimes graves devant les juridictions nationales, il est possible d'admettre que l'obligation contenue dans le préambule, établie plutôt une règle de compétence obligatoire à l'égard du juge national en matière des crimes graves. L'option d'une telle interprétation du Statut semble particulièrement fertile dès lors qu'elle va au-delà de la simple adaptation en droit interne du droit substantiel du Statut qui, dans ce cas, apparaît désormais comme une condition préalable à la répression. En abordant la question de la règle de compétence obligatoire à travers une interprétation du préambule du Statut, l'on règle la question du régime de l'incrimination internationale dans l'ordre interne et donc, celle de sa légalité substantielle. En effet, c'est la nature de l'incrimination qui justifie cette règle de compétence obligatoire. Cette vision s'inscrit dans la logique du principe de la complémentarité qui reconnaît la primauté de juridiction aux juridictions nationales en matière de répression de crime international. Cependant, certaines voies se sont élevées au sujet de la juridicité de l'obligation ainsi décrite dans le but de douter de la juridicité de la règle de compétence obligatoire elle-même. Dès lors, il convient de démontrer la normativité du préambule du Statut de Rome (2) au regard de l'interprétation de l'article 17 du Statut lui-même (3). Mais avant, il semble judicieux de revenir d'abord sur la juridicité des obligations en droit international (1).

principes à respecter en vue d'une mise en œuvre efficace de la Cour Pénale Internationale, Londres, juillet 2000, pp. 2 et sq.

⁷⁷³ Le gouvernement néerlandais a notamment estimé dans son mémorandum portant sur l'implémentation du droit substantiel que, « *Although not expressly provided for in the Statute, the majority of States – including the Kingdom – were always of the opinion that the principle of complementarity entails that State parties at the Statute are obliged to criminalize the crime that are subjects to the International Criminal Court's jurisdiction in their national laws and furthermore to establish extra-territorial, universal jurisdiction which enables their national criminal courts to adjudicate these crimes even if they have been committed abroad by a foreign national* », Kamerstukken II 2001/02 28 337 nr. 3 (MvT), pp. 2, 18.

⁷⁷⁴ S. ROSENNE, « Poor drafting and imperfect organization: flaws to overcome in the Rome Statute », *Virginia Journal of International Law*, 2000, vol. 164-185; M. A. NEWTON, « Comparative complementarity: domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court », *Military Law review*, 2001, vol. 167, pp. 20-73, spec. 22-23.

1- La question de la juridicité de l'obligation internationale.

165. Pour déterminer la juridicité d'une obligation internationale, il est opportun de distinguer juridicité au sens de la capacité prescriptive d'une norme et effectivité sociologique. En effet, ce n'est pas parce que les règles du droit international sont fréquemment violées qu'elles perdent pour autant leur caractère de règles juridiques, c'est-à-dire, qu'elles ne contiennent pas d'obligations juridiques. La normativité juridique n'est pas fonction de l'effectivité sociologique. Les normes juridiques, observait l'italien Anzilotti, « affectent un devoir être dont la valeur est indépendante du fait que ce devoir est ensuite réalisé ou non »⁷⁷⁵. Ensuite, il est opportun de rompre ce que Prosper Weil a appelé « *le couple diabolique obligation-sanction* ». Pour cet auteur, une règle de droit ne cesse pas d'être une règle de droit parce qu'il n'y a pas de moyens pour contraindre à son application et parce que sa violation reste dépourvue de sanction. Le système juridique n'est pas nécessairement – et n'est en tout cas pas uniquement – un ordre de contrainte. La sanction n'est pas consubstantielle à l'obligation juridique⁷⁷⁶.

Ce point de vue prend le contre-pied de la thèse défendue par Kelsen qui constatait au sujet de la Charte des Nations Unies, qu'une obligation juridique doit être sanctionnée pour qu'elle existe et que l'insuffisance dans la formulation de l'obligation et l'absence de sanction du comportement contraire ôtent toute valeur juridique à l'affirmation⁷⁷⁷. La Cour internationale de justice a formellement critiqué cette approche en ces termes : « Dans le domaine international, l'existence d'obligations dont l'exécution ne peut faire l'objet en dernier ressort d'une procédure juridique a toujours constitué la règle plutôt que l'exception. »⁷⁷⁸. Sur le fondement de cette argumentation, il est bien établi que le préambule du Statut de Rome contient une obligation au sens juridique du terme. Et que, cette obligation énonce une règle de compétence obligatoire comme l'atteste la normativité du préambule lui-même.

2- La portée normative du préambule du Statut de Rome.

166. Il n'existe pas aujourd'hui, en doctrine, de réponse nette sur la question de la valeur juridique des préambules des traités. Pour certains auteurs se référant à la jurisprudence de la

⁷⁷⁵ D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Vol I, trad. Fr. G. GIDEL, Paris, Sirey, 1929, p.43. on peut observer que, les règles limitant la vitesse sur route ne cessent pas d'être des règles de droit du simple fait que de nombreux automobilistes ne les respectent pas.

⁷⁷⁶ P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI*, *op.cit.*

⁷⁷⁷ H. KELSEN, «The law of the United Nations », Londres, Stevens and Sons Ltd, 1950, pp. 3-12.

⁷⁷⁸ *Sud-Ouest africain*, deuxième phase, Recueil CIJ, 1966, p.46, para. 86.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

CIJ notamment dans les affaires du droit d'Asile⁷⁷⁹ et des ressortissants des Etats-Unis au Maroc⁷⁸⁰, la question ne fait pas de doute : l'utilisation du préambule pour éclairer la portée des obligations l'intègre sans conteste dans les normes du droit des traités⁷⁸¹. Pour d'autres, il convient de retenir le préambule uniquement lorsqu'il énonce les buts du traité avec une précision suffisante pour diriger l'interprétation du dispositif⁷⁸².

D'autres auteurs, encore comme Hans Kelsen en 1950, avait adopté une position davantage tranchée s'agissant du préambule de la Charte des Nations Unies. En effet, le défenseur de la théorie pure du droit constatait, en analysant la valeur juridique du préambule, que la force obligatoire d'une disposition ne dépend pas seulement de sa forme, mais aussi de son contenu. Le fait (même) d'être incluse dans le dispositif d'un traité ne confère pas le caractère normatif à une clause. Encore faut-il une obligation juridiquement sanctionnée. L'insuffisance dans la formulation de l'obligation et l'absence de sanction du comportement contraire ôtent toute valeur juridique à l'affirmation⁷⁸³. Toujours concernant ce texte, le rapporteur du Comité I/1 affirmait que, pour les membres du Comité, le préambule a la même valeur que les articles 1 et 2 de la Charte⁷⁸⁴. Mais cette déclaration du rapporteur n'a pas clôt la question de la normativité de la Charte et la CIJ introduit des doutes avec l'arrêt rendu le 18 juillet 1966 dans l'affaire du *Sud-Ouest africain*. Le juge international y déclare,

« Des considérations humanitaires peuvent inspirer des règles de droit : ainsi le préambule de la Charte des Nations Unies constitue la base morale et politique des dispositions juridiques qui sont énoncées ensuite. De telles considérations ne sont pas cependant en elles-mêmes des règles de droit. Tous les Etats s'intéressent à ces questions ; ils y ont un intérêt. Mais ce n'est pas parce qu'un intérêt existe que cet intérêt a un caractère spécifiquement juridique »⁷⁸⁵.

La convention de Vienne, qui constitue le texte fondamental dans le droit des traités, reste assez ambiguë sur la question. Aux termes de l'article 31 paragraphe 2, elle dispose « Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, le préambule et annexes inclus... ». Ce texte assimile le préambule au texte, mais seulement dans le cadre du

⁷⁷⁹ CIJ Rec. 1950, p.282.

⁷⁸⁰ CIJ Rec. 1952, p. 196.

⁷⁸¹ Cf. Ch. de VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963, p. 61.

⁷⁸² Cf. Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, Tome 1, Paris, Sirey, 1970, p.87. (à vérifier)

⁷⁸³ H. KELSEN, "*The law of the United Nations*", Londres, Stevens and Sons Ltd, 1950, pp. 3-12.

⁷⁸⁴ J-P. COT et A. PELLET, « Préambule », in J-P. COT, A. PELLET et M. FORTEAU, (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaires article par article*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., Vol 1, 2005, pp. 290-312.

⁷⁸⁵ *CIJ Rec. 1966*, p.34. Dans le premier arrêt rendu dans la même affaire le 21 décembre 1962, la Cour avait cependant utilisé le préambule de l'accord de mandat pour interpréter celui-ci (*CIJ Rec. 1962*, pp. 330-331). Voir dans le même sens, les arrêts du 26 novembre 1984, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et conte celui-ci (compétence de la cour et recevabilité de la requête)*, *CIJ Rec. 1984*, p. 428, par. 83, du 12 décembre 1996, *Plates-formes pétrolières (exception préliminaire)*, *CIJ Rec. 1996*, p. 813, par. 27.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

contexte et donc, pour des besoins d'interprétation, surtout si l'on fait recours à la méthode téléologique⁷⁸⁶.

Cette ambiguïté du droit international général sur la valeur juridique du préambule des traités n'est pas sans inconvénient. Elle donne au texte même de la convention, une souplesse et une grande capacité d'adaptation qu'une formulation plus rigoureuse interdirait⁷⁸⁷. Elle illustre aussi que, cette question s'inscrit en droite ligne de celle plus générale de la normativité des normes internationales, c'est à dire de la juridicité du droit international tout court. En effet, sur certains points le droit international ne présente tout simplement aucune norme et présente donc des « lacunes », sur d'autres, le contenu de la règle reste trop controversé pour régir utilement la conduite des Etats, sur d'autres encore, la norme demeure au niveau des standards abstraits auxquels seul le « développement » forcément lent, du droit international peut conférer un contenu concret et une signification précise⁷⁸⁸. Cette triple relativisation de la normativité du préambule des traités semble être la toile de fond du texte de Vienne et la jurisprudence de la CIJ. Dès lors, le problème de la valeur juridique du préambule des traités ne peut être détaché à la fois des faiblesses structurelles du droit international – relâchement de la société internationale – et conceptuelles – manque de rigueur dans la détermination de ce qui est normatif et de ce qui ne l'est pas.

167. Eu égard à ce qui précède, il ne s'agit pas pour nous de tracer une frontière entre le droit et le non-droit, s'agissant de la normativité du préambule du Statut de Rome. Il s'agit plutôt, de postuler la particularité de cette convention de laquelle pourrait découler la juridicité de son préambule. La question se pose ainsi en termes de degré, c'est-à-dire, voir si le Statut de Rome atteint le seuil nécessaire, pour qu'un discours normatif soit créateur d'obligations juridiques. Bien entendu, l'on part de la double idée que la sanction, quand bien même l'on se serait accordé sur sa définition, n'est pas le critère de la normativité d'un texte d'une part et, d'autre part, que la valeur juridique du préambule n'admet pas de réponse uniforme en droit international général. Cette valeur relève d'un régime variable : variable d'une convention à l'autre, voire d'une disposition à l'autre d'une même convention.

Ainsi, si l'on prend d'abord les travaux préparatoires du Statut de Rome, ceux-ci ne nous renseignent pas en tant que tel sur la valeur juridique du préambule du texte de la CPI.

⁷⁸⁶ M.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Liden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 46.

⁷⁸⁷ J-P. COT et A. PELLET, « Préambule », op. cit., p. 292 au sujet du préambule de la Charte.

⁷⁸⁸ P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », in *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, coll « Doctrine juridique », 2000, pp. 26-56.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Ce n'est que dans une proposition soumise par Andorre⁷⁸⁹ concernant les deux premiers paragraphes du Préambule que l'on retrouve de manière incidente un avis sur la valeur juridique du préambule du texte de la CPI,

« La création d'une cour criminelle internationale est un évènement historique d'une importance exceptionnelle qui justifie l'inclusion dans le préambule d'un texte exaltant et néanmoins très précis qui s'articulerait autour d'une déclaration d'intention fondamentale et serait rédigé dans un style analogue à celui du préambule de la Charte des Nations Unies par exemple ».

Mais, lorsque l'on dépasse ce silence des travaux préparatoires et qu'on remonte aux travaux de la Commission de Droit International sur le projet de création d'une Cour criminelle internationale, les avis semblent plus favorables à la reconnaissance de la juridicité du préambule de la future Cour⁷⁹⁰.

Le préambule présente au plus haut degré ce caractère d'*open texture* souligné par Oscar Schachter⁷⁹¹. S'agissant du Statut de Rome, s'il ne comporte pas entièrement de règles précises, il formule des « principes généraux », indique des « standards », contribue à la définition d'une « théorie générale » du droit des infractions internationales⁷⁹². Deux idées forces, qui apparaissent comme des principes structurant du texte de Rome, partent du préambule et irriguent tout le Statut. D'une part, il s'agit de l'idée selon laquelle les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale et menacent l'espèce humaine ne sauraient restés impunis, et d'autre part, de celle que les Etats, à travers leurs juridictions nationales, sont appelés à jouer le premier rôle dans la lutte contre l'impunité. Si la première idée est directement traduite par le principe de la lutte contre l'impunité, la seconde quant à elle, s'exprime dans le principe de la complémentarité⁷⁹³. Mais c'est dans l'énonciation de ces deux idées qu'il convient de situer la normativité du préambule du Statut de Rome. En effet, nul doute que le principe de la complémentarité contenu dans le préambule a une portée normative. Ce principe posé rappelle le caractère subsidiaire de la compétence de la Cour, à l'inverse de ce qui fonde la compétence des deux tribunaux ad hoc pour juger les

⁷⁸⁹ A/CONF. 183/C.1/L.32, 30 juin 1998.

⁷⁹⁰ Voir à cet égard, O. TRIFFTERER, « Preamble- legal and political importance » in O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observes' notes, article by article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 4 et ss.

⁷⁹¹ Cf. O. SCHACHTER, « The Relation of law, Politics and Actions in the United Nations », *RCADI*, 1963-II, t. 109, p169.

⁷⁹² Cf. J.-P. COT et A. PELLET, « Préambule », *op. cit.*, p. 292.

⁷⁹³ Le principe de la lutte contre l'impunité peut apparaître comme un principe directeur du droit des infractions internationales en ce sens que c'est lui qui a motivé la création d'une Cour pénale internationale. Le principe de la complémentarité quant à lui apparaît comme un principe directeur en ce sens que c'est lui qui détermine le mode d'intervention de la cour créée. Sur la notion de principe directeur, voir, E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire. Etude d'une catégorie juridique*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, 2000.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Le préambule du Statut de Rome énonce des déclarations de principes et des valeurs morales et universelles autour desquelles la Cour devrait s'articuler⁷⁹⁴. C'est par une interprétation fondée sur la maxime *ut res magis valeat quam pereat*⁷⁹⁵ qu'il est possible de dégager la normativité du préambule du Statut de Rome. Car, en matière pénale, la détermination des valeurs dans un texte correspond presque toujours à l'identification de l'intérêt social protégé.

3- L'herméneutique de l'article 17 du Statut de Rome : la complémentarité « positive » ou l'admission de l'inaction de l'Etat comme une donnée positive de la règle de compétence obligatoire.

168. La question est ici de savoir si, lorsque les écarts entre le Statut et la législation nationale sont tels que les juridictions nationales n'ont aucune compétence sur les crimes relevant du Statut de Rome, l'affaire peut-elle être recevable devant la CPI ? Aussi, cette recevabilité, si elle est admise, peut-elle s'analyser en une sanction de l'Etat dans le même sens que peut l'être le manque de volonté et/ou le manque de capacité ? En effet, il s'agit de savoir si l'inaction peut être assimilée en une incapacité ou en un manque de volonté de l'Etat. D'un point de vue logique, une telle analyse vise à considérer le fait pour un Etat, de ne pas exercer sa compétence judiciaire conformément au préambule du Statut de Rome, comme une violation de la légalité de l'incrimination. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour semble soutenir cette perspective. Procédant par une interprétation *a contrario* de l'article 17, la Cour dans l'affaire *Le procureur c. Thomas Lubanga Diylo*, a estimé que l'affaire en question « ne serait recevable que si les Etats ayant compétence en l'espèce sont demeurés inactifs à son égard »⁷⁹⁶. En qualifiant elle-même cette interprétation des alinéas a), b) et c) de l'article 17-1 du Statut d' « *interprétation a contrario* »⁷⁹⁷, la Cour semble dégager une troisième donnée rentrant dans la question de la recevabilité de l'affaire, à savoir, l'inaction des Etats. Cette interprétation qui permet à la Cour de ne pas se pencher sur le manque de volonté ou sur l'incapacité de l'Etat compétent, semble ouvrir une brèche pour le juge international pouvant lui assurer un contrôle du respect du devoir pour les Etats de poursuivre dans l'ordre interne

⁷⁹⁴ W. BOURDON et E. DUVERGER, *La cour pénale internationale. Le statut de Rome*, Paris, Seuil, coll. « Points », 2000, p.26.

⁷⁹⁵ De manière générale sur cette maxime, lire, G. POSSE, « La maxime *ut res magis valeat quam pereat*, (interprétation en fonction de l' « effet utile ») : les interprétations : « extensives » et « restrictives » », 23 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1972), pp. 222-254.

⁷⁹⁶ Situation en RDC, *Affaire Le Procureur c. Thomas Lubanga Diylo*, Ch. Pr. I, décision relative à la Décision de la Chambre préliminaire I du 10 février 2006 et à l'inclusion de documents dans le dossier de l'affaire concernant M. Thomas Lubanga Diylo, n° ICC-01/04-01/06- 8 du 24 février 2006, para. 29

⁷⁹⁷ *Ibid.*

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

les crimes contenus dans l'article 5 du Statut. Selon la Cour, « en l'absence d'action de la part d'un Etat, la Chambre n'est pas tenue d'analyser le manque de volonté ou d'incapacité »⁷⁹⁸.

Cette même interprétation a été admise dans l'affaire *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*. Faisant référence à l'inaction des Etats, la Cour a affirmé que,

« rien n'indique que (Jean Pierre Bemba) serait déjà poursuivi à l'échelon national pour les crimes visées dans la requête du Procureur »⁷⁹⁹.

Comme dans l'affaire *Lubanga*, la Cour a, dans l'affaire Bemba, fondé la recevabilité de l'affaire sur l'inaction des Etats. Cette interprétation de l'article 17 par la Cour a été préconisée par un groupe d'expert ayant rendu un rapport informel en 2003 sur le principe de la complémentarité en pratique⁸⁰⁰. Elle semble conforme à la théorie de l'interprétation de Kelsen pour qui, la fonction du juge doit tenir compte de ce que,

« La norme (générale)... laisse toujours une marge plus ou moins grande à l'appréciation et se présente ainsi comme une sorte de cadre à remplir. Tout ordre, si détaillé soit-il, laisse une série de points à la décision de celui auquel il s'adresse »⁸⁰¹.

Dans cette perspective, si l'on entend par interprétation, la détermination du sens de la norme appliquée, poursuit Kelsen,

« le résultat de cette activité (menée par le juge) ne peut être que la détermination du cadre constitué par la norme et par conséquent la constatation des diverses manières de le remplir... »⁸⁰².

En remplissant ainsi le cadre fixé par l'article 17, l'interprétation du juge international pourrait conduire à l'assimilation d'une méprise des mesures dans le cadre national en un cas d'inaction de l'Etat. Dès lors, l'obligation de poursuivre les auteurs de crimes contre l'humanité devant les juridictions nationales pourraient avoir pour préalable, l'internalisation du crime lui-même. Cette tendance semble explicitement rejoindre le point de vue défendu par Burke-White à travers son concept de « *proactive complementarity* »⁸⁰³.

⁷⁹⁸ *Ibid.* para.40.

⁷⁹⁹ Situation en RCA, *Affaire Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Ch. Pr. II, Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba, 10 juin 2008

⁸⁰⁰ CPI, Bureau du Procureur, Informal Expert Paper, The principle of complementarity in practice (www.icc-cpi.int). Ce groupe considère que, même s'il est courant de mettre l'accent sur le manque de volonté ou sur l'incapacité de l'article 17, en réalité, cette disposition envisage trois scénarios distincts.

⁸⁰¹ H. KELSEN, Théorie pure du droit, *op.cit.*, p.39.

⁸⁰² *Ibid.* 138

⁸⁰³ W. W. BURKE-WHITE, « Proactive complementarity: International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice », *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n°1, 2008, pp. 53-108. Cet auteur estime que le terme « Positive complementarity is used by some commentators to describe a similar policy approach ». Cependant, « proactive complementarity, better reflects the nature of the policy and better highlights its distinction from the Court's present approach that might be termed "passive complementarity" ». L'auteur cite par la suite, P. AKHAVAN, «The lord's resistance Army case: Uganda's submission of the first state referral to the International Criminal Court », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 403-413.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

A travers ce concept, l'auteur suggère que la CPI pourrait collaborer avec les Etats en les encourageant à prendre des mesures pour engager des poursuites à l'échelle nationale dans la mesure où, les objectifs de la Cour ne peuvent être atteints que si les Etats remplissent leurs obligations en matière de mise en œuvre de la responsabilité pénale⁸⁰⁴. Lors de son entrée en fonction en 2003, le Procureur de la CPI Luis Moreno Ocampo affirmait,

« As a consequence of complementarity, the number of cases that reach the Court should not be a measure of its efficiency. On the contrary, the absence of trials before this court, as a consequence of regular functioning of national institutions would be a major success »⁸⁰⁵.

De même, lors d'une allocution faite à l'attention du corps diplomatique à La Haye en 2004, le Procureur international, Luis Moreno Ocampo, soulignait que la stratégie prioritaire est d'adopter,

« a positive approach to complementarity. Rather than competing with national systems for jurisdiction, we will encourage national proceedings wherever possible »⁸⁰⁶.

Cette approche de la complémentarité plutôt que de situer les juridictions nationales en concurrence avec la CPI, les encourage et les incite au respect d'un certain nombre d'obligations parmi lesquelles, l'obligation de poursuivre. Ce rapport entre légalité et compétence en droit pénal a particulièrement été analysé par Georges Levasseur⁸⁰⁷.

B- La portée de la règle de compétence obligatoire.

169. Comme il a été dit, la règle de compétence obligatoire touche la légalité substantielle de l'incrimination de crime contre l'humanité en droit interne en ce qu'elle permet de penser le caractère de cette incrimination. En affirmant l'obligation pour le juge national, d'exercer sa compétence pénale à l'égard des auteurs de tels crimes, le droit international participe à la qualification de l'incrimination. Ce faisant, il tranche la question relative à l'influence des termes pénaux nationaux sur l'exercice de la compétence du juge (1) ce qui soulève logiquement la question de la compatibilité des constitutions africaines avec le droit international (2).

⁸⁰⁴ Ibid., p. 54

⁸⁰⁵ Luis Moreno-Ocampo, Procureur à la CPI, Discours fait à l'occasion de la cérémonie solennelle d'investiture du Procureur de la CPI, 16 juin 2003, disponible sur www.icc-cpi.int/library/organs/otp/03061/moreno_ocampo_English_final.pdf.

⁸⁰⁶ Luis Moreno-Ocampo, Procureur à la CPI, Discours du Procureur au corps diplomatique (12 février 2004), disponible sur http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/LOM_20040212_Eng.pdf.

⁸⁰⁷ G. LEVASSEUR, « Réflexion sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité », in *Mélanges Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 13 et s.

1- Le crime contre l'humanité, une incrimination faisant échec à l'amnistie, aux immunités et à la prescription en droit international.

a) - Echec à l'amnistie.

170. Le terme amnistie dérive de l'expression grecque « *amnestia* » ou « *amnesie* » qui signifie oubli, perte de mémoire⁸⁰⁸. Il s'agit d'un acte de souveraineté visant à appliquer le principe de *tabula rasa* aux infractions antérieures, généralement commises contre l'Etat ou ayant une quelconque dimension politique. Son objectif est de mettre un terme aux poursuites judiciaires déjà engagées, de neutraliser celles devant l'être ou encore d'anéantir les décisions déjà rendues. C'est dans ce sens que le Black's Dictionary of Law appréhende l'amnistie comme étant,

« [A] sovereign act of forgiveness of past acts, granted by a government to all person (or to certain classes a persons) who have been guilty of crime or delict, generally political offenses, treason, sedition, rebellion, draft evasion, and often conditioned upon their return to obedience and duty within a prescribe time. (...) Included in the concept of pardon, is 'amnesty' which is similar in all respects to a full pardon, insofar as when it is granted both the crime and the punishment is abrogated »⁸⁰⁹.

Elle est plus ponctuellement qualifiée « d'acte du pouvoir souverain immunisant des personnes de toute poursuite pénale pour des crimes passés »⁸¹⁰. Malgré que le concept d'amnistie recouvre des situations assez hétérogènes, il convient de souligner qu'il garde un minimum de sens commun à partir de son étymologie (défense de se souvenir ou, à l'inverse, obligation d'oublier).

171. Du point de vue de son domaine d'application, l'amnistie apparaît souvent comme la « clause d'un traité de paix par laquelle, les parties renoncent à leurs griefs. Que ceux-ci soient antérieurs ou consécutifs à la guerre »⁸¹¹ ou comme un « terme de droit pénal interne désignant la mesure par laquelle le législateur décide de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions ou de ne pas appliquer les condamnations [...] »⁸¹². C'est cette dernière version de l'amnistie qui est abordée à l'exclusion de la première qui ne soulève pas nécessairement des questions de droit pénal.

⁸⁰⁸ Cf., N. WEISMAN, « A history and discussion of amnesty », *Columbian Human Right Law Review*, vol. 4, 1972, p. 529.

⁸⁰⁹ H.C. BLACK, *Black's law dictionary*, 6th. ed., 1992, pp. 82-83.

⁸¹⁰ Cf. Le Progress report on the Question of the impunity of perpatrators of human rights violations, UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1993/6.12 (19 juillet 1993).

⁸¹¹ Cf., J. SALOMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 61. Les auteurs de *common law* distinguent à ce propos, « l'Express amnesty. Amnesty granted indirect terms », de l' « implied amnesty. Amnesty indierctly resulting from a peace treaty executed between contending parties (B.A. GARNER, *Black's law dictionary*, 1999).

⁸¹² *Ibid.*

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Ainsi envisagée dans sa dimension d'institution pénale, la prise en compte de l'amnistie, qui se distingue de la grâce bien que les deux mesures découlent du pouvoir discrétionnaire de clémence reconnu aux autorités politiques d'un Etat, permet de poser la question de savoir si une mesure de souveraineté interne peut s'appliquer à une incrimination internationale lorsqu'elle est intégrée dans l'ordre interne. Si l'analyse des sources conventionnelles et coutumières du droit international laisse penser qu'une mesure nationale d'amnistie reste sans effet sur une procédure pénale internationale⁸¹³, la question est ici de savoir si une mesure nationale d'amnistie peut mettre un terme aux poursuites nationales engagées en matière d'un crime international tel le crime contre l'humanité. Cette question s'était déjà posée dans le cadre de la loi d'amnistie de Sud-africaine intitulée *The Promotion of national unity and reconciliation act 34 of 1995*⁸¹⁴ adoptée à l'occasion de la commission du crime d'apartheid aujourd'hui qualifié de crime contre l'humanité.

Chaque fois que l'on essaye d'analyser la légalité des lois nationales d'amnistie en matière de crime de masse comme le crime contre l'humanité, les objectifs nationaux de réconciliation et d'unité brouillent le débat juridique. Pourtant, à l'époque où le crime contre l'humanité apparaît éminemment comme un acte imputable à l'humain et détaché de toute figure étatique⁸¹⁵, il paraît nécessaire de relativiser l'importance des choix politiques⁸¹⁶. En se limitant au seul débat juridique et prenant appui sur la loi d'amnistie sud africaine, l'interprétation du droit international faite par les juridictions nationales semble assez critiquable. S'agissant d'abord de la Cour Suprême, celle-ci a été entre autre saisie pour l'examen de la légalité de la loi d'amnistie au regard du droit international coutumier. Les parties ont en effet soutenu que,

« [T]he Act, to the extent that it grants amnesty to war crimes, violates a cardinal rule of international humanitarian law, namely that there can be no amnesty for war crimes »⁸¹⁷.

⁸¹³ Nous renvoyons sur cette question à F. Z. NTOUBANDI, *Amnesty for crimes against humanity under international law*, Liden, Boston, Martinus Nijoff Publishers, 2007.

⁸¹⁴ Cette loi généralement connue sous l'appellation d'*Amnesty act of 1995*, trouve ses racines dans deux importants textes. Il s'agit: *The indemnity act of 1990* et *The indemnity act of 1992*. A ces deux textes, l'on peut ajouter la Constitution transitoire qui contenait des clauses sur l'unité et la réconciliation nationale et des dispositions relatives à l'amnistie.

⁸¹⁵ Voir supra, paragraphe sur l'imputabilité de l'inhumain à l'humain.

⁸¹⁶ Nous n'examinerons pas le choix politique fait par les autorités sud-africaines de privilégier la neutralisation des poursuites pénales contre les auteurs présumés du crime d'apartheid et donc de renoncer à l'établissement de la responsabilité pénale en tant qu'obligation de répondre. En le faisant, les autorités ont préféré face à la colère et à la frustration des victimes obligées d'accepter des aveux de façade.

⁸¹⁷ Cf. F. Z. NTOUBANDI, *Amnesty for crimes against humanity under international law*, op.cit., p. 166

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

La haute juridiction a rejeté cet argument en se basant sur les articles 231 (1) et (4) de la constitution transitoire qui consacre la supériorité de la loi interne sur le droit international. Le second de ces textes dispose en effet que,

« [T]he rule of customary international law binding on the Republic, shall, unless inconsistent with constitution or an Act of Parliament form part of the law of the Republic»⁸¹⁸.

S'agissant de ce même examen de la légalité devant la Cour Constitutionnelle, il a été soulevé, devant cette juridiction, la possible contradiction entre l'article 20 (7) de la loi d'amnistie qui prévoit d'accorder une amnistie générale et les quatre conventions de Vienne de 1949 qui énoncent l'obligation pour les Etats de poursuivre les auteurs des violations graves des droits de l'homme. La cour pour rejeter cet argument de l'inconstitutionnalité de l'amnistie accordée aux auteurs présumés du crime d'apartheid, a affirmé que la compétence du droit international en la matière se limite à l'interprétation de la constitution,

« [T]he issue which falls to be determine in this court is wheter section 20 (7) of the Act is inconsistent with teh constitution. If it is, the enquiry as to wheter or not international law prescribes a different duty is irrelevantto that determination. International law and the content of international treaties to which South Africa might or might not be a party in any particular time, in my view, relevant only in the interpretation of the constitution itself »⁸¹⁹.

En faisant une lecture complète de cette jurisprudence, plusieurs griefs peuvent être formulés à l'encontre des décisions des hautes juridictions sud africaines. Notamment, il peut leur être reproché l'application sélective du droit international dont le seul examen s'est limité au droit conventionnel au détriment du droit coutumier⁸²⁰. Il peut également leur être reproché le fait d'avoir manqué de qualifier le crime d'apartheid commis en Afrique du Sud comme une violation grave du droit international. Il peut encore leur être reproché le fait de n'avoir pas suffisamment analysé si oui ou non les quatre conventions de Genève relevaient du statut de *ius cogens*. Pourtant, une analyse sérieuse de ces juridictions aurait pu conclure à l'illégalité de la loi d'amnistie, du moins selon l'hypothèse que la légalité substantielle du crime d'apartheid, considéré en droit international comme un crime contre l'humanité, est déterminée par le droit international. Une telle approche n'aurait pas fait obstacle au choix

⁸¹⁸ Pour plus de détails sur cette question, Cf. Z. MOTALA, « The Promotion of national unity and reconciliation Act, The constitution and international law », *Comparative and international law journal of southern Africa*, 1995, p. 338.

⁸¹⁹ F. Z. NTOUBANDI, *Amnesty for crimes against humanity under international law, op.cit.*, p. 170. Pour une analyse détaillée de cette question, voir également, Z. MOTALA, « The constitutional court's approach to international law and its method of interpretation in the 'amnesty decision': intellectual honesty or political expediency? », *South African yearbook of international law*, 1996, pp. 29-59.

⁸²⁰ Sur cet aspect, Cf. J. DUGARD, « Is the truth and reconciliation process compatible with international law? An unanswered question », *South African Journal on Human Rights*, 1997, p. 265.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

politique des autorités d'apporter une réponse par le recours à une commission dite vérité et réconciliation, tout comme elle aurait permis de relativiser l'argument basé sur la constitutionnalité de ladite loi d'amnistie. D'ailleurs, une telle approche avait déjà été adoptée par les pays tels, la République Démocratique d'Allemagne, la Roumanie, la Hongrie, la Colombie ou encore le Guatemala qui ont affirmé que les coupables des violations graves des droits de l'homme comme la torture, les disparitions forcées, les exécutions et les crimes contre l'humanité sont exclus du bénéfice des dispositions des lois d'amnistie⁸²¹. Aussi, mention peut être faite de la décision de la Commission interaméricaine des droits de l'homme qui a affirmé en 1992, concernant la loi du Salvador que,

« [T]he present amnesty law, as applied in these cases, by foreclosing the possibility of judicial relief in cases of murder, inhumane treatment, and absence of judicial guarantees, denies the fundamental nature of the most basic human rights. It eliminates perhaps the single most effective means of enforcing such rights, the trial and punishment of offenders »⁸²².

Cette décision qui fait référence à la règle de compétence obligatoire, a été reprise, toujours par la Cour interaméricaine des droits de l'homme, dans l'affaire *Velasquez Rodriguez*, affaire dans laquelle la Cour affirmait que les auteurs des violations graves des droits de l'homme doivent être punis⁸²³. Elle a également été réaffirmée dans l'affaire *Furundzija* dans laquelle le TPIY a rejeté toute loi d'amnistie en cas de violation grave des droits de l'homme⁸²⁴. C'est également dans ce sens qu'il convient de lire la loi d'amnistie adoptée par l'Assemblée Nationale de la République Démocratique du Congo le 12 juillet 2008. Celle-ci prévoit en effet que « sont exclus du champ d'application de la loi, le crime de génocide, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité »⁸²⁵. Par cette exclusion de l'incrimination de crime contre l'humanité du champ d'application de la loi d'amnistie, les autorités congolaises réaffirment l'idée ici développée que la caractérisation de l'incrimination de crime contre l'humanité à la fois comme un crime international par nature et comme une norme péremptoire du droit international produit une conséquence fondamentale : sa prohibition n'admet aucune forme d'exception autre que celle admise par le droit international. Ainsi, sa légalité substantielle est déterminée de manière exclusive par la norme internationale ce qui constitue une profonde limitation au pouvoir souverain des Etats

⁸²¹ Z. MOTALA, « The constitutional court's approach to international law and its method of interpretation in the 'amnesty decision': intellectual honesty or political expediency? », *op.cit.*, p. 49

⁸²² Cf. N. ROHT-ARRIAZA, « State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law », *California Law Review*, vol. 78, 1990, pp. 496-497.

⁸²³ Voir Jugement du 21 juillet 1989. Voir spécialement le raisonnement de la Cour dans les paragraphes 33 -34.

⁸²⁴ TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *op.cit.*, par. 151-157.

⁸²⁵ Citer références exactes de la loi de la RDC sur l'amnistie de 2008.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

d'accorder l'amnistie en cette matière. La même logique a été adoptée par la Loi n°052-2009/AN portant détermination des compétences et de la procédure de mise en œuvre du Statut de Rome relatif à la Cour pénale internationale par les juridictions burkinabé. Celle-ci dispose aux termes de son article 14, « Les infractions et les peines prévues [s'agissant des crimes contre l'humanité] sont imprescriptibles. *Elles ne sont susceptibles ni d'amnistie ni de grâce* ». La même lecture peut être faite au sujet des immunités.

b- Echec aux immunités.

172. Il existe deux types d'immunité en droit international⁸²⁶ : celles accordées aux Etats et celles accordées aux personnes physiques représentant de l'Etat. Chacun de ces types se subdivise en deux sous catégories. Dans le premier cas on distingue les immunités de juridiction⁸²⁷ de celles d'exécution⁸²⁸. Dans le second cas, on distingue les immunités fonctionnelles de celles personnelles. Cette mise en commun des différentes formes d'immunités vise à montrer que toute immunité quelle qu'elle soit est fondamentalement liée à la souveraineté étatique. Aussi, toute remise en cause d'une forme quelconque d'immunité exprime à certains égards, la destruction de la fameuse théorie de l'acte d'Etat. C'est sans doute aussi la raison pour laquelle, toutes immunités connaissent une dévaluation à l'épreuve d'un même phénomène, à savoir, l'invasion des droits de l'homme dans le droit international⁸²⁹. Mais si l'on se limite uniquement à la seconde catégorie des immunités – immunités accordées aux personnes physiques agents de l'Etat - du fait de leur nature pénale, l'évolution du droit international s'est faite en fonction du critère déterminant, personnel ou matériel et en opposition comme les deux faces de *janus*⁸³⁰.

⁸²⁶ Pour une vue générale sur les immunités, nous renvoyons à H. FOX, *The law of State immunity*, Oxford, Oxford University Press, New edition, 2004, 640 p.

⁸²⁷ L'immunité de juridiction de l'Etat renvoie au droit de ne pas être traduit devant les tribunaux d'Etat étranger.

⁸²⁸ L'immunité d'exécution renvoie au droit de ne pas voir ses biens saisis.

⁸²⁹ I. PINGEL, « L'immunité des Etats », in Ch. TOMUSCHAT et J.M. THOUVENAIN (dir.), *The fundamental rules of the international legal order*, Liden. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 239-248; A. BIANCHI, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, 2004, pp. 63 et s. ; P. LAGARDE, « Conclusions générales », in I. PINGEL (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004, p. 149 ; A. ORAKHELASHVILI, « Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the european court of human rights », *European Journal of International Law*, 2003, pp. 509 et s. ; Ch. TOMUSCHAT, « L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme », *RGDIP*, 2005, pp. 51 et s.

⁸³⁰ Pour de larges développements, cf. E. DECAUX, « Le statut du chef d'Etat déchu », *AFDI*, XXVI, 1980, pp. 101-139 ; *Le chef d'Etat et le droit international*, SFDI, Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, Pedone, 2002, et plus particulièrement, J-P. PANCRACIO, « L'évolution historique du statut international du chef de l'Etat », pp. 10 et s. ; M. COSNARD, « Les immunités du chef de l'Etat » ; A. BORGHI, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2003, 652 p. Pour des développements concernant l'Afrique, nous renvoyons à, T. ONDO, *La responsabilité introuvable du chef d'Etat africain*.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

173. Devant les juridictions nationales, l'évolution s'est faite dans le sens du renforcement des immunités des gouvernants plutôt que dans celui de leur remise en cause. En effet, une distinction nette a été faite entre dirigeant en exercice et dirigeant déchu avec en toile de fond, la distinction entre immunité personnelle et immunité fonctionnelle. Dans l'affaire du *Général Pinochet*, par exemple, les juridictions anglaises ont considéré à l'unanimité que, les chefs d'Etat en exercice jouissaient de l'immunité de l'Etat lui-même, indépendamment, semble-t-il de la nature des crimes commis. En répondant ainsi à la question de savoir, si l'ancien chef de l'Etat du Chili était-il fondé à solliciter le bénéfice de l'immunité à l'occasion de son arrestation en vue d'une procédure d'extradition pour crimes commis alors qu'il était chef de l'Etat, la Chambre des Lords a dans l'arrêt du 24 mars 1999, affirmé que, « *si le général avait encore assumé les fonctions d'un chef d'Etat, il aurait joui d'une immunité absolue* »⁸³¹. Plusieurs griefs peuvent être formulées contre cette décision des Lords au regard des graves confusions faites par ceux-ci notamment entre exception d'irrecevabilité, exception d'incompétence et régime des immunités⁸³². Dans un arrêt du 13 mars 2001 relatif à l'affaire *Kadhafi*, la Cour de cassation française a néanmoins confirmé le raisonnement des juges britanniques en soulignant que,

« la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat en exercice puissent, en l'absence de positions internationales contraires s'imposant aux parties concernées, faire l'objet de poursuite devant les juridictions pénales internes »⁸³³.

La Cour Internationale de Justice a également repris cette position des juridictions nationales dans l'affaire relative au mandat d'arrêt international du 11 avril 2000 à l'encontre de Yerodia Ndongbassi, ministre congolais des affaires étrangères. Dans son arrêt du 14 février 2002, la CIJ a rappelé le principe « (...) clairement établi en droit international (...) », selon lequel,

« (...) certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunité de juridiction, tant civile que pénale ».

Analyse comparée de la contestation du pouvoir en Afrique noire francophone (Les exemples du Camerounais, gabonais, tchadien et togolais), Thèse, Université de Reims, 2005 ; « Réflexions sur la responsabilité pénale internationale du chef de l'Etat », *Rev. trim. Dr. h.*, vol. 67, 2007, pp. 153-209 ; Q. TCHAYA TCHATAT, *Le statut pénal du chef d'Etat*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009.

⁸³¹ Pour le déroulement de la procédure entre l'Espagne et la Grande Bretagne, voir, J-Y. DE CARA, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 72-100 ; M.S.M. MAHMOUD, « Les leçons de l'affaire Pinochet », *JDI*, n°4, 1999, pp. 1021 et s.

⁸³² *Ibid.*, p. 76.

⁸³³ France, Cass crim., Arrêt n° 1414, du 13 mars 2001. Cette décision portait sur les faits de, « Complicité de destruction d'un bien par l'effet d'une substance explosive ayant entraîné la mort d'autrui, en relation avec relation avec une entreprise terroriste ». Sur l'analyse de l'affaire, cf. S. ZAPPALA, « Do heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction from international crimes? The Ghaddafi case before de the French Cour de Cassation », *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, pp. 595-612.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

Il s'agit d'une immunité totale quel que soit le crime commis, car comme l'affirme la Cour, il n'existe pas d'exception en droit international coutumier à la règle,

« consacrant l'immunité de juridiction et l'inviolabilité des ministres des affaires étrangères (y compris bien entendu les chefs d'Etat) en exercice lorsqu'ils ont commis des crimes »⁸³⁴.

Reprenant cette décision de la CIJ, la Cour de cassation belge a dans l'affaire *Sharon* rendu un arrêt le 12 février 2003 dans lequel, elle affirmait que,

« la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'Etat et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraires [...] faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un Etat étranger »⁸³⁵.

Toute cette tendance de la jurisprudence nationale vise à confirmer une règle du droit international coutumier selon laquelle, les immunités d'un dirigeant en exercice, notamment son immunité personnel, font obstacle à toute poursuite pénale devant des juridictions nationales étrangères selon l'application de la maxime *par in parem non habet imperium*⁸³⁶. Mais un tel raisonnement est critiquable au regard de l'évolution des droits de l'homme et surtout avec l'affirmation de la théorie des crimes graves. En effet, la doctrine majoritaire admet que la qualification d'un acte en crime gravé du droit international ne peut être compatible avec l'affirmation d'une quelconque immunité des dirigeants déchu⁸³⁷. Il est possible, dans ces hypothèses, de détacher l'individu, même haut placé, de son « Etat ». Sa position de gouvernant ne saurait l'exonérer de sa responsabilité individuelle pour crime international⁸³⁸ et son immunité ne devant surtout pas conduire à son impunité⁸³⁹.

⁸³⁴ Cf., M. SASSOLI, « L'arrêt Yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *R.G.D.I.P.*, vol. 4, 2002, pp. 791-807 ; J-P. QUENEUDEC, « Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 », *Actualité et droit international, Revue d'analyse juridique de droit international*, mai 2002, www.ridi.org/adi (date d'accès, 18 février 2007) ; J. VERHOEVEN, « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », *Ibid* ; P. MORLET, « Quelques considérations sur le statut pénal des gouvernants étrangers, d'après l'arrêt de la Cour internationale de justice du 14 février 2002 », *R.D.P.C.*, n°11, 2002, pp. 979-1003.

⁸³⁵ Belgique, Cass crim., 12 février 2003, *Journal des tribunaux 2003*, p. 247, note P. D'ARGENT, « Monsieur Sharon et ses juges belges », pp. 247-252.

⁸³⁶ Cf., A. WATTS, « The legal position in international law of heads of State, heads of government and foreign ministers », *R.C.A.D.I.*, tome 247, p.1994.

⁸³⁷ M. COSNARD, « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des lords du 26 novembre et du 24 mars 1999 dans l'affaire *Pinochet* », *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, pp. 309-328 ; R. KOUSSETOGUE KOUDE, « La pertinence opératoire de la justice pénale internationale : vers un universalisme juridique inachevé », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 64, 2005, pp. 961-978 ; Ch. DOMINICE, « Quelques observations sur l'immunité pénale de l'ancien chef d'Etat », *R.G.D.I.P.*, n°2, 1999, p. 301 et s. ; A. BIANCHI, « Immunity versus human rights : the Pinochet case », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 237-277 ; A. ORAKHELASHVILI, « State immunity and hierarchy of norms : why the house of lords got it wrong », *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 955-970.

⁸³⁸ A. BIANCHI, « Immunity versus human rights: the Pinochet case », *op.cit.* ; A. CASSESE, « When may senior State officials be tried for international crimes? Some comment on the Congo v. Belgium case », *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, 853-873.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

174. Ainsi, le rubicond a été franchi par la justice internationale en matière d'immunité de juridiction des gouvernants. En allant plus loin que les juridictions nationales, les juridictions internationales ont complètement neutralisé l'obstacle des immunités pénales des gouvernants et elles ont, par la même occasion, anéanti la portée de la distinction entre gouvernants déchus et gouvernants en exercice ou encore celle entre immunité *rationae materiae* et *rationae personae*. C'est à partir du Traité de Versailles de 1919 que la théorie de « l'immunité d'organe » développée par Hans Kelsen est battue en droit international⁸⁴⁰. L'article 227 de ce texte prévoit la mise en jugement d'un souverain sur le plan international,

« Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern ex-empereur d'Allemagne pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité des traités ».

Mais, malgré cette volonté juridique de juger un chef d'Etat responsable de nombreuses atrocités le procès de Guillaume II n'aura jamais lieu, son extradition n'ayant été accordé. Finalement, c'est au lendemain de la seconde guerre mondiale que la remise en cause de l'immunité du chef de l'Etat à l'échelle internationale est réaffirmée à l'occasion de la création des TMI de Nuremberg et de Tokyo⁸⁴¹. L'article 7 du Tribunal de Nuremberg prévoyait en effet que,

« [L]a situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine ».

Cette disposition sera reprise dans des termes quasiment identiques par les articles 3 de la convention sur le génocide⁸⁴², 3 de la convention sur l'apartheid, 7 (2) du Statut du TPIY, 6 (2) du Statut du TPIR et plus récemment, l'article 27 du Statut de Rome de la CPI.

Du point de vue judiciaire, le TPIY a sollicité et obtenu le transfert à La Haye de Slobodan Milosevic chef d'Etat en fonction⁸⁴³, le TPIR a jugé Jean Kabanda alors ministre en exercice. Dans le même sens, la Chambre Préliminaire I a délivré le 04 mars 2009, un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir actuel chef d'Etat du Soudan pour

⁸³⁹ L. MCGREGOR, « Torture and State immunity: deflecting impunity, distorting sovereignty », *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 903-919; N.J. NOVOGRODSKY, « Immunity for torture: Lessons from Bouzari v. Iran », *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, 939-953; M.L. CAPLAN, « State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory », *American Journal of International Law*, vol. 93, 2003, pp. 741 et s.

⁸⁴⁰ H. KELSEN, « Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminal », *California Law Review*, 1943, pp. 530-577.

⁸⁴¹ Cf. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004 ; J. ROBERT, « Les grands criminels », *Revue de droit public*, n°5, 2003, pp. 1211-1217.

⁸⁴² H. ABTAHI et Ph. WEBB, *The Genocide convention. The travaux préparatoires*, *op.cit.*

⁸⁴³ K.D. MAGLIVERAS, « The interplay between the transfer of Slobodan Milosevic to the ICTY and Yugoslav constitutional law », *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 661-677.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

crime de génocide et crime contre l'humanité⁸⁴⁴. Cette remise en cause totale de l'immunité du chef d'Etat a été réaffirmée par le TSSL, juridiction internationalisée dans l'affaire *Charles Taylor*. Les avocats de la défense avaient soulevé, en réaction à l'inculpation du chef d'Etat libérien⁸⁴⁵, l'exception d'immunité personnelle de celui-ci en se fondant sur le mode de création du Tribunal qui, en l'espèce, ne serait pas une juridiction internationale. Ceux-ci comparaient en effet le Tribunal spécial de Sierra Leone en une juridiction nationale qui n'aurait pas le pouvoir de juger un chef d'Etat en exercice,

« citing the judgement of the International Court of Justice (ICJ), in the case between the Democratic Republic of Congo v. Belgium (Yerodia case), as an incumbent Head of State at the time of this indictment, Charles Taylor enjoyed absolut immunity from criminal prosecution [...] The Special court does not have the chapter VII powers, therefore judicial orders from the special court have the quality of the judicial orders from national courts »⁸⁴⁶.

En réponse à ce grief, le Tribunal dans sa décision, a rejeté l'argument fondé sur les immunités en affirmant le caractère international du Tribunal et donc, l'application de la jurisprudence internationale en la matière⁸⁴⁷.

175. La pratique internationale sur les immunités pénales des gouvernants révèle qu'il y a un maintien résiduel des immunités personnelle des gouvernants devant les juridictions nationales et anéantissement total de celles-ci devant les juridictions internationales⁸⁴⁸. Mais au-delà de ce constat, il convient de remarquer que le développement du droit international dans le sens de la neutralisation des immunités de juridiction des gouvernants participe, de manière générale, à la détermination de la légalité substantielle des crimes internationaux. Dès lors, la ratification par les Etats du Statut de Rome, dernier état de la codification du droit pénal international, constitue une intégration en droit interne de cette légalité substantielle des

⁸⁴⁴ CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Ch. Pr. I, Mandat d'arrêt, 04 mars 2009, affaire n°ICC-02/05-01/09, accessible sur le site www.icc-cpi.int. Il peut également être fait mention de la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt contre Mohamed Kadhafi actuel Chef d'Etat de la République de Libye.

⁸⁴⁵ TSSL, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor encore connu sous le nom, Charles Ghankay Macarthur Dapkpana Taylor*, Decision approving the indictment, T. Ch., Affaire n° SCSL-2003-01-I, du 7 mars 2003.

⁸⁴⁶ TSSL, *Le Procureur c. Charles Ghankay Taylor encore connu sous le nom, Charles Ghankay Macarthur Dapkpana Taylor*, Decision on immunity from jurisdiction, Ap. Ch., Affaire n° SCSL-2003-01-I, du 31 mai 2004, par.6.

⁸⁴⁷ « Since we have found that the Special court is not a national court, it is unnecessary to discuss de the cases in which immunity is claimed before national courts», *Ibid.*, par. 54.

⁸⁴⁸ T. STEIN, « Limits of international law immunities for senior State officials in criminal procedure », in Ch. TOMUSCHAT et J-M. THOUVENIN (dir.), *The fundamental rules of the international legal order. Jus Cogens and obligations erga omnes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 249-264; O. TRIFFTERER, « Irrelevance of official capacity article 27 Rome Statute undermined by obligations under international law or by agreement (article 98)? », in I. BUFFARD, J. CRAWFORD, A. PELLET et S. WITTICH (dir.), *International law between universalism and fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Lieden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 571-602.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

crimes graves ainsi élaborée par le droit international. Au deux premières questions, à savoir, celle des immunités pénales des chefs d'Etat pour crimes internationaux devant les juridictions nationales étrangères et celle desdites immunités devant les juridictions internationales, s'ajoute une troisième, celle des immunités pénales des chefs d'Etat pour crimes internationaux dans leur propre droit interne. Cette dernière hypothèse permet de poser la question du régime des crimes internationaux en droit interne, et plus précisément celle de leur légalité substantielle. La dynamique de l'internationalisation du droit pénal permet, au travers de la règle de compétence obligatoire, au droit international de dessaisir la norme interne de cette question. C'est dans ce sens qu'il convient de lire l'article 7 de la Loi n°052-2009/AN de mise en œuvre du Statut de Rome par les juridictions burkinabé qui,

« s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef de l'Etat ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent de l'Etat (...) ».

Si l'on adopte une lecture strictement hiérarchique des normes, une telle disposition pourrait être regardée comme inconstitutionnelle puisque la Constitution du pays consacre de manière explicite l'immunité des gouvernants et plus particulièrement du chef de l'Etat. Or, en réalité selon la théorie de la bipolarité de la légalité du crime contre l'humanité, cet article 7 n'a à proprement parler aucune valeur normative et n'entre pas en contradiction avec la norme constitutionnelle. Il n'a au demeurant qu'une valeur déclarative de l'état du droit s'agissant des crimes graves du droit international.

c) - Echec à la prescription.

176. La notion de prescription introduit directement sur l'étude de la relation entre le droit et le temps. Parfois considérée comme l'expression d'une certaine « sagesse du droit »⁸⁴⁹, la prescription est « la manifestation de l'effet du temps sur l'acquisition ou la perte des droits et obligations »⁸⁵⁰.

Lorsqu'elle intègre le champ pénal, l'institution se situe autour de l'équilibre temporel entre oubli et survivance du passé. Pour une partie de la doctrine, la prescription est

⁸⁴⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1986, p.81 (nouvelle éd. 2004, coll. « Quadrige »). Selon l'auteur, « le temps qui passe dénoue parfois querelles et conflits, apaise les tracasseries, les tensions la souffrance même, d'un moment. Oubli de la colère et du ressentiment, il peut être aussi oubli des preuves – usure du temps sur la mémoire des témoins, la qualité des écrits et pièces à conviction diverses. La sagesse du droit est de le reconnaître par tout un jeu de règles techniques. Le temps qui passe efface parfois le droit, qui se dessaisit lui-même lorsque le temps passé a entraîné l'oubli (...) ».

⁸⁵⁰ P.A. VERYKIOS, *La prescription en droit international public*, Paris, Pedone, 1934, p. 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

« l'expression de la grande loi de l'oubli »⁸⁵¹. Oubli donc, et non pardon, il est souvent demandé si la prescription peut être considérée comme une mesure de clémence au même titre que l'amnistie et la grâce⁸⁵². En effet, elle dépénalise sans décriminaliser. Et ce caractère artificiel, souvent décrié⁸⁵³, a conduit certains à la qualifier de fiction⁸⁵⁴. Au regard de sa finalité, la prescription est unanimement considérée comme une mesure d'intérêt social⁸⁵⁵. Pourtant au fond, elle est avant tout favorable à l'auteur de l'acte. La Cour européenne des droits de l'homme, contrairement à certaines décisions nationales⁸⁵⁶, l'a affirmé en définissant la prescription comme « le droit accordé par la loi à l'auteur d'une infraction de ne plus être poursuivi ni jugé après l'écoulement d'un certain délai depuis la réalisation des faits »⁸⁵⁷.

Pris dans ce sens où elle fait naître le droit pour le délinquant de ne plus être poursuivi tout en éteignant le droit de la société et surtout de la victime d'obtenir justice,

« reconnaissons (...) que, entre les mains du législateur, les lois de prescription pénale représentent un instrument particulièrement souple de dosage entre mémoire et oubli, sanction et pardon, de modifier son point de départ, ou encore de ménager un domaine pour l'imprescriptibilité »⁸⁵⁸.

Cette dimension particulière de la prescription pénale non seulement, justifie que la prescription soit un principe général non reconnu par la majorité des systèmes juridiques⁸⁵⁹, mais aussi et surtout la confronte à l'évolution du droit international des droits de l'homme, à la reconnaissance des valeurs telles que le droit à la mémoire, à la vérité et plus largement au

⁸⁵¹ Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*. Paris, Cujas, t.2, 2001, n°50 ; GARRAUD, *Précis de droit criminel*, t.2, Paris, Auflage, 1885, p. 672 quand l'auteur fait référence à l'oubli présumé de l'infraction non jugée ou de la condamnation non prononcée.

⁸⁵² Sous la mise en commun de ces différentes notions sous l'angle de la problématique de la clémence, nous renvoyons à H. RUIZ FABRI, G. DELLE MORTE, E. LAMBERT ABDELGAWAD et K. MARTIN-CHENUT (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Paris, SLC, vol. 14, 2007, 645 p.

⁸⁵³ V. JANKELEVITCH, *L'imprescriptible. Pardonner ?*, Dans *l'honneur et la dignité*. Paris, Seuil, coll. « Essais », 1986, p. 17 : « vingt ans sont, paraît-il, suffisants pour que l'impardonnable devienne miraculeusement pardonnable : de plein droit et du jour au lendemain, l'inoubliable est oublié ».

⁸⁵⁴ C. PIGACHE, « La prescription pénale, instrument de politique criminelle », *Rev. sc. crim.*, 1982, pp. 55 et s.

⁸⁵⁵ P.A. VERYKIOS, *op.cit.*, évoquant l'intérêt social de tranquillité, d'ordre et de stabilité, l'auteur ajoute : « nous croyons aussi que c'est là le véritable sens général qui peut être invoqué en tout état de cause ; c'est la seule explication valable pour le droit interne comme pour le droit international (...) », pp. 36-37 ; « stabilité et certitude des possessions, fin des litiges tels sont les buts de cette bienfaisante institution ».

⁸⁵⁶ Belgique, Conseil d'Etat, avis DP chambre 1963-1964, n°861/1, p. 2, cité par P. DE MERTENS, *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité : étude de droit international et de droit pénal comparé*, Bruxelles, Edition de l'Université de Bruxelles, 1974, p. 39, « la prescription n'est pas une faveur que la loi accorde au condamné, mais une mesure d'intérêt social qui n'ouvre pas de droit acquis », France, Cass.crim., 26 janv. 1984, arrêt Barbie, (Crim., Bull.crim. 34 : « Le droit à l'acquisition de la prescription ne saurait constituer un droit de l'homme ou une liberté fondamentale »).

⁸⁵⁷ CEDH, *Cöeme et autres c. Belgique*, 2^{ème} section, 22 juin 2000, par. 146.

⁸⁵⁸ F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 141.

⁸⁵⁹ La plupart des systèmes juridiques appartenant au système dit de la *Common law* ne reconnaissent pas la prescription.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

souci de justice traduit par l'idéologie de lutte contre l'impunité⁸⁶⁰. C'est dans ce sillage que la prescription intègre la problématique des crimes internationaux en droit interne⁸⁶¹.

177. La question est bien entendue celle de savoir si le crime contre l'humanité, est en droit international, un crime imprescriptible? Cette question permet de s'interroger sur l'existence au profit de la victime et de l'humanité d'un droit intemporel d'obtenir justice et par conséquent, une obligation internationale de maintien de l'auteur dans « les liens éternels de la prévention ». En posant cette question, l'on analyse l'un des caractères de l'incrimination internationale – son imprescriptibilité - tel que le suggère la règle de compétence obligatoire du juge national. En effet, la prescription est liée à l'action judiciaire et apparaît comme l'expression des limites inhérentes à l'action en justice. De là, se dégage la contradiction entre la prescription et la règle de compétence obligatoire.

Du point de vue historique, la première illustration du débat sur le rejet de la prescription au sujet des crimes internationaux par nature remonte à la résolution adoptée par les juristes franco-allemands en 1965 s'agissant de la lutte contre l'impunité des criminels nazis⁸⁶². Quelques années plus tard, la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 2 novembre 1968, entrée en vigueur depuis le 11 novembre 1970 ne rencontra pas l'adhésion de tous à cette époque⁸⁶³. Sur le plan de l'application *rationae temporis*, l'article 1 de la convention onusienne avait prévu son application aux crimes commis avant son entrée en vigueur, ce qui était de nature à soulever des questions au regard du principe de la légalité⁸⁶⁴. Dans le cadre des travaux de la Commission du droit international en 1991, certains experts de la CDI estimaient que seuls les crimes contre l'humanité méritent d'être imprescriptibles même si un autre arguent visait à

⁸⁶⁰ E. LAMBERT ABDELGAWAD et K. MARTIN CHENUT, « La prescription en droit international : vers une imprescriptibilité de certains crimes ? », in H. RUIZ FABRI, G. DELLE MORTE, E. LAMBERT ABDELGAWAD et K. MARTIN-CHENUT (dir.), *La clémence saisie par le droit*.op.cit., p.101.

⁸⁶¹ Cf. R. PINTO, « La prescription en droit international », *RCADI*, 1955, pp. 391-449.

⁸⁶² A. SOTTILE, « La prescription des crimes contre l'humanité et le droit pénal international », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, 1965, p. 5 et s.

⁸⁶³ R.H. MILLER, « The convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity », *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 476 et s.; P. MERTENS, *op.cit.*, p. 165.

⁸⁶⁴ Article 1 de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, adoptée par la Résolution 2391 (XXIII) du 26 novembre 1968 de l'Assemblée Générale des Nations Unies et entrée en vigueur le 11 novembre 1968 conformément aux dispositions de l'article VIII, « *Les crimes [...] sont imprescriptibles, quelle que soit la date à laquelle ils ont été commis* ». Sur les critiques de cette convention, cf., V.C. DEN WYNGAERT et J. DUGARD, « Non-applicability of statute of limitations », in A. CASSESE et al. (dir.), *The Rome statute of the international criminal court. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 874.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

admettre que « an absolute rule on the non-applicability of statutory limitations could hamper reconciliation and the granting of amnesty for crimes »⁸⁶⁵.

Concernant le régime juridique élaboré par les tribunaux pénaux dits « internationalisés »⁸⁶⁶, le statut des *Special Panels* timorais prévoit l'imprescriptibilité de tous les crimes internationaux entrant dans sa compétence. La loi de 2001 pour les chambres extraordinaires du Cambodge confirme l'imprescriptibilité du génocide et des crimes contre l'humanité⁸⁶⁷. Toutefois, bien que les statuts des tribunaux pénaux internationaux ad hoc soient muets sur la question, le TPIY a dans l'affaire *Furundzija* écarté la prescription pour torture comme crime contre l'humanité⁸⁶⁸. Malgré cette évolution quelque peu éclatée et non linéaire du droit international sur le caractère imprescriptible ou non du crime contre l'humanité, l'article 29 du Statut de Rome fournit aujourd'hui un élément important dans l'affirmation de l'imprescriptibilité de l'infraction. Ce texte dispose en effet, « Les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas ». Il y a donc un indice important d'appréciation du droit international actuel de la prescription, « compte tenu de la qualité conventionnelle de la norme, de son caractère relativement récent, et de son adhésion par une grande majorité des Etats de la communauté internationale »⁸⁶⁹. S'il est difficile d'affirmer que l'article 29 du Statut de Rome constitue l'aboutissement d'une coutume internationale sur la prescription en droit international, il pourrait tout au moins être considéré comme le point de départ de l'élaboration d'une telle règle⁸⁷⁰.

En tout état de cause, l'imprescriptibilité apparaît à plusieurs égards comme un caractère du régime de l'incrimination de crime contre l'humanité en droit international⁸⁷¹. Ce caractère doit nécessairement être pris en compte par le droit national du fait de la valeur de *jus cogens* dont est revêtu le crime contre l'humanité. C'est dans ce sens que les pays reconnaissant la

⁸⁶⁵ *Ibid.*, p. 879.

⁸⁶⁶ Sur une étude globale et systématique sur ce modèle de justice pénale, nous renvoyons à H. ASCENCIO, E. LAMBERT ABDELGAWAD et J.M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées. (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, SLC, vol. 11, 2006.

⁸⁶⁷ Cf., D. BOYLE, « L'apport des tribunaux pénaux internationalisés quant au régime du crime », in H. ASCENCIO, E. LAMBERT ABDELGAWAD et J.M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées*, *op.cit.*, pp. 95-143.

⁸⁶⁸ TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, *op.cit.*, par. 157, « Il semblerait qu'entre autres conséquences la torture est sans doute imprescriptible [...] »

⁸⁶⁹ E. LAMBERT ABDELGAWAD et K. MARTIN CHENUT, « La prescription en droit international : vers une imprescriptibilité de certains crimes ? », in H. RUIZ FABRI, G. DELLE MORTE, E. LAMBERT ABDELGAWAD et K. MARTIN-CHENUT (dir.), *La clémence saisie par le droit*, *op.cit.*, p. 108.

⁸⁷⁰ *Ibid.*, p. 117.

⁸⁷¹ Cf., E. LAMBERT ABDELGAWAD et K. MARTIN-CHENUT, « La remise en cause du régime de la prescription les crimes internationaux : perspectives comparées et internationales », *AJ. Pénal*, n°7-8, 2006, pp. 297-299.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

prescription des infractions dans leur droit positif, admettent l'imprescriptibilité des infractions internationales et notamment du crime contre l'humanité⁸⁷².

2- La compatibilité de la qualification du crime contre l'humanité avec les droits pénaux nationaux.

178. Selon l'état du droit international positif, le statut de *ius cogens* de l'incrimination de crime contre l'humanité détermine son caractère. Ces deux éléments, statut et caractère de l'incrimination, contribuent à la définition de la légalité substantielle du crime, c'est-à-dire, à la construction de son régime dont l'un des points forts est la mise en échec de l'amnistie, des immunités et de la prescription. Cette constatation est soutenue par la juge belge de la CPI Christine Van Den Wyngaert et Dugard qui estiment que,

« the prohibitions on these crimes constitute norms of **jus cogens**, and that a necessary consequence of such a characterization is the inapplicability of statutory limitations »⁸⁷³.

Ainsi, dans le processus d'internalisation du crime contre l'humanité, la question qui se pose est celle de l'incidence de la prise en compte de cette légalité substantielle de l'incrimination telle que déterminée par le droit international sur les normes de droit interne, et plus particulièrement, sur celles portant sur l'amnistie, les immunités et la prescription ? Deux hypothèses peuvent être développées pour apporter des réponses à cette interrogation : l'une basée sur une vision hiérarchique et l'autre sur une vision plutôt complémentaire.

a- L'hypothèse basée sur la vision hiérarchique des rapports entre l'ordre interne et l'ordre international: critique de l'option d'une adaptation générale des constitutions nationales au statut de Rome.

179. L'adaptation du droit interne aux exigences du droit international est un processus de reconnaissance de la supériorité du droit international par le droit interne et donc, de mise en conformité du second avec le premier⁸⁷⁴. Dans ce sens, le statut de *jus cogens* du crime contre l'humanité a conduit certains auteurs à se demander s'il ne fallait pas

⁸⁷² Article 13 de la constitution du 03 juin 2003 de la République du Rwanda, « Le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre sont imprescriptibles » ; article 68 de la loi de base n° 65-60 du 21 juillet 1965 portant Code pénal du Sénégal ;

⁸⁷³ V.C. DEN WYNGAERT et J. DUGARD, « Non-applicability of statute of limitations », in A. CASSESE et al. (dir.), *The Rome statute of the international criminal court, op.cit.*, p. 879.

⁸⁷⁴ Les rapports entre le droit interne et le droit international ont été abordés de manière spécifique dans le cahpitre précédent.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

déduire du Statut de Rome une obligation pour les Etats d'adapter leur droit interne⁸⁷⁵. D'autres auteurs, allant plus loin, ont affirmé l'existence d'une telle obligation⁸⁷⁶ qui pour certains, remontent aux statuts des TPI *ad hoc*⁸⁷⁷.

En affirmant l'existence d'une telle obligation, les auteurs posaient par là-même le problème des obstacles constitutionnels à l'intégration du Statut de Rome dans le droit interne. Par la même occasion, s'intensifiait le débat sur l'internationalisation des constitutions nationales⁸⁷⁸ impliquant notamment que le droit international est à l'origine de plus en plus de révision constitutionnelle⁸⁷⁹. Cette question des obstacles constitutionnels a amplement été présenté par un document de l'ONG *Human Rights Watch* en juin 2000⁸⁸⁰ et elle a connu une actualité particulièrement dense en France⁸⁸¹. Aussi, des dispositions nationales sur les immunités, la prescription et l'amnistie ont été perçues comme des obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome et par conséquent, comme une question

⁸⁷⁵ Il a par exemple été admis que la prescription en droit interne pourrait poser problème au titre de l'obligation pour l'Etat de coopérer avec la Cour. Voir à ce sujet, C.VAN DEN WYNGAERT, *op.cit.*, p. 876, « *can national limitations statutes still be considered as fundamental principles in the sense of article 93(3) or are they overruled by principle that international crimes, especially the core crimes that come under the jurisdiction of the ICC are imprescriptible?* ». En Afrique par exemple, la *Southern African Development Community*, a adopté en juillet 1999 une loi modèle permettant d'adapter les législations nationales aux exigences du Statut de Rome. Les pays de l'Afrique de l'Ouest se sont également concertés en 2000 dans le cadre de la Conférence Ouest-africaine sur la signature et la ratification du Statut de la cour pénale internationale tenue à Bamako sous les auspices de la CEDEAO.

⁸⁷⁶ Cf., S. AKTYPIS, « L'adaptation du droit pénal français au statut de la Cour pénale internationale: état des lieux », *Droit fondamentaux*, n°7, Janvier 2008-décembre 2009 ; D. ROBINSON, « The Rome Statute and its impact in national law », in A. CASSESE, P. GAETA et J. R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, *op.cit.*, p.1860; C. SAAS, « La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome », *Actualité juridique pénale Dalloz*, n°6/2007, p. 267 ; J. K. KLEFFNER, « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *Journal of International Criminal Justice*, 2003, vol. 1, pp. 88-113.

⁸⁷⁷ Ph. KEUBOU, « Adaptation des législations internes aux exigences de la convention de Rome : étude comparative du Cameroun et de quelques pays européens », *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 854.

⁸⁷⁸ Sur ce sujet, cf. H. TOURARD, *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 96, 2000 ; N. MAZIAU « L'internationalisation du pouvoir constituant. Essai de typologie : le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *RGDIP*, n°3, 2002, pp. 549 et s.

⁸⁷⁹ Sur une vue d'ensemble de cette question, nous renvoyons à, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées », *RIDC*, vo. 53, 2003, pp. 539-573 ; P. TAVERNIER, « Comment surmonter les obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale », *Rev. trim. Dr. h.*, 2002, pp. 545-561.

⁸⁸⁰ *Discussion non paper. National constitutions and the international criminal court statute : some issues of compatibility*, www.hrw.org/campaigns/icc. consulté le 10 janvier 2011. Sur cette même question, cf. H. DUFFY et B. SUHR, « The debate on constitutional compatibility with the ICC », *Ibid.*

⁸⁸¹ Cf. P. AVRIL, « A propos de l'interprétation littérale de l'article 68 de la Constitution », *RFDA*, 1999, p. 75 ; J. CLERCKX, « Le statut de la Cour pénale internationale et le droit constitutionnel français », *Rev. trim. Dr. h.*, n°44, 2000, pp. 649 et s ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 », *RFDA*, 1999, pp. 285 et s ; J. HADDAD, « Décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 : examen de la compatibilité du statut de la Cour pénale internationale avec la constitution française », *RGDIP*, n°2, 1999, pp.464 et s ; F. LUCHAIRE « La cour pénale internationale et la responsabilité du chef de l'Etat devant le Conseil constitutionnel », *Revue de droit public*, 1999, pp. 457 et s ; B. RUDOLF « Considérations constitutionnelles à propos de l'établissement d'une justice pénale internationale », *RFDC*, n°39, 1999, pp. 451 et s.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

préalable au processus d'adaptation des législations nationales. Sans vouloir prolonger l'examen casuistique de cette question, il convient de relever que quatre solutions ont été proposées : 1) l'insertion d'une clause générale dans la constitution permettant de régler tous les problèmes constitutionnels sans avoir besoin de passer en revue toutes les dispositions constitutionnelles contraires au Statut de Rome, 2) la révision systématique de toutes les dispositions constitutionnelles susceptibles d'être en contradiction avec le Statut de Rome, 3) l'introduction ou l'application d'une procédure spéciale, de valeur constitutionnelle, permettant de ratifier le Statut malgré les dispositions contraires à la constitution et enfin l'interprétation des dispositions constitutionnelles de manière à éviter tout conflit avec celles du Statut de Rome⁸⁸².

180. Mais toutes ces solutions appliquées de manière séparée restent assez incomplètes. S'il en est ainsi, c'est parce qu'au fond, l'adaptation du droit national au Statut de Rome ne devrait pas se poser de manière générale. En effet, le problème du processus d'adaptation générale de la législation est qu'il se fonde sur le principe de primauté du droit international sur le droit interne. Dans son résultat, l'adaptation générale donne compétence au droit national dans la détermination du régime de l'incrimination nationale. Or, l'inconvénient d'un tel processus est qu'il pourrait aboutir à une « nationalisation » du crime international selon la vision moniste des rapports entre l'ordre interne et l'ordre international. C'est pourquoi l'hypothèse défendue dans la présente étude est celle *d'une répartition des compétences entre le droit interne et le droit international*. Cette répartition permet d'aboutir à une modification partielle du droit national sous l'influence du droit international. En clair, il ne s'agit pas de dire que le contrôle de constitutionnalité du Statut de Rome n'est pas nécessaire dans le processus d'adaptation de la législation nationale, mais plutôt d'admettre que cette adaptation est sans véritable incidence sur le régime de l'incrimination internationale.

b- L'hypothèse basée sur la vision complémentaire des rapports entre l'ordre interne et l'ordre international : la compétence exclusive du droit international et les limites de l'adaptation du droit national.

181. En développant l'hypothèse de la complémentarité entre le droit interne et le droit international, l'on défend l'idée que les éléments qui rentrent dans le régime de l'incrimination internationale et concernent sa légalité substantielle échappent à la

⁸⁸² P. TAVERNIER, *op.cit.*, p. 557.

Chapitre 2.

L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle

compétence du droit national dès lors qu'ils n'entrent pas dans le domaine de l'adaptation du droit national. Dans ce sens, les dispositions constitutionnelles relatives aux immunités, à la prescription et à l'amnistie sont inapplicables au crime contre l'humanité. D'où l'absence d'incompatibilité. Cette position assez audacieuse a déjà connu certains développements à la fois dans la jurisprudence et dans la doctrine⁸⁸³. Ainsi, la Cour suprême du Costa Rica a considéré qu'étant donné la nature des crimes couverts par le Statut de Rome, les dispositions constitutionnelles relatives aux immunités et autres privilèges de juridiction devaient être considérées comme n'ayant pas de caractère absolu. Aussi, la Cour constitutionnelle ukrainienne a également conclu à un constat de compatibilité au motif que, les crimes couverts par le Statut de Rome sont des crimes de droit international reconnus par le droit coutumier⁸⁸⁴. Pour Elisabeth Lambert-Abdelgawad, cette solution consiste à faire une exception aux immunités de droit interne et de droit international pour les crimes internationaux couverts par le Statut de Rome⁸⁸⁵. Mais en plus, elle permet du point de vue de la théorie de l'incrimination internationale, de garantir l'intégrité du régime du crime internationale et aussi sa qualification de crime international par nature.

En fixant ainsi la légalité substantielle du crime contre l'humanité, il est possible de poursuivre les auteurs d'un tel crime devant leurs tribunaux. Ceci permettrait d'assurer l'impunité des crimes tant au niveau interne qu'au niveau international. Cette option prônée également par *Amnesty international* et une partie de la doctrine illustre parfaitement l'hypothèse d'un pôle international de la légalité de l'incrimination internationale en droit interne⁸⁸⁶.

⁸⁸³ Cf. E. LAMBERT-ABDELGAWAD, commentaire sous l'arrêt de la CIJ, 14 février 2002, République Démocratique du Congo c. Belgique, JCP, ed. Gle, 27 novembre 2002, II. 10185.

⁸⁸⁴ E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées », *op.cit.*, p. 545.

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ H. DUFFY et J. HUSTON, « International obligations and constitutional considerations », in C. KRESS et F. LATTANZI (dir.), *The Rome Statute and Domestic legal orders, vol.1, General aspects and constitutional issues*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2000, p. 37.

Conclusion du Chapitre 2.

L'ordre juridique international comme composante du champ pénal étatique

182. La qualification d'un comportement en « *crime international* » et la reconnaissance d'une telle qualification à l'égard du crime contre l'humanité emporte deux principales conséquences. D'une part, du point de vue axiologique, elle suppose que, *l'identification du bien juridique* protégée par la catégorie pénale échappe totalement au relativisme des droits pénaux nationaux et d'autre part, du point de vue positif, l'admission d'une telle qualification suggère que *la caractérisation* de l'incrimination relève de la compétence exclusive de la norme internationale. La prise en compte de cette double conséquence transforme l'expression « *infraction internationale par nature* » en véritable paradigme juridique et conduit au constat du développement d'un pôle international de légalité substantielle du crime contre l'humanité dans le champ pénal national.

L'incidence pratique de cette affirmation dans le processus d'internalisation du crime contre l'humanité est *un certain déplacement du principe de la hiérarchie* comme procédé d'articulation entre l'interne et l'international et son articulation avec complémentarité. *L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle* du crime contre l'humanité en droit interne qui en découle et déjà admise par la jurisprudence de certains tribunaux pénaux internationalisés⁸⁸⁷, semble être en marge de la variante moniste de l'ordre juridique étatique en même temps qu'elle ne correspond pas à celle dualiste.

A travers cette interprétation, les institutions pénales nationales telles que l'amnistie, les immunités ou encore la prescription ne constituent pas des obstacles constitutionnels à surmonter. En effet, si l'on admet qu'elles constituent des obstacles, c'est qu'explicitement, l'on reconnaît une valeur normative au droit national en ce qui concerne la qualification d'une incrimination internationale. Or, justement, cette hypothèse est réfutée par l'idée de l'existence d'un pôle international de la légalité du crime contre l'humanité en droit interne. Dans un arrêt rendu dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 mars 2001, la CIJ semble avoir implicitement glissé vers cette interprétation. Les hauts juges internationaux ont en effet estimé que, le statut juridique international ou interne d'un tribunal peut « influencer sa capacité d'appliquer pleinement le régime des crimes internationaux »⁸⁸⁸. A cet argument

⁸⁸⁷ D. BOYLE, « L'apport des tribunaux pénaux internationalisés quant au régime du crime », *op.cit.*, pp.124-128.

⁸⁸⁸ CIJ, *Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *op.cit.*

implicite, s'ajoute un argument explicite dégagé par la doctrine contemporaine. Mireille Delmas-Marty affirme en effet que,

« le travail du juge (national) ne doit pas se heurter, en matière de crimes internationaux, aux obstacles juridiques traditionnels (amnistie, immunités, prescription) mais comporter, à sa façon quelque chose d'illimité »⁸⁸⁹.

Si l'on devait admettre que dans certaines circonstances, les institutions pénales nationales constituent des obstacles constitutionnels nécessitant une adaptation du droit interne, la non adaptation ou le retard dans l'adaptation, comme c'est le cas dans la plupart des droits pénaux africains étudiés, aurait une incidence sur la compétence de la Cour : celle-ci ne serait plus complémentaire des juridictions nationales, mais deviendrait exclusive à l'égard des personnes pouvant opposer l'un quelconque des obstacles pénaux vis-à-vis des juridictions nationales ayant décidé d'intenter des poursuites à leur encontre.

⁸⁸⁹ M. DELMAS-MARTY, « La responsabilité pénale en échec », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 616.

Conclusion du titre 1.

la dualité des sources du crime international par nature dans le champ pénal interne : croisement et non superposition de deux manifestations de souveraineté (la ratification et la loi).

Conclusion du titre 1. La dualité des sources du crime international par nature dans le champ interne croisement et non superposition de deux manifestations de souveraineté (la ratification et la loi).

183. L'étude des sources formelles du crime contre l'humanité, ou plus exactement des rapports d'articulation entre ces sources, dans le champ pénal révèle que cette incrimination est à géométrie et à géographie variable autant qu'elle contient un interdit à vocation universelle. Au regard de la trajectoire de sa mise en forme par le droit national, il apparaît que les Etats tentent, à travers les différentes définitions positives, d'exprimer un certain relativisme culturel tout en gardant présent à l'esprit les prescriptions supranationales qui sous-tendent l'ensemble du régime du crime contre l'humanité. Cette logique normative correspond au *modèle national intégré* qui garantit à la fois la *communicabilité* entre les ordres juridiques et l'*homogénéité* des sources du crime contre l'humanité.

Le mouvement d'intégration du crime contre l'humanité dans le champ pénal national offre l'axe à partir duquel l'on peut appréhender, sous l'angle des sources de l'incrimination, deux problèmes spécifiques: celui de l'écriture de l'incrimination et celui de la détermination de son statut ou de son caractère. A l'issue de l'examen de ces deux problèmes, il ressort que les sources du crime contre l'humanité dans le droit interne sont partagées entre deux manifestations de souveraineté : la loi et la ratification. Dans ce partage, la loi est compétente pour déterminer les modalités d'écriture de l'incrimination, entendue comme, sa forme, sa définition. La ratification permet, quant à elle, de saisir le statut et le caractère de l'incrimination qui bien qu'intégrée en droit interne demeure une infraction internationale par nature. Ces deux manifestations de souveraineté loin de se superposer comme jadis à l'époque moderne, s'entrecroisent et légitiment l'hypothèse de la bipolarité de la légalité pénale du crime contre l'humanité internalisé.

Sur le plan théorique, la dynamique d'internalisation du crime contre l'humanité ainsi décrite amène à reconceptualiser, en matière pénale tout au moins, les rapports ou les relations entre les ordres juridiques interne et international⁸⁹⁰. *D'une relation hiérarchique et linéaire, l'on glisse sensiblement vers une relation de complémentarité.* Les ordres juridiques en présence se « communiquent » sans remettre en cause le rapport hiérarchique, mais

⁸⁹⁰ Cf. dans ce sens, les réflexions de M. DELMAS-MARTY et M.-L. IZORCHE, sur les concepts d'hybridation, d'harmonisation ou encore de marge nationale d'appréciation, in « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexion sur la validité d'un droit commun pluraliste ? », *op.cit.*

Conclusion du titre 1.

la dualité des sources du crime international par nature dans le champ pénal interne : croisement et non superposition de deux manifestations de souveraineté (la ratification et la loi).

simplement, en inscrivant ledit rapport dans une logique de complémentarité⁸⁹¹ : la norme interne détermine la légalité formelle alors que celle internationale détermine la légalité substantielle.

Ces différents éléments offrent la possibilité de rechercher une théorie de l'internormativité dans le champ pénal à partir de l'analyse de la bipolarité des sources de l'infraction. En effet, l'idée ici est que le droit interne et le droit international forment un *complexus* dont il faut distinguer les parties et non les isoler. La logique d'interprétation à la fois nationalisée et internationalisée illustre les deux pôles d'émergence du régime de l'incrimination qui demeurent observables au regard de la texture ouverte de l'incrimination.

⁸⁹¹ Dans le même ordre d'idées, l'on peut citer les réflexions de, J. CANTEGREIL, « Sur la seconde loi française d'adaptation du Statut de Rome. Essai de prospective systémale », *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 804 ss.

Titre 2 :
LA TEXTURE OUVERTE DES COMPOSANTES NORMATIVES DU CRIME
CONTRE L'HUMANITE DANS LE CHAMP PENAL INTERNE.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Titre 2.

Une bipolarité issue de la texture ouverte des composantes normatives du crime contre l'humanité

« Afin de rendre plus tangible l'idée de la texture ouverte des normes juridiques et des incriminations en particulier, (...) il devient clair que la cause, voire le moteur de l'interprétation ne se situe pas au niveau du texte de loi, mais dans la rencontre entre la loi et les circonstances de l'espèce. », E. CLAES, « La légalité criminelle au regard des droits de l'homme et du respect de la dignité humaine », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis/Bruylant, coll. « Droit », 2007, p. 222.

184. Pendant longtemps, la doctrine pénale française, contrairement à celle allemande, italienne ou encore anglaise, ne semblait pas sensible à la construction d'une théorie spécifique et autonome de l'incrimination en tant que concept pénal⁸⁹². Ce constat, peu discuté, ressort implicitement d'une réflexion menée par le comparatiste italien le professeur Stéfano Manacorda au sujet de la théorie générale de l'infraction en France⁸⁹³. Que ce soit sous l'angle de la politique criminelle – choix et orientation du pouvoir de l'Etat dans le processus d'érection des biens juridiques – ou bien sous l'angle du droit pénal⁸⁹⁴ – produit ou

⁸⁹² Les doctrines allemande et italienne traitent spécifiquement de la théorie de l'incrimination dans des manuels de droit pénal général. En Espagne voir, M. CONDE et G. ARAN, *Derecho Penal. Parte General (DPPG)*, Valence, 3^{ème} éd., 1998, pp. 150 ss ; Q. OLIVARES et alii, *Derecho Penal. Parte General (DPPG)*, Barcelone 1996, pp. 200 ss. Des mêmes auteurs, *Comentarios al nuevo código penal*, éd. Aranzadi, 1996, pp. 60 ss. En Italie voir, FIANDAC MUSCO, *Derecho Penal. Parte General (DPPG)*, 1989. En Allemagne voir, KAUFMANN, « Le rôle de la notion d'acte en droit pénal allemand », *Annales Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXI, fasc. 1 et 2, 1973, pp. 11 ss ; G. JAKOBS, *Strafrecht AT*, 2^{ème} éd., 1991, pp. 34 ss ; W. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, tous deux cités par M. A. CUADRADO RUIZ, « La commission par omission comme problème dogmatique », *ReAIDP/eRIAPL*, 2010, A-04-42. Dans la doctrine anglaise voir, M. J. ALLEN, *Criminal law*, Londres, Blackstone Press, 6^{ème} éd., 2001, pp. 1-12 ; A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*, Oxford University Press, 4^{ème} éd., 2003. Pour une étude analytique voir, N. LACEY, C. WELLS et O. QUICK, *Reconstructing criminal law. Text and materials*, 3^{ème} éd., Cambridge University Press, 2003.

⁸⁹³ S. MANACORDA, « La théorie générale de l'infraction pénale en France : lacunes ou spécificités de la science pénale », *RDPC*, n°1, 1999, pp. 35-53. La tendance générale de la doctrine pénale francophone ou plus précisément française est à la simplification de la compréhension de l'incrimination. Elle considère que celle-ci est, « [L]e fait pour le législateur de rendre un comportement criminel », cf. notamment J. PRADEL, *Droit pénal, t. I, Introduction général. Droit pénal général*, 5^{ème} éd., Paris, Cujas, 1986, p. 235.

⁸⁹⁴ Sur la distinction entre la politique criminelle et le droit pénal, voir, M. DELMAS-MARTY, *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Paris, Economica, 1983 ; *Les grands systèmes de politique criminelle*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1992 ; Ch. LAZERGES, *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, 2000. Toujours sur la distinction entre politique criminelle et droit pénal, il convient de relever en dehors des importantes contributions de ces auteurs français, la nouveauté apporté par le courant doctrinal appelé « fonctionnaliste » ou « téléologique » qui se trouve dans la volonté de rationaliser les aspects téléologiques et axiologiques dans la composition du système pénal. Dans ce courant, il s'agit d'aménager un système ouvert, tout en analysant quelles sont les valeurs de référence dans chaque catégorie pénale, quels objectifs ont une incidence sur l'attribution d'un contenu à chaque concept, quel est le contenu réel de chaque catégorie pénale en fonction des changements de valeur ou des variations dans la relation existant entre les objectifs du droit pénal et ceux de la théorie du délit. L'on distingue au minimum deux courants fonctionnalistes : un courant modéré représenté par Roxin (*Kriminalpolitik und Strafrecht*, 1^{ère} éd., 1970 ; *Politica criminal y sistema del derecho*

Titre 2.

Une bipolarité issue de la texture ouverte des composantes normatives du crime contre l'humanité

résultat dudit processus – les pénalistes francophones ont « relégué au second rang l'étude de l'infraction et de ses composantes [pour] davantage s'intéresser à d'autres thèmes (...) relatifs à la peine, surtout concernant l'individualisation et la logique du traitement en fonction de la resocialisation »⁸⁹⁵.

Cependant, l'émergence des biens juridiques supranationaux et la perte corrélative du monopole du législateur en matière pénale semblent avoir modifié cette attitude des pénalistes français. De plus en plus amenés à s'intéresser de manière spécifique au sujet de l'influence du processus de l'internationalisation pénale sur l'élaboration et la structure des incriminations, ces auteurs se sont appliqués, en marge des études axées sur la remise en cause de la vision classique du principe de la légalité pénale – aspect développé dans le titre

penal, 1972, trad. MUNOZ CONDE), qui considère qu'une orientation du système pénal vers les estimations de la politique criminelle est nécessaire pour l'application du droit pénal dans la société actuelle, ce qui représente un « système ouvert » (pp. 33 ss), qui oblige à une vaste réglementation des concepts. Un autre courant plus radical représenté par Jakobs (*Derecho Penal. Parte General*, 1995, trad. CUELLO CONTRERAS et SERRANO GONZALEZ DE MURILLO) pour qui il y aurait une dépendance réciproque entre droit pénal et politique criminelle. Précisément, le lien entre le concept de culpabilité et la théorie des objectifs de la peine (prévention générale positive) peut servir de preuve de cette réciprocité. Pour Jakobs, si l'on part des fonctions du droit pénal et non des structures qui font partie de la doctrine pénale, cela conduit à une (re)réglementation des concepts ; non seulement des concepts de culpabilité et d'action, auxquels la doctrine a toujours accordé une structure logique, objective et préjuridique, mais également du concept de sujet imputé qui est également considéré comme un concept fonctionnel.

⁸⁹⁵ S. MANACORDA, *op. cit.*, p. 36. Il peut être fait mention à ce propos, des travaux de Raymond Saleilles portant sur l'individualisation de la peine qui ont récemment fait l'objet d'une actualisation par une équipe de pénalistes européens, in R. OTTENHOF (dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Toulouse, Erès, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, 288 p. En plus des travaux de Saleilles, l'on peut citer ceux de M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 3^e éd., 1981. Lorsque les chercheurs français ont abordé l'étude de l'infraction pénale en tant que telle, ils ont presque toujours privilégié une interprétation analytique de l'infraction fondée sur la distinction entre différents éléments présentés selon un schéma tantôt, bipartite (élément matériel, élément moral), tantôt tripartite (élément matériel, élément moral, élément légal), et parfois même quadripartite (élément matériel, élément moral, élément légal et élément injuste). Dans cette optique ils se sont très peu interrogés de manière spécifique sur la place et le rôle de tel ou tel élément dans la définition statique de l'infraction ou dans son évolution dynamique au regard du double phénomène, criminalisation-décriminalisation, pénalisation-dépénalisation. Le Traité de droit criminel classique des pénalistes français, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, *op. cit.*, apporte toutefois des éléments de clarification sur cette question en optant pour une approche distinguant « la structure juridique de l'infraction » de sa « structure matérielle », pp. 474-623 de la sixième édition. Bien que la réflexion menée par ces auteurs soit très approfondie, elle correspond malgré tout à une présentation bipartite de l'infraction. Dans le même sens, Cf. J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1977, pp. 269 ss ; M. VAN DE KERCHOVE, « Décriminalisation et dépénalisation dans la pensée de Jeremy Bentham », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, pp. 663 ss. Sur certains aspects de cette question, lire, O. MOUYSSSET, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses, Bibliothèque des sciences criminelles », tome 43, 2008. Au sujet de l'analyse des éléments de l'infraction, voir notamment, R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Vol. 1, 3^e éd., Paris, Sirey, 1913 (nouveau tirage, 1928) ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Tome I. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas, 7^e éd., 1998, pp. 506 ss ; J. H. ROBERT, « L'histoire des éléments constitutifs de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1977, pp. 280 ss ; « La classification tripartite des infractions selon le nouveau Code pénal », *Droit pénal*, 1995, chron., pp. 1 ss.

Titre 2.

Une bipolarité issue de la texture ouverte des composantes normatives du crime contre l'humanité

premier – à l'analyse de nouvelles techniques d'incrimination. En plus des techniques classiques (objectives et subjectives)⁸⁹⁶ d'incrimination, les auteurs ont identifié le recours, par le législateur, à des techniques d'incrimination indirecte⁸⁹⁷, des techniques d'incrimination par renvoi simple⁸⁹⁸ ou par renvoi *in futurum*⁸⁹⁹ à des textes externes à l'ordre juridique interne y compris à des textes internationaux⁹⁰⁰. Dans ce dernier cas, la doctrine démontre que la technique du renvoi conduit très souvent à l'ouverture des définitions en matière pénale et donc, à la production d'une nouvelle catégorie d'incrimination dite « incrimination ouverte »⁹⁰¹.

185. En prenant cette nouvelle catégorie pour objet d'étude, il est permis de constater que différentes modalités peuvent entraîner l'ouverture d'une incrimination. Primo, l'incrimination peut être ouverte en raison d'une certaine pathologie du principe de la légalité pénale⁹⁰². Dans cette hypothèse, qui peut être qualifiée d'ouverture indirecte de l'incrimination, ce n'est pas l'incrimination en tant que telle qui est ouverte, mais plutôt les procédés utilisés par le législateur pour son élaboration. Le professeur Jean Pradel parle à ce propos de la technique des « types ouverts »⁹⁰³, expression qui n'est pas sans rappeler la

⁸⁹⁶ Pour une analyse de la conception subjective de l'incrimination dont l'idée générale vise à placer l'élément dit moral ou psychologique de l'infraction au centre de la constitution morphologique de l'infraction, cf. particulièrement, A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Thèse, Université de Lyon, 1980. Pour une étude critique de cette thèse, cf. A. MARCHAL et J. SCHEERS, « Une borne franchie : une nouvelle théorie conceptuelle de l'infraction (A propos de la thèse d'Adrien Dana) », *RDPC*, 1983, p. 33. Dans le même sens, lire, VERHAGEN, « Trois réflexions sur l'avant-projet de code pénal français », *RDPC*, 1979, p. 13.

⁸⁹⁷ P. LASCOUMES et al., *Le droit pénal administratif. Instrument d'action étatique. Incrimination. Transactions*, Nemours, 1986, p. 27.

⁸⁹⁸ S. CIMAMONTI, « Législation par référence et nouveau code pénal », *RRJ*, XXII, (4), 1997, p. 1259 ; N. MOLFESSIS, « Le renvoi d'un texte à l'autre », *RRJ*, XXII, (4), 1997, 1185. Sur certains aspects de cette question lire également, M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit pénal constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 106.

⁸⁹⁹ J.-H. ROBERT, « L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, pp. 169-181.

⁹⁰⁰ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 16^e éd., 2006, 131.

⁹⁰¹ Le pénaliste Alain Prothais écrit à cet effet que, « la technique de l'incrimination par renvoi (...) rend très difficile la détermination des contours de l'infraction » et parfois même lorsqu'elle est « abusivement employée, elle conduit à l'indéfinition de l'incrimination », in « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *Semaine Juridique Edition Générale*, n°42, 1997, I. 4055.

⁹⁰² On sait que le principe de la légalité implique que, « les dispositions définissant les infractions soient rédigées avec suffisamment de clarté et de précision qu'elles ne comportent aucun élément d'incertitude », A. MINKOA SHE, *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun, op.cit.*, p. 151 ; A. VITU, « Le principe de la légalité pénale et la nécessité des textes clairs et précis », obs. sous cass. crim., 1^{er} février 1990, *Rev.sc.crim.*, 1991, p. 555.

⁹⁰³ J. PRADEL, *op.cit.*, p. 132. Dans le même ordre d'idées, cf. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 2004, p.37. Cette technique d'incrimination de plus en plus courante dans les législations pénales contemporaines est largement critiquée parce qu'elle porte atteinte aux principes de prévisibilité, d'accessibilité, d'intelligibilité et de précision des infractions en ce sens qu'elle édulcore la règle de l'interprétation restrictive chère au droit pénal.

Titre 2.

Une bipolarité issue de la texture ouverte des composantes normatives du crime contre l'humanité

notion hartienne de « texture ouverte des normes »⁹⁰⁴. Secundo, l'incrimination peut être ouverte de par sa nature. Dans ce cas, l'ouverture est dite directe dans la mesure où l'incrimination est directement rattachée au phénomène d'internormativité qui se réalise notamment à travers le processus de l'internationalisation pénale et concerne la structure de l'incrimination elle-même. L'interdit pénal se situe ici, au regard de sa structure, aux confins de deux ou plusieurs ordres juridiques distincts, parfois autonomes, parfois intégrés. Si cette situation n'est pas étrangère au champ pénal national africain⁹⁰⁵ elle semble revêtir un intérêt singulier dès qu'on l'applique à l'incrimination internationale de crime contre l'humanité.

En effet, l'observation de l'incrimination de crime contre l'humanité, révèle que celle-ci est à la fois composée et composite. Infraction composée, le crime contre l'humanité l'est parce qu'il n'existe pas en soi. Il constitue, à proprement parlé, un assemblage, une combinaison de crimes ordinaires préalablement définis dans les différents droits internes et simplement commis dans un contexte exceptionnel⁹⁰⁶. Infraction composite, le crime contre l'humanité l'est également parce qu'au-delà, de sa composition, elle est formée d'éléments normatifs très différents (éléments de droit interne et élément de droit international), souvent disparates (protection de la vie, protection de l'intégrité physique, protection du patrimoine, protection de l'égalité des hommes). Ainsi, elle participe de plusieurs styles d'architecture et apparaît, dans ce cas, comme une infraction hétérogène voire hétéroclite dont les composantes sont fortement hybrides.

186. Si l'on croise les deux modalités d'ouverture d'une incrimination avec les deux caractères, composé et composite, du crime contre l'humanité, il en ressort que de par sa

⁹⁰⁴ H. J. A. HART, *The concept of law*, (trad. franç. M. VAN DE KERCHOVE, Le concept de droit), Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976 (1961), pp. 155 et s.

⁹⁰⁵ L'observation du champ pénal camerounais montre par exemple que les deux types d'incriminations ouvertes ont souvent existé dans la législation pénale. Si l'on considère d'abord l'ouverture de l'incrimination par le recours aux procédés de « type ouvert », l'on peut faire allusion spécifiquement à la « législation anti-subversion » de l'ordonnance du 12 mars 1962. Ce texte qui tentait de donner une substance juridique au « mythe de l'ennemi » (cf. pour plus de détails, P.-F. GONIDEC, *Les systèmes politiques africains*, Paris, LGDJ, 1978, pp. 164 ss), incriminait dans son article 1^{er}, l'incitation à la résistance à l'application des lois ou aux ordres de l'autorité publique, dans son article 2, l'incitation à la haine contre le gouvernement de la République, ou encore dans son article 3, l'émission ou la propagation de commentaires tendancieux (cf. pour plus de détails, A. MINKOA SHE, *op.cit.*, pp. 215-218). Si l'on considère ensuite l'ouverture de l'incrimination dans le second sens en rapport avec le phénomène d'internormativité, l'on peut citer l'incrimination d'exigence abusive de la dot (article 357 du Code pénal). Cette exigence abusive n'est soumise à aucune tarification légale. Voir par exemple, C.S.C.O., n°126 du 28 juin 1966, pour plus de détails, cf. A. MINKOA SHE, *op.cit.*, pp. 134-135.). Dans le même ordre d'idées, mention peut être faite de l'incrimination de sorcellerie (article 251 du Code pénal). Ces deux incriminations sont ouvertes sur l'ordre normatif originel et sur l'ordre normatif reçu et procèdent de l'articulation en matière pénale entre la norme reçue et la norme originelle.

⁹⁰⁶ Lorsque l'on considère la définition internationale du crime contre l'humanité et l'analyse de la jurisprudence en la matière, l'accusation montée en la matière s'entend toujours d'un crime de viol, de meurtre, de pillage, de persécution, de torture etc. Or, ces crimes existent dans les ordres juridiques nationaux.

Titre 2.

Une bipolarité issue de la texture ouverte des composantes normatives du crime contre l'humanité

lettre, le crime contre l'humanité procède des « types ouverts » alors que de par son esprit, elle constitue elle-même « une incrimination ouverte ». S'agissant de la lettre, l'alinéa (1) (k) de l'article 7 du Statut de Rome, repris par les législations nationales à l'occasion du processus d'internalisation, dispose que « d'autres actes inhumains » peuvent constituer un crime contre l'humanité. Cette technique d'incrimination qui correspond parfaitement à la théorie des « types ouverts » analysé par le professeur Jean Pradel suggère non seulement que le juge saisi (interne ou international) peut faire entrer une variété d'actes dans la qualification de crime contre l'humanité, mais aussi et surtout que, le crime contre l'humanité, d'origine internationale, reste totalement ouvert au champ pénal étatique. *Ainsi, le processus de sa réception en droit interne ne s'entend pas seulement d'une intégration pure et simple de la norme internationale dans l'ordre interne, mais aussi, réalise une véritable mise en communication entre la norme interne réceptrice et la norme internationale reçue. Si celle-ci embellit le champ pénal national, celle-là enrichit le contenu de l'infraction internationale selon l'hypothèse d'une hiérarchisation complémentaire.*

S'agissant de son esprit, le crime contre l'humanité est une incrimination ouverte sur les ordres juridiques interne et internationale en ce sens que si ses éléments constitutifs sont des crimes ordinaires, sa philosophie est d'ériger les droits fondamentaux en valeur autonome devant être protégée par le droit pénal. Dans cette perspective, le crime contre l'humanité irrigue l'ensemble de l'ordre pénal étatique dont il tend à modifier l'enveloppe du système dès lors que les droits fondamentaux constituent dans ce cas l'instrument implicite d'interprétation du crime contre l'humanité. Relevant de sa composante axiologique, ils constituent la source non écrite de l'infraction.

La combinaison de la double texture ouverte des composantes – lettre et esprit – du crime contre l'humanité, suggère que l'étude de son processus d'internalisation ne peut, spécifiquement, être conduite autrement que par une analyse de l'articulation entre l'ordre interne et l'ordre international. Cette articulation qui ne suppose plus une superposition stricte entre l'ordre international et l'ordre interne, permet de distinguer sans séparer la composante axiologique de l'incrimination de sa composante formelle. *A partir de ces deux composantes, il s'établit une relation dialectique, véritable hypothèse d'internormativité entre la norme interne et la norme internationale.* En effet, le crime contre l'humanité, au regard de sa dimension axiologique (réfèrent normatif), va envelopper l'ensemble du champ pénal national puisque, d'interdit fondateur, il y introduit et y renouvelle la théorie des droits fondamentaux (**Chapitre 1**). Du point de vue formel (procédé normatif) par contre, les normes internes vont

Titre 2.

Une bipolarité issue de la texture ouverte des composantes normatives du crime contre l'humanité

favoriser la complétude de l'incrimination internationale tantôt dans une coexistence pacifique, tantôt dans une coexistence « conflictuelle » avec la norme internationale (Chapitre 2).

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre 3

**LE CARACTERE OUVERT DU « REFERENT NORMATIF » DU
CRIME CONTRE L'HUMANITE : D'UN INTERDIT FONDATEUR
INTERNATIONAL A LA SEDIMENTATION NATIONALE DES
DROITS FONDAMENTAUX.**

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

« Une grande partie de la pensée juridique contemporaine est à la recherche de l'interjuridicité, mais tous les auteurs n'ont pas fait le choix du même instrument », L. AZOULAI, « Conclusions générales », in E. DUBOUT et S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, p. 328.

187. Tout crime, qu'il soit pris dans un sens criminologique, d'acte antisocial suscitant une réaction de désapprobation du groupe, ou dans un sens juridique, d'infraction punie des peines les plus graves, est en soi une atteinte à l'humanité. Meurtre, viol, violence ou vol, aucun acte criminel ne valorise l'humanité. Dès lors, la définition à l'échelle internationale d'une *atteinte spécifique* à l'humanité et singulièrement qualifiée *crime contre l'humanité*, composée des crimes qui habituellement portent atteinte à l'humanité, vise à conférer à cette catégorie pénale une forte dimension axiologique, c'est-à-dire à l'ériger en un interdit fondateur d'un nouvel ordre mondial. Cette idée semble découler de la jurisprudence du TPIY dans l'affaire *Erdemovic*. Les juges internationaux ont affirmé en substance qu'en définissant une atteinte spécifique à l'humanité, il s'agissait de définir l'humanité à la fois comme une valeur (à protéger socialement) et comme une victime (digne de protection pénale)⁹⁰⁷. La particularité de cette valeur confère une texture ouverte à la composante axiologique du crime contre l'humanité faisant de l'incrimination un point de contact entre les ordres juridiques et un facteur déclencheur du processus transformateur des ordres juridiques nationaux. C'est ce qui fonde le caractère ouvert de son référent normatif.

En effet, si l'on envisage la composante axiologique du crime contre l'humanité qu'est l'humanité, sous l'angle de la *fonction expressive* du droit pénal⁹⁰⁸, il apparaît que la définition d'une atteinte spécifique à l'humanité composée d'ordinaires atteintes à l'humanité, a pour but d'insister sur le caractère *fondamental* des valeurs déjà protégées par ces atteintes ordinaires. En clair, l'interdit de crime contre l'humanité se fonde sur la double idée que les valeurs telles que la vie, l'intégrité physique, morale et mentale, l'identité raciale, ethnique, religieuse ou politique, *la dignité humaine*, protégées par les codes pénaux nationaux ne peuvent être transgressées même à l'occasion d'un contexte exceptionnel comme un conflit

⁹⁰⁷ TPIY, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, Jugement, Ch. In., affaire n°IT-96-22-T, *op.cit.*

⁹⁰⁸ Sur la fonction expressive du droit pénal, cf. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Paris, Economica, coll. « Corpus droit privé », 15^{ème} éd., 2008, pp. 21-27. Pour une étude critique de cette fonction du droit pénal cf. Ch. LAZERGES, « De la fonction déclarative du droit pénal », *Rev.sc.crim.*, 2004, p. 194. L'auteur dans cette étude déplore une sorte de dévoiement de la fonction expressive de la loi pénale et dénonce le développement de sa « fonction déclarative ». Selon cet auteur, trop d'incriminations, dépourvues d'utilité réelle, faisant double emploi avec les incriminations existantes, ne sont créées que pour afficher la volonté de détermination de l'Etat, sa volonté répressive, de sorte que nous nous trouvons placé dans une situation de « surarmement pénal ».

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

armé, et surtout que leur transgression dans un contexte spécifique d'attaque en fait des intérêts supranationaux. Dans ce sens, l'interdit de crime contre l'humanité ne crée pas à proprement parlé une nouvelle valeur totalement ignorée du droit pénal, mais inaugure un nouveau *référént normatif pour les droits nationaux*. Par le recours à la catégorie juridique de l'humanité, cet interdit exprime le caractère *fondamental* de certaines valeurs déjà existantes. Monsieur Le Gunehec, alors conseiller-rapporteur dans l'affaire *Klaus Barbie* portée devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation française le 23 janvier 1997, l'avait parfaitement souligné en affirmant que le crime que vise ce texte – le Statut de Nuremberg organisant la répression des crimes contre l'humanité –

« c'est le crime qui n'a pas seulement pour objet de blesser ou de donner la mort, *mais celui qui accompagne ces blessures et cette mort d'une violation volontaire, délibérée et gratuite de la dignité de celles ou de ceux qui en sont les victimes* »⁹⁰⁹.

188. Ainsi, deux indices peuvent permettre de justifier ici l'hypothèse de la sédimentation des droits fondamentaux dans les champs pénaux nationaux au regard du « référent normatif » du crime contre l'humanité. Le premier indice dit énonciatif résulte de l'articulation interne de l'article 21 du Statut de Rome. Ce texte qui traite du droit applicable par la Cour, désigne aux termes de l'alinéa 1, et par ordre de primauté, les différentes sources du droit applicable par la Cour⁹¹⁰. Aux termes de l'alinéa 3⁹¹¹, l'article 21 dispose explicitement que,

« L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article [le droit des crimes graves] doivent être *compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnues* (...) »⁹¹².

A l'analyse, ce texte institue une hiérarchie formelle (alinéa 1&2) des sources du droit pénal international, qui tranche avec la règle de l'équivalence des sources que l'on a coutume de déduire de l'article 38 du Statut de la CIJ⁹¹³, à laquelle se superpose une hiérarchie dite

⁹⁰⁹ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *Recueil Dalloz*, 1997, pp. 249-253.

⁹¹⁰ Aux termes de cette disposition, la Cour applique : « (a) En premier lieu, le présent statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve ; (b) En second lieu, selon qu'il convient, les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ; (c) A défaut, les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des Etats sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues ».

⁹¹¹ Il convient de souligner que l'alinéa 2 consacre le caractère normatif de la jurisprudence antérieure de la Cour.

⁹¹² Nous soulignons.

⁹¹³ MAHMOUD MOHAMED SALAH, « Interrogations sur l'évolution du droit international pénal », *JDI*, n°3, 2009, p. 747. La finalité de cette hiérarchisation peut être comme l'admet la doctrine, d'apporter plus de clarté et de précision en évitant « les flottements, les à-coups, parfois le manque de rigueur fait dans le choix du droit applicable par les tribunaux *ad hoc* dont l'activité a souvent relevé de l'ingénierie judiciaire que d'une démarche

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

matérielle « érigeant le droit international des droits de l'homme en critère transversal de l'interprétation et de l'application de l'article 21 »⁹¹⁴. C'est cette érection du droit international des droits de l'homme en critère transversal dans la mise en œuvre du Statut qui constitue le premier indice⁹¹⁵. Allant dans son prolongement, le second indice dit confirmatif résulte de l'interprétation judiciaire de l'alinéa 3 de l'article 21 dans les premières décisions de la Cour. En effet, dans l'affaire *Thomas Lubanga*, la chambre d'appel de la Cour pénale internationale se prononçant sur l'étendue de l'article 21 alinéa 3, a affirmé que « les *droits de l'homme sous-tendent le Statut dans tous ses aspects* »⁹¹⁶ y compris donc la définition et la structure des incriminations⁹¹⁷.

Mettant en perspective ces deux indices énoncés par le Statut puis confirmés par les juges, le droit international des droits de l'homme ne constitue pas à proprement parlé une source de la légalité des décisions de la Cour, mais davantage une « supra légalité », sorte de « super légalité » au sens de la prééminence du droit desdites décisions. D'où le recours à la notion de référent normatif. Une telle perspective ouvre, même les composantes du crime

rationnelle garante de sécurité juridique » (L. BOURGORGUE-LARSEN, « Les sources du droit international pénal. Analyse comparative de la pratique judiciaire des TPI et du texte du statut portant création de la Cour pénale internationale », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op.cit., pp. 377-381, spec. 378. L'auteur ajoute que l'article 21 permet de préciser que « le droit international pénal contemporain consacre le primat du statut et du RP, véritables codes pénaux pour les juges internationaux ».

⁹¹⁴ *Ibid.*, p. 381.

⁹¹⁵ Sur l'application du droit international des droits de l'homme par les tribunaux pénaux internationaux, lire avec beaucoup d'intérêt, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op.cit.

⁹¹⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Ch. Ap., Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, affaire n° ICC-01/04-01/06 du 14 décembre 2006, para. 37. Dans cette décision les juges d'appel se sont référés à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et ont admis que, « des violations sérieuses des droits de l'accusé peuvent rendre impossible dans certaines circonstances la tenue d'un procès équitable ». Pour des commentaires doctrinaux, cf. G. BITTI, « Chronique de jurisprudence de la CPI », *Rev. sc. crim.*, n°3, 2007, pp. 652-663, spéc., 654). La même référence aux droits de l'homme internationalement reconnus a conduit la chambre d'appel, dans deux arrêts rendus le même jour, à « sanctionner deux décisions de la chambre préliminaire dans l'affaire Lubanga pour insuffisance de motivation » (cf. G. BITTI, *Ibid.*, pp. 654-655).

⁹¹⁷ Pour une étude systématique des sources du droit pénal international, cf., M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op.cit. Outre les références citées, voir plus précisément, L. GRADONI, « L'attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du tribunal pour l'ex-Yougoslavie. « Régularités » et « règles », pp. 25-74 ; F. RAIMONDO, « Les principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux *ad hoc* : une approche fonctionnelle », pp. 75-96 ; J. DE HEMPTINNE, « L'hybridité et l'autonomie du Règlement de procédure et de preuve du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », pp. 135-156 ; E. FRONZA, E. MALARINO et C. SOTIS, « Le principe de précision et la justice pénale internationale », pp. 157-210 ; A. LOLLINI, « L'expansion « interne et externe » du rôle du juge dans le processus de création du droit international pénal », pp. 223-242 ; M. SARACCO, « Une lecture « contextuelle » de l'utilisation des sources du droit dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* », pp. 243-260 ; P. MANZINI, « Le rôle du principe de la légalité dans la détermination des sources du droit international pénal », pp. 261-268.

contre l'humanité, sur l'idée qu'en énonçant le crime contre l'humanité, le législateur supranational visait à protéger pénalement les droits de l'homme internationalement reconnus. Cette ouverture traduit sans doute l'idée que les droits fondamentaux, principaux repères des droits de l'homme internationalement reconnus, sont le sous-bassement de la définition des crimes graves du droit international. Et que dès lors, en internalisant ces crimes, les législations pénales nationales ne font rien d'autre que sédimentier les droits fondamentaux dans le champ pénal interne. Une telle idée de sédimentation nationale des droits fondamentaux suscite une double lecture au regard de l'articulation entre l'interdit international et le droit pénal national. D'abord, les droits fondamentaux, appelés à mettre en cohérence l'ensemble du champ pénal interne, constituent les normes de références explicites à l'interprétation et à l'application de l'incrimination de crime contre l'humanité dans le droit national (**Section 1**). Ensuite, ce caractère de norme de référence explicite au travail du juge national saisi d'un cas de crime contre l'humanité, fait des droits fondamentaux une référence implicite au processus d'harmonisation pénale en matière de crime contre l'humanité (**Section2**).

Section 1- Les droits fondamentaux comme « référent normatif » explicite d'interprétation de la protection juridique de l'humanité dans les champs pénaux nationaux.

L'humanité demeure, quelles que soient les définitions, une catégorie juridique assez vague et fortement connotée d'un point de vue moral⁹¹⁸. Or, pour être légitime, le droit de punir doit se détacher de ses origines morales. Dans cette entreprise, les droits fondamentaux pourraient aider (§1) si l'on considère leur fonction *charnière* dans les rapports entre les ordres et les systèmes juridiques (§2).

§1- L'internalisation du crime contre l'humanité ou une nouvelle consécration des droits fondamentaux dans le champ pénal interne.

189. Généralement, lorsque l'on met en commun droits fondamentaux et droit pénal international, c'est presque toujours pour mettre en exergue deux aspects d'un janus biface au regard de la logique de confrontation et celui issu de la logique de conciliation entre le droit

⁹¹⁸ J. ETIENNE, « La morale formelle et le droit positif face à l'humainement inacceptable », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs. Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits des valeurs en droit pénal, public et international*, X^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, coll. « Bibliothèques de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », 1982, pp. 23-34 ; C. SEVELY, « Réflexion sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité », *op.cit.*

pénal et les droits de l'homme⁹¹⁹. Ce choix est lui-même héritier de la confrontation classique entre l'épée que constitue le droit pénal (logique de l'Etat et dynamique de l'ordre) et le bouclier que constitue les droits de l'homme (logique de le l'individu et dynamique de la liberté)⁹²⁰. La complexité de la relation dialectique entre ces deux entités a donné lieu à une étude collective en 2006⁹²¹. Mais depuis une époque assez récente, il y a une innovation importante dans la relation droit pénal et droits de l'homme du fait de l'introduction d'un nouveau rapport entre crimes internationaux et droits fondamentaux, les droits de l'homme sont devenus « pénalisés ». La protection des droits de l'homme passe désormais par la lutte contre l'impunité, la condamnation des amnisties abusives et la création de nouvelles institutions répressives. Bref, par l'émergence de la catégorie des crimes graves dont le crime contre l'humanité devient le mot d'ordre d'un mouvement de protection. Ce rapport, par sa nature complémentaire (A) suggère que l'Etat qui internalise les crimes internationaux tels le crime contre l'humanité réaffirme dans son ordre juridique, la reconnaissance d'obligations positives relatives à la protection des droits fondamentaux (B).

A- La complémentarité entre l'interdit de crime contre l'humanité et l'affirmation de la théorie les droits fondamentaux.

190. La relation de complémentarité entre l'interdit de crimes contre l'humanité et les droits fondamentaux qui vient enrichir la relation droit pénal et droits de l'homme correspond, comme nous l'avons dit, à un mouvement de pénalisation au nom des droits de l'homme. En effet, il y a à sa base, l'idée que le droit pénal serait indispensable pour protéger contre les transgressions les plus violentes des droits fondamentaux de l'individu. Cette complémentarité tient donc concrètement au fait que les valeurs exprimées par les interdits fondateurs comme le crime contre l'humanité⁹²² et celles qui sont exprimées par les droits

⁹¹⁹ Sur l'analyse de cette relation, cf. R. DE GOUTTES, « Droit pénal et droits de l'homme », *Rev. sc. crim.*, vol. 1, 2000, pp. 133-144. De manière générale, les droits de l'homme se méfient de l'arme principale du droit pénal, l'atteinte à la liberté.

⁹²⁰ Pour une étude systématique de cette relation en droit camerounais, cf. A. MINKOA SHE, *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun*, *op.cit.* Dans ce sens, il s'agit principalement de garanties procédurales destinées à corriger le déséquilibre entre l'individu et l'Etat lors du contentieux pénal : droit à la défense, interdiction de délais abusifs, droit au silence et droit à un appel, pour ne nommer que quelques uns. On y retrouve également des garanties de fond telles que la présomption d'innocence, le principe de la légalité.

⁹²¹ Cf. Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, *op.cit.* A travers cette étude, les auteurs décrivent un mouvement de balancier dévoilant une certaine ambiguïté dans la relation entre les droits fondamentaux et le droit pénal. tantôt le recours aux droits fondamentaux est invoqué pour contrer les excès du droit pénal (fonction de bouclier), tantôt il l'est pour alimenter le recours au pénal (fonction d'épée).

⁹²² L'on peut citer la vie (par l'interdiction du meurtre), l'intégrité physique ou morale (par l'interdiction des diverses formes de violence) la liberté, l'identité (par l'interdiction de l'apartheid et d'autres crimes comme la

fondamentaux⁹²³ coulent d'une même source : l'article 1^{er} de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Ce texte dispose *in limine*, « [T]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits (...) ». Sur le fondement de cette disposition la torture, par exemple, constitue une violation du droit international des droits de l'homme donc une atteinte aux droits fondamentaux⁹²⁴ et un crime contre l'humanité⁹²⁵. Dans sa dynamique normative, cet acte est d'abord apparu comme une atteinte aux droits fondamentaux avant d'être envisagé comme un crime grave du droit international et plus précisément comme un crime contre l'humanité⁹²⁶.

Cette unicité de source des crimes internationaux par nature et des droits fondamentaux, analysée par le professeur irlandais William Schabas par le recours à la métaphore des « faux frères »⁹²⁷ signifie que la dignité humaine est à la fois au centre de la protection de l'interdit de crime contre l'humanité (2) et de celle de la protection des droits fondamentaux (1).

1- Le respect de la dignité humaine au fondement de la protection des droits fondamentaux.

191. Comme il a été dit, la dignité de la personne humaine est un principe dont chacun ressent intuitivement la réalité et la force, même si les appréciations relatives à sa consistance peuvent varier. C'est de l'essence même de l'homme dont il est question⁹²⁸. Sous l'angle des droits fondamentaux, il émerge des éléments d'un droit à la dignité qui permettent de sortir du cadre d'un droit naturel pour s'inscrire dans celui du droit positif. La théorie des droits fondamentaux permet ainsi de séparer la notion de dignité humaine des fondements et représentation philosophiques, politiques, anthropologiques, religieuses de chaque culture et de la rattacher aux fondements empiriques et normatifs des droits de l'homme.

persécution, les déportations forcées). En somme il s'agit de la protection de l'Homme dans son être et dans son espèce.

⁹²³ Les mêmes valeurs sont prévues par presque toutes les conventions internationales relatives aux droits de l'homme regroupées dans ce que l'on nomme droit international des droits de l'homme.

⁹²⁴ Dans ce sens, la torture est prévue par la Convention des Nations Unie dite Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, conclue à New York le 10 décembre 1984.

⁹²⁵ Cf., Article 3 (f) du Statut du TPIR ; article 5 (f) du Statut du TPIY ; 7 (1) (f) du Statut de Rome.

⁹²⁶ L'acte de torture est absent de la toute première définition du crime contre l'humanité fournit par le droit international dans l'article 6 (c) du Statut du Tribunal Militaire de Nuremberg de 1945.

⁹²⁷ W. SCHABAS, « Droit pénal international des droits de l'homme : faux frères ? », in M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, op.cit., pp. 165-182.

⁹²⁸ B. MATHIEU, « La dignité de la personne humaine : quel droit, quel titulaire ? », *Recueil Dalloz* 1996, Chron., p. 282.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

En effet, ce que l'on appelle aujourd'hui droits fondamentaux, autre manière de désigner le noyau dur des droits de l'homme⁹²⁹, était appelé jadis « droits naturels » et cette notion était liée à celle de loi naturelle. Pour distinguer droits positifs et droits naturels, Jeremy Bentham écrivait par exemple que, « le droit est fils de la loi ; des lois réelles viennent les droits réels, mais des lois imaginaires, des « lois de nature », ne viennent que des droits imaginaires (...) Parler de droits naturels est un non-sens »⁹³⁰. Le philosophe Edmund Burke était à peu près du même avis lorsqu'il s'exclamait qu'il était capable de comprendre ce que signifiait les droits des anglais, mais pas ce que signifiaient les droits de l'homme. En général, la question des droits fondamentaux a beaucoup préoccupé les juristes du XX^e siècle⁹³¹. Mais depuis la fin de ce siècle et le début du XXI^e, avec la place grandissante des droits de l'homme en droit international à travers notamment le remarquable développement de la législation des droits de l'homme après la seconde guerre mondiale ayant abouti à l'apparition d'un corps de règles appelé droit international des droits de l'homme, il ne fait plus de doute que les droits de l'homme relèvent bel et bien du droit positif. C'est dans cette dynamique qu'a émergé la théorie des droits fondamentaux dont le phénomène d'internationalisation du droit conduit à leur intégration systématique dans les droits internes.

192. Ce schéma que l'on vient de tracer est celui de l'évolution normative du concept de dignité humaine. En effet, comme on le sait, pour qu'un « mot » devienne un « concept », il doit établir son espace propre, fonder son ordre ; 1) il a une « histoire », qui le fait passer par d'autres concepts ou sur des plans divers, et on y trouve « le plus souvent des morceaux ou des composantes venus d'autres concepts, qui répondaient à d'autres problèmes et supposaient d'autres plans » ; 2) il a un « devenir », qui concerne son rapport avec des concepts situés sur le même plan et, ici, « les concepts se raccordent les uns avec les autres, se recourent les uns les autres, coordonnent leurs contours, composent leurs problèmes respectifs... »⁹³². Dans ce sens, la dignité humaine donne une nouvelle dimension aux droits de l'homme. La façon dont elle appréhende l'essence de l'homme tient à la place qu'elle assigne à l'humanité. Ou, plutôt,

⁹²⁹ Sur ce point, cf. P. FRAISSEIX, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'Homme », *Revue de Droit Pénal*, n°2, 2001, pp. 531-553. Aussi, nous renvoyons à l'ouvrage, A. MINKOASHE, *Droit pénal et droits de l'homme au Cameroun, op.cit.*, pp. 65-68.

⁹³⁰ J. BENTHAM, *Anarchical Fallacies*, cité par M. CRANSTON, « Qu'est-ce que les droits de l'homme ? », in W. LAQUEUR et B. RUBIN (dir.), *Anthologie des droits de l'homme*, Paris, Nouveaux Horizons, 2002, pp. 25-35.

⁹³¹ Pour une certaine synthèse des opinions et pour des développements critiques, cf. X. DIJON, *Droit naturel. Les questions de droit*. Tome 1, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1998.

⁹³² G. DELEUZE et F. GUATARRI, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, *op.cit.*, *spec.* le chapitre : « Qu'est-ce qu'un concept ? »

pour être plus rigoureux, c'est la place qu'occupe l'humanité qui détermine ce qu'est la dignité⁹³³ qui, intégrée en droit interne, est à la base de la protection des droits fondamentaux.

2- La dignité humaine fondement de l'interdit de crime contre l'humanité.

193. Tout comme elle est au centre de la protection des droits fondamentaux, la dignité humaine se situe également au fondement de l'interdiction de crime contre l'humanité. La doctrine pénale française l'a longuement expliqué en affirmant que, la spécificité de ces crimes,

« tient à ce qu'ils refusent de reconnaître à leurs victimes leur qualité d'êtres humains, les ravalant au rang de choses et de bêtes, consommant ainsi une atteinte délibérée à la *dignité humaine*. On ne saurait trop insister sur ce point : le « bien juridique » que protège des incriminations de droit commun telles que le meurtre, la séquestration... est la vie, l'intégrité physique des personnes, leurs libertés... Tout autre est le « bien juridique » qu'a pour objet de sauvegarder le Statut de Nuremberg organisant la répression des crimes contre l'humanité »⁹³⁴.

Dans cette perspective, si les crimes contre l'humanité portent atteinte à la *dignité humaine*, c'est parce qu'ils lèsent avant tout *l'humanité* en tant que bien juridique spécifiquement protégé. Le professeur Mireille Delmas-Marty défend cette opinion en admettant que,

« si l'on admet la singularité et l'égalité d'appartenance comme composantes de l'humanité comprise comme pluralité d'êtres uniques, cela revient à dire que l'expression de crime contre l'humanité pourrait désigner toute pratique délibérée, politique, juridique, médicale ou scientifique, comportant en soit la violation du principe de singularité (...), soit du principe d'égalité d'appartenance à la communauté humaine »⁹³⁵.

En effet, la notion de dignité est également indissociable de la notion d'humanité. Les juges McDonald et Vorah du TPIY l'ont clairement affirmé dans leur opinion individuelle jointe au jugement *Erdemovic*,

« [E]n raison de leur ampleur et de leur caractère odieux, ils [les crimes contre l'humanité] constituent de graves attaques contre la *dignité humaine*, contre la notion même *d'humanité* (...)»⁹³⁶.

Il apparaît dès lors que toute atteinte grave et massive à la dignité de l'homme peut s'interpréter comme une atteinte à l'humanité. D'ailleurs, Finkelkraut relie les deux notions :

⁹³³ B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *Recueil Dalloz*, chron. p. 185.

⁹³⁴ J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *op.cit.*

⁹³⁵ M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Rev. Sc. Crim.*, 1994, pp. 477-490, *spec.* 489.

⁹³⁶ TPIY, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, Ch. Ap., affaire n° IT-96-22, opinion individuelle présentée conjointement par les juges G. McDonald et L.C. Vorah, 7 octobre 1997, para. 21.

« le concept de dignité attribue à chaque personne, en vertu même de son humanité, une valeur intrinsèque et absolue »⁹³⁷. La dignité permet l'individualisation de l'homme et consacre son humanité. Cette humanité individuelle mène ensuite à l'humanité collective, c'est-à-dire à l'ensemble des êtres humains.

B- Une nouvelle dynamique de consécration interne des droits fondamentaux fondée sur l'introduction des obligations positives relatives aux droits de l'homme dans le champ pénal interne.

La notion d'obligation positive en matière des droits de l'homme est désormais un sujet classique dans les rapports entre le droit interne et le droit international. Mais ce classicisme n'emporte pas toujours une clarification de la notion (1), surtout lorsqu'est en cause une obligation positive de nature pénale (2).

1- Quelques données d'analyse de la notion d'obligation positive en matière de droits de l'homme.

194. La jurisprudence des obligations positives trouve son fondement dans la volonté des organes de contrôle des instruments internationaux dédiés aux droits de l'homme « de protéger des droits concrets et effectifs, et non théoriques ou illusoires », selon la célèbre expression, constamment reprise depuis lors, de l'arrêt *Airey* rendu le 9 octobre 1979 par la Cour européenne des droits de l'homme⁹³⁸. De par leur origine donc, les obligations positives apparaissent comme des instruments prétoriens d'effectivité des droits. En effet, c'est en cherchant l'effectivité des droits que la Cour de Strasbourg a mis en lumière de nouvelles obligations à la charge des Etats. Mais contrairement à la Cour interaméricaine qui, pour dégager ces obligations s'est appuyée sur des dispositions précises⁹³⁹, celle européenne⁹⁴⁰

⁹³⁷ A. FINKIELKRAUT, *L'humanité perdue – Essai sur le XX^{ème} siècle*, Paris, Seuil, 1996, p. 86.

⁹³⁸ CEDH., *Arrêt Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, série A n°32, para. 24. Pour une analyse de cette décision, cf., V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2004, pp. 412-422.

⁹³⁹ Cf. à ce propos, H. GROS ESPIELL, « La commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Situation actuelle et perspectives d'avenir », in *Mélanges L. E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 441 ss ; A. A. CANCADO TRINDADE, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspective d'évolution à l'aube du XXI^e siècle », *AFDI*, 2000, pp. 548-577 ; H. TIGROUDJA, « L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts consultatifs récents », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 69-110 ; H. TIGROUDJA, I. K. PANOUSSIS, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme, analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », n°41, 2003 ; LALY-CHEVALIER, C. F. DA POÏAN, H. TIGROUDJA, « Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2002-2004) », *Rev. trim. dr. h.*, 2005, pp. 459-498.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

s'est appuyée dès le départ non sur une disposition précise de la Convention, mais elle a fait recours à la théorie de *l'inhérence*⁹⁴¹. Le professeur Frédéric Sudre l'a mis en lumière dans une étude de la jurisprudence de Strasbourg en relevant que,

« c'est par le recours en priorité à la théorie des 'éléments nécessairement inhérents à un droit que le juge européen enrichit sensiblement le contenu du droit dont il contrôle l'application et procède à la détermination d'obligation positives, substantielles ou procédurales à la charge des Etats. Il ressort de ses analyses que les obligations positives sont inhérentes aux droits et libertés inscrits dans la Convention »⁹⁴².

195. Dans son observation générale n°3 de 1981, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies avait considéré que les obligations que le Pacte relatif aux droits civils et politiques impose aux Etats,

« ne se limitent pas au respect des droits de l'homme », mais que les Etats « se sont également engagés à assurer la jouissance de ces droits à toutes les personnes relevant de leur juridiction. Cela exige des Etats parties qu'ils prennent des mesures spécifiques pour permettre aux particuliers de jouir de leurs droits. (...) En principe, cette obligation vaut pour tous les droits énoncés dans le Pacte ».

Cette théorie onusienne a permis d'identifier une triple obligation à la charge de l'Etat, une obligation de respecter (*to respect*)⁹⁴³ de protéger (*to protect*)⁹⁴⁴ et de réaliser (*to fulfil*)⁹⁴⁵. Dans un tel schéma, les particuliers ne sont pas, juridiquement, les débiteurs « primaires » des obligations issues des normes internationales garantissant les droits fondamentaux, mais peuvent par contre en devenir des débiteurs « secondaires », si et dans la mesure où, l'obligation de protection pesant sur les pouvoirs publics commande que le devoir de les respecter ou de les protéger leur est imposé⁹⁴⁶. Si l'on considère la théorie des obligations internationales, le triptyque respecter-protéger-réaliser est appréhendé selon la distinction

⁹⁴⁰ Pour une comparaison entre la convention américaine des droits et celle européenne, cf., H. GROS ESPIELL, « La convention américaine et la convention européenne des droits de l'homme, analyse comparative », *RCADI*, vol. 218, 1989, pp. 167-411.

⁹⁴¹ Cette théorie renvoie, dans l'analyse de la compétence juridictionnelle d'une juridiction, à son pouvoir inhérent. C'est-à-dire, le pouvoir que la juridiction tire de sa nature d'organe juridictionnel et des éléments intrinsèques d'un droit et non celui que la loi lui reconnaît à travers une disposition particulière de son acte créateur.

⁹⁴² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, §. 166. Dans le même sens, *Id.* « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I. 335.

⁹⁴³ Cette obligation requiert de l'Etat qu'il s'abstienne d'entraver directement ou indirectement l'exercice du droit en question. Cette obligation négative s'applique aux droits à la vie, à l'intégrité physique ou au droit au respect de la vie privée.

⁹⁴⁴ L'obligation de protéger requiert de la part de l'Etat qu'il empêche des tiers d'entraver de quelle que manière que ce soit l'exercice du droit en cause. Il peut s'agir d'agents officiels mais aussi de particuliers, d'entreprises ou d'autres entités.

⁹⁴⁵ L'obligation de réaliser s'entend encore de l'obligation de mise en œuvre qui suppose que l'Etat garantisse effectivement des droits fondamentaux dans les rapports entre les particuliers.

⁹⁴⁶ Sur ces distinctions, cf. F. SUDRE, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 363-384.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

traditionnelles obligation négative et obligation positive. Dans la première catégorie, on entend les obligations dans lesquelles l'Etat s'abstient de certaines actions, à savoir, obligations de ne pas faire ou obligation de non-ingérence⁹⁴⁷. Dans la seconde catégorie, par contre, on entend, des obligations internationales dans lesquelles on demande à l'Etat d'accomplir certaines actions ou prestations ; à savoir, obligation de faire ou obligation d'intervenir⁹⁴⁸. Cette dernière catégorie, qui seule est analysée ici, comporte un versant substantiel et un versant procédural⁹⁴⁹ unanimement admis en doctrine et que personne ne songe plus à contester⁹⁵⁰. Bien que le fondement de ces obligations positives soit d'une légitimité difficilement contestable⁹⁵¹, il convient de relever qu'il s'agit, au regard de leur portée, d'obligation de moyen et de résultat⁹⁵². De ce fait, le discours sur les obligations internationales a eu un certain développement dans le contexte des études consacrées à la théorie de la responsabilité internationale. Dans ce sens, l'internationaliste Riccardo Pisillo Mazzeschi, dans son cours sur la violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme, concluait que toute étude approfondie des obligations internationales aboutit presque toujours sur une enquête générale portant sur le fait internationalement illicite⁹⁵³.

⁹⁴⁷ Dans la sphère des droits de l'homme, où le rapport typique s'instaure entre l'Etat et l'individu, les obligations négatives sont surtout envisagées comme des obligations d'abstention à l'égard de la sphère des droits et libertés individuelles. Par exemple, en ce qui concerne l'interdiction de la torture, l'obligation négative de l'Etat consiste dans le fait que ses organes ne doivent pas soumettre les individus à la torture. Pour plus de détail, cf. R. P. MAZZESCHI, « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, t. 333, 2008, pp. 175-506.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p.187.

⁹⁴⁹ Sur ce point, cf. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 363. L'on peut aussi citer, D. RIBES, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse, Université Paul Cézane, Aix-Marseille III, 2005 ; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

⁹⁵⁰ Cf., D. SPIELMANN, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ; pp. 133-174 ; O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999 ; L. SASSO, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée de droit allemand, européen et français*, Thèse, Université de Caen, 1999 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001), Les dossiers du journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2003.

⁹⁵¹ Cf. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 276 ss.

⁹⁵² J. BENZIRA-HAZAN, « Disparitions forcées des personnes et protection du droit à l'intégrité : méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 785.

⁹⁵³ Pour une vue d'ensemble de la question Lire R. P. MAZZESCHI, « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *op.cit.*

2- La prise en compte nationale de l'obligation positive de protection pénale directe de l'humanité.

196. Le mouvement décrit, à travers lequel une obligation positive en matière de droits de l'homme serait la source d'une obligation positive de protection pénale d'une valeur telle que l'humanité, correspond au mouvement de pénalisation au nom des droits de l'homme. C'est-à-dire que non seulement de nouvelles incriminations doivent être énoncées dans le champ pénal interne pour donner corps à l'obligation de protection de la dignité humaine, mais aussi et surtout que ce champ pénal doit, de manière générale, être sous l'emprise totale des droits fondamentaux. Au regard de la permanence actuelle de la commission des violences collectives en Afrique noire porteuses des souffrances les plus cruelles, les droits pénaux nationaux ont plus que jamais besoin de se référer aux éléments fondamentaux constitutifs de la dignité humaine.

A la base de ce mouvement, il y a le problème normatif de la considération d'une obligation internationale comme source du droit national ou plus précisément comme une source de l'incrimination internationale en droit interne. Ceci revient à affirmer que l'obligation internationale détermine la validité du droit pénal national. Le crime étant de nature internationale, l'obligation internationale positive joue à l'égard des droits nationaux un rôle de coordination et de délimitation du domaine de validité. Il en résulte que le pouvoir des droits pénaux nationaux de créer des normes juridiques en matière d'incrimination internationale comme le crime contre l'humanité reste déterminé par le droit international. Sans doute, tout ordre juridique national a-t-il lui aussi en principe, la compétence d'établir des normes sur tout point quelconque, mais il convient de relever que non seulement, il la perd au fur et à mesure que de nouvelles règles du droit international viennent restreindre sa liberté d'action⁹⁵⁴, mais aussi de constater que, le droit international fonctionne dans ce cas comme une partie intégrante du droit interne, un élément du champ pénal des Etats. Dans l'hypothèse de l'unité de l'ordre pénal des Etats, cette obligation constitue la source ultime de la validité du droit pénal national. Elle conduit à l'admission d'un double sens du droit national. Un premier sens du droit national faisant abstraction des normes du droit international et un second sens du droit national comprenant lesdites normes⁹⁵⁵. Ce dernier sens conduit dans une certaine mesure à la réduction des frontières du souverainisme pénal de l'Etat.

⁹⁵⁴ H. KELSEN, « Théorie du droit international public », *RCADI*, t. 84, 1953, pp. 2-203.

⁹⁵⁵ *Ibid.*

§2- La fonction charnière des droits fondamentaux entre les ordres et les systèmes juridiques nationaux et non nationaux.

197. IL est de plus en plus difficile de nier ni qu'une porosité grandissante des ordres et/ou des systèmes juridiques en matière de droits fondamentaux constitue une donnée constante de la normativité actuelle, ni que cette normativité prend la forme d'un « chassé-croisé des références à des décisions de justice externes »⁹⁵⁶ au système juridique considéré et contribue au décloisonnement des ensembles juridiques nationaux et non-nationaux. En effet, la théorie des droits fondamentaux emporte une perméabilité normative qui traduit une évolution de la perception générale du droit au regard de l'attention particulière que ces droits suscitent. Champ privilégié du dialogue des juges qui s'internationalise sans cesse, les droits fondamentaux constituent, de manière symptomatique, le domaine dans lequel certaines constitutions nationales imposent de tenir compte du droit international⁹⁵⁷ voire autorise à s'inspirer des droits nationaux étrangers⁹⁵⁸. Ainsi, les droits fondamentaux apparaissent à la fois comme une condition de *communicabilité* entre les ensembles juridiques et un moyen d'émergence d'un droit « global ». Ce droit « global » identifié comme « n'ayant aucun auteur » selon l'opinion du juge Cassese⁹⁵⁹, c'est-à-dire composé d'une constellation ordonnée d'ensembles juridiques nationaux et non-nationaux différents, les droits fondamentaux sont à juste titre considérés comme facteurs explicites d'interprétation de l'incrimination de crime contre l'humanité. Dans ce sens, ils jouent ou semblent jouer comme un outil majeur de cet ordonnancement à la fois hiérarchique et complémentaire du multiple.

Cette description concerne bien évidemment celle des rapports entre les ordres juridiques et, de manière plus précise, les relations de communicabilité pouvant exister soit entre différents ensembles normatifs structurés (ordres juridiques), soit entre des ensembles institutionnels différents comprenant eux-mêmes un ou plusieurs ensembles normatifs structurés (systèmes juridiques)⁹⁶⁰. Elle débouche sur l'idée qu'il est possible de parvenir à

⁹⁵⁶ L. BURGOGUE-LARSEN, « L'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges. Mélanges B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 99.

⁹⁵⁷ Cf. supra, chapitre 2 « réception des droits de l'homme dans les constitutions africaines ». Dans le même sens, l'article 10§2 de la constitution espagnole.

⁹⁵⁸ Cf. notamment la section 39 de la Constitution Sud-africaine.

⁹⁵⁹ S. CASSESE, « La fonction constitutionnelle des juges non-nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 décembre 2008, disponible sur <http://www.courdecassation.fr/publication>, consulté le 19 février 2012.

⁹⁶⁰ Sur la définition doctrinale des notions d'« ordre juridique » et de « système juridique » et la pluralité de significations possibles, cf. S. ROMANO, *L'ordre juridique, op.cit., spec. VII ss.*; Ch. LEBEN « ordre juridique » et G. TIMSIT, « système juridique », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, et la synthèse de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique, op.cit.*, pp. 22 ss.

une intégration de plus en plus poussée des systèmes juridiques qui s'ordonnent ou convergent autour du respect des droits fondamentaux, sans cesser d'être pluralistes. Mais la prospérité d'une telle idée implique que l'on prenne les droits fondamentaux, en postulant leur homogénéité, comme un élément statique de liaison, de rattachement, un moyen de connexion entre les espaces normatifs (A) si l'on s'appuie sur la notion d'emprunt normatif dont ils semblent porteurs⁹⁶¹ (B).

A- Les droits fondamentaux, vecteurs de communication entre les ordres et les systèmes juridiques nationaux et non nationaux.

198. Affirmer que les droits fondamentaux sont vecteurs d'une communication entre les ordres et les systèmes juridiques nationaux et non nationaux revient à démontrer « leur capacité, leur propension, à abolir les frontières juridiques entre les différents espaces et territoires normatifs »⁹⁶². Or, comme, le fait remarquer la doctrine, une telle capacité communicationnelle paraît surprenante. La fonction de *communication*

« est à première vue étrangère au concept de droits fondamentaux (...) dont la vocation initiale est une fonction de *protection*. En effet, le recours aux droits fondamentaux a pour but premier d'encadrer les rapports entre les individus et l'Etat, voire entre individus, mais non de réguler les rapports entre ordres ou systèmes juridiques »⁹⁶³ comme le ferait par exemple la hiérarchie des normes ou encore le principe de complémentarité des normes.

Pour démontrer cette *étrange capacité* des droits fondamentaux à servir d'élément de connexion inter normatif et inter systémique, les professeurs Edouard Dubout et Sébastien Touzé évoquent à la fois des raisons exogènes (1) et endogènes (2).

1- Les raisons exogènes de la communicabilité normative des droits fondamentaux.

199. Nous nous arrêterons uniquement à la raison qualifiée par les auteurs de *besoin de légitimité* pour démontrer l'hypothèse défendue. Selon eux, ce besoin, externe aux droits fondamentaux, est patent dans les ordres ou systèmes non-nationaux, lesquels, par définition ne tirent leur légitimité directe que des Etats et non de façon démocratique⁹⁶⁴. Il l'est aussi au

⁹⁶¹ Tous ces aspects ont été approfondis dans de nombreuses perspectives dans l'ouvrage collectif, E. DUBOUT et S. TOUZE, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009. De manière plus systématique encore, nous renvoyons à l'article des deux auteurs publiés dans le même livre, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », pp. 11-35.

⁹⁶² *Ibid.*, p. 16.

⁹⁶³ *Ibid.*, p. 17

⁹⁶⁴ A. BARAK, « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, vol. 26, 2006, spéc. p. 262.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

sein des systèmes démocratiques dans lesquels le juge entre en concurrence avec le législateur, voire le constituant⁹⁶⁵. Il lui faut alors asseoir son autorité en confortant sa décision par appel au droit comparé pour justifier son caractère juste et incontestable. A la « chaîne du droit » temporelle imaginée par Dworkin, il faut désormais ajouter la chaîne du droit *spatial* afin de fonder la décision du juge dans les cas difficiles⁹⁶⁶.

Mais en réalité ce besoin de légitimation par le juge de son office, est inhérent à tout organe juridictionnel. En effet, dès lors que l'interprétation qu'il fera d'un texte de loi s'impose à tous, il lui revient comme un réflexe de trouver une juste et nécessaire justification de son office ce d'autant plus que le juge doit parfois intervenir pour compléter le texte en le fermant de manière spécifique ou alors en l'ouvrant dans une perspective plus générale. Certains aspects de cette mécanique du juge sont encadrés de manière classique dans les ordres et systèmes juridiques dans le cadre de l'obligation de motivation du juge. C'est dans ce sens que les auteurs parlent de raison exogène aux droits fondamentaux. Dans des situations où le droit positif est insuffisant pour résoudre tel litige, le juge en appelle alors à des principes « communs », établissant de cette manière la *communication* et les *connexions* entre des ensembles juridiques pourtant distincts. Lorsque par exemple, le juge camerounais est retissant à trancher la délicate question du « droit à la mort », est-il insensible à l'évolution de la législation française qui a aboli la peine capitale ? Ou alors lorsqu'il décide de l'appliquer, ne s'appuie-t-il pas indirectement sur la position de certains Etats américains qui continuent de l'appliquer ? Aussi, comment le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pourrait-il ne pas se référer à la jurisprudence européenne relative à la définition du viol⁹⁶⁷ ?

Dans ce contexte, le recours aux valeurs incarnées par les droits fondamentaux s'avère ainsi hautement intéressant pour le juge qui y puise un soutien argumentatif particulièrement malléable, y compris en vue de conforter son propre pouvoir⁹⁶⁸. L'autorité d'une juridiction et de l'ordre juridique qu'elle défend, dépendent notamment de sa force de conviction, l'appel à des valeurs dont la légitimité est incontestable permet de renforcer une position. Derrière la spontanéité ou la « bénévolence » des juges, pour reprendre la formule du président Guy

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 18.

⁹⁶⁶ *Ibid.*

⁹⁶⁷ TPIY, *Le Procureur c. Drogoljub Kunarac et al.*, Jugement, Affaire n° IT-96-23&23/1, Ch. II, 22 février 2001, *op.cit.*

⁹⁶⁸ E. DOBOUT et S. TOUZE, *op.cit.*, p. 19.

Canivet, à se référer à des influences externes, se profile une stratégie de légitimation de son propre pouvoir face à une difficulté d'interprétation⁹⁶⁹.

2- Les raisons endogènes de la communicabilité normative des droits fondamentaux.

Dans le cadre de l'analyse des raisons endogènes de la communicabilité normative des droits fondamentaux, Edouard Dubout et Sébastien Touzé défendent l'idée qu'au regard des rapports entre des ensembles juridiques, une double caractéristique propre aux droits fondamentaux peut expliquer leur propension à exercer une fonction communicante entre ordres et systèmes juridiques : leur nature fondatrice (a) et leur vocation universalisante (b).

a)- La nature fondatrice des droits fondamentaux.

200. On sait, et on l'a dit : il y a une profonde polémique sur l'identification des droits dits fondamentaux⁹⁷⁰. Mais autant cet aspect demeure disputé, autant un consensus sur la nature fondatrice des droits fondamentaux se forme progressivement. Surtout, lorsque dans leur analyse l'on mobilise la notion d'interdit fondateur exprimée par la qualification pénale de crime contre l'humanité. En effet, la nature fondatrice des droits fondamentaux justifie que ceux-ci soient considérés comme des éléments explicites de l'interprétation du droit du contre l'humanité. Elle suppose que ces droits fassent référence à des valeurs fondatrices d'un système ou d'un ordre juridique qui expliquent et justifient que l'on se plie à son autorité. De cette manière peut-être elle suggère que soit repensée la relation entre le pouvoir et le droit⁹⁷¹.

Ainsi, de la nature fondatrice des droits dits fondamentaux, il se dégage une conception « structurelle » mise en avant par Véronique Champeil-Desplats⁹⁷², les droits fondamentaux exercent alors une fonction non pas seulement de protection des individus mais, mais aussi de structuration de l'ordre juridique⁹⁷³. Ils sont au fondement du droit⁹⁷⁴.

⁹⁶⁹ G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la bénévolence des juges », *op.cit.*

⁹⁷⁰ P. WACHSMANN, « L'importation en France de la notion de 'droits fondamentaux' », *RUDH*, vol. 16, 2004, pp. 40 ss.

⁹⁷¹ S. PIERRE-CAPS, « La constitution comme ordre de valeurs », in *Mélanges en hommage à D.G. Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 289 ss.

⁹⁷² V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in P. LOKIEC, A. LYON-CAEN (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2004, p. 28.

⁹⁷³ E. DOBOUT et S. TOUZE, *op.cit.*, p. 2

⁹⁷⁴ Cf. sur cette hypothèse selon laquelle, les droits fondamentaux sont au fondement des ordres juridiques, C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2010.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

Cette fonction structurelle des droits fondamentaux est commune à la plupart des ordres ou des systèmes juridiques. Ils constituent dans cette analyse une sorte de,

« code génétique dont les principaux gènes sont partagés, avec des nuances, par la quasi-totalité des systèmes démocratiques dont les objectifs, érigés en « valeurs » sont les mêmes : liberté, égalité, dignité, justice etc. »⁹⁷⁵.

On pourrait les définir comme des « équilibres essentiels » sur lesquels l'ensemble des normes d'un système ou d'un ordre juridique repose⁹⁷⁶. Certes ces équilibres sont parfois variables et souvent instables d'un système à un autre : de cette manière chacun acquière « une identité propre dans, par exemple, la manière de concilier la liberté et l'égalité, ou la solidarité, d'interpréter la dignité »⁹⁷⁷. C'est cette variation d'équilibre qui n'avait peut-être pas bien été perçue par Sinkondo, lorsqu'analysant la charte africaine des droits de l'homme, il affirmait,

« la spécificité d'un droit international africain n'a ni fondement scientifique, ni justification éthique. La prétendue « conception africaine du droit et de l'humanisme » (...) n'est ni actuelle, ni recevable à justifier l'élaboration d'un droit africain des droits de l'homme particulier dans ses protections »⁹⁷⁸.

Point de vue qui rejoint un débat non moins intéressant sur la nécessaire particularité de la charte africaine des droits de l'homme par rapport aux autres conventions non nationales en la matière⁹⁷⁹.

⁹⁷⁵ E. DOBOUT et S. TOUZE, *op.cit.*, p. 20.

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ *Ibid.*

⁹⁷⁸ M. H. SINKONDO, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ou les apories d'une convention encombrante », *Penant*, 1994, p. 303. Dans le même sens, voir le professeur Isaac Nguema, président de la Commission africaine de Banjul qui affirmait, « L'Afrique cherche moins à créer qu'à imiter, une tension permanente et un effort de rigueur soutenu ne sont pas de la mentalité africaine », in « La démocratie, l'Afrique et le développement », *RADH*, vol. 2, 1992, p. 119. Il convient de souligner que dans sa thèse publiée, *Le droit international africain. Problèmes généraux – règlement des conflits*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque africaine et malgache », 1970, le professeur Joseph-Marie Bipoun-Woum clarifie assez subtilement cette question. Il admet d'abord d'entrée de jeu qu'il n'y a qu'un droit international, un seul et universel (p. 1). Puis par la suite, il précise que quand « on parle de droit international africain, le but « n'est pas d'établir, a priori, que le droit international africain est ou n'est pas spécifique. Il s'agit seulement de voir qu'un système de plus en plus cohérent de règles, de principes s'élabore, secrété par la construction d'Etat et la recherche d'un ordre correspondant aux réalités africaines » (p. 6). Sur cette question, nous renvoyons à l'étude classique de P.-F. GONIDEC, Note sur le droit des conventions internationales en Afrique », *AFDI*, 1965, p. 883, point de vue repris dans *Les droits africains. Sources et évolution*, Paris, LGDJ, 1986, pp. 68-69.

⁹⁷⁹ Sur ces points, cf. F. QUILLERE-MAJZOUB, « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique. Etude comparée autour de la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Rev. trim. dr. h.*, 2000, pp. 729-785 ; M. MUBIALA, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », *RGDIP*, t. 102, vol.3, 1998, pp. 765-780 ; A.D. OLINGA, « L'Afrique face à la « globalisation » des techniques de protection des droits fondamentaux », *op.cit.* ; Id., « La famille en droit international africain des droits de l'homme », in J.Y. MORIN (dir.), *Les défis des droits fondamentaux. Actes des deuxièmes journées scientifiques du réseau droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 156 ss.

b)- La vocation « universalisante » des droits fondamentaux.

201. Le qualificatif de « fondamental » des droits fondamentaux pourrait suggérer qu'ils tendent à se substituer à un « universalisme ». Cette prétention à l'universalité offre une propension au franchissement des barrières juridiques et impose de mettre en place une intersubjectivité au sens où J. Habermas l'entend⁹⁸⁰. Cette vocation universalisante des droits fondamentaux que nous avons déjà analysé permet d'établir des liens, au sein du système pénal, entre les ordres juridiques nationaux, régionaux tel la Charte africaine des droits de l'homme, et international. Le juge saisi pouvant alors se fonder sur l'un ou l'autre ou sur les trois à la fois pour interpréter les éléments du crime contre l'humanité compte tenu de la technique d'emprunt normatif à laquelle il peut faire recours. En effet, les normes de protection des droits fondamentaux, indépendamment de leur origine, permettent aux systèmes juridiques d'entrer matériellement en contact, et par-là d'interagir, même si le degré de cette interaction ne repose pas sur une constance juridique.

B- La technique de l'emprunt normatif et le caractère communicant des droits fondamentaux.

202. La technique de l'emprunt normatif, en tant qu'entreprise d'importation du droit, se situe naturellement sur le terrain des démarches, modalités et degrés de convergence entre ordres et systèmes juridiques différents et relève de l'analyse de l'influence qu'un ordre ou systèmes juridique peut avoir sur un autre. Elle se situe au centre de l'appréhension et de l'interprétation des rapports normatifs systémiques. Pour l'internationaliste Conforti,

« c'est justement l'élément de convergence qui est, et doit être à la base, de toute étude ayant pour objet les relations de convention entre elles »⁹⁸¹.

Le professeur Wachsmann quant à lui parle d'« *intertextualité* ». S'agissant des droits de l'homme, il affirme qu'il,

« y a à l'évidence, une *intertextualité des droits de l'homme, qui concerne les instruments internationaux de protection et les jurisprudences* »⁹⁸².

Considérant les droits fondamentaux, justement, la théorie de l'emprunt semble leur être consubstantielle dès lors qu'elle tient à leur nature fondatrice et à leur vocation

⁹⁸⁰ J. LENOBLE, in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit – Panorama des débats contemporains*, Paris, Le Seuil, 1991, p. 171.

⁹⁸¹ B. CONFORTI, « L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, pp. 121-126.

⁹⁸² P. WACHSMANN, « Les méthodes d'interprétation des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international, op.cit.*, précité, pp. 158-170.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

universalisante. D'ailleurs, c'est ce qui confère à ces droits leur caractère communicant puisqu'il postule une sorte d'ouverture vers le caractère universel des techniques de garantie et d'interprétation des droits. Dans le domaine des droits fondamentaux, l'emprunt normatif peut résulter soit d'une adoption législative, soit d'une option prétorienne comme nous l'avons déjà évoqué. S'agissant du cas de l'adoption législative, l'on peut faire mention de l'article 21 (3) du Statut de Rome qui fait référence aux normes du droit international des droits de l'homme. L'on peut aussi faire référence à l'échelle africaine des articles 60⁹⁸³ et 61 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁹⁸⁴.

203. Dans une étude consacrée à la question des emprunts normatifs de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, conjoncturellement inscrite dans une dynamique de convergence vers les systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme⁹⁸⁵, l'internationaliste camerounais Alain Didier Olinga fait une analyse critique de la technique de l'emprunt normatif,

« qui relève pour partie d'une démarche mimétique à l'endroit des systèmes antérieurs au système africain, et qui est aidée par un système des sources particulièrement flexible et extensible [et donc] qui mérite une analyse serrée car elle pose un problème de fond, pour un système animé, malgré tout d'une intention d'originalité »⁹⁸⁶.

L'auteur affirme que,

« la problématique de l'emprunt, est en effet, une question d'identité du système panafricain de protection : s'enrichir au risque de se perdre bien qu'étant techniquement performant, ou se maintenir dans son intégrité et son ontologie africaine et risquer de ne pas atteindre l'efficacité maximale voulue. Tel est le dilemme »⁹⁸⁷.

A la fin de son étude, l'auteur conclue en soulignant que,

« la logique d'emprunt [normatif de la Commission africaine] est de plus en plus forte, et que lorsqu'elle emprunte, la Commission semble procéder à une réception brute alors que celle-ci devrait être retravaillée et adaptée à la réalité sociologique »⁹⁸⁸.

⁹⁸³ L'article 60 de la Charte dispose en substance que la Commission africaine pourra étendre la recevabilité matérielle des requêtes en se référant au droit international des droits de l'homme en général, c'est-à-dire sur les instruments africains et internationaux sur les droits de l'homme auxquels les Etats sont parties, ainsi qu'à la Déclaration universelle des droits de l'homme. Pour des développements détaillés, cf. F. QUILLERE-MAJZOUB, « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique. Etude comparée autour de la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *op.cit.*

⁹⁸⁴ Une même idée semble constituer la substance de l'article 7 du Protocole relatif à la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples qui énonce, « La Cour applique les dispositions de la Charte ainsi que tout autre instrument pertinent relatif aux droits de l'homme et ratifié par l'Etat concerné ». Manifestement, il s'agit d'un corpus normatif extensible.

⁹⁸⁵ A. D. OLINGA, « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 62, 2005, pp. 549-537.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 503.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

⁹⁸⁸ *Ibid.*, p. 537.

On le voit, la technique de l'emprunt normatif, par delà les rapports normatifs qu'elle introduit entre ensembles normatifs, touche à la structure même des ordres ou systèmes juridiques. En effet, elle se fonde sur l'idée de l'unité de l'ordre juridique international (1) et s'appuie sur une interprétation finaliste de droits fondamentaux (2).

1- La technique de l'emprunt normatif fondée sur l'idée de l'unité de l'ordre juridique international.

204. Il n'est pas question d'analyser ici la question bien connue et suffisamment étudiée de l'unité ou de la fragmentation du droit international qu'elle soit envisagée dans une perspective historique ou qu'elle s'affirme comme un phénomène contemporain du droit international. Il s'agit simplement d'admettre que la technique d'emprunt normatif dans le domaine des droits fondamentaux comporte en toile de fond théorique l'idée de l'unité *matérielle* de l'ordre juridique international. Les repères de cette unité sont, selon le professeur Pierre-Marie Dupuy, le caractère constitutionnel de la Charte des Nations Unies, la réalité de l'existence d'une communauté internationale, la révolution normative du *jus cogens* et l'élargissement des perspectives du maintien de la paix⁹⁸⁹.

A la différence de l'unité formelle qui ne concerne que le mode de production du droit selon l'épistémologie positiviste, l'unité matérielle s'attache quant à elle au contenu des normes elles-mêmes aux valeurs auxquelles elles font référence. C'est à partir des potentialités morales des règles telles que « les libertés fondamentales » de la personne humaine, ou le « principe de justice », consacrées à l'article 1^{er} de la Charte que d'autres concepts juridiques ont été ultérieurement couronnés en droit positif. Tel est le cas du concept de « communauté internationale dans son ensemble » ou encore d'« humanité »⁹⁹⁰. Eux-mêmes, une fois juridicisés, ils ont à leur tour induit la création non seulement de règles primaires, mais aussi de nouvelles règles secondaires. De sorte qu'aujourd'hui, même si l'on peut empiriquement constater une fragmentation formelle de l'ordre juridique international, il n'en demeure pas que la tendance semble évoluer vers une unité matérielle des normes. Ce mouvement normatif est au fondement de la technique de l'emprunt normatif en matière des droits fondamentaux. L'on peut situer les normes issues de la technique de

⁹⁸⁹ P.-M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international », *op.cit.*, pp. 207-398.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 210. A titre illustratif, les « considérations élémentaires d'humanité », récurrentes devant la CIJ sont en effet, « des sources d'obligations juridiques. Elles incorporent elles-mêmes des règles de droit international dont le dénominateur commun est l'obligation de respecter la dignité humaine », cf. *Id.*, « Les « considérations élémentaires d'humanité » dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice », in *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p. 125.

constitutionnalisation des droits fondamentaux dans les systèmes africains. En effet, elles constituent un exemple topique d'une situation permanente d'emprunt normatif du fait de l'ouverture possible des constitutions nationales aux normes du droit international des droits de l'homme et partant, des possibles interactions entre l'ordre interne et l'ordre international en la matière.

2-Les droits fondamentaux, référent transversal de la technique de l'emprunt normatif.

205. Dans ce sens, les droits fondamentaux vont permettre de mettre en évidence la perméabilité entre certains systèmes de droit et servir naturellement de liaison entre ces derniers. Dans un premier temps, il s'agira d'une *cohabitation rationnelle* entre systèmes de droit d'origine internationale. Celle-ci répond à un besoin largement partagé d'*humanisation* du droit international général⁹⁹¹. Dans un second temps, il s'agira d'un alignement réciproque ou unilatéral entre certains systèmes de droit d'origine internationale. Reposant sur une perméabilité substantielle liée à la nature du contentieux, il est question, dans cette hypothèse, des conséquences jurisprudentielles liées à l'existence du lien étroit entre standards définis et applicables dans le cadre des procédures devant les tribunaux pénaux internationaux et règles procédurales proclamées par les instruments conventionnels de protection des droits de l'homme⁹⁹².

De prime abord, les droits fondamentaux, comme nous l'avons dit, relèvent naturellement du contentieux pénal international au regard de l'objet de celui-ci⁹⁹³. Ainsi, même si des tensions apparaissent entre ces prétendus « faux frères »⁹⁹⁴ de manière à s'opposer au principe d'un emprunt normatif direct et inconditionnel des normes régionales ou internationales de protection des droits de l'homme devant les juridictions internationales, le lien n'en demeure pas moins ombilicale. A titre illustratif, la décision de mars 2009 de la Cour pénale internationale dans l'affaire relative au *mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad*

⁹⁹¹ Cf., dans ce sens, la formule du juge Cançado Trindade qui, depuis sa présidence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme plaide pour une humanisation du droit international, voir en particulier, A. A. CANCADO TRINDADE, « International law for humankind. Towards a new jus gentium », *RCADI*, vol. 316-317, 2006. Dans le même sens, cf., H. TIGROUDJA, « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de 'l'humanisation du droit international public'. Propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, 2006, pp. 617-640.

⁹⁹² Sur cette question voir les contributions faites dans l'ouvrage collectif, H. RUIZ-FABRI (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, SLC, 2003.

⁹⁹³ G. ABI-SAAB, « Droits de l'homme et juridictions pénales internationales. Convergences et tensions », in *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, op.cit., pp. 245-253.

⁹⁹⁴ W. SCHABAS, « Droit pénal international des droits de l'homme : faux frères ? », op.cit.

*Al Bashir*⁹⁹⁵, les juges de La Haye s'alignent formellement et de manière générale, quant à l'interprétation des garanties procédurales dont elle impose le respect, aux normes issues des systèmes de protection européen et interaméricain des droits de l'homme. La référence croisée aux jurisprudences régionales confirme l'ouverture substantielle reconnue par la CPI au profit de normes émanant de systèmes régionaux dont l'objet est distinct de sa compétence contentieuse. Cette ouverture certes différente de l'attitude des tribunaux *ad hoc* qui s'inspirent directement⁹⁹⁶ d'éléments externes appartenant à d'autres systèmes juridiques⁹⁹⁷ contribuent à ce que certains appellent de tous leurs vœux l'avènement d'un droit commun du procès international. En effet, c'est parce que les droits fondamentaux servent d'instruments explicites d'interprétation du droit de La Haye, qu'ils constituent une référence implicite au processus d'harmonisation pénale découlant de la dynamique normative du paradigme du crime contre l'humanité.

Section 2- Les droits fondamentaux comme « référent normatif » implicite de l'harmonisation pénale en matière de crime contre l'humanité.

206. Il est désormais devenu un lieu commun d'affirmer que le droit pénal est paradoxalement en première ligne de l'harmonisation du droit puisque le droit de punir est traditionnellement considéré comme l'emblème de la souveraineté nationale. Heureusement l'on a dit traditionnellement ! Car, si l'on considère le droit pénal dans sa facture postmoderne, le paradoxe cesse et l'harmonisation pénale, aspect de l'internationalisation pénale, n'apparaît ni comme un épiphénomène, ni comme un phénomène secondaire dans l'analyse de la structures actuelles des systèmes pénaux nationaux. Ceux-ci, sous l'influence de l'universalisme qui fonde les droits de l'homme et le crime contre l'humanité, voient au contraire dans l'harmonisation des normes, une voie possible de reconstruction de leur unité.

Toutefois, avant de se lancer dans cette démonstration, il convient au préalable de déterminer la perspective dans laquelle le terme d'harmonisation sera analysé. En effet, le professeur Mireille Delmas-Marty, qui a suffisamment théorisé les questions liées au phénomène *d'internormativité* dans le champ pénal, admet que le terme harmonisation peut

⁹⁹⁵ CPI, *Le procureur c. Omar Hassan Ahmed Al Bashir*, Décision relative au mandat d'arrêt I, Ch. pr. I, affaire n° ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009, para. 35.

⁹⁹⁶ P. VANDERVEEREN et M.-A. BEERNAERT, « Les droits de la défense devant le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 997. Dans le même sens, lire, L. SINOPLI, « Droits de la défense », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal, op.cit.*, pp. 781-805.

⁹⁹⁷ R. MAISON, « Le droit international des droits de l'homme et les juridictions pénales internationales », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS (dir.), *Droit international général, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2004, pp. 121-138.

désigner soit « une figure statique vue comme un état du droit », soit « un mouvement de transformation, dynamique et évolutif »⁹⁹⁸. Dans la présente réflexion nous allons privilégier la seconde perspective au regard de notre hypothèse de recherche qui s'inscrit dans la théorie des mouvements de normes⁹⁹⁹. Cette option, qui a tendance à se détacher de la dogmatique pénale¹⁰⁰⁰, situe le raisonnement au croisement des ordres juridiques interne et international qui seraient en interaction¹⁰⁰¹. Sans restés autonomes et indépendants l'un de l'autre, cette forme d'harmonisation implique une part d'intégration de l'un dans l'autre. Dans ce sens, le principe de la complémentarité inscrit dans le Statut de Rome appelle, au-delà d'une simple répartition horizontale des compétences, une véritable intégration de normes internationales dans les systèmes nationaux. Ainsi, le processus d'harmonisation des législations pénales nationales comporte deux phases : une phase ascendante déterminée par le processus d'harmonisation pénale en matière de crimes graves (§1) et une phase descendante résultant de l'effet harmonisateur des droits fondamentaux contenus dans l'interdit pénal posé par le Statut lui-même (§2).

§1- Le processus d'harmonisation pénale en matière de crimes graves.

Le processus d'harmonisation pénale en matière de crimes graves s'entend du cheminement vers l'adoption d'un texte international consacrant la position commune des Etats, à savoir le Statut de Rome. Cette forme d'harmonisation pénale semble être la plus aboutie. En effet, depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome, une définition unifiée des infractions, dont le crime contre l'humanité, existe à l'échelle internationale mais surtout la compétence d'une juridiction permanente internationale pour mettre en œuvre la répression le cas échéant¹⁰⁰². L'analyse de l'évolution de l'harmonisation pénale (A) favorise l'examen de la norme juridique harmonisée (B).

⁹⁹⁸ M. DELMAS-MARTY, « Introduction. Objectifs et processus », in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Paris, SLC, 2008, p. 19.

⁹⁹⁹ L'on peut souligner que l'étude de l'harmonisation du droit dans le premier sens est celle qui s'applique généralement à l'analyse à l'échelle africaine d'un droit comme le droit OHADA.

¹⁰⁰⁰ Cf. G. P. FLETCHER, *The grammar of criminal law. American, comparative, and international. Volume one: Foundations*, New York, Oxford University Press, 2007.

¹⁰⁰¹ Pour les critiques formulées contre le phénomène de l'harmonisation pénale, cf. M. DELMAS-MARTY, *op.cit.*, pp. 20-21 et les études qu'elle cite.

¹⁰⁰² J. LELIEUR, « Le statut de la Cour pénale internationale : un droit répressif d'une génération nouvelle », in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale, op.cit.*, p. 39.

A- Quelques facteurs du processus de l'harmonisation pénale en matière de crimes graves.

Deux principaux facteurs semblent sous tendre le processus d'harmonisation pénale en matière de crimes graves : un facteur lié à la permanence du crime au regard de l'évolution de la vie des Etats sur la scène internationale (1) et un facteur résultant de la supranationalisation de l'incrimination de crime contre l'humanité (2).

1- Le facteur lié à la permanence du crime.

207. Le premier facteur du processus de l'harmonisation pénale en matière de crimes graves est sans aucun doute la permanence de leur commission. Le XX^{ème} siècle est celui qui a vu le grand nombre de massacres humains et d'atrocités organisées politiquement ou militairement. Aussi, les premiers pas du processus d'harmonisation en matière de crimes contre l'humanité remontent à la première moitié du XX^{ème} siècle. A la suite du génocide arménien de 1915 et des crimes contre la paix commis lors de la première guerre mondiale, la Société des Nations (SDN) avait lancé le projet. Un quart de siècle plus tard, le processus d'harmonisation a franchi une étape particulière grâce à la commission des crimes nazis qui a permis la mise en place le Tribunal Militaire de Nuremberg par l'Accord de Londres de 1945. Ce texte contient le premier outil normatif contenant des définitions harmonisées des crimes graves tels le crime contre l'humanité. Le processus ainsi mis en branle va aboutir par l'adoption en 1998 du Statut de Rome¹⁰⁰³.

2- Le facteur résultant de la supranationalisation du crime.

208. Ce facteur du processus de l'harmonisation pénale procède d'une évolution importante de la vie politique internationale¹⁰⁰⁴. Pour démontrer cette affirmation, Juliette Lelieur admet qu'en termes méthodologiques, le besoin d'harmonisation ayant généré le processus observé ne provient pas d'un phénomène d'internationalisation de la criminalité¹⁰⁰⁵. Elle fait observer que la plupart des massacres évoqués sont assez précisément localisés géographiquement et ne concernent en principe qu'un Etat¹⁰⁰⁶. Dès lors, il y a une grande différence entre le processus d'harmonisation pénale en matière de crimes graves et

¹⁰⁰³ Pour plus de détails sur cette évolution, cf., *Ibid.*, p. 42.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 43. L'auteur parle à ce propos d'une renonciation des Etats à certains attributs de leur souveraineté.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ A titre d'illustration, l'on peut citer le génocide arménien, la Shoah sous le régime nazie, les récents massacres en ex-Yougoslavie ou encore au Rwanda qui étaient des crimes géographiquement localisés.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

l'harmonisation pénale dans d'autres matières comme les diverses sortes de trafics¹⁰⁰⁷ ou encore dans certains aspects de la criminalité financière¹⁰⁰⁸. En ce sens, certains auteurs ont trouvé que l'expression « crime international » pour désigner les crimes contenus dans le Statut de Rome comme le crime contre l'humanité était inappropriée¹⁰⁰⁹.

Ici, l'élément déterminant à l'origine de l'harmonisation pénale est que ces crimes auraient été appréhendés par le cadre national si leur commission n'était pas la plupart du temps organisée par les représentants de l'Etat eux-mêmes. Dans ce sens, l'exercice de la répression au niveau national se trouve purement et simplement paralysé tant que les décideurs des crimes sont au pouvoir. Cette importante réserve à la mise en œuvre notamment de la répression du crime contre l'humanité lui ôte une part significative de son efficacité. D'où la nécessité, pour qu'une justice opérante voie le jour, de dépasser l'échelon des Etats¹⁰¹⁰. Dans ce cas, l'harmonisation de la répression répond avant tout à la nécessité de briser l'omniprésence des Etats dans l'exercice de la répression. Plus précisément, elle doit permettre de passer outre le système répressif national¹⁰¹¹. Plutôt qu'à une véritable internationalisation de la répression, c'est à sa *supranationalisation* qu'a conduit le processus d'harmonisation¹⁰¹². La conséquence est que la Cour pénale internationale, instance sur laquelle les Etats ne possèdent plus guère d'emprise dès lors qu'elle est entrée en fonction, est en réalité *supranationale* qu'internationale¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁷ N. CAPUS, « La répression de la traite des êtres humains au tournant du XIX^{ème} siècle : une illustration de la polyphonie des efforts d'harmonisation pénale », in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, op.cit, pp. 81-104.

¹⁰⁰⁸ C'est le cas du blanchiment d'argent.

¹⁰⁰⁹ D'autres auteurs lui préfèrent par exemple l'expression, « crimes les plus graves contre l'homme », (G. COHEN-JONATHAN, « Rapport introductif général », in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2004, p. 34). Le Statut de la Cour pénale internationale lui-même parle de « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » (al.9 du Préambule du Statut).

¹⁰¹⁰ Ainsi, Henri Donnedieu de Vabres constatait dès 1950 l'apparition d'une « criminalité nouvelle, qui serait (...) une criminalité des Etats. Crime contre la paix ou guerre d'agression ; crimes de guerre ; crimes de lèse-humanité ! Il s'agit, dans toute la force du terme de délits de droit des gens, puisqu'ils se commettent *inter gentes*, à l'occasion d'actes publics, dans les rapports des Etats ou de leurs représentants officiels », in De la piraterie au génocide... les nouvelles modalités de la répression universelle », *Etudes offertes à Georges Ripert. Le droit français au milieu du XX^{ème} siècle*, Paris, LGDJ, 1950, pp. 226-254.

¹⁰¹¹ J. LELIEUR, op.cit., p. 44.

¹⁰¹² H. DONNEDIEU DE VABRES, op.cit., p. 237. L'auteur évoque « la nature spéciale des problèmes que ces délits nouveaux font surgir (...) l'esprit « supranational » dans lequel ils doivent être envisagés et résolus. Avec eux, la théorie du droit des gens s'élève, si j'ose dire d'un étage ».

¹⁰¹³ J. LELIEUR, op.cit., p. 44.

B- Quelques remarques sur la norme juridique harmonisée.

L'examen de la norme juridique harmonisée, en l'espèce le Statut de Rome, suggère que l'on s'intéresse à sa spécificité (1) et puisque cette spécificité résulte d'une prise en compte implicite de la théorie des droits fondamentaux, que l'on tente par la suite de mettre en rapport entre cette norme et le droit international des droits de l'homme (2).

1- La spécificité de la norme juridique harmonisée.

209. L'étude du droit de Rome en tant que norme juridique harmonisée en matière de crime contre l'humanité montre que le droit international joue ici un rôle prépondérant. En effet, le crime contre l'humanité est une infraction créée en droit international, que les droits nationaux adoptent par la suite comme des infractions complètement nouvelles dans leurs législations¹⁰¹⁴. Il ne s'agit donc pas d'harmonisation au sens classique du processus – terme qui évoque la confection d'une norme de droit international à partir du droit national, qu'il s'agisse d'un processus d'unification, d'harmonisation au sens étroit ou de coordination – mais bien d'une innovation substantielle provenant du droit international¹⁰¹⁵. De même, les règles caractérisant le régime de la répression des crimes contre l'humanité comme l'imprescriptibilité¹⁰¹⁶, l'inefficacité des immunités¹⁰¹⁷ ou encore de l'amnistie¹⁰¹⁸ ont vu le jour en droit international. En somme, le droit international crée l'impulsion et les droits nationaux s'adaptent.

210. De ce fait, il y a une double spécificité au regard de la norme juridique harmonisée. Premièrement, si toute harmonisation internationale dépasse inéluctablement les droits nationaux, elle n'est pas nécessairement liée à l'invention des concepts nouveaux au niveau

¹⁰¹⁴ Cf. supra le mouvement de réception de l'incrimination dans les législations nationales africaines. En Europe et notamment en France, le génocide et le crime contre l'humanité n'était pas prévu par la loi jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 1994. Pour les crimes de guerre, encore absents du Code pénal actuel, un projet de loi fortement inspiré du droit international puisqu'il « porte adaptation du droit pénal au Statut de la Cour pénale internationale » a été présenté en Conseil des ministres le 26 juillet 2006. cf., l'analyse de C. SAAS, « La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome », *AJ Pénal*, n°6, 2007, pp. 267- 270.

¹⁰¹⁵ Cf. sur une plus large et plus approfondie, H. DUMONT, « Quand l'international fait alliance avec le pénal, assiste-t-on à la naissance d'un droit pénal international génétiquement modifié », *RGD*, vol. 33, 2003, pp. 133-151.

¹⁰¹⁶ Art. 29 du Statut de Rome.

¹⁰¹⁷ Art. 27 du Statut de Rome.

¹⁰¹⁸ Comme nous l'avons analysé dans le précédent chapitre, la question de l'amnistie n'est pas tranchée dans le Statut de Rome, en particulier parce qu'elle peut être favorable à la réconciliation à la suite d'enquêtes menées par une Commission vérité et de réconciliation. Mais en règle générale aujourd'hui bien admise en droit international, l'amnistie est considérée comme incompatible avec la poursuite pour crime contre l'humanité. Pour plus de détails, cf., J. LELIEUR, « L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis après l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal ? », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 31 ss, *spec.* 39-42 et les références mentionnées.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

international comme l'a fait l'harmonisation en matière de crimes graves¹⁰¹⁹. Secondairement, l'harmonisation en matière de crime contre l'humanité ne tient pas non plus, comme on pourrait le croire, à l'inexistence avant l'entrée en jeu du droit international, des incriminations nécessaires à la poursuite des crimes commis. En effet, les droits nationaux contenaient des dispositions permettant d'appréhender juridiquement ces faits, à l'exception sans doute de crime d'agression d'une puissance étrangère. On pense notamment aux infractions d'homicide, d'atteinte à l'intégrité physique, à la liberté physique – séquestration, enlèvement, déportation. De plus, pour chaque type d'infractions, l'existence éventuelle de circonstances aggravantes permettait de mettre en exergue certaines caractéristiques des crimes de masse. Certes, les dispositions nationales n'étaient pas conçues comme mesures pour refléter l'horreur des faits commis, mais il reste que la mise en œuvre de la répression n'avait pas fondamentalement besoin d'une intervention du droit international. Si celui-ci est finalement intervenu c'est davantage pour marquer une certaine spécificité des valeurs visées.

Ce qui faisait réellement problème est que des différents obstacles à la poursuite des crimes graves et entraînaient leur l'impunité méritait d'être levés. Ces obstacles s'appuyait notamment sur l'idée du caractère *fondamental* des droits consacrés. C'est dans cette perspective que le droit international a fait preuve d'une remarquable ingéniosité, gagnant par là même, sa force et sa légitimité¹⁰²⁰. En créant une catégorie nouvelle d'incrimination, dont la valeur protégée est supérieure – mais pas différente par nature – à toutes les valeurs connues des droits nationaux (on a reconnu l'humanité, qui a donné son nom au « crime contre l'humanité », et qui pouvait difficilement être le produit d'une législation nationale : quel législateur national aurait-il eu la légitimité pour décider comment protéger l'humanité ?)¹⁰²¹, le droit international est parvenu à faire disparaître ces obstacles à la répression¹⁰²².

¹⁰¹⁹ Par exemple, la répression de la corruption existait dans la plupart des droits nationaux avant que le droit international s'en empare.

¹⁰²⁰ J. LELIEUR, « Le statut de la Cour pénale internationale : un droit répressif d'une génération nouvelle », *op.cit.*, p. 54.

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² Cf. J.-A. CARILLO-SALCEDO, « La Cour pénale internationale : l'humanité trouve une place dans le droit international », *RGDIP*, n°1, 1999, pp. 23 ss, spec. 24, « A mon avis, la notion d'humanité dénote une évolution idéologique de la société internationale et de son ordre juridique qui résulte du progrès de l'interdépendance et qui est en train de changer la nature du droit international ».

2- Les rapports entre la norme juridique harmonisée et le droit international des droits de l'homme.

211. Si l'on part du postulat que la norme juridique harmonisée – le Statut de Rome – n'appartient pas au corps de règles que constitue le droit international des droits de l'homme¹⁰²³, il ne peut plus exister entre ces entités que deux types de rapport : soit un rapport de communicabilité en termes d'échanges (coordination, coopération, etc.), soit un rapport d'interaction en termes d'action réciproque. Mais si l'on se fonde sur le fait qu'historiquement, le droit international des droits de l'homme précède la norme juridique harmonisée qui, elle, semble en constituer l'aboutissement, c'est-à-dire qu'elle s'inscrit dans la trajectoire progressive du droit international des droits de l'homme, alors les deux types de rapport, communicabilité et interaction se succèdent de manière évolutive. Comme on l'a vu d'une part, le Statut de Rome prescrit aux juges de l'appliquer dans le sens tracé par le droit international des droits de l'homme et d'autre part, la doctrine admet que le Statut de Rome est le dernier état d'expression des valeurs internationalement reconnues comme fondamentales pour la communauté internationale.

Il ressort de là que le sujet des rapports entre le Statut de Rome et le droit international des droits de l'homme relève du débat portant sur l'internationalisation et l'universalité des droits de l'homme¹⁰²⁴. Il pose la question de savoir si le Statut de Rome donne des droits de l'homme une vision suffisamment cohérente et rassemblée, pour pouvoir convier tous les systèmes pénaux à les sédimenter ?¹⁰²⁵

212. Sur le plan des principes, la question a déjà reçue une première réponse¹⁰²⁶. Sur le plan de la technique, l'entrée en vigueur du Statut de Rome et le phénomène

¹⁰²³ Cf. sur certains aspects de cette question, P. TAVENIER, « Les tribunaux pénaux internationaux et le droit international des droits de l'homme », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op.cit. pp. 395-402 ; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, « Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », *Ibid* ; A. CASSESE, « L'influence de la CEDH sur l'activité des tribunaux pénaux internationaux », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op.cit., pp. 143-182. En admettant ce postulat, l'on admet qu'il ne peut exister entre ces deux entités aucun rapport d'articulation dès lors qu'elles n'appartiennent pas au même « ensemble normatif » ou au même « sous système normatif ».

¹⁰²⁴ Pour plus détails sur cette question, cf. G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n°53, 2003, pp. 3-13.

¹⁰²⁵ Cf. sur certains aspects, F. LATTANZI, « La frontière entre droit international humanitaire et droits de l'homme », in E. DECAUX, A. DIENG et M. SOW (dir.), *From human rights to international criminal law. Studies in honour of an african jurist. The late judge Laïti Kama/Des droits de l'homme au droit international pénal. Etudes en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïti Kama*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 519-570.

¹⁰²⁶ L'on peut citer ici, l'adoption de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, prolongée par les deux pactes de 1966, portant respectivement sur les droits civils et politiques, et sur les droits économiques,

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

d'internationalisation pénale qui l'accompagne semble fournir une seconde réponse. Premièrement, l'harmonisation pénale que réalise le Statut de Rome systématise l'obligation générale de respecter les droits de l'homme, qui de nature coutumière évolue vers une obligation conventionnelle par le phénomène de la codification pénale en droit international¹⁰²⁷. Celle-ci – la codification – mettant « en valeur l'avènement d'un ordre public international »¹⁰²⁸, donne un contenu immuable à l'obligation et lui reconnaît un caractère de *jus cogens* dès lors qu'elle opère par les procédés du droit pénal. En effet, dans le domaine du droit international des droits de l'homme, peut être plus que dans toutes les autres branches du droit, « l'édiction des règles suppose incontestablement une plus grande solidarité, l'émergence d'intérêts communs dépassant ceux de chaque Etat et surtout la reconnaissance d'une forme de communauté internationale »¹⁰²⁹. Le besoin de stabilité des situations juridiques et de fixité d'une règle de droit propres à mettre à l'abri des incertitudes figure bien parmi les aspirations fondamentales de la communauté internationale au sujet de l'adoption du Statut de Rome¹⁰³⁰. Deuxièmement, la dynamique d'intégration du Statut de Rome dans les droits pénaux nationaux, donne une dimension définitivement internationale à cette obligation générale qui structure le droit international des droits de l'homme. Troisièmement, la marge nationale reconnue aux Etats lors du processus de réception des crimes graves du droit international traduit l'idée d'un certain pluralisme du monde contemporain et donne à l'obligation en cause, une portée véritablement universelle. Sur ce point, il est unanimement admis que l'universalité des droits de l'homme ne correspond aucunement à un impérialisme culturel. Elle « doit s'accommoder du pluralisme de la civilisation. C'est pourquoi le droit international des droits de l'homme est pluriel »¹⁰³¹.

Ainsi, si l'on admet que les droits de l'homme ou encore les droits fondamentaux constituent l'expression juridique de la valeur protégée par l'incrimination de crime contre l'humanité et que ces droits doivent être envisagés dans une perspective pluraliste, c'est qu'il n'existe pas une obligation *d'identité* entre le Statut de Rome et les législations nationales.

sociaux et culturels. Pour une analyse de la déclaration universelle, voir les travaux de son auteur et promoteur, René Cassin, notamment, « La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 79, 1951, pp. 241-367.

¹⁰²⁷ Pour une étude détaillée de la codification en droit international, cf. Y. DAUDET, « Actualités de la codification du droit international », *RCADI*, vol. 303, 2003, pp. 9-118.

¹⁰²⁸ AHMAD MAHIOU, « Le processus de codification du droit international pénal », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 38.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, p. 37.

¹⁰³⁰ Voir dans ce sens, M. BEDJAOU, « L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de justice », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer, 2001, p. 563.

¹⁰³¹ G. COHEN-JONATHAN, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 10

Mais plutôt, comme nous l'avons démontré, une obligation de *compatibilité* entre les deux textes. Car, il faut bien prendre conscience qu'un rejet total de l'universalisme est inadmissible. Il laisserait des particularismes nationaux se dresser contre la norme juridique harmonisée. C'est pourquoi, comme l'a écrit René-Jean Dupuy,

« ... la prise en compte des différences, légitime en elle-même, n'est réalisable que dans la mesure où elle n'emporte ni rupture, ni exclusion et où elle demeure à l'intérieur d'un cadre universel. La différence ne peut faire éclater l'unité fondamentale de la nature humaine qui s'exprime dans la commune dignité des hommes. Tout se joue dans une dialectique de la singularité et de la similitude, de l'identité et de la parenté »¹⁰³².

C'est précisément dans ce sens que joue l'effet harmonisateur du Statut de Rome.

§2- L'effet harmonisateur du Statut de Rome : le crime contre l'humanité nouveau « délit de base » dans la famille des incriminations de protection des droits fondamentaux dans le champ pénal interne.

213. Avant l'analyse de la question de l'érection du crime contre l'humanité en « délit de base » de la famille des incriminations de protection des droits fondamentaux dans le champ pénal interne, question qui constitue un effet harmonisateur indirect du Statut de Rome (B), il convient au préalable de présenter la dimension plutôt classique de l'harmonisation pénale par le Statut de Rome (A). Ce qui nous amènera à nous interroger sur la liberté affirmée par les Etats en matière de sanction pénale (C).

A- La dimension classique des rapports d'harmonisation pénale ou la double perspective de l'effet harmonisateur du Statut de Rome sur les législations pénales nationales.

Le degré de rapprochement des droits nationaux dépend du degré d'adaptation au Statut de Rome par les Etats parties¹⁰³³. Ainsi, il est possible d'identifier deux niveaux possibles de rapprochement entre les droits nationaux et le Statut de Rome : un niveau de rapprochement des législations nationales avec le Statut de Rome ayant pour but de rendre possible la poursuite des crimes au sein de l'Etat partie d'une part, un niveau de rapprochement ayant pour objet la coopération entre la Cour et les Etats en vue de l'exercice des poursuites par

¹⁰³² R.-J. DUPUY, « Les droits de l'homme, valeur européenne ou valeur universelle ? », *Revue de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1989, pp. 425-428.

¹⁰³³ Cf., pour une étude détaillée de cette question, E. FRONZA et E. MALARINO, « L'effet harmonisateur du Statut de la Cour pénale internationale », in M. DELMAS-MARTY, M. PIETH et U. SIEBER (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale, op.cit.*, pp. 65-80.

celle-ci d'autre part. Ces deux niveaux confèrent tantôt une dimension obligatoire à l'effet harmonisateur du Statut (1) tantôt elle lui confère plutôt une dimension facultative (2).

1- La perspective obligatoire de l'harmonisation du Statut de Rome avec les législations nationales.

Bien qu'il reste assez difficile de déterminer de manière radicale l'existence d'une obligation juridique internationale de rapprochement des législations pénales avec le Statut de Rome, il ne fait pas de doute que la « logique de Rome » à la différence de celle de Nuremberg confère un caractère quasi obligatoire à l'adaptation des législations nationales en vue de permettre la juridiction complémentaire de la CPI. En ce sens, la ratification du Statut vaut pour chaque Etat, acceptation de :

- régler tout ce qui concerne la coopération avec la CPI (articles 86-88 du Statut de Rome)¹⁰³⁴ ;
- transposer au niveau national les infractions contre l'administration de la justice de la Cour (article 70 alinéa 4 du Statut de Rome).

A la lecture de l'article 88, le Statut de Rome exige que les Etats parties veillent à prévoir dans leur législation nationale les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération indiquées au titre IX du Statut et relative à la coopération internationale et à l'assistance judiciaire. Ainsi, chaque Etat devrait être en mesure de procéder à la détention et à la remise de la personne requise¹⁰³⁵, procéder à l'identification et au rassemblement des éléments de preuve¹⁰³⁶, assurer la protection des victimes et des témoins ainsi que la préservation des éléments de preuve¹⁰³⁷.

A la lecture de l'article 70 en revanche, le Statut oblige les Etats parties à incorporer dans l'ordre interne les délits relatifs à la protection de l'administration de la justice de la Cour.

¹⁰³⁴ Ceci est en réalité une condition de fonctionnement de la CPI qui agit comme un « système des systèmes ». La juridiction internationale ne dispose pas de la force, d'une police ou d'un établissement pénitentiaire.

¹⁰³⁵ Article 89, 91, 92 du Statut. C'est dans le cadre de l'exécution de cette obligation que les autorités françaises ont arrêté le 11 octobre 2010 et transféré à la Cour pénale internationale le 25 janvier 2011, en exécution d'un mandat d'arrêt international émis le 28 septembre 2010, sieur Callixte Mbarushimana présumé secrétaire exécutif des Forces Démocratiques pour la Libération du Rwanda – Forces combattantes Abacunguzi (FDLR-FCA, FDLR) et soupçonné de cinq chefs de crime contre l'humanité (meurtres, tortures, actes inhumains et persécutions) et huit chefs de crimes de guerre (attaque contre la population civile, meurtres, mutilations, tortures, viols, traitements inhumains, destructions de biens et pillages). Toutefois, dans l'affaire qui s'en est suivie, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, Décision de confirmation des charges, Ch. Pr. I, affaire, n°ICC-01/04-01/10, du 16 septembre 2011, les juges de la Chambre préliminaire ont refusé de confirmer les charges retenues contre le suspect par décision du 16 décembre 2011. Celui-ci a, finalement, été remis en liberté par la Cour le 23 décembre 2011.

¹⁰³⁶ Article 93 du Statut.

¹⁰³⁷ *Ibid.*

Toutefois, il s'agit seulement d'une obligation d'incorporation du comportement répréhensible et non des peines¹⁰³⁸. Le caractère obligatoire de cette exigence d'adaptation tient au fait qu'en principe, la responsabilité internationale de l'Etat peut être engagée¹⁰³⁹.

2- La perspective « facultative » de l'harmonisation du Statut avec les législations nationales.

214. Dans cette perspective le débat est loin d'être tranché. Le caractère obligatoire de la disposition contenue dans le Préambule prévoyant que les Etats doivent poursuivre les crimes internationaux et adopter au plan national les mesures nécessaires est discuté. En effet, le Statut de Rome ne « semble » comporter d'obligation d'adaptation ayant pour objet la poursuite par les instances de l'Etat (partie) et n'oblige pas ce dernier à modifier son droit interne afin que ses juridictions soient en mesure de conduire un procès¹⁰⁴⁰. Ainsi, il peut paraître a priori contradictoire de prévoir la priorité de la juridiction nationale sans l'accompagner d'une obligation explicite d'adaptation. Mais en réalité, la priorité d'action de la juridiction nationale a pour fondement l'idée politique de ne pas céder sur le terrain de la souveraineté. Les Etats n'entendent pas renoncer à l'usage du *jus punendi*¹⁰⁴¹.

L'effet d'harmonisation résulte dès lors de l'idée que l'existence d'une Cour pénal internationale de mise en œuvre complémentaire, prête à intervenir y compris sur la base d'une législation inadéquate constitue un important facteur de stimulation et de promotion de la mise en œuvre du droit pénal international au niveau national. En définitive, même si le Statut de Rome ne prévoit pas une obligation explicite d'adapter les législations internes pour juger au niveau national les crimes internationaux, on ne peut nier que le but de cet instrument supranational est de contraindre les Etats à prendre en charge prioritairement le jugement de ces crimes. C'est ce qu'exprime le principe de la complémentarité qui marque le Statut : d'une part, on confie ou laisse aux Etats le rang de priorité quant au jugement ; et d'autre part, on « contrôle » au niveau supranational ce jugement, celui-ci est mis sous surveillance, et on menace les Etats de leur soustraire une part de leur souveraineté¹⁰⁴².

Ainsi, par le biais du système de la complémentarité, le Statut de Rome provoque, indirectement, l'adaptation des législations nationales de sorte que la Cour s'érige en juge de

¹⁰³⁸ E. FRONZA et E. MALARINO, *op.cit.*, p. 71.

¹⁰³⁹ A ce propos, Emanuela Fronza et Ezequiel Malarino admettent qu'une telle responsabilité peut être neutralisée dès lors qu'« en droit international, la responsabilité de l'Etat reste sans conséquence à défaut de juge compétent et dans la mesure où le Statut de la CPI ne prévoit pas de norme de conflit entre les Etats » (*Ibid.*, p. 68).

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 69.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² *Ibid.*, p. 70

l'adaptation. De surcroît, le mécanisme, non paritaire, laisse à la CPI le dernier mot pour évaluer si l'adaptation du droit des Etats parties est conforme aux indications du Statut. Toutefois, tel ne semble pas être le cas en ce qui concerne les sanctions adoptées par les Etats notamment pour réprimer le crime contre l'humanité.

B- La nouvelle dimension de l'harmonisation pénale : le crime contre l'humanité comme « délit de base ».

215. Comme l'écrivait le pénaliste français Jean Pierre Doucet, les infractions s'ordonnent selon quelques rapports simples et permanents. Lorsque le législateur envisage d'édicter un délit nouveau, il doit le définir en tenant compte du contexte dans lequel il l'insère, afin d'assurer une cohérence d'ensemble. Lorsque les juges, dans chaque espèce, confrontent les faits qui leur sont soumis aux incriminations légales possibles, ils sont nécessairement conduits à analyser celles-ci dans un esprit de synthèse afin d'élaborer un droit positif harmonieux et harmonisé¹⁰⁴³. Ce point est approfondi par le pénaliste belge Trousse qui observe tout d'abord à propos de l'interprétation des lois pénales, que la disposition soumise à interprétation fait partie d'un ensemble juridique et que dès lors, l'étude systémique du complexe juridique dans lequel elle s'insère constitue à cet égard une opération indispensable¹⁰⁴⁴. Dans le même sens, le professeur Garraud affirme par exemple que, dans la classe des crimes contre la vie humaine, le meurtre constitue un genre, le parricide, l'assassinat et les autres homicides qualifiés, des espèces, des variétés¹⁰⁴⁵ qui s'incorporent aux systèmes répressifs protégeant la vie dont le noyau est chaque fois constitué par le crime principal de meurtre. En effet, en examinant la nature intrinsèque des faits incriminés dans le code pénal, on distingue généralement plusieurs genres d'infractions ou on constate qu'il existe entre plusieurs genres d'infractions une liaison naturelle permettant de les placer dans une même catégorie.

Cette idée a clairement été exprimée par le professeur Georges Levasseur lorsqu'il enseignait que le droit pénal spécial peut être représenté par grands ensembles constitués à partir des différents intérêts protégés, et plus précisément de quelques *infractions principales* qu'il nomme volontairement « délits de base »¹⁰⁴⁶. L'avantage de tels regroupements du droit pénal spécial avaient déjà été mis en lumière par le philosophe du droit pénal Jeremy Bentham lorsqu'il écrivait que, « les délits d'un même genre, ayant par hypothèse des propriétés

¹⁰⁴³ Cf. J.-P. DOUCET, « Les familles d'infractions », *RDPC*, 1975, pp. 769 ss.

¹⁰⁴⁴ P. E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, *op.cit.*, p. 521.

¹⁰⁴⁵ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, *op.cit.*, p. 136.

¹⁰⁴⁶ G. LEVASSEUR, *Cours de droit pénal spécial*, Paris, 1967-1968, p. 92.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

communes, doivent se voir appliquer les mêmes propositions (normatives) »¹⁰⁴⁷. Ainsi, la connaissance approfondie d'un « délit de base » donne les grandes lignes des notions et du régime de l'ensemble des infractions de la famille qui s'organise autour de lui. La notion de *famille d'infractions* suppose qu'à partir du « délit de base » il existe des infractions qui, soit sont dérivées de celle-ci dans un rapport de genre à espèce soit la précèdent dans l'*iter criminis*. En effet, le « délit de base » s'analyse tant du point de vue de l'intérêt protégé que de celui des agissements prohibés¹⁰⁴⁸.

216. Si l'on considère donc ce double aspect du « délit de base » à savoir l'intérêt protégé et les agissements prohibés, alors il ne fait aucun doute que le crime contre l'humanité en droit interne peut fonctionner comme une « infraction de base » de la famille des infractions visant la protection nationale des droits fondamentaux. Ce d'autant plus que l'*iter criminis* qui aboutit à sa commission est constitué d'autres infractions à l'instar du meurtre, du viol, de la torture et, de manière générale, de certaines violences physiques et mentales graves. De ce fait, comme l'a dit Bentham, le crime contre l'humanité et les autres violations des droits fondamentaux, doivent se voir appliquer les mêmes propositions normatives.

Eu égard à ce qui précède, il convient de se poser la question suivante : la force normative du paradigme du crime contre l'humanité, dans le champ pénal national, restera-t-elle sans influence sur la définition de certaines infractions considérées comme relevant de la famille des infractions de protection des droits fondamentaux ? Dès lors que le crime contre l'humanité intègre le champ pénal national avec ses éléments constitutifs, qui eux sont des infractions préexistantes dans ledit champ normatif, soit le mouvement entrainera une coexistence distincte entre les éléments constitutifs du crime contre l'humanité et les crimes ordinaires de droit commun, soit il ouvrira la voix à une véritable communicabilité entre les incriminations internes et celle internationale dont le but serait l'élévation du standard des définitions des premières par la prise en compte de l'évolution de la seconde. Au regard de l'article 21 du Statut de Rome qui fixe les sources du droit des infractions internationales parmi lesquelles ont retrouvés, dans une logique de hiérarchie complémentaire, la norme interne et celle internationale, la seconde hypothèse semble davantage correspondre à la problématique de l'étude. En effet, il peut être admis, sous l'angle de la théorie de la communicabilité des normes, que l'intégration du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne ne sera pas sans indifférence sur certaines infractions internes d'origine internationale comme le crime de torture ou d'esclavage (1), et sur d'autres infractions

¹⁰⁴⁷ J. BENTHAM, *Vue générale d'un corps de législation, chap. VII, Œuvres*, Bruxelles, 1829, T. I, p. 325.

¹⁰⁴⁸ J.-P. DOUCET, *op.cit.*

internes qui connaissent une définition extensive en droit internationale à l'instar du crime de viol (2).

1- L'internalisation du crime contre l'humanité et le renforcement de la qualité et de l'intensité juridique de l'interdit pénal national de torture ou encore d'esclavage.

217. L'on part de l'hypothèse qu'en intégrant le crime contre l'humanité dans l'ordre juridique interne, le législateur crée, par là, les conditions d'une véritable communicabilité entre la masse des normes internationales déterminant le régime de cette incrimination et les normes composant le champ pénal interne. Cela pourrait bien être le cas des infractions d'esclavage et de torture qui, à la base, sont des crimes d'origine internationale.

S'agissant d'abord de l'infraction d'esclavage, l'article 11 du Code pénal camerounais cite la traite des esclaves parmi les infractions internationales¹⁰⁴⁹. L'article 93 du même Code définit le délit d'esclavage comme le comportement par lequel, l'on « (a) réduit ou maintient une personne en esclavage ; ou (b) se livre même occasionnellement, au trafic d'une personne (...) ». La force normative du paradigme du crime contre l'humanité va-t-elle renforcer la qualité et l'intensité juridique de cet interdit pénal d'origine internationale ? Cette interrogation garde toute sa pertinence dès lors que l'incrimination internationale a pour élément constitutif la « réduction en esclave »¹⁰⁵⁰. Du point de vue de la qualité juridique, l'on pourrait espérer que la définition de la notion de « réduction en esclave » fournit par l'article 7-2 (c) du Statut, à savoir, « [P]ar réduction en esclavage, on entend le fait d'exercer sur une personne l'un quelconque ou l'ensemble des pouvoirs liés au droit de la propriété, y compris dans le cadre de la traite des êtres humains, en particulier des femmes et des enfants », guidera le juge national dans l'interprétation et l'application de son propre droit national. Ce d'autant plus que la définition nationale comme nous l'avons vu ne contient aucune définition de la notion en jeu. Du point de vue de l'intensité juridique, le juge national pourrait, au regard de l'évolution, garder à l'esprit que l'abolition de l'esclavage n'est pas seulement liée à l'idéologie des droits de l'homme. Depuis le siècle des Lumières, elle correspond également à une interrogation profonde sur la nature du droit international moderne¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁹ Il convient de relever que l'énumération faite par cet article mérite d'être reprise au regard du mouvement général d'internationalisation du droit pénal camerounais.

¹⁰⁵⁰ Article 7-1 (c) du Statut de Rome.

¹⁰⁵¹ Pour des développements en matière d'anthropologie juridique, cf. Le dossier dirigé par la Revue *Droit et Culture*, n°39, vol. 1, 2000, « Esclavage antique, esclavage cette position » sous la direction d'Alain Testart et les journées « l'esclavage : la question des droits de l'homme. Histoire, religion, philosophie, droit », sous la

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

Le même raisonnement peut être appliquée à l'infraction de torture qui est, elle aussi, au regard du droit interne, d'origine internationale. En effet, les législations nationales semblent adopter une position restrictive alors que la définition internationale paraît plus extensive. L'article 132 bis du Code pénal du Cameroun, issu de la loi n°97/009 du 10 janvier 1990 entrée en vigueur suite à la ratification par le Cameroun de la convention des Nations Unies contre la torture, limite la commission de la torture par le fonctionnaire ou toute autre personne, agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. La même disposition est reprise par l'article 295-1 du Code pénal sénégalais qui, comme le Cameroun, a adopté la loi n°96-15 du 28 août 1996 pour faire suite à la ratification de la convention internationale. Cette disposition qui provient de l'article 1^{er} de la convention internationale¹⁰⁵² a visiblement été élargie par le Statut de Rome qui dispose désormais que la « torture peut être commise par quiconque exerce la garde ou le contrôle sur la personne de la victime ». La définition, adoptée par le Statut de la CPI va au-delà de celle issue de la convention des Nations-Unies de sorte que la réception du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne, aura sans doute un effet d'entraînement à l'égard du juge national.

2- L'internalisation du crime contre l'humanité et le renouvellement de la définition du délit viol.

218. Dans certaines législations pénales africaines comme la législation camerounaise, la définition le délit du viol est liée à la conception culturelle des rapports entre l'homme et la femme. En effet, l'article 296 du Code pénal définit l'infraction de viol comme le fait, pour un homme de contraindre, à l'aide de violences physiques ou morales, *une femme*, même pubère, à avoir avec lui des relations sexuelles. Cette définition suppose que seule la femme peut être victime d'un viol. Une conception restrictive au regard de la considération en vigueur en droit international qui élargit à la fois le spectre des victimes et celui du type de rapport en cause. Même si l'article 7-1 et 2 du Statut ne prévoit pas de définition précise du délit de viol, les Eléments du crime qui, aux termes de l'article 9 du Statut servent de base d'interprétation pour les juges, prévoient qu'il y a viol

« lorsque l'auteur a pris possession du corps d'une personne de telle manière qu'il y a eu pénétration, même superficielle d'une partie du corps de la victime ou de l'auteur

direction du professeur Stéphane Rials, *Droits*, n°2, 2009 et n°1, 2010. Pour une étude globale de l'esclavage en droit international, cf. A. PELLET, « Les formes contemporaines d'esclavage », *RCADI*, vol. 336, 2009.

¹⁰⁵² Aux termes de l'article 1^{er} de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A/RES/32/36, « La torture désigne, tout acte par lequel une douleur ou des souffrances (...) sont infligées (...) par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officielle ou à son instigation avec son consentement exprès ou tacite ».

par un organe sexuel, ou de l'anus ou du vagin de la victime par un objet ou toute partie du corps ».

Cette disposition prévoit un degré minimal de contrainte et semble même prendre en compte une contrainte passive qui pourrait résulter du seul fait que l'auteur profite de l'incapacité d'une personne à donner son libre consentement. Plus encore, les juges internationaux admettent même que la violence n'a pas toujours besoin d'être démontrée. Elle est inhérente à « certaines circonstances, par exemple un conflit armé, ou une présence militaire »¹⁰⁵³. Comme pour l'infraction d'esclavage ou celle de torture, la définition du délit de viol en droit camerounais pourrait être renouvelée à la lumière de l'évolution de la norme internationale en la matière.

C- La question spécifique de l'adoption nationale de la peine de mort comme peine d'incrimination du crime contre l'humanité et l'effet harmonisateur du Statut de Rome.

219. Le projet de Code pénal camerounais entend principalement punir de mort la commission d'un crime contre l'humanité. Le droit pénal Congolais érige également la peine capitale en peine principale en matière de crime contre l'humanité. L'article 431-6 de la loi sénégalaise du 12 février 2007 certes, ne punit pas le crime contre l'humanité de la peine des peines, mais dispose que si cette infraction a entraîné la mort, elle est passible des travaux forcés à perpétuité. Le problème soulevé par ces différentes peines appliquées au crime contre l'humanité dans les droits pénaux nationaux (peine de mort, travaux forcés à perpétuité) tient à une certaine difficulté d'agencement entre le droit interne et le droit international, le Statut de Rome et les autres sources du crime contre l'humanité applicables par la Cour. En effet, ces peines nationales sont généralement regardées comme incompatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus. Or, ces droits de l'homme, aux termes de l'article 21 alinéa 3 du Statut constitue constitue la source de la « supra légalité » ou encore de la « super légalité » du droit applicable par la Cour.

A priori donc, a priori ces peines pourraient être regardées comme directement incompatibles avec le Statut de Rome lui-même. Une telle conclusion découlerait simplement d'une interprétation logique des rapports entre les différentes strates structurant le système pénal national en matière de crime contre l'humanité. Cependant, l'article 80 du Statut de Rome dispose clairement que,

¹⁰⁵³ TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, Jugement du 02 septembre 1998, *op.cit.*, para. 688.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

« [R]ien (...) n'affecte l'application par les Etats des peines que prévoient leur droit interne, ni l'application du droit des Etats qui ne prévoit pas les peines prévues dans le présent chapitre ».

En analysant cette disposition, la doctrine a admis qu'elle consacre une totale liberté aux Etats dans l'édiction des sanctions applicables notamment au crime contre l'humanité¹⁰⁵⁴. En ce sens, s'il y avait une exigence d'adaptation ou de rapprochement entre le droit national et le Statut de Rome, elle ne concernerait que la définition du comportement répréhensible et non l'édiction de la sanction. Cependant, un tel raisonnement, qui semble se fonder sur l'interprétation d'une liberté extensive, quasi souveraine des législations nationales dans la sanction des crimes graves prévus dans le Statut, nous paraît à ce point critiquable. Elle conduit légitimement à la question de savoir si le Statut autoriserait-il par exemple le recours à la peine de mort alors même que la tendance des droits de l'homme internationalement reconnus, qui constituent pourtant – cela a été démontré – la source de la « supra légalité » voire de la « super légalité » du droit applicable par la Cour est à son abolition ? Le problème fondamental est que la contradiction n'est pas, contrairement à une opinion générale, externe au Statut dès lors qu'elle ne réside pas dans les rapports entre les droits pénaux nationaux et le droit international. Elle est plutôt interne au droit de la Cour et touche à l'agencement des différentes sources du droit applicable par la Cour. En ce sens, elle jette un doute sur le caractère de norme harmonisée reconnu au Statut de Rome.

Partant de ce doute, il devient nécessaire de s'interroger sur l'étendue de la liberté reconnue aux Etats au regard de l'effet harmonisateur du Statut de Rome. Les peines édictées à l'échelle nationale, comme la peine de mort, relèvent-elles aussi du contenu prévisible de l'incrimination internationale intégrée dans le champ pénal interne ? Pour esquisser une réponse à cette question, il n'est pas inutile d'analyser la relation entre la sanction pénale nationale et le droit international en général (1) avant de rechercher si oui ou non il y a discontinuité de l'effet harmonisateur du Statut en droit interne (2).

1- La singulière relation entre la sanction pénale et le droit international.

220. De manière générale, existe-t-il une relation ou est-il possible d'en exister une entre une sanction pénale nationale et le droit international ?¹⁰⁵⁵ Cette question n'est pas anodine comme on pourrait le croire. En effet, depuis toujours, le droit international ignore en tant que telle la peine. L'absence d'organisation de la société internationale à l'image de l'Etat

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 75.

¹⁰⁵⁵ Pour une étude générale sur cette question, cf., B. BAUCHOT, *Sanctions pénales nationales et droit international*, Thèse, Université Lille 2, 2007.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

confirme l'idée selon laquelle, les sanctions pénales relèvent de la seule compétence nationale. Le droit pénal international dont on aurait pu s'attendre à ce qu'il s'implique davantage à l'élaboration d'une théorie de la peine dans l'ordre international ne fait que poser des prescriptions générales quant aux sanctions des comportements prohibés. Déjà lors de sa toute première tentative de systématisation à l'occasion des procès des grands criminels à Nuremberg, des critiques s'élevaient au sujet de l'application souveraine et discrétionnaire des sanctions pénales par les juges.

En effet, comme nous l'avons affirmé, à Nuremberg et d'ailleurs de manière générale en droit pénal international, la norme internationale a toujours historiquement séparé les deux branches qui composent le principe de la légalité. Si elle a presque toujours défini l'aspect « *nullum crimen sine lege* », elle a par contre toujours laissé au droit national l'aspect « *nulla poena sine lege* ». La doctrine a même parlé à ce propos d'une « division du travail » classique entre le droit international et le droit national. Cette opinion a été plus tard consacrée par le droit positif. En effet, le Statut du TPIY dispose que les juges du tribunal, pour fixer la peine, doivent recourir à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les juridictions nationale de l'ex-Yougoslavie¹⁰⁵⁶. Les dispositions pertinentes du Statut du TPIR sont similaires en ce qu'elles prévoient un recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda¹⁰⁵⁷. Ce procédé du recours à la législation nationale pour fixer la peine correspond à une logique normative bien ancrée en droit international¹⁰⁵⁸. Le Secrétaire général de l'ONU a rappelé, lors de la création du TPIY que,

« le droit international humanitaire (...) fournit une base suffisante [au tribunal pénal international ainsi créé] en matière de compétence *ratione materiae*, mais une question connexe nécessiterait le recours à la pratique nationale, à savoir la question des peines »¹⁰⁵⁹.

A priori, donc il n'existe presque pas de relation entre la sanction pénale et le droit international. Chaque fois que le droit international intervient en la matière, il pose des

¹⁰⁵⁶ Article 24 1) et 2) du Statut du TPIY.

¹⁰⁵⁷ Article 23 1) et 2) du Statut du TPIR.

¹⁰⁵⁸ Ce procédé d'incrimination est aussi celui admis classiquement dans les rapports entre le droit communautaire et le droit pénal national. En Afrique, l'on cite l'exemple du droit OHADA (norme communautaire) qui définit les comportements répréhensibles et laisse le soin aux Etats d'aménager en toute liberté les sanctions. Ce cas particulier a été qualifié par les auteurs d'une uniformisation à mi-chemin. Cf. M. MAHOUE, « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n°846, 2004, pp. 87-96.

¹⁰⁵⁹ Rapport du Secrétaire général de l'ONU établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité présenté le 3 mai 1993 (S/25704), paragraphe 36, nous soulignons.

normes à respecter pour le choix et le prononcé de la peine nationale¹⁰⁶⁰ et le législateur national demeure le destinataire privilégié desdites normes. Le droit international n'a pas encore franchi cette étape qui ferait du juge national le destinataire direct des règles ainsi édictées¹⁰⁶¹.

Il ressort de cette analyse que la liberté reconnue aux droits nationaux par l'article 80 du Statut de Rome pourrait trouver son fondement dans cette vision classique des rapports entre le droit international et la sanction pénale. Mais la difficulté ici tient au fait que le droit pénal international actuel se distingue de l'ancien. Il édicte lui-même les sanctions pénales applicables aux incriminations par lui définies. Cette modification de procédé, qui remontait déjà aux statuts des deux tribunaux pénaux *ad hoc*, peut amener à s'interroger sur cette liberté reconnue malgré tout aux droits nationaux. Celle-ci ne serait-elle pas, si elle est entendue au sens ancien, c'est-à-dire large, en contradiction avec l'évolution actuelle¹⁰⁶² ?

2- Liberté « totale » des Etats dans le choix de la sanction pénale et discontinuité de l'effet harmonisateur du Statut de Rome.

La discontinuité de l'effet harmonisateur du Statut de Rome signifie que la norme internationale produit un effet inattendu¹⁰⁶³. Ce n'est pas en tant que telle la liberté reconnue aux législations nationales qui suscite la discontinuité de l'effet harmonisateur. Mais plus précisément c'est le caractère absolu de celle-ci pouvant permettre au droit national de choisir, comme c'est le cas, des sanctions telles la peine de mort ou les travaux forcés et pour lesquelles l'intrusion du droit international est de plus en plus croissante. En effet, la prise en compte des droits fondamentaux (a) amène à s'interroger sur le choix de la peine de mort notamment (b).

a)- Sanctions pénales nationales du crime contre l'humanité et protection des droits fondamentaux.

221. Aucune sanction pénale ne doit violer les droits fondamentaux. Dans ce domaine,

¹⁰⁶⁰ Pour une étude plus générale de la question s'agissant des tribunaux pénaux internationaux, cf. C. APTEL, « La fixation des peines par les juridictions pénales internationales », in P. TAVERNIER (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, op.cit., pp. 167-193. Pour une analyse historique de la fixation des peines par les juridictions pénales internationales, cf. W. SCHABAS, « International sentencing : from Leipzig (1923) to Arusha (1996) », in Ch. BASSIOUNI (dir.), *International criminal law*, Ardsley, 2^e éd., 1999, pp. 175-180.

¹⁰⁶¹ Cf. B. BAUCHOT, *Sanctions pénales nationales et droit international*, op.cit.

¹⁰⁶² Cf. pour une analyse critique, W. A. SCHABAS, « Perverse effects of the nulla poena principle : National practice and the ad hoc tribunals », *European Journal of International Law*, vol. 11, n°3, 2000, pp. 521-539.

¹⁰⁶³ L'on parle d'effet inattendu en ce sens que l'effet attendu aurait été que l'internalisation du Statut de Rome suscite un engouement pour l'abolition de la peine de mort.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

« le droit de la communauté international de réagir s'est imposé progressivement face à la souveraineté qui n'apparaissait plus que comme un *sanctuaire intolérable pour violer les droits de l'homme* »¹⁰⁶⁴.

En clair, le droit international n'admet que des sanctions pénales compatibles avec les droits fondamentaux de la personne. Cette tendance justifie la prohibition des peines jugées inhumaines et dégradantes¹⁰⁶⁵.

Le droit international affirme qu'un individu détenu en exécution d'une condamnation qui lui a été infligée à raison des crimes perpétrés au mépris des droits les plus élémentaires de la personne n'est pas privé de la garantie des droits et libertés qui lui sont reconnus. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, pour être qualifiée d'inhumain et dégradant, une peine doit atteindre un certain degré de gravité et d'intensité¹⁰⁶⁶. Ainsi, le caractère inhumain de la peine répond à un standard international de prohibition de certaines peines corporelles. Celles-ci sont considérées comme dégradantes et contraire à l'obligation générale de respecter les droits de l'homme. Toujours pour la Cour européenne des droits de l'homme,

« les peines judiciaires corporelles impliquent, par nature, qu'un être humain se livre à des violences physiques sur l'un de ses semblables. En outre, il s'agit des violences institutionnalisées, en l'occurrence autorisée par la loi, prescrites par les organes judiciaires de l'Etat et infligées par sa police (...) »¹⁰⁶⁷.

Ces observations semblent s'appliquer à la sanction sénégalaise des travaux forcés.

b)- La peine de mort applicable au crime contre l'humanité et la question des droits fondamentaux.

222. La peine de mort n'est pas totalement absente de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Le 30 septembre 1946, le Tribunal militaire international de Nuremberg, chargé de juger les responsables nazis allemands, condamna à mort douze personnes, qui furent exécutées dès le lendemain par pendaison¹⁰⁶⁸. La deuxième juridiction pénale internationale de l'Après-guerre, le Tribunal militaire international de Tokyo,

¹⁰⁶⁴ G. COHEN-JONATHAN, « Avant-propos », in *La peine capitale et le droit international des droits de l'homme*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, pp. 8-9.

¹⁰⁶⁵ Cf. F. SUDRE, « La notion de peines et traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RGDIP*, 1984, pp. 825 ss.

¹⁰⁶⁶ CEDH, *Irlande c. Royaume Uni*, 18 janvier 1978 « Pour tomber sous le coup de l'article 3, un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence ; elle dépend de l'ensemble des données de la cause, notamment de la durée du traitement et de ses effets physiques ou mentaux ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime etc. »

¹⁰⁶⁷ CEDH, *Tyer c. Royaume Uni*, 25 avril 1978, §33.

¹⁰⁶⁸ Aux termes de l'article 27 de la Charte du Tribunal militaire annexé à l'Accord de Londres qui le créait, ce tribunal pouvait prononcer la peine de mort ou tout autre châtiment qu'il estimait juste. Les verdicts du 30 septembre 1946 en plus des douze condamnations à mort par pendaison, en condamna sept autres à des peines d'emprisonnement, soit à vie, soit moindre, et acquitta également trois personnes. Les exécutions des condamnés à mort eurent lieu dès le lendemain matin, le 1^{er} octobre 1946.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

condamna lui aussi sept hauts responsables japonais à la peine de mort par pendaison¹⁰⁶⁹. Ce recours à la peine capitale par les juridictions internationales se justifiait par le fait que tous les pays vers lesquels la norme internationale renvoyait les juges pour la détermination de la peine applicable reconnaissaient la peine capitale comme l'ultime sanction qui, logiquement, devait correspondre à l'ultime violence.

Toutefois, le contexte dans lequel opéraient les premiers tribunaux pénaux internationaux diffèrent radicalement de celui dans lequel la CPI est appelé à évoluer, notamment parce que, depuis la fin de la seconde guerre mondiale, de nombreux Etats ont renoncé à la peine de mort et l'ONU milite pour son abrogation universelle¹⁰⁷⁰. Les tribunaux pénaux *ad hoc* s'inscrivant dans cette logique ne peuvent condamner qu'aux peines d'emprisonnement, à l'exclusion de toute autre forme de sanction¹⁰⁷¹. Cette impossibilité des tribunaux de l'ONU de recourir à la peine capitale a sans doute justifié l'attitude du TPIR dans ses rapports avec les juridictions rwandaises. En effet, comme nous l'avons évoqué, l'article 26 du Statut du TPIR dispose que « les peines d'emprisonnement sont exécutées au Rwanda (...) conformément aux lois en vigueur de l'Etat concerné, [mais] sous la supervision du Tribunal ». En se fondant sur le principe de la primauté, les juges du TPIR ont contraint les autorités nationales à abolir la peine de mort par une loi du 25 juillet 2007 pour rendre possible le transfert des accusés du tribunal international aux juridictions nationales¹⁰⁷². Ce faisant, la juridiction internationale a participé à une certaine harmonisation entre le droit pénal national et la norme internationale.

Malgré cette évolution générale du droit international et de certains droits nationaux, le débat sur la peine de mort n'est pas encore achevé. En dehors des Etats dits totalitaires¹⁰⁷³, même ceux traditionnellement démocratiques comme les Etats-Unis, pays des droits et des

¹⁰⁶⁹ L'article 16 de la Charte de ce tribunal, établi le 19 janvier 1946 par une proclamation spéciale du général MacArthur, agissant en sa qualité de Commandant suprême des Puissances alliées en Extrême-Orient, reprenait dans des termes similaires les dispositions de l'article 27 du tribunal de Nuremberg.

¹⁰⁷⁰ Cette initiative militante se fonde sur une interprétation extensive de l'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en même temps qu'elle s'appuie sur le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte, visant à abolir la peine de mort (A/44/49-44/128, annexe, 44 AG, supp. 49, 1989). Sur la recommandation du Secrétaire général de ne pas inclure a condamnation à mort dans le Statut du TPIY, voir R. ZACKLIN, « trials and tribulations : some legal and constitutional problems in the making of an international war crimes tribunals », in N. AL-NAUIMI et R. MEESE (dir.), *International legal issues arising under the United Nations Decade of International Law*, Kluwer, 1995, pp. 718-719.

¹⁰⁷¹ Le TPIY et le TPIR ne peuvent prononcer de peine de mort, pas plus qu'ils ne peuvent condamner à des peines de châtement corporel ou encore de travaux forcés, ces formes de peines étant prohibées selon l'interprétation des articles 7 et 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

¹⁰⁷² *Ibid.*, pp. 144-145.

¹⁰⁷³ Cf. B. MERABTI, « L'abolition de la peine de mort dans les pays musulmans : engager la réflexion », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 62, 2005, pp. 563-579. Voir aussi, L. MILLIOT et F.P. BLANC, *Introduction au droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001.

Chapitre 3.

Le caractère ouvert du « référent normatif »

libertés, continue de l'appliquer. Pourtant, par l'atteinte au droit à la vie qu'elle réalise, la peine de mort est une violation flagrante des droits fondamentaux¹⁰⁷⁴ et son efficacité reste relative¹⁰⁷⁵. Son caractère attentatoire aux droits fondamentaux¹⁰⁷⁶ la rend totalement incompatible avec les droits de l'homme internationalement reconnus qui pourtant servent de base à l'interprétation du droit applicable par la Cour. En cela, cette sanction adoptée par les Etats crée une discontinuité de l'effet harmonisateur du Statut de Rome. Car si le problème se pose en ce qui concerne les crimes graves du droit international, c'est qu'en réalité il concerne l'ensemble du droit pénal national. Les Etats qui appliquent la peine de mort au crime contre l'humanité n'en font pas un choix particulier de politique criminelle. Il s'agit simplement, pour ces Etats, de tirer les conséquences logiques de la structure de l'ordre pénal interne au regard de l'échelle des valeurs : la peine de mort existe pour les crimes internes les plus graves¹⁰⁷⁷ or, le crime contre l'humanité est d'une gravité supérieure, alors ce crime est puni de mort. Ainsi l'on aurait pu prévoir que, en se fondant sur l'hypothèse de la sédimentation des droits fondamentaux dans le champ pénal national, l'effet harmonisateur du Statut de Rome entrainerait l'abolition de la peine de mort dans l'ordre pénal national comme le fit les juges du TPIR s'agissant de l'ordre pénal rwandais. Une telle abolition aurait simplement découlé de la force normative agissante du paradigme du crime contre l'humanité sur l'ensemble des systèmes pénaux nationaux.

¹⁰⁷⁴ Cf. M.-L. RASSAT, « Mort de la peine de mort », *JCP.G.*, n°13, 2007, pp. 3 ss.

¹⁰⁷⁵ Au sujet d'un certain retour de la peine capitale en matière de terrorisme, cf. A. NORMANDEAU, « Le terrorisme international et la peine de mort », *Rev. sc. crim.*, 2006, pp. 895-898. Dans cette étude, s'interroge sur l'éventualité et l'utilité du rétablissement de la peine de mort pour les actes de terrorisme basés sur du fondamentalisme religieux. Il retient que « le rétablissement de la peine de mort dans le code pénal n'aurait sur eux [les terroristes] vraiment aucun effet intimidant significatif. La seule raison d'exécuter les terroristes, s'ils étaient arrêtés, jugés coupables et condamnés, serait la punition à l'état pur : œil pour œil, dent pour dent », (p. 897).

¹⁰⁷⁶ Commission de vénise.

¹⁰⁷⁷ Au Cameroun, l'on peut citer l'article 276 du Code pénal relatif au crime d'assassinat.

Conclusion du chapitre 3. Le champ pénal interne sous l'emprise de l'interdit fondateur du futur ordre national.

223. Dans le présent chapitre, il était question de montrer que la composante axiologique du crime contre l'humanité, ou plus précisément son *réfèrent normatif*, à savoir les droits fondamentaux, fait de l'incrimination internationale, dans le processus de son internalisation, un instrument de communication entre l'ordre international et l'ordre interne. La double nature des droits fondamentaux, élément *explicite* d'interprétation et d'application du crime contre l'humanité et élément *implicite* à la base de l'harmonisation pénale verticale et horizontale des systèmes étatiques en matière de crimes graves, en fait un phénomène d'ancrage qui leur confère un rôle de « charnière ». Les droits fondamentaux ne sont pas étrangers aux systèmes juridiques africains. Ils y ont une identité constitutionnelle en ce qu'ils occupent une place formelle éminente dans la hiérarchie des normes. Mais à travers le processus de réception du crime contre l'humanité dans le champ pénal national, les droits fondamentaux subissent une épreuve de sédimentation qui leur confère un double caractère. Un caractère de « règles universalisables » et un caractère de « règles relationnelles ». L'un et l'autre permettant de mettre en communication le champ pénal interne avec l'ordre juridique international. De la dynamique d'échanges normatives qui pourrait s'ensuivre, l'interdit international de crime contre l'humanité enveloppe le champ pénal national et lui donne une autre coloration normative susceptible de transformer les ordres pénaux nationaux des modèles dirigistes vers des modèles sinon « humanistes », du moins à vocation « humaniste ».

224. Admettre que le processus de réception du crime contre l'humanité dans le champ pénal national met en communication l'ordre normatif interne et l'ordre normatif international par le biais des droits fondamentaux, signifient que ces ordres construisent des règles capables de refléter et d'assimiler le contenu des règles appartenant à des systèmes différents. Au contact des droits fondamentaux, chaque ordre juridique tend, quel que soit son mode de représentation, à accroître son ouverture. Dans cette perspective, l'effet harmonisateur du Statut de Rome sur les législations pénales nationales comporte un double mouvement d'intensification et d'extensivité des droits de l'homme avec l'affirmation que le paradigme du crime contre l'humanité a une force normative transformatrice des ordres pénaux nationaux. Pour cette raison cet effet harmonisateur participe à la construction d'outils d'analyse qui, jetant un regard postmoderne, transdisciplinaire, systémique et non dogmatique permettent de mieux appréhender la complexité présente, et sans doute à venir, de la normativité dans le champ pénal. En effet, l'internalisation de l'infraction internationale est

Conclusion du Chapitre 3.

le champ pénal interne sous l'emprise de l'interdit fondateur du futur ordre national

porteuse des difficultés croissantes de qualifications pénales dès lors qu'une telle incrimination, au regard de la valeur protégée, pourrait favoriser le mouvement de pénalisation des phénomènes culturels. Dans ce dernier cas, l'on retourne à la relation classique droit pénal et diversités culturelles et donc, au problème de la modulation des normes dans un système donné.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre 4

**LA NATURE OUVERTE DU « PROCÉDE NORMATIF » DU CRIME
CONTRE L'HUMANITE : UNE COEXISTENCE NATIONALE CRIME
INTERNATIONAL/INFRACTIONS DE DROIT COMMUN.**

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

« La texture ouverte de la règle de droit signifie qu'on laisse aux tribunaux [...] le soin de développer de nombreux points en établissant un équilibre, à la lumière des circonstances entre des intérêts concurrents dont le sens varie d'une espèce à l'autre », H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. par M. VAN DE KERCHOVE, Publications des fac. St. Louis, 2005, p. 168.

225. Une lecture comparée du crime contre l'humanité avec les autres types de *core crimes*, tels que le crime de génocide et les crimes de guerre, révèle que ceux-ci apparaissent comme des infractions complètes¹⁰⁷⁸ alors que celui-là apparaît davantage comme une infraction incomplète, ouverte, une sorte d'interdit en extension. A la différence du crime de génocide dont l'élément discriminant réside dans le *dolus specialis*, à savoir l'intention génocidaire de l'auteur de l'acte¹⁰⁷⁹, et des crimes de guerre dont l'élément spécifique git dans l'existence d'un conflit armé interne ou international, le *procédé normatif* du crime contre l'humanité est constitué par le recours à la notion d'*inhumain*¹⁰⁸⁰. Or, cette notion d'*inhumain* n'a presque jamais été définie. Elle a été longtemps *indéterminée* et demeure encore aujourd'hui loin d'être *circonscrite*.

L'*indétermination* de la notion d'*inhumanité*, résulte de l'évolution par diversification du procédé normatif dont elle procède. Déjà, dans le Statut de Nuremberg, le crime contre l'humanité comprenait le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage ou encore la déportation. Les Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, vont poursuivre cette diversification en ajoutant dans les atteintes à la vie, les disparitions forcées de personnes et dans les atteintes à l'égalité dignité des personnes, ces textes ajoutent la torture, le viol¹⁰⁸¹. L'article 7 (1) du Statut de Rome prolonge la diversification en définissant comme crime

¹⁰⁷⁸ Depuis sa première mise en forme par le droit dans le cadre de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide adoptée le 09 décembre 1948 jusqu'à sa définition juridique la plus récente telle que fournie par l'article 6 du Statut de la Cour pénale internationale, en passant par l'article 4 (2) du Statut du TPIY adopté le 25 mai 1993 et par l'article 2 (2) du Statut du TPIR du 1^{er} juillet 1994, par exemple, le crime de génocide conserve la même définition internationale.

¹⁰⁷⁹ H. AZARI, « Regards croisés sur l'intention génocidaire. A propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice en l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro) », *op.cit.* Pour une analyse globale, récente et très approfondies de la question, nous renvoyons à la thèse de M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la cour pénale internationale et du droit français*, *op.cit.*

¹⁰⁸⁰ Cf. notamment, Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, *op.cit.* ; J. DE HEMPTINNE, « La définition du crime contre l'humanité par le TPIY », *op.cit.*

¹⁰⁸¹ S'agissant particulièrement du crime de viol, il convient de relever que c'est par une décision du 22 février 2001 que le TPIY qualifie le crime contre l'humanité, pour la première, le viol à répétition. Les faits tels que relatés dans l'acte d'accusation visaient trois officiers serbes de Bosnie appartenant à la police militaire. Il leur était reproché d'avoir ordonné, encouragé, laissé faire ou participé à des viols systématiques, collectifs et répétés de femmes et enfants musulmans dans la municipalité de Foca en à partir de 1992. Pour un bref commentaire de cette décision, cf. M.-H. GOZZI, « Définition du crime contre l'humanité », *Recueil Dalloz*, 2001, *Somm. Com.*, p. 2357.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

contre l'humanité, des actes de violence sexuelle d'une certaine gravité, l'esclavage sexuel, les prostitutions forcées ou encore les grossesses forcées. En clair, l'*indétermination* de la notion d'inhumanité tient d'une part au fait que la norme d'incrimination, plutôt que de définir ce qu'est l'acte « inhumain » du crime contre l'humanité, procède par énumération des différents comportements considérés dès lors comme inhumains, et d'autre part, elle résulte de l'instabilité même de ladite énumération. Elle est évolutive et chaque mise en forme juridique de l'incrimination modifie par extension les éléments constitutifs de l'infraction.

La *non circonscription* de l'acte inhumain du crime contre l'humanité résulte quant à elle de l'inscription dans chaque définition –Nuremberg, TPIY, TPIR ou encore CPI – de la notion très vague et très ouverte « *d'autres actes inhumains* ». L'emploi de cette notion, qui traduit une certaine attitude prudente du législateur international craignant l'omission d'un éventuel acte inhumain dont il n'aurait pas eu connaissance au moment de l'énumération textuelle, signifie que l'incrimination de crime contre l'humanité se caractérise par le recours aux procédés éminemment ouverts. La prise en compte d'une telle ouverture a conduit le professeur Mireille Delmas-Marty à admettre que le clonage reproductif humain pourrait devenir l'une des formes futures du crime contre l'humanité¹⁰⁸². Elle écrit dans ce sens,

« [Q]uant au clonage reproductif, la création de tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et de la Cour pénale internationale entrouve une voie pour les crimes internationaux définis comme crimes contre l'humanité. Il serait concevable d'étendre la définition du crime contre l'humanité aux pratiques de clonage reproductif : soit en reprenant les conditions inscrites dans la convention de Rome (« pratiques généralisées ou systématiques » menées « en connaissance de cause » à l'échelle d'une « population civile ») ; soit de façon autonome, en considérant que même des faits isolés de clonage doivent être poursuivis. La future convention interdisant le clonage reproductif pourrait poser un principe de subsidiarité, donnant compétence à la Cour pénale internationale, lorsque les juridictions nationales n'ont pas les moyens ou la volonté de poursuivre »¹⁰⁸³.

226. Du point de vue conceptuel, cette double carence du « procédé normatif » du crime contre l'humanité, indétermination et absence de circonscription, conduit à une double distinction. Une première distinction, fondée sur la catégorie d'infractions sous-jacentes, sépare des actes inhumains qui tirent leur spécificité et leur gravité de la discrimination

¹⁰⁸² M. DELMAS-MARTY, « Interdire et punir le clonage reproductif humain », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 54, 2003, pp. 438-439. Dans l'analyse de son hypothèse, l'auteur critique la position du législateur français qu'elle trouve surprenante en ce qu'elle sépare dans l'actuel code pénal le *génocide* (crime contre l'humanité au livre II) et *l'eugénisme* (crime contre l'espèce humaine au livre V, auquel le projet de loi déposé au 23 janvier 2003 propose d'ajouter le clonage reproductif). Elle se demande s'il s'agit d'une inadvertance, dès lors que le parlement, après avoir voté en 1992 les premiers livres du Code pénal, aurait oublié au hasard d'une nouvelle majorité parlementaire élue en 1993, ses choix antérieurs, ou d'un contresens, qui aboutirait, sans qu'aucune explication soit donnée à séparer le fondement biologique – de l'espèce humaine – du fondement éthique – la dignité humaine.

¹⁰⁸³ M. DELMAS-MARTY, « Faut-il interdire le clonage humain ? », *Recueil Dalloz*, 2003, chron. p. 2527.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

généralisée qu'ils établissent au sein d'une population civile (crime de persécution, crime d'apartheid ou encore crime d'extermination) des actes inhumains dont l'essence et la gravité résultent de leur cruauté intrinsèque (meurtres, viols, déportations, ou encore réduction en esclavage). Une seconde distinction qui sépare les actes inhumains « nommés » et les actes inhumains « innomés ». Dans le premier cas, il s'agit des différentes atteintes à la vie, à l'intégrité physique ou mentale, à l'égalité de dignité de la personne expressément prévues énumérées dans les différents textes. Dans le second cas, il s'agit d'atteintes qui ne sont expressément prévues dans les textes mais désignées sous la formule d'autres « *actes inhumains* »¹⁰⁸⁴.

227. Ainsi, de par sa nature, le procédé normatif de cette infraction s'ouvre toujours sur un crime de droit commun ou sur un crime de droit interne. La jurisprudence de la Cour de cassation française affirme à cet effet que,

« les crimes contre l'humanité sont *des crimes... de droit commun* commis dans certaines circonstances et pour certains motifs (...) »¹⁰⁸⁵.

L'alinéa 2 de l'article 106 du Statut de Rome dispose *in fine* que les conditions de détention, en matière de crime contre l'humanité notamment,

« ne peuvent en aucun cas être ni plus ni moins favorables que celles que l'Etat chargé de l'exécution réserve aux détenus condamnés pour des *infractions similaires* ».

Ce faisant, ce texte crée une « assimilation » des infractions de droit commun au crime contre l'humanité. Cette opinion est généralisée dans la doctrine. Ainsi, Catherine Grynfogel révèle que,

« s'agissant de l'élément matériel du crime contre l'humanité, il est admis qu'il se calque, dans la majorité des hypothèses, sur celui des infractions correspondantes de droit pénal interne au prix, il est vrai d'une certaine adaptation quelque fois »¹⁰⁸⁶.

Une telle approche normative semble avoir logiquement conduit les juges internationaux, en l'absence notamment de la définition du viol, du meurtre ou encore de l'esclavage sexuelle en droit international, à se référer à la norme pénale nationale pour *compléter* la définition internationale¹⁰⁸⁷. Toutefois, cette *complémentarité* ne soulevait presque pas de problèmes particuliers lorsque le crime contre l'humanité n'était envisagé que

¹⁰⁸⁴ J. DE HEMPTINNE, « Controverses relatives à la définition du crime de persécution », *op.cit.*, p. 23.

¹⁰⁸⁵ Cass. Crim., 6 février 1975.

¹⁰⁸⁶ C. GRYNFOGEL, « Le concept de crime contre l'humanité. Hier, aujourd'hui et demain », *RDPC*, 1994, pp. 13-51.

¹⁰⁸⁷ Sur l'analyse de cette question cf. A. ESPOSITO, « La définition des crimes et le rôle du droit comparé : comment les juges comblent les lacunes normatives », in E. FRONZA et S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes de law clinics en droit pénal international*, *op.cit.*, spec., 57 ; M. KARAGIANNAKIS, « The definition of rape and its characterization as an act of genocide – A review of jurisprudence of international criminal tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia », *op.cit.*

dans l'ordre juridique international. Or, depuis son introduction dans le champ pénal interne, le fleuve ne semble plus aussi calme.

D'un côté, le droit national semble à même de participer à l'enrichissement de la norme internationale d'incrimination en considérant la texture ouverte de la notion « d'autres actes inhumains » du crime contre l'humanité. D'un autre côté, du fait que le meurtre « ordinaire » ou l'assassinat de droit commun va coexister avec le meurtre « extraordinaire » ou l'extermination du crime contre l'humanité ou que le viol « normal » de droit commun va coexister avec le « viol » spécifique » du crime contre l'humanité, il est clair que le crime contre l'humanité et les crimes de droit commun font reposer sur les mêmes faits. Or, même s'il existe une différence entre l'une et l'autre qualification au regard des circonstances de commission de l'acte, il n'en demeure pas moins vrai que la référence de deux qualifications distinctes aux mêmes faits ou à la même valeur sociale protégée, est à la base, de la théorie pénale des qualifications multiples. En effet, le rôle de complémentarité que va jouer la norme pénale interne est susceptible de créer un conflit ou un concours possible de qualification entre le crime contre l'humanité et d'autres crimes de droit interne. En clair, si dans le premier cas, la coexistence est plutôt pacifique (**Section I**) dans le second, elle pourrait davantage être conflictuelle (**Section II**).

Section I : Coexistence *pacifique* entre norme interne et norme internationale : la pénalisation d'un fait culturel national comme facteur de complétude de l'incrimination internationale.

228. S'il est clair que d'après la doctrine contemporaine, la norme pénale se compose de deux éléments distincts, l'*élément impératif* – ou le commandement – et la *sanction* et que c'est le second élément qui fait du droit pénal tout entier un « *jus cogens* »¹⁰⁸⁸, il convient tout de même de relever que le droit pénal n'est pas qu'un droit sanctionnateur¹⁰⁸⁹. Par le biais de

¹⁰⁸⁸ La notion de sanction pénale occupe une place prépondérante dans la doctrine du droit pénal moderne de sorte que toute la théorie du délit se fonde sur la notion de sanction criminelle. Que l'on considère l'approche classique basée sur la théorie de la *répression rétributive* ou celle s'appuyant sur le courant de la répression sacrificielle et sécuritaire ou encore prenant en compte la répression perfectionnelle dans le cadre d'un droit pénal libéral, la peine est toujours apparue comme le prix de l'infraction. En effet, le mouvement impulsif de la nature humaine pousse celui qui a reçu une offense à se venger en rendant le mal pour le mal à son agresseur. C'est par cette réaction vindicative spontanée qu'est né le droit pénal dans les premiers temps de l'histoire et qu'il a fonctionné dans les sociétés primitives. C'est d'ailleurs ce qui donne tout son sens à l'expression « droit répressif » ou encore « droit criminel ». Sur ces différentes écoles, cf. E. GARÇON, *Le droit pénal (origines, évolution)*, Paris, coll. Payot 1922 ; R. CHARLES, *Histoire du droit pénal*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1993 ; M. CUSSON, *Pourquoi punir ?*, Paris, Dalloz, 1987 ; « Le sens de la peine et la rétribution », *RCPT*, 1985, pp. 271 ss ; R. MERLE, *La pénitence et la peine (Théologie, droit canonique, droit pénal)*, Paris, Cerf-Cujas, 1986 ; P. PONCELA, « Droit de punir et devoir de punir », *Arch. phil. droit*, 1983, pp. 123 ss.

¹⁰⁸⁹ L'idée n'est pas de remettre en cause cette affirmation du grand philosophe français Portalis, « les lois pénales sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres ». D'ailleurs ce point de vue a été repris par Jérémy Bentham, (*Vue générale d'un corps complet de législation*, chap. III), et Jean-Jacques

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

la norme pénale, le législateur *typifie* différents comportements socialement néfastes à travers la création des biens juridiques. Dans cette perspective, il apparaît qu'il y a, avant les deux éléments qui composent la norme pénale – impératif et sanction – un premier élément spécifique, dit *élément axiologique*. Celui-ci renvoie à une sorte d'évaluation parmi les différentes valeurs qui composent la société, celles qui méritent d'être protégées par la loi pénale¹⁰⁹⁰. Si cet élément se réalise par une conduite humaine qui correspondrait aux éléments constitutifs de l'infraction, il signifie que, non seulement le bien juridique constitue l'objet juridique de l'infraction, mais aussi et surtout que c'est une notion utile pour l'interprétation des différentes infractions. Aussi, selon la doctrine du droit pénal, l'interprétation des infractions doit commencer précisément par la recherche de leur objet juridique¹⁰⁹¹.

Dans ce sens, les professeurs Françoise Tulkens et Michel Van de Kerchove écrivent que, la seconde perspective de la théorie criminologique dite « *théorie de la réaction sociale* » consiste à y voir un processus « définitionnel » ou « constitutif » de ce qui, dans une société donnée, est délinquant ou déviant et de ce qui ne l'est pas (ou sa dimension pénale)¹⁰⁹². Ainsi, Philippe Robert, autre contemporain de ce courant de pensée, part de l'idée générale que,

« *le crime comme toute déviance... n'est qu'un concept dérivé renvoyant à l'étude de la norme* »¹⁰⁹³ pour constater que « *la loi pénale crée l'infraction (pas le comportement, bien entendu, mais son existence en tant que crime) par son institution même* »¹⁰⁹⁴.

De là, il apparaît que contrairement à ce que le terme suggérerait communément, la « réaction sociale » n'est pas considérée uniquement comme désignant,

« *seulement des manifestations postérieures à la commission d'une infraction, mais encore des phénomènes qui lui sont antérieurs comme l'érection de la norme* »¹⁰⁹⁵.

229. Le phénomène ainsi décrit, érection d'une norme pénale dont l'objet juridique est à la fois la définition d'un bien juridique et la finalité juridique la création d'un devoir juridique matérialisé par un impératif assorti d'une sanction, correspond au mouvement général de *pénalisation*. En effet, le mouvement de pénalisation, dès lors qu'il s'attache principalement à la définition des biens juridiques et à l'établissement des devoirs juridiques,

Rousseau, (Contrat social, livre II, chap. XII). Il s'agit plutôt d'élargir la perspective de l'objet que tentait de décrire le juriste classique.

¹⁰⁹⁰Cf. spécialement, E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *RPDP*, 1977, n°3, pp. 411- 424.

¹⁰⁹¹ *Ibid.*, p. 413.

¹⁰⁹² Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op.cit., p. 53.

¹⁰⁹³ Ph. ROBERT, *La question pénale*, Genève, Droz, 1984, p. 106.

¹⁰⁹⁴ *Ibid.* p. 107.

¹⁰⁹⁵ ¹⁰⁹⁵ Ph. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'année sociologique*, vol. 24, 1973, p. 469, *Id.*, *La question pénale*, op. cit. p. 90.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

crée un lien entre le droit pénal et la philosophie du droit. Il soulève, comme l'a finalement fait Philippe Robert, deux types de problèmes : celui du processus d'incrimination¹⁰⁹⁶ et celui de la dynamique de réception de la norme pénale dans la société¹⁰⁹⁷. La question essentielle du phénomène de *pénalisation* est de savoir si le législateur est-il libre dans le choix des biens juridiques ou non ? Et s'il ne l'est pas à quelle (s) force (s) obéit-il ?

Cette question relève de la problématique de l'autonomie du droit pénal. Mais pas cette autonomie au sens fonctionnel ni véritablement au sens technique tel qu'admis par les professeurs Roger Merle et André Vitu¹⁰⁹⁸. Cette autonomie comprise au sens où le droit pénal fait référence à des valeurs pour définir des biens juridiques. Si l'on se limite dans le cadre circonscrit par l'objet de notre étude, la question cesse d'être posée dans l'absolu et peut alors ainsi être reformulée : suite au processus d'*internalisation* du crime contre l'humanité, le législateur national demeure-t-il libre dans le choix des biens juridiques ou non ? Et s'il ne l'est pas à quelle (s) force (s) obéit-il ? Ainsi rattachée au processus d'internalisation du crime contre l'humanité et compte tenu de la problématique générale de l'étude, la question semble appeler une réponse négative. En effet, il est bien admis que la force normative du paradigme du crime contre l'humanité limite le choix du législateur – s'il en existait un – dans la définition des biens juridiques. La réception de l'incrimination internationale dans le champ pénal national est susceptible de provoquer selon les cas soit un mouvement de pénalisation soit à l'inverse un mouvement de dépenalisation. En l'espèce, l'on s'intéressera uniquement au mouvement de pénalisation résultant de la force normative du paradigme en jeu.

Partant de la force normative du paradigme du crime contre l'humanité dont le procédé normatif est la définition de l'acte inhumain, l'élément axiologique renvoie au respect de la dignité humaine et l'élément téléologique consiste à la prise en compte des droits fondamentaux, le législateur national peut faire du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne, un *standard ayant vocation à servir de référence* au mouvement de pénalisation

¹⁰⁹⁶ Ph. ROBERT, *La question pénale*, op. cit. p. 108-109.

¹⁰⁹⁷ Sur ce point précis, cf. M. DELMAS-MARTY, « La création des lois et leur réception par la société », *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 83, 1983, pp. 83-102.

¹⁰⁹⁸ Dans leur traité de droit criminel, ces auteurs entendent par autonomie fonctionnelle du droit pénal, l'originalité du droit criminel situé dans l'univers du droit. Donc, sa spécificité par rapport aux autres branches du droit (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. I, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op.cit., pp. 217-218). Et par autonomie technique, les auteurs renvoient par exemple à l'application des concepts extra-pénaux, l'autonomie dans la solution civile des problèmes civils (Ibid., pp. 219-222). S'agissant d'études ayant abordées la problématique de l'autonomie du droit pénal, l'on peut citer, J. R. VOUIN, « Justice criminelle et autonomie du droit criminel », *Recueil Dalloz*, 1947, chron., p. 81 ; J. DONNEDIEU DE VABRES, « Les éléments administratifs de l'infraction », *Recueil Dalloz*, 1952, chron. pp. 137-146 ; J. -L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *Rev.sc.crim.*, 1980, pp. 911 ss ; F. ALT-MAES, « l'autonomie du droit pénal : mythe ou réalité », *Rev.sc.crim.*, 1987, pp. 347 ss.

en droit interne¹⁰⁹⁹. En effet, le paradigme du crime contre l'humanité traduit pour le système pénal interne – envisagé dans sa seule dimension normative – ce que le professeur Cathérine Thibierge a appelé le *tracé* et la *mesure*¹¹⁰⁰. Dans ce sens, la force normative du paradigme en jeu devrait servir de guide pour le mouvement de pénalisation et un modèle pour juger du choix des valeurs effectué. Modèle pour agir et/ou modèle pour juger du mouvement de pénalisation, la règle établissant l'incrimination de crime contre l'humanité dans le champ pénal interne, au regard de sa « plénitude de normativité », conduit à un phénomène d'internormativité qui, en l'espèce, appelle un examen du double rapport qui pourrait exister entre les deux dimensions du crime contre l'humanité à savoir celle pénale et celle internationale face aux diversités culturelles (§1) avant l'analyse de la pénalisation d'un phénomène culturel spécifique tel l'excision (§2).

§1- Le double rapport de l'infraction de crime contre l'humanité avec la diversité culturelle.

Ce double rapport découle du caractère pénal de l'incrimination (A) et de la nature internationale de l'infraction (B).

A- Le caractère pénal de l'incrimination de crime contre l'humanité et la diversité culturelle : le droit pénal face à la diversité culturelle.

230. La question abordée ici est bien celle de savoir si la réception du crime contre l'humanité dans les champs pénaux nationaux – infraction composée des crimes de droit commun dont elle suscite un renouvellement des définitions – jette-t-elle une lumière nouvelle sur l'étude des rapports entre le droit pénal et les racines culturelles ? En d'autres termes, le crime contre l'humanité, une fois internalisé, fera-t-il du droit pénal, au regard de sa force normative, cette « épée » appelée à frapper certains comportements exprimant *l'univers culturel spécifique de l'auteur* et donc aussi, ce « bouclier » des valeurs dites universelles ou du moins à vocation universelles ? Cette question est d'une grande importance parce qu'elle

¹⁰⁹⁹ Dans le même sens, cf. B. GENIAUT, « La force normative des standards juridiques. Eléments pour une approche pragmatique », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept, op.cit.*, pp. 183-197.

¹¹⁰⁰ C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre norme et règle de droit », *Arch. phil. droit*, n°51, 2008, pp. 341-371. Dans le même sens, cf. P. AMSELEK, « Norme et loi », *Arch. phil. droit*, n°25, *La loi*, 1980, p. 89. L'auteur affirme que la norme a vocation à être employée comme une « mesure, un étalon, un modèle ».

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

touche au sujet de la rationalité pénale des Etats et débouche sur celui du choix et modèles de politiques criminelles.

L'on n'ignore pas, et cela a été analysé dans le chapitre précédent, que le processus progressif d'humanisation du droit auquel nous assistons depuis le XX^e siècle, tend à ériger le respect de la dignité humaine et des droits fondamentaux de l'individu – substance de l'incrimination de crime contre l'humanité – en instrument correctif du droit pénal et de ses instruments de sanction. Mais lorsque l'on introduit la notion de diversité culturelle dans le débat, qui par essence s'oppose, même si c'est parfois en apparence, à l'idée d'une certaine universalité des droits de l'homme, le mouvement n'est plus linéaire. Le droit pénal fait l'objet d'un usage antithétique sans pour autant qu'un tel usage constitue une preuve d'irrationalité mais plutôt le résultat cohérent d'une approche différente du problème multiculturel. En effet, comme l'a admis le pénaliste italien Alessandro Bernardi,

« le rôle différent joué par le droit pénal par rapport aux conduites déterminées ou favorisées par la diversité culturelle est le reflet de deux « politiques de différence » certes opposées, mais toutes deux caractérisées par une cohérence intrinsèque : celle – dite « de la reconnaissance » – visant à valoriser les spécificités identitaires des minorités et donc à respecter, ou en tout cas à tolérer, dans les limites du possible, les conduites « *motivées culturellement* », même si elles sont en dystonie par rapport aux coutumes dominantes ; celle – dite « *assimilationniste* » – tournée vers la pleine intégration des « culturellement différents » et tendant donc à exiger, au moins dans les grandes lignes, l'adhésion de ces sujets aux traditions et aux styles de vie des membres de la culture majoritaire du lieu »¹¹⁰¹.

Il ressort de cette affirmation que la prise en compte de la diversité culturelle apparaît souvent comme une nuance de l'effet correctif des droits de l'homme sur le droit pénal. Cependant, certains auteurs interprètent très généralement l'idée de cette nuance comme la résultante d'une certaine conception « européenocentrée » des droits de l'homme.

Si, au-delà de ces considérations générales, l'on s'intéresse au rapport droit pénal et diversités culturelles produit sous l'angle de la réception nationale du crime contre l'humanité à l'échelle des Etats africains, il semble possible d'admettre que la force normative du crime contre l'humanité pourrait accentuer le modèle assimilationniste des politiques criminelles africaines postindépendances (2). Mais une telle suggestion suppose que l'on appréhende au préalable la notion d'infraction culturelle (1).

¹¹⁰¹ A. BERNARDI, « Le droit pénal, bouclier ou épée des diversités culturelles », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, op.cit., pp. 497-550, spec. 500-501.

1- La notion d'infraction culturelle.

231. La notion « d'infraction culturelle », très peu étudiée par la doctrine pénale francophone¹¹⁰² par rapport à celle anglo-saxonne¹¹⁰³ dans laquelle s'est développée, principalement sous la plume de l'anthropologue américaine Alison Dundes Renteln, la théorie aujourd'hui bien connue sous l'appellation de la « *cultural defence* »¹¹⁰⁴, apparaît d'emblée comme une retombée pénale du débat entre le relatif et l'universel. Sans que cette réalité ne renvoie spécifiquement à une catégorie d'actes criminels, il s'agit, d'après Alessandro Bernardi,

« [des] faits *considérés* infractions par la loi du lieu où ils ont été commis et qui sont le fruit d'un « *conflict normatif* », dans la mesure où ils sont imposés, approuvés,

¹¹⁰² A parcourir la littérature pénale francophone, il n'existe presque pas d'étude spécifique portant sur l'importance pénale donnée au facteur culturel (l'on peut tout de même mentionner l'étude de Marie-Claire Foblets, « Les délits culturels : de la répercussion des conflits de culture sur la délinquance. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain », *Droit et Culture*, n° 35, 1998, pp. 204 ss). Une telle carence pourrait, toutefois, se justifier par le très peu d'intérêt qu'une étude pourrait susciter dans un pays comme la France. En effet, ce pays étant plutôt organisé selon un modèle pénal dit assimilationniste, l'attitude générale des principales autorités de politique criminelle nationale (législateur et juge) est dominée par l'indifférence quasi systématique à l'égard du facteur culturel et donc à la primauté du principe de l'égalitarisme pénal.

¹¹⁰³ Par contre, cet aspect du droit pénal est davantage développé dans la doctrine pénale anglo-saxonne, peut-être compte tenu de la nature multi culturaliste des modèles pénaux inspirés de l'expérience juridique de la common law comme, le modèle pénal britannique, australien, canadien, américain, ou encore sud africain. L'on peut ainsi citer à titre indicatif, T. SELLIN, *Culture conflict and crime*, New York, 1938 ; B. L. DIAMOND, « Social and cultural factors as a diminished capacity in criminal law », *Bull. Am. Acad. Psychiatry & L.*, n°6, 1978, pp. 195 ss ; H.G. JENSEN, *Criminal justice in Greenland*, Thèse, Simon Fraser University, 1993 ; S. BRONITT et KUMARALINGAM AMIRTHALINGAM, « Cultural blindness: criminal law in multicultural Australia », *Alt. L. J.*, vol. 21, n°2, 1996, pp. 58 ss ; S. POULTER, *Ethnicity, law and human rights: the English experience*, Oxford, Oxford University Press, 1998 ; J. VAN BROECK, « Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences) », *European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice*, n° 9, 2001, pp. 1-32 ; E. CHIU, « Culture as justification, not excuse », *American Criminal Law Review*, vol.43, n°4, 2006, pp. 1134 ss.

¹¹⁰⁴ Cf. pour plus des développements détaillés de cette théorie, A. D. RENTELN, *The cultural defence*, New York, 2004. A la suite de cet ouvrage considéré comme pionnier en la matière, l'on peut également citer du même auteur, « The use and abuse of the cultural defense », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 20, n°1, 2005, pp. 47-67. Dans cet article, l'auteur après avoir fait le constat que les tribunaux hésitent généralement à admettre le facteur culturel comme moyen de défense en justice et plus précisément à l'admettre comme moyen de preuve d'un fait justificatif, plaide pour un encadrement de la prise en compte du facteur culturel dans la procédure pénale dès lors qu'un tel encadrement pourrait, compte tenu de la règle du précédent, garantir la stabilité et l'uniformité à l'intérieur de la jurisprudence de common law. Puisque, comme elle le démontre, les juges au Royaume-Uni renoncent à utiliser les *cultural defenses* dans des espèces très semblables. Ainsi, elle estime à cet effet que « the cultural defense should be established as official public policy as long as safeguards are put in the place to prevent its misuse » (p.47). Toujours du même auteur, cf. « Corporal punishment and the cultural defense », *Law and Contemporary Problems*, vol. 73, 2010, pp. 253-279. Dans cet article, elle étudie la jurisprudence issue de certaines juridictions américaines qui considèrent comme infraction le phénomène des sévices corporels infligés aux enfants par leurs parents immigrés alors que de tels actes ne sont considérés par lesdits parents comme un élément culturel participant à l'éducation des enfants. Pour d'autres références sur la même question, cf. T. F. GOLDSTEIN, « Cultural conflict in courts: Should the american criminal justice systems formally recognize a "cultural defense"? », *Dickson Law Review*, vol. 99, 1994, pp. 141 ss ; Ch. M. WONG, « Good intentions, troublesome applications : the cultural defense and other uses of cultural evidence in Canada », *Criminal Law Quarterly*, vol. 42, n° 2-3, 1999, pp. 367 ss ; P. A. CARSTENS, « The cultural defense in criminal law : South African perspectives », *De Jure*, vol. 2, 2004, pp. 312 ss ; J. M. DONOVAN et J. S. GARTH, « Delimiting the culture defense », *Quinipiac. Law Review*, vol. 26, 2007-2008, pp. 109-146.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

acceptés, tolérés ou en tout cas justifiés selon les normes culturelles et/ou juridiques en vigueur dans le groupe auquel appartient l'auteur »¹¹⁰⁵.

Cet auteur propose de distinguer deux catégories d'infractions culturelles : une première catégorie renvoyant à l'infraction culturelle *stricto sensu* et une seconde catégorie renvoyant à l'infraction culturelle *lato sensu*.

232. Dans le premier cas, il est fait référence « aux infractions réalisées par des individus appartenant à un groupe minoritaire (autochtone ou immigré) caractérisé par une culture visiblement différente sur beaucoup de points, de celle exprimée par le système juridique en vigueur dans le lieu de commission du fait »¹¹⁰⁶. Cette catégorie est bien diversifiée et comprend notamment, les infractions en matière de travail, ou contre la liberté sexuelle, dont sont victimes des mineurs pas considérés comme tels par le « groupe culturel » d'appartenance, aux infractions contre la famille réalisées dans des contextes caractérisés par une idée du *ius corrigendi* ou du pouvoir marital différent de la conception en vigueur dans le lieu de commission des faits. L'on peut citer ici l'incidence du facteur culturel notamment sur le droit pénal de la famille en France s'agissant d'un camerounais ou d'un sénégalais, provenant dans un contexte culturel admettant la polygamie, décide de s'installer en France avec ses différentes épouses et décide de prendre une française pour énième épouse. Cette catégorie regroupe aussi des infractions contre la personne commises en effectuant des mutilations ou des déformations « rituelles » de différents types, suggérées ou admises par les différentes traditions d'appartenance. Au Cameroun, au Sénégal, au Tchad, au Bénin, ou encore au Mali, l'on cite le cas des scarifications de toute sorte, ou encore le phénomène de l'excision qui sera analysé *infra*. Ces différents faits constituent le noyau « dur » des infractions culturelles.

Dans le second cas, il s'agit des faits qui, comme les premiers, sont le fruit d'un « conflit normatif » mais à la différence des infractions culturelles *stricto sensu*, « celles-ci sont commises par un auteur appartenant non pas à une « minorité culturelle » au sens traditionnel du terme, mais à un peuple et à un pays caractérisés par une culture et par un système juridique pas tellement différents, voire très proches de celui du lieu de commission des faits, et cependant pas identiques pour ce qui est du régime pénal des faits en question »¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁵ A. BERNARDI, « Le droit pénal, bouclier ou épée des diversités culturelles », *op.cit.*, p. 498.

¹¹⁰⁶ *Ibid.*

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 499.

233. Bien que ces deux catégories d'infraction culturelle aient été étudiées dans le cadre des « conflits normatif » pouvant exister entre au moins deux pays différents¹¹⁰⁸, il convient de relever que ce type d'infractions existe également – c'est le cas qui nous intéresse ici – à l'intérieur d'un même Etat. En effet, lorsque les peuples composant un pays ne présentent pas une certaine homogénéité, il y a inéluctablement une place pour les « conflits normatifs » et l'on se situe par conséquent au cœur du phénomène de l'internormativité qui intègre l'espace pénal via le mouvement normatif de pénalisation. Si l'on admet que la culture peut être définie comme, « l'ensemble, supposé cohérent, des règles de conduite, des croyances, des techniques matérielles et intellectuelles caractéristiques d'un ensemble social »¹¹⁰⁹, alors, l'infraction culturelle se définit par référence aux motivations commises et concerne des faits commis par des sujets « culturellement différents ».

Dans cette perspective, l'infraction culturelle constitue, malgré son caractère marginal dans la pensée pénale, une donnée permanente de tous les systèmes pénaux dès lors qu'elle résulte de l'essence même du droit pénal, c'est-à-dire de la manière avec laquelle chaque peuple se représente la vie, l'amour, l'intégrité physique, les relations homme-femme entre autres. Aussi, il convient de souligner que l'homme est nécessairement un être situé et que sa culture est très souvent l'élément fondamental de sa nature. Même si elle peut faire l'objet d'une étude criminologique à travers notamment, les théories relatives aux conflits de culture et plus précisément dans le cadre du culturalisme¹¹¹⁰, elle ne renvoie pas pour autant à une réalité criminologique particulière¹¹¹¹. Ce qui est par ailleurs intéressant en droit pénal, au-delà de la description du phénomène des infractions culturelles, c'est la manière avec laquelle les différents systèmes pénaux positifs tentent de l'appréhender.

¹¹⁰⁸ Cf. plus amplement, A. BERNARDI, « Europe sans frontière et droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2002, pp. 1 ss.

¹¹⁰⁹ Cf. MENDRAS, *Éléments de sociologie*, Paris, Armand Colin, 1975.

¹¹¹⁰ Dans le cadre de la théorie des conflits de culture, de nombreux criminologues ont étudié l'influence du culturalisme sur la production du crime. Même si la plupart de leurs études ont porté sur l'idée que le crime est un comportement normatif appris et transmis aux jeunes générations, ils ont aussi étudié l'influence du groupe délinquant sur ses membres. A titre illustratif, l'on peut citer quelques noms tels, Gabriel Tarde avec sa théorie de « l'imitation-coutume », l'américain E. Sutherland et Cressey avec leur théorie dite de « l'approche différentielle », également l'américain Sellin qui affirme l'idée que le crime résulte des conflits de culture.

¹¹¹¹ L'infraction culturelle pourrait faire l'objet d'une étude criminologique en ce sens qu'elle participe abondamment à la détermination de l'originalité de tel ou de tel système pénal. En effet, on sait que les criminologues développant les théories sociologiques sur le crime ont identifié ce qu'ils ont appelé les infractions naturelles dans lesquelles l'on retrouve le meurtre, le vol et le viol qu'ils ont distingué des infractions artificielles qui résultent d'une pure réglementation de la société sans avoir en soi, un caractère nocif pour la société. Or, il n'est pas juste de penser que l'infraction culturelle relève soit de la première, soit de la seconde catégorie.

2- L'appréhension du « facteur culturel » par les systèmes pénaux africains : l'option du modèle de politique criminelle dit « assimilationniste ».

234. Les systèmes pénaux, quels qu'ils soient, peuvent appréhender le facteur culturel selon trois modalités différentes : soit le système va adopter une attitude de *tolérance* à l'égard du facteur culturel, soit il adoptera une attitude d'*intolérance*, soit enfin il adoptera une attitude d'*indifférence* à l'égard dudit facteur. La première attitude aboutit à l'élaboration d'un modèle de politique criminelle dit *multiculturaliste*¹¹¹². Dans un tel contexte, les lois finissent par abandonner leur traditionnelle « neutralité », de telle sorte que l'égalitarisme abstrait du droit pénal laisse place à l'admission de « traitements spéciaux », consentant, par dérogation aux règles générales, certaines « exceptions culturellement fondées ». La deuxième et la troisième attitude quant à elles aboutissent à la mise sur pied d'un modèle dit *assimilationniste*. Ce système, qui se caractérise principalement par l'indifférence totale par rapport aux comportements de sujets « culturellement différents » et donc par une négation totale de la notion de « délits culturels », est celui adopté par les systèmes pénaux africains étudiés¹¹¹³.

235. En effet, pour des raisons qui ont été invoquées à l'introduction, les systèmes pénaux africains ont opté de résoudre le « conflit normatif » existant lors des premières codifications pénales par le rejet total de tout compromis avec les règles coutumières¹¹¹⁴. Cette option d'articulation normative, qui faisait de la culture occidentale le *réfèrent normatif pénal africain*, résultait à bien des égards de la fameuse « mission civilisatrice » que la France s'était assignée dans les territoires qu'elle occupait en Afrique. Dans ce processus, le « facteur culturel » était considéré comme un frein au développement économique et social. Ce qui

¹¹¹² Comme nous l'avons dit, c'est le cas, par exemple, du modèle positif d'inspiration common law. En effet, l'on peut se référer à la réintroduction au Canada et dans d'autres pays anglo-saxons, à partir des années 1990, du « cercle magique » (*sentencing circle*), par lequel sont régulées – avec la participation aux côtés du juge, de toute la communauté locale et de ses chefs temporels et spirituels – les controverses, y compris celles de nature pénale, à l'intérieur de la communauté Inuit. Au Royaume-Uni, la *shops act* de 1950 permet aux juifs d'ouvrir leurs commerces le dimanche sans encourir les rigueurs de la loi ; la *Road traffic Act* de 1988, à l'article 16, al. 2, consent aux indiens Sikh de conduire leur moto sur les routes anglaises sans casque (dès lors qu'ils portent le turban). La *Slaughterhouses Act* de 1974, autorise les juifs et les musulmans à abattre les animaux selon leurs traditions, même si cela s'oppose aux normes pénales générales de protection de ces derniers.

¹¹¹³ Cela peut s'expliquer, comme nous l'avons dit supra, par des raisons historiques dès lors que ces différents systèmes pénaux nationaux relèvent de la filiation juridique des pays de droit civil et ont largement été influencés spécifiquement par le droit français qui, lui, appartient au modèle pénal assimilationniste.

¹¹¹⁴ Cf. A.G. KARABI-WHYTE, « Le pluralisme culturel et la formulation de la politique criminelle », *R.I.C.P.T.*, vol. xxxv, n°4, 1982, pp. 343 ; F. X. MBOUYOM, « Le droit pénal moderne face aux valeurs traditionnelles au Cameroun », *R.I.C.P.T.*, vol. xxxiv, n°2, 1981, pp. 143-152, spec. 144 ; I. FORSTER, « La place de la coutume indigène dans le droit moderne de la République du Sénégal », *R.I.C.P.T.*, 1963, pp. 163-181.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

justifia, cela a déjà été dit, la mise sur pied d'une politique criminelle qualifiée de lutte contre le sous développement¹¹¹⁵.

Ainsi, au Cameroun, le législateur a créé dans l'article 274 du Code pénal l'infraction de violation de tombeaux et de cadavre qui interdit dans son alinéa (b), la « profanation de tout ou partie d'un cadavre humain enseveli ou non ». Ce délit est établi par la loi alors qu'une pratique culturelle bien ancrée dans les peuples de l'Ouest Cameroun procède à l'autopsie et à l'exhumation de crânes¹¹¹⁶. Autre exemple emblématique des législations pénales en Afrique est le délit de sorcellerie¹¹¹⁷ créé pour punir des peuples résolument tournés vers le « sacré »¹¹¹⁸, l'invisible et la divination comme mode de penser et d'action. Aussi, l'on peut mentionner le délit de bigamie créé par le système juridique officiel alors que le système étatique et sociétal admettent la polygamie¹¹¹⁹. Cette indifférence du législateur national à l'égard du facteur culturel dans la création des incriminations existe également la détermination des règles de droit pénal général. En effet, les codes pénaux africains ne considèrent pas que le facteur puisse constituer un fait justificatif tel une erreur de droit invincible.

Cependant, il convient de relever qu'un modèle de politique criminelle qu'il soit *multiculturaliste* ou *assimilationniste* n'est jamais homogène. Il l'est toujours dans sa tendance générale. C'est ce qui empêche de classer de manière rigoureuse les modèles de

¹¹¹⁵ Au-delà des études ayant spécifiquement portées sur cet aspect des politiques criminelles en Afrique, il convient de souligner que la problématique du développement a été, au lendemain des indépendances, au cœur de l'étude du phénomène juridique en Afrique. Presque toute la première génération de juristes africains s'y est penchée avec une particulière acuité. A titre illustratif, l'on peut citer, S. MELONE, *La parenté et la terre dans la stratégie de développement. L'expérience camerounaise : étude critique*, Paris, Klincksieck, 1972 ; P.-G. POUGOUE, *La famille et la terre. Essai de systématisation du droit privé camerounais*, Thèse, Bordeaux, 1977 ; B. HAMA, *Les grands problèmes de l'Afrique des indépendances*, Paris, P. J. Oswald, 1974 ; C. HASSENFRAZ, *Le phénomène criminel dans un pays en voie de développement : l'exemple de la Côte d'Ivoire*, Thèse, Paris II, 1974 ; E. SCHAFFER, « Aliénation-réception-authenticité. Réflexions sur le droit du développement », *Penant*, 1974, pp. 3 ss ; E. LEROY, « Droit et développement en Afrique noire francophone après dix ans d'indépendance politique », *Revue sénégalaise de droit*, 1971, pp. 53 ss ; A. MINKOA SHE, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse, *op.cit.* Dans cette thèse, l'auteur analyse en profondeur la problématique de la lutte contre le sous-développement par la mobilisation de la norme pénale (107-220).

¹¹¹⁶ Cf. D. MIAFO, *Rôle social de l'autopsie publique traditionnelle chez les bamiléks*, Mémoire de DES, Université de Yaoundé 1977 ; M. ALETUM TABUWE et J. GOUEM, « Le droit traditionnel et le code pénal camerounais », *Rev. Jur. Afr.*, 1992/1993, pp. 25-47.

¹¹¹⁷ Article 251 du Code pénal Camerounais, article 264 du code pénal Congolais (Congo Brazzaville) et loi n°7-64 du 25 juin sur les sociétés secrètes andzimga, ajouter article *code pénal sénégalais*. Pour une analyse doctrinale de ces dispositions, cf. A. MINKOA SHE, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, *op.cit.*, pp. 140-145 ; S. MELONE, « L'article 228 du Code pénal et la répression des activités dangereuses », *Revue Camerounaise de droit*, n°2, 1972, pp. 125 ss ; L. ZOUBABELA, « Droit pénal et sorcellerie au Congo », *Rev. Jur. Afr.*, n°2&3, 1991, pp. 75-94.

¹¹¹⁸ Pour une étude détaillée de ce thème dans les droits africains, nous renvoyons à la thèse publiée du professeur Maurice Kamto qui a proposé une conceptualisation du « sacré » comme source et fondement du pouvoir en Afrique noire (M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique Noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, *op.cit.*).

¹¹¹⁹ Cf. pour une analyse détaillée, C. OUEDRAGO, « Le mariage dans le code pénal burkinabè », *R.C.I.P.T.*, vol. LIII, n° 1, 2000, pp. 20-45.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

politique criminelle. En effet, malgré l'option générale des modèles pénaux africains, ceux-ci n'ont pas totalement ignoré le facteur culturel. La conception culturelle des relations entre l'homme et la femme en Afrique, qui place cette dernière tantôt dans une situation inférieure à l'homme tantôt comme un élément du patrimoine de son époux, a largement influencé la législation pénale en la matière. Celle-ci est marquée par un déséquilibre au niveau de l'incrimination des agissements de l'époux et de ceux de l'épouse. En dehors, de la législation en matière de viol analysé dans le chapitre précédent, aux termes de l'article 361 du Code pénal camerounais définissant le délit d'adultère, l'adultère du mari est

« soit une infraction d'habitude, soit constitué dans l'hypothèse extrême où les relations sexuelles sont consommés dans le domicile conjugal. A l'inverse, l'infraction de la femme est une infraction instantanée »¹¹²⁰.

236. L'intérêt d'étudier l'importance pénale du « facteur culturel » dans les systèmes pénaux africains et, par voie de conséquence, l'analyse du modèle de politique criminelle qui en découle, vise à introduire la notion « d'autres actes inhumains » du crime contre l'humanité dans le champ pénal national dans le but de savoir comment cette infraction pourrait mettre en mouvement la politique criminelle des Etats africains. Un tel rôle transformateur des systèmes pénaux nationaux prendrait ici le sens à la fois d'un approfondissement et d'un renouvellement du modèle pénal *assimilationniste* actuel qui serait désormais orienté non plus vers l'assimilation à la culture occidentale, mais plutôt vers l'assimilation aux valeurs dites universelles ou universalisables.

B- La nature internationale de l'incrimination de crime contre l'humanité et la diversité culturelle : le droit international face à la diversité culturelle.

237. Le droit à une identité culturelle et donc le respect de la diversité culturelle « est, en droit international, une norme fondamentale, un corollaire du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de la souveraineté des Etats »¹¹²¹. Cette norme découle de l'article premier commun du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* et du *Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux culturels* qui dispose dans son alinéa premier,

¹¹²⁰ Article 361, Adultère : « (1) Est puni d'un emprisonnement de deux à six mois ou d'une amende de 25. 000 à 100. 000 francs la femme mariée qui a des *rappports sexuels avec un autre que son mari*. (2) Est puni des mêmes peines le mari qui, au domicile conjugal, a des *rappports sexuels avec d'autres femmes* que son ou ses épouses, ou qui *hors du domicile conjugal, a des relations habituelles* avec une autre femme ». Pour étude critique de cette disposition, cf. A. MINKOA SHE, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance, op.cit.*, p. 120.

¹¹²¹ S. LAGHMANI, « Droit international et diversité culturelle », *R.G.D.I.P.*, n°2, 2008, p. 241.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

« tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et *culturel* »¹¹²².

La Cour internationale de justice confirme l'existence internationale de cette norme fondamentale dans son arrêt relatif aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Elle y déclare,

« l'adhésion d'un Etat à une doctrine particulière ne constitue pas une violation du droit international coutumier ; conclure autrement reviendrait à priver de son sens le principe fondamental de la souveraineté des Etats sur lequel repose tout le droit international et la liberté qu'un Etat a de choisir son système politique, social, économique et *culturel*... »¹¹²³.

Le principe est donc bien établi en droit international que l'Etat est libre de décider « au nom de quelle culture il peut exclure ou s'opposer, inclure ou composer »¹¹²⁴. Cette autonomie est connue en droit international sous l'appellation de l'autonomie constitutionnelle des Etats qui renvoie à la reconnaissance, « par l'ordre international, de l'exclusivité de la compétence de l'Etat en matière de définition de l'identité culturelle »¹¹²⁵. Mais ce principe n'est pas absolu comme le démontre l'internationaliste Slim Laghmani. Il est limité à titre principal, dans le droit international des droits de l'homme qui suggère que la culture humaine prime sur la culture nationale ou étatique comme l'illustre la pénalisation d'un phénomène culturel comme l'excision¹¹²⁶.

§2- La notion « d'autres actes inhumains » du crime contre l'humanité et la pénalisation du « fait culturel » de l'excision.

En admettant que l'attitude générale des systèmes pénaux nationaux en Afrique est à l'indifférence et à l'intolérance à l'égard du « facteur culturel », tendance qui les inscrit dans le modèle *assimilationniste*, il est permis de penser que le mouvement de pénalisation d'un

¹¹²² Dans le même sens, la Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 24 octobre 1970 portant déclaration relative aux principes de droit international touchant aux relations amicales et à la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations dispose, « Tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique, en toute liberté et sans ingérence extérieure, et de poursuivre leur développement économique, social et *culturel* ». La déclaration de Vienne, adoptée par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 14-25 juin 1993), dispose dans son paragraphe 2 : « Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et poursuivent librement leur développement économique, social et *culturel* ».

¹¹²³ C.J.I., *Rec.*, 1986, para. 258.

¹¹²⁴ S. LAGHMANI, *op.cit.*, p. 242.

¹¹²⁵ *Ibid.*

¹¹²⁶ *Ibid.*, p. 243.

fait culturel à l'instar de l'excision (A) est de nature à donner un contenu normatif à la notion vague et globalisante d'autres actes inhumains par approfondissement de *l'assimilation* (B).

A- La pénalisation du fait culturel de l'excision dans les systèmes pénaux nationaux.

Le processus juridique et politique de pénalisation de l'excision dans les législations africaines (2) peut être mieux appréhendé si l'on admet son origine fondamentalement culturelle (1).

1- L'origine fondamentalement culturelle de la pratique d'excision.

238. La pratique de l'excision est un phénomène éminemment culturel. Pour mieux cerner l'idéologie sous-jacente à la pratique, il convient de se reporter au *mythe du Dogon* (peuple du Mali), qui semble être à l'origine de cette coutume. Selon une des versions simplifiées de la cosmogonie Amma, dieu suprême, créa la terre et en fit son épouse. Lorsque Amma s'unit à la terre, le clitoris-termitière de la terre se dressa en rival du sexe mâle. De cette union considérée comme désordonnée et imparfaite naquit un fils unique nommé Yurugu ou le renard pâle. Furieux, Amma abattit la termitière. La terre ainsi excisée fut plus docile à son époux et mit au monde le Nommo, un couple de jumeaux, à la fois mâle et femelle, maître de l'eau et de la parole¹¹²⁷. Ce *mythe du Dogon* enseigne que la philosophie à la base de la pratique d'excision doit être recherchée dans la volonté de contrôler le corps de la femme. Ce qui explique chez nombre d'auteurs, la pratique d'excision est souvent décrite comme s'inscrivant dans une continuité en matière de répression patriarcale sur la sexualité féminine¹¹²⁸.

L'anthropologue Louis Vincent tente également de démontrer ce mythe d'origine – volonté de contrôler le corps de la femme – de la pratique de l'excision. En soulignant toute le caractère sacré de la femme, il insiste sur la misogynie des mythes d'origine. La femme détient certes la fécondité mais elle peut, aussi, être porteuse de la stérilité et semer la mort. Le sang menstruel, symbole d'anti-vie la rend périodiquement impur. Sur ce point précis, la question de la menstruation, rejoint l'excision avec la volonté de purification. De manière générale, ce mythe d'origine insiste sur le rejaillissement désordonné de l'énergie créatrice

¹¹²⁷ V. GREGORIEFF, *Mythologies du Monde entier*, Paris, éd. Marabout, 1988, pp. 159-288.

¹¹²⁸ Cf. P. MBOW, « Pénaliser un fait culturel : quelle solution à l'excision ? », *Présence africaine*, n°160, 1999, pp. 67-77

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

imputable à l'élément féminin heureusement maîtrisable par le pouvoir régulateur des hommes. Dans ce sens, la femme est toujours apparue dans les coutumes africaines comme un élément impur et dangereux, fréquemment associé à la contre-société, aux entreprises de la magie agressive et de la sorcellerie, aux forces de changement qui corrodent l'ordre social et la culture établie¹¹²⁹. Les travaux des historiens et anthropologues Claude Thomasset sur le Moyen âge et d'Evelyne Berriot-Salvadore¹¹³⁰ confirme cette philosophie. Même les peuples du Sahara, les berbères en l'occurrence, malgré leur conception du monde fondée sur le matriarcat, n'ont pas manqué de pratiquer l'excision. En Egypte, la pratique remontait à la période ptoléméenne. La découverte plus tard du clitoris comme site du plaisir sexuel fut tardive. Mais à partir de ce moment, l'excision a été pratiquée pour une meilleure maîtrise du désir sexuel des femmes.

239. Au regard de cette origine historique, il apparaît que la réflexion sur l'excision en Afrique passe par la notion de structure selon le sens emprunté à l'historien Fernand Braudel,

« une structure est sans doute assemblage, mais plus encore une réalité que le temps use mal et véhicule très longuement. *Certaines structures, à vivre longtemps, deviennent des éléments stables d'une infinité de générations* : elles encombrant l'histoire, en gênent, donc en commandent, l'écoulement »¹¹³¹.

Un tel caractère structurant des sociétés africaines que revêt l'excision fait en sorte que le débat sur l'interdiction de la pratique ne pouvait que provenir hors de l'Afrique. Et lorsqu'il fut posé par les premiers mouvements féministes, il fut rapidement associé à la philosophie de l'ethnocentrisme occidentale¹¹³². Ainsi, il s'est produit autour de la question, un véritable conflit entre ordres normatifs avec différentes expériences juridiques. C'est dans ce contexte de conflit entre la « loi » et la « coutume » que s'est amorcé le processus de pénalisation.

2- Le processus de mise en forme de la pratique culturelle par le droit national.

240. La mise en forme du fait culturel de l'excision par le droit, dans les systèmes pénaux africains, constitue l'aboutissement d'une longue dynamique de facteurs hétérogènes structurés autour de l'universalisme des droits humains. De l'activisme des représentations de la société civile à l'échelle nationale à une prise de position explicite de certains instruments

¹¹²⁹ P. MBOW, *op.cit.*, p. 72.

¹¹³⁰ Cf. G. DUBY et M. PERROT, « Femmes et histoire », in R. CHARTIER, *L'histoire des femmes, XVI^e-XVII^e siècle. Différence entre les sexes, et violence symbolique, Actes du Colloque. La Sorbonne 13-14 novembre 1992*, pp. 39-61.

¹¹³¹ Cf. F. BRAUDEL, « Histoire et sciences sociales. La longue durée », in *Annales ESC*, n°4, octobre-décembre 1958, pp. 225-253.

¹¹³² Cf. M. ERLICH, *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, Paris, L'Harmattan, 1986.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

de la *soft law*¹¹³³, la définition nationale du délit d'excision correspond à un mouvement d'élargissement de la norme pénale afin de conformer le droit interne à la demande de pénalisation découlant des recommandations issues des conférences du Caire sur la population et le développement de 1994 et de la quatrième conférence mondiale tenue à Beijing en Chine en 1995 dont le cadre conceptuel était désigné par « droits reproductifs et sexuels »¹¹³⁴. De nombreux pays africains ont posé l'interdit pénal relatif à l'excision¹¹³⁵. Deux techniques d'incrimination sont généralement mises en œuvre dans cette matière. Une première consistant à créer une incrimination spécifique d'excision dans le code pénal et donc à procéder par une *incrimination directe* une seconde consistant à intégrer le fait dans le cadre

¹¹³³ Le concept de « *soft law* » entendu « droit mou » que l'on oppose à celui de « *hard law* » entendu « droit dur » est un outil d'analyse des nouvelles formes de juridicité des normes juridiques. En effet, cette distinction entre *soft* et *hard law* suggère l'hypothèse qu'à côté des normes juridiques à juridicité classique ou absolue qualifiées de « *hard law* », il se développe – principalement sur la scène internationale – une nouvelle génération de normes juridiques contenues dans des déclarations de principes, des proclamations d'intentions, qui sans prescrire de véritables règles juridiques au sens propre du terme, relèvent tout de même d'un certain discours normatif ou de ce que certains auteurs ont qualifié de normativité relative, normativité flexible. A ce sujet, il existe une intéressante controverse entre les tenants de la logique normative classique et les défenseurs de la théorie du « droit mou ». Les premiers discutent la juridicité des normes du « droit mou » en ce qu'elles constituent des « *non-binding rules* » alors que les seconds défendent l'idée de l'émergence d'une nouvelle normativité en droit et donc de l'émergence d'un nouveau critère de la juridicité des règles de droit. Ces auteurs défendent aussi le passage, en droit, d'une normativité simple vers une normativité complexe. Mais, lorsque l'on regarde de près les termes de la controverse, il apparaît que le problème au cœur du débat est celui de la détermination du fondement de la force normative des normes juridiques. Pour plus de détails sur cette question, cf. pour une analyse en profondeur de la force normative des normes juridiques, C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept, op.cit.*, toutes les contributions et plus spécialement à la fin de l'ouvrage les points de vue des professeurs Denys de Béchillon, Philippe Brun, Loïc Cadiet, Guy Canivet, Patrice Jourdain, Denis Mazeaud, Mustapha Mekki, Hélène Picot, Jean-Louis Sourieux, François Terré (pp. 857-860). Pour d'autres points de vue, voir, P. AMSELEK, « Le droit dans les esprits », in P. AMSELEK, C. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie juridique*, Paris, PUF, 1989, pp. 27-49. Pour l'analyse des éléments de la controverse « *hard law* » (*binding rules*) vs. « *soft law* » (*non-binding rules*), voir, P. M. EISEMANN, « The gentlemen's agreement comme source du droit international », *J.D.I.*, 1979, pp. 326-348; R. BAXTER, « International in 'her infinity variety' », *International and Comparative Law Quarterly*, n°29, 1980, pp. 549-566; M. VIRALLY, « La distinction entre textes juridiques ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 60 I-II, 1983 ; pp. 221-223 ; J. KLABBERS, « The undesirability of soft law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 6, 1998, pp. 381-391; B. KINGSBERY, « The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law », vol. 19, 1998, *Michigan Journal of International Law*, pp. 345 ss; H. HILLGENBERG, « A fresh look at soft law », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 499-515; D. SHELTON (dir.), *Commitment and compliance : the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford, Oxford University Press, 2000 ; D. TRUBEK et L. TRUBEK, « Hard and soft law in the construction of social Europe: the role of open method coordination », *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 343-364; F. CHATZISTAVROU, « L'usage du soft law dans le système juridique international et ses implications sémantiques et pratiques sur la notion de règle de droit », *Le Portique, La loi*, vol. 15, 2005, accessible en ligne, URL. <http://leportique.revue.org/index591.html>, consulté le 12 mars 2012.

¹¹³⁴ Pour une analyse plus détaillée des dynamiques hétérogènes à la base de la pénalisation du fait culturel de l'excision dans les législations nationales africaines, nous renvoyons utilement aux travaux de, M. NDOYE, *Le processus de pénalisation de l'excision au Sénégal : enjeux et perspectives pour les droits sexuels des femmes*, Thèse droit et développement, Université de Lausanne, 2011.

¹¹³⁵ L'on peut notamment citer, Burkina Faso 1987, Ghana 1994, Djibouti 1995, Egypte 1996, Centrafrique 1996, Côte d'Ivoire 1998, Tanzanie 1998, Togo 1998, Sénégal 1998, Kenya 2001, Tchad 2002, Bénin 2003, Niger 2003, Mauritanie 2005, Guinée-Conakry 2006.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

général des atteintes à l'intégrité physique des personnes et donc à recourir à la technique de *l'incrimination indirecte*. La première technique remplit une importante fonction symbolique et semble avoir été privilégiée par le législateur africain¹¹³⁶. En droit sénégalais par exemple, à la faveur de l'adoption de la loi n°99-05 du 29 janvier 1999, le législateur a créé un article 299 bis dans le code pénal portant qualification juridique des faits spécifiques d'excision. Il dispose à cet effet,

«[S]era puni d'un emprisonnement de six mois à cinq ans quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte à l'intégrité de l'organe génitale d'une personne de sexe féminin par ablation totale ou partielle d'un ou plusieurs de ses éléments, par infibulation, par insensibilisation ou par un autre moyen ».

Le paragraphe 2 contient une circonstance aggravante en cas de commission de l'acte par une personne relevant du corps médical alors que le paragraphe 3 punit des mêmes peines le co-auteur et le complice. Au Cameroun, l'article 277-1 du projet de refonte du code pénal crée l'infraction spécifique de « mutilations génitales féminines » en droit pénal. Ce texte dispose,

« [E]st puni d'un emprisonnement de dix à vingt ans, celui qui porte atteinte à l'intégrité de l'organe génital d'une personne de sexe féminin par : excision, infibulation, insensibilisation ou tout autre procédé ».

La peine est l'emprisonnement à vie si la mort de la victime en résulte ou si l'infraction est une infraction d'habitude.

Si l'on peut noter une différence sur l'attitude des deux législateurs, l'un correctionnalisant (Sénégal) et l'autre criminalisant la pratique (Cameroun), il convient de souligner que les deux situent l'interdiction pénale sur le terrain de la protection des droits humains ou plus précisément des atteintes à l'intégrité physique de la personne humaine. C'est dans cette perspective que l'on peut envisager l'hypothèse qu'un tel fait culturel participe d'une certaine coloration nationale d'une infraction internationale de crime contre l'humanité qui réprime les souffrances graves à l'intégrité physique et mentale de la personne humaine selon le raisonnement que la pratique de l'excision, en attaquant la femme, est niée sa dignité et son humanité.

¹¹³⁶ A l'échelle européenne, l'on peut citer les pays appartenant au premier système, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Irlande, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Royaume-Uni, Suède. Dans ceux relevant de la seconde technique, l'on peut citer la Suisse (Pour une analyse détaillée du droit Suisse, S. TRECHSEL et R. SCHLAURI, « Les mutilations génitales féminines en Suisse. Expertise juridique », *R.I.C.P.T.*, vol. LVIII n°4, 2005, pp. 387-440) ou encore la France. Il n'existe pas à ce jour de qualification juridique pour les faits spécifiques d'excision ou plus largement de mutilations génitales féminines. Ces pratiques sont aujourd'hui poursuivies et sanctionnées en matière criminelle au titre soit (1) des violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (article 222-9 et 222-10 du Code pénal), soit (2) des violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner (222-7 et 222-8 du Code pénal).

B - Le délit national d'excision comme élément de détermination du contenu normatif de la notion d' « autres actes inhumains » du crime contre l'humanité.

Pour que le délit national d'excision participe à la détermination du contenu normatif de la notion « d'autres actes inhumains » du crime contre l'humanité, il convient de considérer la force normative internationale créatrice du délit dans le champ pénal interne (1) et la qualification actuelle du délit par référence à une catégorie du droit international (2).

1- La force normative internationale créatrice du délit d'excision en droit interne.

241. L'idée admise ici est que, la pénalisation du fait culturel de l'excision résulte d'une certaine dynamique normative du droit international à l'égard de la diversité culturelle. Trois arguments peuvent successivement être avancés pour démontrer cette force normative du droit international. Le premier a trait à l'interdiction de certaines cultures, le deuxième concerne l'imposition de certaines cultures et le troisième, quant à lui, vise la l'encadrement de certaines pratiques culturelles¹¹³⁷.

Dans le premier cas, il est désormais établi qu'aucun Etat n'a le droit de choisir un système culturel fondé sur la discrimination quelle qu'elle soit. La non-discrimination apparaît en effet comme un droit fondamental de l'homme et des peuples consacré à ce double titre par la *Charte des Nations Unies* qui affirme, « le principe de l'égalité des droits de peuple » ainsi que le « respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion »¹¹³⁸. Le principe figure également dans l'article 2 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et dans l'article 2 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Plus encore, des conventions particulières prohibent la discrimination raciale¹¹³⁹ en générale et l'apartheid en particulier. Dans cette dernière hypothèse, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, adoptée par la résolution 3068 (XVIII) de l'Assemblée Générale des

¹¹³⁷ Tous ces trois arguments ont été avancés par Slim Laghmani dans son « droit international et diversité culturelle » précité.

¹¹³⁸ Cf. Article 1§2.

¹¹³⁹ Mention peut être faite de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* adoptée le 21 décembre 1965 et entrée en vigueur le 4 janvier 1969, la « discrimination raciale » vise « ... toute distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans les conditions d'égalité des droits de l'homme ou des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

Nations Unies en date du 30 novembre 1973 et entrée en vigueur le 18 juillet 1976, marqué un pas supplémentaire en définissant l'apartheid comme un « crime contre l'humanité » dans son article premier¹¹⁴⁰. Le Statut de Rome confirme cette tendance en définissant le crime d'apartheid comme un crime contre l'humanité aux termes de l'article 7-1 (j)¹¹⁴¹.

Dans le deuxième cas, le droit international tend également à imposer certaines cultures à l'Etat par le biais de la reconnaissance des droits des minorités et du droit des peuples autochtones¹¹⁴². Au niveau universel par exemple, il apparaît qu'en vertu de l'article 27 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*,

« dans les pays où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à des minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle (...) »¹¹⁴³.

Cette reconnaissance internationale du droit des minorités semble s'inscrire dans le prolongement normatif de la *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide* adoptée par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 9 décembre 1948 et entrée en vigueur le 12 janvier 1951. Dans le même sens, l'on peut citer le crime de persécution qualifié crime contre l'humanité aux termes de l'article 7-1 (h) du Statut de Rome¹¹⁴⁴.

Dans le troisième cas, le droit international intervient le plus souvent de manière moins radicale « non pour prohiber ou imposer des identités, mais pour rogner en quelque sorte des identités afin de les expurger d'éléments contraires à l'identité essentielle, universelle, à savoir *l'humanité* »¹¹⁴⁵. Dans cette perspective, le respect de la dignité humaine

¹¹⁴⁰ Les crimes d'apartheid sont énumérés dans l'article 2 : « Refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne ; Imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle ; Prendre des mesures législatives ou autres destinées à empêcher un groupe racial (...) de participer à la vie politique, sociale, économique ou culturelle du pays (...) ».

¹¹⁴¹ L'on peut également noter que le projet de codification du droit de la responsabilité internationale des Etats adopté en première lecture par la C.D.I. en juillet 1996 considère que l'apartheid est un crime international engageant une responsabilité grave de l'Etat (article 19-3 (d)). Pour une analyse doctrinale, cf. J. CRAWFORD, P. BODEAU et J. PEEL, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats par la Commission de droit international : évolutions ou bouleversements ? », *R.G.D.I.P.*, n°4, 2000, pp. 911-938.

¹¹⁴² Pour des détails relatifs à la protection des minorités en droit international, cf. Y. BEN ACHOUR, « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *R.C.A.D.I.*, 1994, pp. 321-464.

¹¹⁴³ Dans le même sens, l'on peut citer la déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques, adoptée le 18 décembre 1992. Aussi, la Commission d'arbitrage instituée dans le cadre de la Conférence de paix en Yougoslavie a considéré que les droits des minorités relèvent du *jus cogens* (Avis n°2, du 11 janvier 1993, La Commission déclare l'existence de « normes maintenant impératives du droit international général imposant aux Etats d'assurer le respect des droits des minorités », *R.G.D.I.P.*, vol.1, 1992, pp. 266-267). Lire sur la même question, I. O. BOKATOLA, « La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses ou linguistiques », *R.G.D.I.P.*, vol. 3, 1993, pp. 745-766.

¹¹⁴⁴ Le crime de persécution est entendu ici comme, la « persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ».

¹¹⁴⁵ S. LAGHMANI, *op.cit.*, p. 247.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

et la prise en compte de l'humanité comme valeur constituent les limites générales qui marquent les bornes des cultures particulières.

« A partir de là, toutes les formes d'inégalité, de discrimination et d'atteinte à la dignité humaine impliquées par certaines cultures se trouvent sinon interdites du moins mises en accusation »¹¹⁴⁶.

C'est cette idée qui est à la base du mouvement national de pénalisation des faits culturels comme l'excision.

242. La Convention de l'UNESCO adoptée le 20 octobre 2005 et entrée en vigueur le 18 mars 2007 dite *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* affirme, dans son préambule, que la « *diversité culturelle est une caractéristique inhérente à l'humanité* » et qu'elle « *constitue un patrimoine commun de l'humanité* » et qu'elle est importante « *pour la pleine réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹¹⁴⁷. La diversité culturelle apparaît comme une valeur universelle qu'il s'agit de protéger. Mais en tant qu'elle participe à la pleine réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle ne saurait avoir un caractère absolu. L'article 2 de la Convention précise à cet égard que,

« *nul ne peut invoquer les dispositions de la présente Convention pour porter atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales tels que consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'homme ou garantis par le droit international, ou pour en limiter la portée* ».

Cette disposition pose une certaine hiérarchie entre la diversité culturelle et les droits fondamentaux de l'être humain¹¹⁴⁸. En effet, il est admis que les Etats ont le droit souverain de formuler et de mettre en œuvre leurs politiques culturelles conformément à la Charte des Nations Unies, aux principes du droit international et aux instruments universellement reconnus en matière de droits de l'homme¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁶ *Ibid.*

¹¹⁴⁷ Sur les analyses de cette convention, cf. J. MUSITELLY, « L'invention de la diversité culturelle », *A.F.D.I.*, 2005, pp. 512-523 ; A. KOLLIPOULOS, « La convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles », *Ibid.*, pp. 487-511.

¹¹⁴⁸ L'on peut relever que le principe de cette hiérarchie est déjà affirmé par la Déclaration de Vienne précitée, qui dispose dans son paragraphe 5 : « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux, régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des Etats, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales ».

¹¹⁴⁹ Sur l'analyse de cette convention cf. également, S. OUECHTATI, « La culture en droit international ou l'insaisissabilité appréhendée par le droit », in *Droits et Cultures. Mélanges offerts au Doyen Yadh Ben Achour*, C.P.U., Tunis, 2008, pp. 1425-1441 ; A. MATTELART, *Diversité culturelle et mondialisation*, Paris, La Découverte, 2005 ; M. BENNOUNA, « Droit international et diversité culturelle », in *International law on the eve of the twenty-oneth century. Views from the ILC/Le droit international à l'aube XXIe siècle. Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, pp. 79-98.

Il s'agit là du point de vue admis dans la présente thèse et qui ressort des analyses du professeur Mireille Delmas-Marty relatifs à la théorie du « pluralisme ordonné » : la diversité culturelle doit être ordonnée à des valeurs universelles précisément aux droits de l'homme et à l'humanité comme valeur¹¹⁵⁰. Cette idée de pluralisme ordonné amène à distinguer entre les pratiques culturelles compatibles avec les droits fondamentaux et celles qui en sont la négation, entre celles qui enrichissent l'humanité et celles qui violent le principe de l'égalité des êtres humains. Dans cette distinction, la notion d'acte inhumain du crime contre l'humanité peut servir au traitement pénal du délit de l'excision.

2- La possible mobilisation de la notion « des autres actes inhumains » du crime contre l'humanité pour une requalification pénale du délit d'excision.

243. Le problème est de savoir si le délit d'excision, infraction de droit commun peut jouer, au même titre que les autres crimes de droit commun comme le meurtre, l'assassinat ou encore le viol, en tant qu'élément de détermination du contenu normatif du crime contre l'humanité dans le champ pénal national notamment à travers le recours à la notion « d'autres actes inhumains » du crime contre l'humanité ? Si oui, quel serait le sens d'un tel phénomène d'internormativité ? En d'autres termes, quelle serait la portée d'un processus de qualification d'un fait culturel tel que l'excision en crime contre l'humanité ?

Sur le premier volet de la question, si l'on part de l'idée que la notion « d'autres actes inhumains » du crime contre l'humanité constitue un « procédé normatif ouvert » susceptible de prolonger l'incrimination de crime contre l'humanité en fonction des espèces, alors le délit d'excision pourrait bien participer à la complétude de l'infraction dans les champs pénaux nationaux. Un tel argument s'appuie sur le caractère brutal et odieux de l'acte d'excision. En effet, comme il a été dit, l'excision constitue une mutilation du corps de la femme qui génère des souffrances très intenses fréquemment suivies de complications infectieuses pouvant entraîner la mort. Elle n'est justifiée par aucune nécessité thérapeutique ou tout autre motif d'ordre sanitaire et procède du seul usage rituel et culturel. Il s'agit donc d'une atteinte grave à l'intégrité physique de la victime et une offense à la dignité humaine.

244. Ainsi, dans une décision du Tribunal administratif de Lyon du 12 juin 1996, le délit d'excision a été qualifié de « *traitement inhumain et dégradant* » au sens de l'article 3 de

¹¹⁵⁰ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel*, op.cit. ; Id., *Le pluralisme ordonné*, op.cit. ; Id., *La refondation des pouvoirs. Les forces imaginantes du droit (III)*, Paris, Seuil, 2007.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

la Convention européenne des droits de l'homme¹¹⁵¹. Dans cette espèce, en effet, le juge administratif français a déclaré illégale la décision du préfet prescrivant la reconduite à la frontière d'une étrangère vers son pays d'origine, où ses filles sont menacées d'excision. Cette décision est intéressante parce qu'elle affirme la tendance que la différence culturelle s'arrête là où commence le respect des droits fondamentaux de la personne humaine. Cette qualification de l'excision en traitement *inhumain* et *dégradant* rappelle la définition de l'infraction internationale de torture, intégrée dans les champs pénaux nationaux et, constitutif d'un élément de commission du crime contre l'humanité. En effet, la protection édictée à l'article 3 de la Convention européenne est absolue car elle « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »¹¹⁵². Cette disposition fait partie du bloc des droits intangibles qui, à la différence des droits conditionnels, ne peuvent souffrir d'aucune dérogation ou restriction. Aucun intérêt public ou autre droit ne pourrait être invoqué pour faire échec à cette protection. Donc, par le recours à la notion de *traitement inhumain*, le délit d'excision peut bien participer à donner un contenu normatif plus précis à la notion « d'autres actes inhumains » du crime contre l'humanité.

245. Sur le second volet, le processus de qualification du délit d'excision en « autres actes inhumains » contribue à soumettre l'interdiction de la pratique au régime des normes de *jus cogens* visant la protection de la dignité humaine et des droits fondamentaux au même titre que les autres éléments constitutifs du crime contre l'humanité. Dans ce sens, pour la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme, l'Etat partie à la Convention se rend coupable d'un *traitement inhumain* en violation de l'article 3, lorsqu'il prend consciemment une décision d'éloignement du territoire à l'encontre d'un étranger qui a pour résultat direct d'exposer l'individu à la torture ou à des *traitements inhumains ou dégradants* dans le pays d'origine¹¹⁵³. Cette dynamique normative aurait pour but de *délocaliser* la commission du délit d'excision et de rendre sa répression internationale. Ainsi, qualifier, le délit d'excision en crime contre l'humanité remplit une fonction traditionnellement attribuée au droit pénal à savoir sa fonction *symbolique*¹¹⁵⁴. Par cette fonction symbolique en effet, le droit pénal participe à la fois d'un processus de renforcement des valeurs – au travers des intérêts qu'il protège – et d'un processus de transmission des messages (en ce sens, le droit

¹¹⁵¹ Cf. *Recueil Dalloz*, 1998, somm. com., p. 16.

¹¹⁵² CEDH, *Soering c/ Royaume-Uni*, 7 juill. 1989, série A, n° 161, § 88.

¹¹⁵³ Cf. CEDH, *Cruz Varas c/ Suède*, 20 mars 1991, série A, n° 201 ; D. 1992, Somm. p. 327, obs. J.-F. Renucci

¹¹⁵⁴ Cf. pour une analyse de la fonction symbolique en droit, J. CHEVALLIER, « La dimension symbolique du principe de légalité », in Ch. A. MORAND (dir.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992.

pénal est également un espace de communication)¹¹⁵⁵. Toutefois, cette fonction symbolique, qui confère au droit pénal une certaine dimension pédagogique, doit être distinguée de ce que la doctrine qualifie de droit pénal symbolique, c'est-à-dire, d'un droit pénal à finalité symbolique. Ce dernier concept apparaît davantage comme un outil de critique du droit pénal positif¹¹⁵⁶.

246. Comme il vient d'être analysé, le caractère ouvert du procédé normatif de l'incrimination de crime contre l'humanité favorise un prolongement national de l'infraction internationale dans le champ pénal national. L'exemple envisagé ici est celui où le contenu normatif de la notion « d'autres actes inhumains » peut être complété, déterminé et donc enrichi par la pénalisation d'un fait culturel comme l'excision. Une telle dynamique n'est pas incidemment sur les systèmes pénaux en jeu. En effet, elle a vocation à élever l'interdiction d'une pratique culturelle au rang d'un interdit fondateur du futur ordre pénal mondial et par conséquent, non seulement un tel mouvement accroît la nature *assimilationniste* du modèle de politique criminelle des États africains, mais aussi et surtout réoriente l'assimilation à partir de la question de savoir quel est désormais le modèle de référence ? Mais cela n'est qu'une dimension du rapport norme internationale et norme interne. L'autre aspect semble beaucoup plus conflictuel et pourrait même remettre en cause un principe classique du droit pénal national à savoir le principe de la qualification unique.

Section II : Coexistence conflictuelle norme interne et norme internationale : la pluralité de qualification à l'épreuve de l'unicité des faits.

247. L'introduction du crime contre l'humanité dans le champ pénal posera inéluctablement un problème de détermination de la norme d'incrimination applicable dès lors que cette incrimination est composée de différents crimes de droit commun. En effet, en cas de commission d'un fait, le crime contre l'humanité et le crime de droit commun pouvant

¹¹⁵⁵ Sur l'analyse de cette fonction en droit pénal international où elle semble revêtir une certaine spécificité, cf. E. FRONZA et J. TRICOT, « Fonction symbolique et droit pénal international : une analyse du discours des tribunaux pénaux internationaux », in E. FRONZA et S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des laws clinics en droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 292-309.

¹¹⁵⁶ M. DELAMS-MARTY, *Le flou du droit*, op.cit., pp. 42-44, « Une première dynamique correspond à la situation (...) où la loi pénale intervient en présence de besoins très réels, mais n'apporte qu'une solution apparente et de pure façade » ; « le symbolisme s'est déplacé et l'effet magique est aujourd'hui davantage attaché à la peine qu'à l'incrimination ». Pour une analyse de la fonction symbolique en droit pénal, cf. A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique », *Déviante et société*, vol. XV, n°1, 1991, pp. 1-25.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

porter a priori sur « le même fait », il sera question de rechercher si par exemple les homicides objets d'examen par le juge constituent un meurtre de droit commun ou alors s'il s'agit du meurtre du crime contre l'humanité. Cette situation soulève le problème de la qualification pénale. Opération de

« dénomination donnée par la loi, ou par le juge, soit au fait constitutif d'une infraction, soit à la nature de l'infraction que ce fait constitue »¹¹⁵⁷.

Au regard de cette définition plutôt classique, il apparaît que la qualification comporte deux phases et procède selon deux techniques.

248. S'agissant des phases, le premier souci des autorités judiciaires est de vérifier si les faits reprochés à une personne correspondent à l'une des qualifications pénales qui sont prévues par les différents textes répressifs¹¹⁵⁸. Il s'agit d'une opération intellectuelle de rattachement du fait à l'infraction habituellement désignée sous le vocable de la « qualification des faits ». Elle est généralement analysée comme la

« détermination du *rapport légal* existant entre un fait délictueux et les dispositions de la loi qui sont applicables : qualifier [dans ce sens] c'est dire quel délit constitue le fait incriminé et par quel texte il est prévu et muni »¹¹⁵⁹.

Cette opération est distincte du processus de « qualification de l'infraction » qui renvoie à la détermination éventuellement parmi plusieurs qualifications voisines celle qui s'applique exactement à l'espèce. Celle-ci « trouve sa base et sa justification dans le texte même de la loi »¹¹⁶⁰. A cet égard, les criminalistes italiens, emploient les notions de « qualité », de « quantité » et de « degré » : la première notion renvoie à la « qualification des faits » et la deuxième à la « qualification d'infraction », la troisième renvoyant aux faits et circonstances susceptibles d'influencer sur la qualification, c'est-à-dire à la « gravité concrète » du fait indépendamment de sa « qualité abstraite »¹¹⁶¹. S'agissant des procédés, la qualification peut être légale ou judiciaire. Dans le premier cas, elle dérive d'un texte de la loi pénale alors que dans le second, elle est l'exercice, par le juge, du pouvoir de statuer sur la qualification légale du fait ou de l'infraction¹¹⁶².

Mais le problème n'est pas de savoir si la qualification, question incontournable du droit pénal, s'applique ou non au crime contre l'humanité internalisé. Bien évidemment, une

¹¹⁵⁷ B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle*, Paris, LGDJ, 1926, p. 35, §12.

¹¹⁵⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit. pp. 474 ss.

¹¹⁵⁹ Cf., J. A. ROUX, *Cours de droit pénal et procédure pénale*, §477, p. 616, cité par B. PERREAU, p. 6, §3.

¹¹⁶⁰ R. GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle*, tome II, p. 8.

¹¹⁶¹ Cf., CARRARA, *Programme du cours de droit criminel, partie générale, prolégomènes*, trad. BARET, §§ 128, 130, 135-137, 145.

¹¹⁶² B. PERREAU, op.cit., p. 35.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

telle question ne présente aucune spécificité. Car, comme l'ont démontré les internationalistes Hervé Ascencio et Rafaëlle Maison explorant la démarche des juges des tribunaux pénaux internationaux, ceux-ci doivent, dans un premier temps, « vérifier si les faits poursuivis correspondent à une qualification pénale retenue par l'acte créateur du tribunal », avant, dans un second temps, de rapporter les faits ainsi qualifiés « à l'un des crimes relevant de la compétence du tribunal (...) ». Ces auteurs nomment la première opération « la phase de qualification juridique des faits » et intitulent la seconde, « phase de qualification de l'infraction »¹¹⁶³.

249. Toutefois, Mathieu Jacquelin fait remarquer, et ce à juste titre, que cette analyse pour intéressante qu'elle soit, n'est pas complètement convaincante. En effet, au cours de l'opération de « qualification de l'infraction », celle-ci ne change pas de dénomination dès lors qu'il s'agit, à ce stade, de déterminer son régime¹¹⁶⁴. Or,

« dans les explications proposées par ces deux auteurs, c'est très exactement ce qui se produit : à titre d'exemple, dans la perspective qui est la leur, le fait de donner intentionnellement la mort à autrui peut être qualifié de meurtre (« qualification juridique des faits »), et ce meurtre peut devenir un génocide [ou un crime contre l'humanité] dans un second temps (« qualification de l'infraction »). A cet égard, le meurtre ne devient donc qu'un génocide [ou un crime contre l'humanité] qu'à l'issue de la seconde étape »¹¹⁶⁵.

Pourtant, poursuit-il, il semble à l'inverse que,

« le processus de qualification suivi, tant par le juge international que par le juge [national], procède d'une toute autre démarche, la *novation* de l'infraction de départ (par exemple le meurtre) en infraction de génocide [ou de crime contre l'humanité] se réalisant au sein même de la première étape, celle de la qualification des faits, avec la particularité que cette première étape se décompose en plusieurs sous-opération »¹¹⁶⁶.

Cette critique, non moins pertinente, nous conduit au constat que la coexistence dans le champ pénal interne du crime contre l'humanité avec les crimes de droit commun dont il se compose pourra soulever des difficultés spécifiques quant à l'opération de qualification pénale pour deux principales raisons : d'une part, le crime contre l'humanité présente une certaine spécificité qu'il n'est pas possible de lui appliquer le chemin traditionnel de l'opération de qualification et d'autre part, la *préexistence autonome*, dans le champ pénal interne, des composantes de l'infraction internationale complexifie cette opération. Le

¹¹⁶³ H. ASCENCIO et R. MAISON, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1998) », *AFDI*, 1998, pp. 408-409.

¹¹⁶⁴ M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, *op.cit.*, p. 132.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

premier aspect lié à la spécificité de l'incrimination internationale illustre les difficultés de l'opération de qualification pénale en matière de crime contre l'humanité (§1). Le second aspect, lié à la *préexistence autonome* des composantes du crime contre l'humanité dans le champ pénal national, donne droit à un cas de qualification multiple que l'on l'appréhende sous l'angle des qualifications alternative (§2).

§1- La complexité de l'opération de qualification pénale en matière de crime contre l'humanité.

250. L'opération de qualification pénale en matière de crime contre l'humanité se présente effectivement comme une opération complexe qui a clairement été mise en lumière par le professeur français Pierre Truche. Il considère à cet effet que « pris isolément », les faits dont la notion de crime contre l'humanité veut rendre compte « peuvent recevoir une qualification prévue par le Code pénal français au moment où ils étaient commis ». Puis, de manière fort remarquable, il souligne que l'opération de qualification de ces crimes contre l'humanité exige que l'on identifie d'abord le casier de droit commun visant, au moment où ils ont été commis, les actes considérés, chacun étant pris isolément », avant, dans un second temps, de procéder à la « réunion de ces casiers dans un meuble représentatif de l'existence d'un plan concerté »¹¹⁶⁷. L'auteur notait que l'établissement d'une concordance entre les comportements criminels contre l'humanité et les infractions de droit commun supposait un certain aménagement, un processus d'adaptation qu'il nommait, « qualification par interprétation »¹¹⁶⁸. De cette analyse, il ressort que le caractère complexe de l'opération de qualification en matière de crime contre l'humanité tient, inéluctablement, à la structure duale de l'infraction (A) qui, même si elle la partage avec d'autres *core crimes* à l'instar du génocide, elle semble entretenir un concours d'infractions *naturelle* au sein de la qualification de crime contre l'humanité (B).

A- L'origine de la complexité de l'opération de qualification : la structure duale des core crimes en général.

La structure duale des *core crimes* comme origine de la complexification de l'opération de qualification pénale en la matière peut être analysée si l'on considère deux exemples du

¹¹⁶⁷ P. TRUCHE, « Le crime contre l'humanité », *Droits, op.cit.*, p. 24.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, pp. 21-22.

déroulement du processus de qualification des faits par les juges internationaux que ce soit en matière de crime contre l'humanité (1) ou en matière de génocide (2).

1- La dualité du crime contre l'humanité à la lumière du processus de qualification des faits : exemple de l'affaire *Jean Pierre Bemba Gombo* devant la CPI.

251. La complexité de l'opération de qualification du crime contre l'humanité s'origine dans la structure atypique de l'infraction internationale. En effet, le crime contre l'humanité, au regard du droit international, est structuré autour de deux axes complémentaires : un *axe comportemental* constitué par les actes qui extériorisent le crime contre l'humanité et un *axe contextuel* constitué par le contexte permettant l'érection du concept de crime contre l'humanité¹¹⁶⁹. En effet, dans la jurisprudence du TPIY, les juges de la Chambre d'appel ont admis, dans l'affaire dite « Celebici »¹¹⁷⁰, que la définition des crimes graves dans les textes internationaux se fait en deux temps permettant d'appréhender les deux axes constitutifs de l'incrimination. Dans les éléments à prendre en compte, ils identifient d'abord les *conditions juridiques préalables* propres à chacune des infractions contenues dans les « chapeaux » des articles définissant l'infraction¹¹⁷¹. Ensuite, ils identifient l'*axe comportemental* constitué de l'élément matériel (*actus reus*) et de l'élément intentionnel (*mens rea*). Selon Mathieu Jacquelin, l'*axe contextuel* et l'*axe comportemental* sont reliés par un élément dit *élément d'intégration* que l'on peut encore qualifier d'*élément de rattachement* qui, de par sa nature subjective, correspond, chez l'agent, à la conscience d'agir dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.

Cette structure duale du crime contre l'humanité donne lieu à une opération de qualification pénale structurée en quatre phases : une phase préalable dite *qualification des circonstances*, deux phases intermédiaires successives dites de *qualification préliminaire* et de *qualification catégorielle* et une phase terminale dite phase de la *qualification finale*¹¹⁷². Ce sont ces quatre phases, à travers l'analyse de la dualité du crime contre l'humanité, que l'on

¹¹⁶⁹ Cette structure duale du crime contre l'humanité, qui en réalité constitue une spécificité des *core crimes*, a été clairement mise en exergue par Mathieu Jacquelin dans sa thèse, précitée, consacrée à une étude comparative du crime contre l'humanité en droit français et dans le droit de la CPI. Cf. à cet effet, pp. 132-141.

¹¹⁷⁰ TPIY, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, et al*, Arrêt, Ch. App. Affaire n° IT-96-21-T dite affaire « Celebici ».

¹¹⁷¹ S'agissant de la définition du crime contre l'humanité dans le Statut de Rome, il s'agit du « chapeau » de l'article 7 (1) qui dispose, « (...) on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque (...) ».

¹¹⁷² M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la cour pénale internationale et du droit français, op.cit.*, p. 138

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

tentera de retracer dans le raisonnement des juges de la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale dans la décision de confirmation des charges dans l'affaire *Jean Pierre Bemba* relative à la situation en République centrafricaine¹¹⁷³.

252. Dans le document modifié de notification des charges, le procureur reproche à *Jean-Pierre Bemba* huit chefs d'accusation constitutifs des crimes contre l'humanité et de guerre caractérisés par des infractions de meurtre, de viol, de torture et de pillage. La qualification du crime contre l'humanité dépend des éléments légaux fournis par l'article 7 -1- (a), (g) et (f) du Statut de Rome. Dans la première phase du raisonnement de la Chambre – limité à la seule prise en compte de la qualification du meurtre comme crime contre l'humanité – les juges procèdent à la recherche des conditions juridiques préalables de commission du crime l'humanité. Au cours de cette opération dite *qualification des circonstances*, les juges admettent qu'à la lumière des éléments de preuve communiqués, une attaque généralisée ou systématique a été commise contre une population civile en RCA. En faisant une interprétation du « Chapeau » de l'article 7(1) du Statut, elle affirme que le terme « attaque n'équivaut pas nécessairement à celui d'attaque militaire »¹¹⁷⁴ et estime qu'elle est accomplie « des lors qu'une série d'actes planifiés, dirigés et organisés est perpétrée »¹¹⁷⁵. Pour établir cet axe contextuel du crime contre l'humanité, les juges estiment que des civils ont été attaqués chez eux, dans leur maison ou dans leur cours par des soldats du MLC¹¹⁷⁶. Ils établissent que l'attaque prenait les populations civiles pour principale victime en ce sens que l'attaque menée par le MLC dans la ville du PK12, par exemple, l'a été alors que les troupes du général François Bozizé s'étaient déjà retirées au PK 22. Aussi, les juges de la Chambre préliminaire affirment que la « généralité » de l'attaque du MLC résultait de sa large couverture géographique et sa durée temporelle. En effet l'attaque concernait les villes de Bossangoa, Damara, Bossambélé, Sibut, Bozoum, PK 12, PK 22 et Bangui et elle aura duré pendant au moins cinq mois¹¹⁷⁷.

Dans le cadre de la deuxième phase dite de la *qualification préliminaire*, les juges admettent que de nombreuses personnes avaient été tuées par les « Banyamulengue » lors de

¹¹⁷³ CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*, Décision rendue en application des alinéas a) et b) de l'article 61-7 du Statut de Rome, relative aux charges portées par le procureur contre Monsieur Jean Pierre Bemba Gombo, Affaire n° ICC-01/05-01/08, Ch. pré. II, 15 juin 2009, *op.cit.*

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, para. 75.

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, para. 81.

¹¹⁷⁶ Le MLC, Mouvement pour la Libération du Congo, est le groupe militaire dirigé par Jean Pierre Bemba qui a envahi la RCA sur invitation pour combattre au côté des troupes de l'ex-chef d'Etat Ange Félix Patassé contre les troupes du général François Bozizé. C'est à l'occasion des exactions commises lors de la campagne militaire du MLC que les crimes portés devant la Cour ont été commis.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 117.

l'attaque de Bossangoa perpétrée par les soldats du MLC. Et que ces tueries correspondent à des crimes de meurtre, acte homicide commis avec l'intention de donner la mort. Les juges démontrent ici que les actes commis dans le cadre de l'attaque correspondent parfaitement aux des crimes de droit commun¹¹⁷⁸. Dans la troisième phase dite phase de la *qualification catégorielle*, les juges tentent de déterminer à ce stade de l'opération, la coïncidence entre l'infraction de droit commun identifiée et l'une des catégories de crime contre l'humanité. Pour ce faire, ils doivent démontrer que les actes posés s'inscrivent dans le cadre d'une attaque généralisée. Ainsi, les juges affirment que la découverte de deux victimes, la découverte des corps et l'*emplacement* des tombes, la présence des soldats du MLC sur le lieu du crime parlant le lingala et non le sango, prouvent que les meurtres ont été commis dans le cadre d'une attaque et en connaissance de cette attaque¹¹⁷⁹. Quatrièmement, les juges de la Chambre préliminaire procèdent à la *qualification finale*. Ils concluent à cet effet que,

« [pendant] l'attaque menée contre la population civile centrafricaine du 26 octobre 2002 ou vers cette date, au 15 mars 2003, des soldats du MLC ont tué des civils commettant ainsi des crimes contre l'humanité au sens de l'article 7-1 (a) du Statut de Rome ».

Ce même raisonnement, mettant lumière les deux axes de constitution du crime contre l'humanité, un *axe contextuel* et un *axe comportemental* a été appliqué par les juges nationaux français, notamment dans les affaires Barbie¹¹⁸⁰ et Touvier¹¹⁸¹. Une telle structure n'est d'ailleurs pas l'apanage du seul crime contre l'humanité.

2- La dualité du crime de génocide à la lumière du processus de qualification des faits dans l'affaire *Jean Paul Akayesu* devant le TPIR¹¹⁸².

253. Comme pour le crime contre l'humanité, le crime de génocide présente une morphologie juridique assez complexe. Une analyse de la jurisprudence *Akayesu* telle qu'elle a été suggérée par Mathieu Jacquelin permet parfaitement de l'illustrer. En premier lieu, les juges internationaux se livrent d'abord à une opération dite de *qualification des circonstances*¹¹⁸³. Par une étude du contexte historique des événements survenus au Rwanda

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, para. 146-47.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, para. 1149.

¹¹⁸⁰ Cour d'appel de Paris, Chambre d'accusation, Affaire *klaus Barbie*, 9 juillet 1986, *Gaz. Pal.* 1986, pp. 599 ss. Dans cette décision.

¹¹⁸¹ Cour d'appel de Paris, Chambre d'accusation, Affaire *Paul Touvier*, 13 avril 1992, *Gaz. Pal.* 1992, pp. 387 ss. Pour des détails sur le raisonnement des juges relatif à l'opération de qualification dans les deux espèces cf. M. JACQUELIN, *op.cit.*, pp. 139-143.

¹¹⁸² TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, *op.cit.*

¹¹⁸³ M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la cour pénale internationale et du droit français*, *op.cit.*, p. 134.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

en 1994, ils cherchent à déterminer si, de manière générale, un génocide a été commis sur ce territoire à cette période contre un groupe¹¹⁸⁴. Sans examiner à ce stade les faits qui auraient été commis par l'accusé, les juges éclairent le contexte général de ceux-ci, et se pose la question de savoir si ce contexte dénote l'existence d'une entreprise génocidaire d'envergure dirigée contre un groupe particulier. Il est permis de,

« voir cette première étape du processus de qualification comme visant l'établissement de la *situation* du comportement de l'accusé dans un certain environnement »¹¹⁸⁵.

En effet, il s'agit là de la mise en lumière des *circonstances contextuelles* du crime de génocide.

Au-delà de cette *qualification des circonstances*, les juges procèdent à une opération dite de *qualification préliminaire* au cours de laquelle ils cherchent à établir la réalité des faits allégués dans l'acte d'accusation qui leur est soumis, leur donnant dans le même temps une première appellation¹¹⁸⁶. Ces éléments sont contenus dans les « conclusions factuelles » des juges. Après un titre 5.1 consacré aux « allégations générale », un titre 5.2 est intitulé « meurtre », un titre 5.3 intitulé « réunion », un titre 5.4 intitulé « coups et blessures » et un titre 5.5 intitulé « violence sexuelle ». Dans chaque titre consacré spécifiquement à une appellation particulière, il est procédé au rappel des faits allégués ainsi que des chefs d'accusation dont l'accusé doit répondre. Les juges établissent ensuite la réalité des faits allégués après les avoir organisés selon l'appellation qu'ils sont susceptibles de recevoir. Par exemple, lorsque les juges s'interrogent sur le fait de savoir si l'allégation selon laquelle des « résidents (...) étaient interrogés et battus avec des fusils et bâtons » peut être prouvé à l'égard de l'accusé, ils incluent cette question dans le titre 5.4 des « conclusions factuelles », intitulé « coups et blessures (torture/traitement cruel) ». Cette opération consiste à nommer le comportement litigieux, à identifier avec précision le bien juridique qui aurait été atteint par celui-ci et finalement à circonscrire ce comportement de l'accusé en précisant la nature. Comme l'admet Mathieu Jacquelin, cette phase vise parfois, mais pas toujours, à l'établissement « d'un pur rapport de coïncidence entre ce comportement et une infraction de droit commun »¹¹⁸⁷

254. Après cette phase de *qualification préliminaire*, les juges procèdent à la phase dite de *qualification catégorielle* au cours de laquelle, une fois les faits prouvés et nommés,

¹¹⁸⁴ Cf. la partie 3 du jugement.

¹¹⁸⁵ M. JACQUELIN, *op.cit.*, p. 134

¹¹⁸⁶ *Ibid.*

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 137.

les juges identifient le « droit applicable » avant d'en faire application dans leurs « conclusions juridiques »¹¹⁸⁸. Au sein de ces « conclusions juridiques », organisées en chefs d'accusation, les juges rattachent les faits dénommés préalablement à une ou plusieurs *catégories* prévues dans le texte international incriminant le génocide, c'est-à-dire « le meurtre, les atteintes graves à l'intégrité physique ou psychiques, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant sa destruction totale ou partielle (...) ». Cette phase permet d'affirmer que le comportement de l'accusé relève bien d'une ou de plusieurs, des catégories légales du génocide et représente donc à ce titre, une forme punissable d'extériorisation du génocide. Elle correspond à un premier type de rattachement du comportement.

A l'issue de la phase dite de *qualification catégorielle*, il s'agit en dernier lieu de déterminer, à la lumière des circonstances entourant la perpétration de ces actes et de l'état d'esprit de l'agent qui les accomplit, si un génocide a bel et bien été perpétré par l'accusé. Cette dernière phase a été identifiée comme *l'opération de qualification finale*¹¹⁸⁹. Ici, la coloration génocidaire des comportements doit être démontrée. Au-delà de la possibilité de leur insertion dans l'une des catégories de réalisation du génocide, les faits doivent être accomplis consciemment en exécution d'un projet génocidaire dont ils se veulent la concrétisation volontaire. L'analyse de ce processus de qualification des faits en matière de génocide illustre, comme s'agissant du crime contre l'humanité, la structure duale du crime de génocide composé d'un *axe contextuel* et d'un *axe comportemental*¹¹⁹⁰.

B- Le facteur de complexité de l'opération de qualification : le concours d'infractions inhérents à la notion d'acte inhumain en particulier.

255. L'absence de définition et de circonscription de la notion d'acte inhumain du crime contre l'humanité entraîne inéluctablement un *concours d'infractions* qui, lorsqu'il est admis, permet de déclarer une personne coupable d'infractions multiples d'actes inhumains à raison des mêmes faits¹¹⁹¹. Devant les juridictions internationales saisies *in rem* et investies de la fonction de juger une criminalité de masse, il semble courant que le même comportement criminel constitue des infractions différentes. Pourtant, à la lecture des différents statuts organisant ces juridictions, il apparaît que ces textes restent tous sans exception silencieux sur

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 135.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 137.

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, p. 138

¹¹⁹¹ L'une des principales études sur la question que nous avons rencontrée est V. MAIRE et L. HUSSON, « Le concours d'infractions de droit pénal humanitaire », in L. MOREILLON, A. BICHOVSKY et M. MASSROURI (dir.), *Droit pénal humanitaire, op. cit.*, pp. 291-312.

la question du concours d'infractions¹¹⁹². Les TMI de Nuremberg et de Tokyo avaient laissé cette problématique inexplorée. La CPI, considérée comme le dernier état du droit des crimes graves ignore totalement cette question centrale de l'application des règles du droit pénal. Les récentes expériences de justice pénale internationale issues des deux tribunaux pénaux *ad hoc* n'ont eu d'autre choix que de tenter de circonscrire les règles de droit applicables en la matière. Confrontés à cette question dès leurs premières années d'existence, ces juridictions ont dû élaborer leur propre doctrine dont l'identification (1) permet d'analyser les applications concrètes (2).

1- Le concours d'infractions en matière de crimes graves dévoilé par le cumul de qualifications des actes inhumains dans l'acte d'accusation.

C'est à travers l'option généralisée du cumul de qualifications dans l'acte d'accusation que le problème du concours d'infractions s'est posé devant les juridictions internationales. Les méthodes d'approche du phénomène par les juges variant d'une espèce à l'autre, il n'est pas possible de présenter la jurisprudence des TPI *ad hoc* de manière homogène¹¹⁹³.

a)- Le raisonnement des juges dans la jurisprudence *Akayesu*¹¹⁹⁴.

256. Lorsque les juges du TPIR se prononcent pour la première fois sur la question du concours d'infractions, ils se détachent de la position de leurs collègues du TPIY et privilégient une approche davantage inspirée de la tradition civiliste. Ils admettent qu'il y a concours d'infractions lorsque : «

- les infractions comportent des éléments constitutifs différents ; ou
- les dispositions créant les infractions protègent des intérêts différents ;

¹¹⁹² L'une des principales raisons pouvant justifier cette carence peut être recherchée dans l'absence des théoriciens du droit pénal lors des grandes discussions d'élaboration ou de réécriture des textes pénaux internationaux. Certes, l'on peut noter ça et là la participation des éminents pénalistes comme les professeurs Mireille Delmas-Marty, Antonio Cassese ou encore l'égyptien Cherif Bassiouni, mais il convient de relever ceux-ci travaillent davantage comme des experts appelés à produire le texte devant faire l'objet l'adoption, et l'essentiel des réflexions et des discussions est conduit par des diplomates et, à la limite, les publicistes internationalistes. Il en découle que la discipline de droit pénal international qui traite en réalité du crime et de sa répression, donc des questions de pur droit pénal, évolue de manière erratique sans une véritable doctrine du droit pénal. La plupart des questions abordées par la justice pénale internationale le sont davantage sous l'angle des préoccupations du droit international que d'après les exigences des fondamentaux irréductibles de droit pénal.

¹¹⁹³ Nous n'analyserons, et ce de manière non exhaustive, que les principes élaborés par la jurisprudence des TPI *ad hoc* dans la mesure où la CPI n'a encore rendu aucune décision de condamnation d'une part, et parce que les tribunaux pénaux internationalisés appliquent tantôt le droit interne des Etats concernés tantôt le droit international d'autre part.

¹¹⁹⁴ TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, Jugement du 02 septembre 1998, *op.cit.* L'on peut s'interroger sur la pertinence de ce dernier critère au regard de la théorie même du concours d'infractions en droit pénal.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

- il est nécessaire d'obtenir une condamnation pour les deux infractions pour rendre pleinement compte du comportement de l'accusé »¹¹⁹⁵.

Ils précisent toutefois que le cumul n'est pas autorisé si l'une des infractions est mineure et constitutive de l'autre¹¹⁹⁶ ou si les différentes infractions engagent la responsabilité de leur auteur à des niveaux distincts¹¹⁹⁷. Les juges, après avoir confrontés les infractions visées dans le Statut du TPIR, génocide (art.2), crime contre l'humanité (art.3) et les violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II (art.4), ils concluent que toutes ces infractions comportent des éléments constitutifs différents, que leur répression vise la protection d'intérêts distincts et que, dans certains cas, la nécessité pourrait se faire sentir de cumuler les condamnations pour donner la mesure des crimes qu'un accusé aura commis¹¹⁹⁸. En conclusion, les juges considèrent que les condamnations multiples du chef de ces infractions à raison des mêmes faits sont autorisées.

b)- La jurisprudence *Kayishema/Ruzindana*¹¹⁹⁹.

257. Dans cette espèce, les juges ont adopté une approche quelque peu différente. Reprenant à leur compte seules les deux premières conditions de la jurisprudence *Akayesu* – ce qui paraît plus cohérent avec le régime classique du concours d'infractions en droit pénal – la majorité des juges conclut qu'au regard d'une pluralité de faits, un accusé ne peut être convaincu de deux ou plusieurs que si :

- les éléments constitutifs des infractions visées sont différents ; ou
- les intérêts que la société cherche à protéger à travers les dispositions en question sont différents.

A l'issue de l'examen des éléments objectifs et subjectifs des deux types d'infractions, ainsi que des intérêts que la société entend protéger en les proscrivant, la Chambre a considéré que le génocide et les crimes contre l'humanité étaient susceptibles de coïncider dans certaines circonstances. En conséquence, le concours entre les deux types d'infractions est, pour cette chambre, toujours fonction des faits propres à chaque espèce et de la preuve particulière sur laquelle l'accusation choisit de se fonder pour établir les crimes allégués.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, para. 468.

¹¹⁹⁶ Par exemple le viol et l'attentat à la pudeur ou le vol qualifié et le vol simple.

¹¹⁹⁷ Par exemple la complicité et l'incitation.

¹¹⁹⁸ Jugement *Akayesu*, para. 469.

¹¹⁹⁹ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, décision du 21 mai 1999, *op.cit.*

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

c)- La jurisprudence *Kupreskic et consorts*¹²⁰⁰.

258. Dans cette affaire, la Chambre de première instance du TPIY décide d'adopter le critère juridique dégagé par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'affaire *Blockburger*¹²⁰¹. Ainsi, lorsqu'un acte ou une opération viole deux dispositions légales distinctes, le critère – connu maintenant sous la qualification de « critère *Blockburger* » – nécessite, pour décider s'il y a deux infractions ou une seule, de voir si chaque disposition n'exige pas la preuve d'un fait que l'autre ne requiert pas. Il consiste, en pratique, à déterminer si chaque infraction comprend un élément que l'autre n'exige pas. Dans l'affirmative, et si l'acte criminel en question satisfait aux conditions posées pour chaque infraction constituée, le même acte constituera une infraction au regard de chacune des dispositions. Lorsque le critère n'est pas satisfait, cela signifie que l'une des infractions est intégralement couverte par l'autre. Dans le cadre de ce critère, le principe *lex specialis* commande de choisir la disposition la plus spécifique. Ce principe a amené les juges à comparer la relation entre les deux dispositions « à celle qui unit des cercles concentriques en ce sens que l'une a une portée plus large et englobe totalement l'autre »¹²⁰².

d)- La jurisprudence *Celebici*¹²⁰³.

259. La particularité de la jurisprudence « *Celebici* » tient au fait que les juges ont tenté par là de mettre au point *le critère des éléments distincts*¹²⁰⁴. Ils concluent que le cumul des condamnations en cas de concours d'infractions n'est possible, à raison d'un même fait et sur la base de différentes dispositions du Statut, que si chacune des dispositions comporte un élément nettement distinct qui fait défaut dans l'autre. Selon cette jurisprudence, un élément est nettement distinct s'il exige la preuve d'un fait que n'exigent pas les autres. Lorsque ce critère n'est pas rempli, la Chambre doit décider de quelle infraction elle déclara l'accusé coupable. Elle doit le faire en partant du principe de la *lex specialis*. Cependant, dans leur opinion individuelle et dissidente annexée à l'arrêt *Celebici*, les juges Hunt et Bennouna sont particulièrement critiques à l'égard du test des éléments distincts. Selon eux, les tribunaux pénaux internationaux ont, dans plusieurs décisions, rappelé que le cumul des déclarations de

¹²⁰⁰ TPIY, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et al.* Jugement du 14 Janvier 2000, *op.cit.*, para. 680 ss.

¹²⁰¹ Cf. Affaire *Blockburger c. United States*, 284 US 299, 304, (1932). Ce critère est lui-même directement inspiré d'une règle de la plus haute juridiction de l'Etat du Massachusetts dans l'affaire *Morey c. The Commonwealth*, 108 Ma SS 433 (1871).

¹²⁰² Jugement *Kupreskic et al.*, para. 683.

¹²⁰³ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al.* Arrêt, Ch. App. Affaire n° IT-96-21-T dite affaire « *Celebici* », *op.cit.*

¹²⁰⁴ Pour plus de détails sur l'analyse de ce critère, cf. H. AZARI, « Le critère *Celebici* du cumul des déclarations de culpabilité en droit pénal international », *Rev.sc.crim.*, 2007, pp. 1-22.

culpabilité trouvait notamment sa justification dans le fait que différentes dispositions pénales pouvaient protéger différents intérêts ou différentes valeurs de la société. Mais malgré cette critique, le critère *Celibici* fait désormais autorité.

2- Le concours d'infractions en cas de qualification des actes inhumains résultant de l'indétermination du droit applicable.

260. Le concours d'infractions est inhérent à l'opération de qualification des actes inhumains en matière de crimes graves principalement à cause de l'indétermination des textes applicables. En effet, contrairement au droit interne où la problématique résulte généralement de l'inflation normative continue, le droit pénal international ne connaît pas un grand nombre de textes applicables. Les incriminations devant faire l'objet de qualification sont limitativement prévues dans le Statut de Rome par exemple: crime de génocide, crime contre l'humanité, crimes de guerre et bientôt crime d'agression. Mais le problème de l'indétermination du texte applicable tient en réalité à la difficulté qu'il y a à tracer la frontière entre les différentes incriminations dès lors que le procédé normatif de l'incrimination de crime contre l'humanité, par exemple, s'appuie sur une notion éminemment ouverte telle celle d'acte inhumain. La qualité d'un texte se juge non seulement à son contenu propre, mais aussi à la façon dont il s'intègre à l'ensemble du droit¹²⁰⁵. Or, le procédé normatif qui identifie l'acte inhumain comme la base de l'incrimination de crime contre l'humanité ne répond pas aux exigences d'un texte clair et précis. Il provoque un brouillage important des notions quant à la détermination des frontières des différentes incriminations¹²⁰⁶. En présence des mêmes faits, au sens d'une même opération criminelle, il y a un phénomène permanent du concours d'infractions fondé sur la concurrence des textes incriminateurs. Cette concurrence, bien réelle et non seulement apparente, est observable que l'on considère le concours d'infractions externes au crime contre l'humanité (a) ou le concours d'infractions qui lui est interne (b).

a)- Les mêmes faits et la qualification d'acte inhumain : le concours d'infraction entre le crime contre l'humanité et le crime de génocide et/ou les crimes de guerre.

261. A la différence des codes pénaux nationaux, les dispositions des Statuts des juridictions internationales ne se réduisent pas à traiter une catégorie unique d'actes bien

¹²⁰⁵ B. PESQUIE, « La qualification des faits par le tribunal pénal international pour le Rwanda », in E. FRONZA et S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes de law clinics en droit pénal international, op.cit.*, p. 60.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 67.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

définis. Ils embrassent plutôt de larges catégories d'infractions ayant en commun certains éléments juridiques généraux. Plus encore, les procédés normatifs des incriminations comme le crime contre l'humanité ont une portée tellement étendue qu'ils sont susceptibles de se recouper selon les circonstances¹²⁰⁷.

A titre d'exemple, la notion d'acte inhumain du crime contre l'humanité crée un concours entre infractions graves aux conventions de Genève et crime contre l'humanité. A ce propos, le prononcé de déclarations de culpabilité multiples à raison du même acte des chefs d'infractions graves aux Conventions de Genève (art. 2 Statut du TPIY) et de crimes contre l'humanité (art. 5 Statut du TPIY) est autorisée à la fois par la jurisprudence du TPIY¹²⁰⁸ et par celle du TPIR¹²⁰⁹. En effet alors que le crime contre l'humanité requière que l'acte s'inscrit dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, les infractions graves aux Conventions de Genève exigent la preuve d'un lien entre les actes commis par l'accusé et l'existence d'un conflit armé international, de même que le statut de personne protégée de la victime (éléments qui sont absents de la définition du crime contre l'humanité)¹²¹⁰. Dans le même sens, le cumul de condamnations pour traitement inhumain au sens de l'article 2 *al. b* du Statut du TPIY et pour d'autres actes inhumains au sens de l'article 5 *al. i* du même Statut est autorisé alors qu'il s'agit d'infractions différentes.

Il existe également un concours entre le crime contre l'humanité et le crime de génocide. A ce propos, le TPIR¹²¹¹ et le TPIY¹²¹² s'accordent pour autoriser s'agissant du même acte d'extermination, des déclarations de culpabilité cumulatives des chefs de génocide et de crime contre l'humanité qui pourtant, ne procède pas d'une même définition. Alors que le génocide exige la preuve de l'intention de détruire un groupe en raison de son identité, le crime contre l'humanité exige simplement que l'acte soit commis dans le cadre d'une attaque généralisée et/ou systématique.

¹²⁰⁷ V. MAIRE et L. HUSSON, « Le concours d'infractions de droit pénal humanitaire », *op.cit.*, p. 302.

¹²⁰⁸ TPIY, *Le Procureur c. Kordic/Cerkez*, Arrêt, Affaire n° IT-95-14/2, Ch. App., 17 décembre 2004, para. 1037.

¹²⁰⁹ TPIR, *Le Procureur c. Georges Rutaganda*, Jugement, Affaire, n° ICTR-96-3-T, Ch. pr. Ins., 6 décembre 1999, para. 108 ss. Dans cette espèce, la Chambre de première instance autorise le cumul des déclarations de culpabilité à raison de l'assassinat en tant que crime contre l'humanité (art. 3 Statut TPIR) et de l'assassinat en tant que violation de l'article 3 commun aux conventions de Genève et du Protocole additionnel II (art. 4 Statut TPIR).

¹²¹⁰ V. MAIRE et L. HUSSON, « Le concours d'infractions de droit pénal humanitaire », *op.cit.*, pp. 301-302.

¹²¹¹ TPIR, *Le Procureur c. Alfred Musema*, Arrêt, Affaire n° ICTR-96-13, Ch. App., 16 novembre 2001, para. 358 ss.

¹²¹² TPIY, *Le Procureur c. Radislav Krstic*, Arrêt, Affaire, n° IT-98-33, Ch. App., 19 avril 2004, para. 219 ss.

b)- Les mêmes faits et la qualification d'acte inhumain : le concours d'infraction à l'intérieur du crime contre l'humanité.

262. Il peut paraître curieux d'envisager un concours d'infractions, qui suppose que l'on soit en présence d'une pluralité d'infractions, à l'intérieur d'une même infraction. Mais si l'analyse porte sur une infraction composée de crimes autonomes et distincts les uns des autres, alors l'absurdité devient une pure hypothèse de la réalité. Ceci est le cas notamment du crime contre l'humanité au sujet duquel les juges des tribunaux pénaux internationaux admettent des concours de qualifications internes.

La première illustration peut être celle du concours entre le viol et la torture. Dans l'affaire *Kunarac* et consorts¹²¹³, la Chambre d'appel du TPIY a confirmé la décision de la Chambre de première instance¹²¹⁴ de prononcer des déclarations de culpabilité multiples en raison des *mêmes faits* sur la base des articles 5 *al. g* et *al. f* du Statut du TPIY. Les juges d'appel justifient cette décision par le fait que les crimes de viol et de torture contiennent chacun un élément matériellement distinct qui fait défaut dans l'autre : le viol est notamment défini par la pénétration, alors que l'un des éléments constitutifs du crime de torture est le but prohibé. Mais pour qu'il y ait application cumulée de ces deux infractions, et que le viol constitue dès lors une torture au sens du TPIY, il faut que le viol occasionne des souffrances suffisamment vives à sa victime¹²¹⁵. En d'autres termes, il faut que le viol soit un acte inhumain au même titre que la torture apparaît comme un traitement inhumain.

La seconde illustration peut être faite entre le viol et la réduction en esclavage. Le concours entre ces deux infractions a été admis dans la même affaire *Kunarac*. Ici, les juges ont admis que l'élément matériel de la réduction en esclave consiste en l'exercice sur une personne de l'un quelconque ou de l'ensemble des attributs du droit de la propriété. Dès lors, la TPIY a considéré que même si la réduction en esclavage reposait sur une exploitation sexuelle celle-ci était distincte du viol.

La troisième illustration peut être faite entre les persécutions et l'assassinat même si les déclarations multiples de culpabilité avaient, au départ, été interdites par les juges¹²¹⁶.

¹²¹³ TPIY, *Le Procureur c. Drogoljub Kunarac et al.*, Arrêt, Affaire n° IT-96-23&23/1, Ch. App., 12 juin 2002, para. 179 ss.

¹²¹⁴ TPIY, *Le Procureur c. Drogoljub Kunarac et al.*, Jugement, Affaire n° IT-96-23&23/1, Ch. Inst II, 22 février 2001, *op.cit.*

¹²¹⁵ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al*, Affaire n° IT-96-21-T, Ch. App. dite affaire « Celebici », *op.cit.*

¹²¹⁶ TPIY, *Le Procureur c. Vasiljevic*, Arrêt, Affaire n° IT-98-32, Ch. App. 25 février 2004, para. 146 ss.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

Mais cette position a connu un revirement dans l'arrêt *Kordic/Cerkez*¹²¹⁷ dans laquelle la Chambre d'appel a autorisé le cumul de déclarations de culpabilité à raison des mêmes faits pour persécutions d'une part et pour assassinat, actes inhumains et emprisonnement d'autre part. La haute instance parvient à cette conclusion en appliquant au sens strict le test « *Celebici* », qui commande de comparer les crimes entre eux (persécution et assassinat), sans considérer leurs actes constitutifs (assassinat constitutif de persécution et assassinat)¹²¹⁸.

§2- Le crime contre l'humanité dans le champ pénal national : du concours d'infractions en droit international aux hypothèses des qualifications multiples en droit interne.

263. L'introduction du crime contre l'humanité dans le champ pénal national pourrait bien entraîner une intensification de la question des qualifications multiples en droit interne. Une telle hypothèse se fonde sur l'absence de spécificité réelle du crime contre l'humanité à la différence des autres crimes internationaux comme le crime de génocide ou les crimes de guerre. En effet, si l'on considère d'abord le crime de génocide, il est bien admis que celui-ci exige, pour sa caractérisation, l'existence d'un *dol spécial* constitué par l'intention de détruire un groupe ou une minorité en raison de son appartenance. Cette condition juridique suppose qu'un meurtre génocidaire, par exemple, sera toujours examiné sous un angle permettant nécessairement de maintenir une différence avec le meurtre de droit commun. Ensuite, si l'on considère le cas des crimes de guerre, ceux-ci supposent, comme condition juridique de leur existence, un conflit armé interne ou international. Or, lorsqu'on analyse l'incrimination de crime contre l'humanité, l'on s'aperçoit que celle-ci s'appuie sur la notion vague et creuse « d'attaque » qui, comme nous l'avons vu, demeure indéterminée tant dans les textes normateurs internationaux que dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Il demeure difficile au regard de cette jurisprudence de séparer le crime contre l'humanité des crimes de guerre par exemple. D'ailleurs, la plupart sinon toutes les affaires de crimes contre l'humanité portées devant les juridictions internationales – TPI *ad hoc* ou *spécialisés* et CPI – à ce jour, résultent d'actes commis à l'occasion de véritables conflits, même si dans certains cas, l'on pourrait admettre que le conflit en cause n'a pas toujours eu un caractère militaire.

Si la notion d'attaque gagnerait à être précisée dès lors qu'elle suggère que le crime contre l'humanité peut être commis en temps de paix, elle gagnerait également à l'être parce qu'elle marquerait la réelle spécificité de cette infraction internationale. Or, en l'absence d'une telle

¹²¹⁷ TPIY, *Le Procureur c. Kordic/Cerkez*, Arrêt, Affaire n° IT-95-14/2, Ch. App., *op.cit.*, para. 1039 ss.

¹²¹⁸ V. MAIRE et L. HUSSON, « Le concours d'infractions de droit pénal humanitaire », *op.cit.*, p. 309.

spécificité, le crime contre l'humanité internalisé, crée dans le champ pénal interne, des situations favorables de conflits de qualifications (A) qui peuvent, certes, modifier la notion d'infraction collective en droit interne (B) mais dont on peut imaginer quelques principes de solution (C).

A- Coexistence crime contre l'humanité/infractions de droit commun dans l'ordre interne et hypothèses des qualifications multiples.

264. Si les hypothèses de qualifications multiples se distinguent clairement des cas de concours réel d'infractions, elles semblent plutôt correspondre aux cas de concours idéal d'infractions. Le concours réel ou matériel d'infractions renvoie classiquement à la situation de la multi-délinquance¹²¹⁹ qui est celle dans laquelle un même auteur commettra une série d'actes criminels distincts et parfois n'ayant pour seul lien que l'unité de lieu et/ou de temps¹²²⁰. Le concours idéal d'infraction renvoie, quant à lui, à la commission d'un acte matériel unique constituant théoriquement et/ou matériellement plusieurs infractions ou bien à la commission d'infractions différentes relevant d'une même intention délictueuse¹²²¹. Pris dans cette double acception, le concours idéal d'infractions pose le problème des qualifications multiples¹²²². Ceux-ci sont, selon la doctrine dominante, soit des qualifications

¹²¹⁹ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques, op.cit.*, p. 483.

¹²²⁰ Cf. V. LESCLOUS, « Le cumul réel d'infractions », *Rev.sc.crim.*, n°4, 1991, pp. 718-733. L'exemple classique que l'on évoque souvent est le cas « du meurtre commis pour faciliter un vol ». Sur ce point précis, cf. J. VERHAEGEN, « Meurtre pour faciliter le vol », *Rev. dr. pén. Crim.*, 1975, pp. 785 ss. Généralement, trois modèles possibles de répressions du concours réel d'infractions sont admis : 1- Celui du cumul (chaque infraction est sanctionnée d'une peine distincte et toutes les peines prononcées s'additionnent. Ce modèle est celui en vigueur aux Etats-Unis d'Amérique). 2- Celui du cumul juridique (solution qui consiste à ne faire prononcer qu'une seule peine mais en l'aggravant à raison du concours, dans sa nature, son degré ou son quantum). 3- Celui du non-cumul (la peine la plus forte absorbe toutes autres peines qui se confondent en elle et cette peine, la plus grave est seule subie. C'est le modèle positif français). Mais plutôt que d'appliquer alternativement l'un ou l'autre des différents modèles, un même système pénal peut faire le choix de cumuler les trois solutions. C'est le cas du système belge qui applique tantôt, le cumul indéfini ou absolu, tantôt le cumul restreint ou limité, tantôt encore l'absorption selon que les infractions en cause concernent deux contraventions, une contravention et un délit, un délit et un crime. Cf. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Ibid.* Le système pénal camerounais appartient également à ce modèle (article 51 du non-cumul des peines).

¹²²¹ Sur la notion de concours idéal, cf. Y. CHALARON, « Le concours idéal d'infractions », *J.C.P.*, 1967, I, 2088 ; E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, Thèse, Paris, 1969. En Belgique par exemple, la notion a connu une certaine évolution à la faveur de la modification de l'article 65 du Code pénal par la Loi du 11 juillet 1994 relative aux tribunaux de police et portant certaines dispositions relatives à l'accélération et à la modernisation de la justice pénale. Pour des analyses de cette réforme, J. DE CODT, « Le nouvel article 65 du Code pénal ou la législation du délit collectif », *J.T.*, 1995, pp. 289 ss ; J. MESSINNE, « A propos du nouvel article 65 du Code pénal », *J.T.*, 1995, pp. 293 ss ; M.-A. BEERNAERT, « Le nouvel article 65 du Code pénal », *Rev. dr. pén. Crim.*, 1995, pp. 678 ss.

¹²²² Cf. sur cette question, P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », *Rev.sc.crim.*, 1973, pp. 45 ss. ; A. DEKEUVER, « La classification des concours de qualifications », *Rev.sc.crim.*, 1974, pp. 551 ss.

incompatibles, soit celles en conflit ou en concours, soit enfin celles alternatives¹²²³. Dans ce dernier cas, encore dit *qualifications en option*, deux qualifications afférentes au même fait s'excluent l'une l'autre. En clair, certaines activités sont différemment qualifiées par la loi selon la *nature* ou le *degré* de la faute imputable à leur auteur¹²²⁴. Ainsi, le problème des qualifications alternatives est bien réel du fait de l'introduction du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne (1), au regard de la difficulté qu'aurait le juge à rattacher un crime donné à une quelconque attaque (2).

1- Apparition des hypothèses de qualification en option dans le champ pénal national entre le crime contre l'humanité et les crimes de droit commun.

265. Les hypothèses des *qualifications en option* ou des *qualifications alternatives* entre le crime contre l'humanité et les crimes de droit commun dans le champ pénal national pourraient résulter de la remarquable indétermination de l'incrimination internationale. En effet, comme il a été dit, une analyse en profondeur de l'incrimination de crime contre l'humanité révèle que cette infraction ne présente pas une spécificité propre comparativement au crime de génocide ou aux crimes contre l'humanité. La notion « *d'attaque généralisée et systématique lancée contre une population civile* » qui semble en constituer le point focal n'est clairement définie ni par les textes, ni par la jurisprudence. En analysant les applications jurisprudentielles de la notion d' « attaque »¹²²⁵, il est apparu qu'elle demeure un élément vague ne reflétant pas une circonstance particulière. Les juges admettent à l'unanimité que l'attaque n'est pas un conflit armé et ne saurait en aucun cas constitué une partie de celui-ci¹²²⁶. Ceux du TPIY vont plus loin et affirment que la preuve d'un *plan concerté* ou d'une *politique criminelle* quelconque n'est pas *nécessaire* pour établir son existence. Même si le Statut de Rome semble se détacher de cette conception en énonçant que l'attaque s'entend du « *comportement qui consiste en la commission multiple d'actes (...) en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque* », la notion demeure indéterminée en ce sens les juges de la CPI que « l'attaque même est

¹²²³ J. PRADEL, *Droit pénal général, op.cit.*, pp. 276-283. Pour cet auteur, on parle de qualification *incompatible* ou *inconciliable* lorsque l'une des infractions est la suite naturelle de l'autre et les deux infractions étant commises par la même personne. (Celui qui a soustrait un objet ne peut être convaincu de recel). Par contre, il y a qualifications en *concours* ou en *conflit*, tantôt lorsque le fait matériel unique provoque plusieurs préjudices chez plusieurs personnes (auteur d'un viol agissant en public), tantôt un acte est commis afin de permettre la réalisation d'un autre (un faux est fabriqué en vu d'accomplir une escroquerie).

¹²²⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op.cit.*, p. 482.

¹²²⁵ Cf. supra, chapitre II, « la notion d'attaque ».

¹²²⁶ TPIY, *Le Procureur c Dragoljub Kunarac et al.*, Arrêt, Affaire n° IT-96-23/I, *op.cit.*

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

constituée par la commission des actes mentionnés à l'article 7-1 du Statut et [qu'] aucun autre élément n'a besoin d'être prouvé pour établir son existence »¹²²⁷.

S'agissant de la cible de l'attaque à savoir la « population civile », victime du crime contre l'humanité, nous avons également analysé son caractère ouvert sur toute catégorie de victime. Et la jurisprudence admet que c'est « *la situation concrète de la victime au moment où les faits sont commis* » qui doit être prise en compte¹²²⁸.

Au sujet du caractère « généralisé et systématique » de l'attaque, la Statut dispose que le comportement du crime contre l'humanité « consiste en la *commission multiple d'actes* visés au paragraphe 1 (...) »¹²²⁹. Cette disposition qui suggère implicitement l'idée que le crime contre l'humanité suppose la commission d'actes multiples semble évoluer en contradiction avec la jurisprudence dominante. En effet, la Chambre préliminaire II, toujours dans l'affaire Jean Pierre Bemba, retient conformément à une jurisprudence constante¹²³⁰ et à une opinion doctrinale bien établie¹²³¹ qu' « un individu peut être tenu responsable de crimes contre l'humanité même s'il ne commet qu'une ou deux infractions (...) *un seul meurtre peut constituer un crime contre l'humanité* »¹²³².

Cette triple indétermination du crime contre l'humanité et surtout compte tenu de cette affirmation selon laquelle, un seul meurtre peut constituer un crime contre l'humanité, il ne paraît pas excessif de supposer que la commission de plusieurs assassinats peut être qualifiée de crime contre l'humanité par le juge interne. En effet, l'assassinat est un meurtre avec préméditation, c'est-à-dire, une infraction planifiée, dirigée ou organisée pouvant avoir à son origine une pluralité d'auteurs. De même, dans le sens inverse, un juge peut, par le biais du jeu de l'opération de qualification, minimiser l'élément juridique du crime contre l'humanité à savoir l'attaque généralisée et systématique lancée contre toute population civile et par conséquent rejeter la qualification de crime contre l'humanité au bénéfice de celle de droit commun dans le but de faire jouer les obstacles pénaux nationaux, notamment les faits justificatifs. Aussi, l'indétermination de l'élément juridique du crime contre l'humanité est susceptible de créer une situation de qualification en option entre le crime international et

¹²²⁷ CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*, *op.cit.*, para. 76.

¹²²⁸ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, *op.cit.* ; *Le Procureur c. Goran Jelusic*, *op.cit.*, para. 54.

¹²²⁹ Article 7-2 (a) du Statut de Rome.

¹²³⁰ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, Jugement 7 mai 1997, *op.cit.*, para. 649 ; *Le Procureur c. Mirjan Kupreskic et al.*, Jugement 14 janvier 2000, *op.cit.*, para. 550 ; TPIR, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, Jugement du 7 juin 2001, *op.cit.*, para. 82.

¹²³¹ O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, *observes' notes, article by article*, *op.cit.*, p. 176.

¹²³² CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba Gombo*, *op.cit.*, para. 151.

certaines infractions de droit interne tel que la sécession, l'insurrection qui relèvent, selon le droit pénal national, de la catégorie des infractions politiques par nature.

Au demeurant, ces situations de qualifications alternatives si elles se confirment dans la pratique pourraient emporter une perte de la spécificité, ou mieux un éclatement, de l'infraction internationale par englobement du champ pénal national. D'où la nécessité d'identifier des règles de droit applicables en cas de conflit avéré de normes.

2- Intensification des hypothèses des qualifications en option au regard de la question de l'intégration d'un crime commis au contexte d'une attaque.

266. La question est ici de savoir quelle est la *mens rea* du crime contre l'humanité ou mieux où et comment la localiser ? L'intention du crime contre l'humanité réside-t-elle dans l'acte de viol ou de meurtre commis par un individu ou bien réside-t-elle dans le projet collectif d'attaquer une population civile quelle qu'elle soit ? L'intérêt de s'interroger sur la recherche de l'intention du crime contre l'humanité tient au fait qu'elle servira de critère de rattachement ou d'élément d'intégration entre un acte de meurtre ou de viol donné et l'attaque contre la population civile¹²³³. En effet, en cas de non établissement de l'intention de l'auteur il sera difficile d'intégrer son acte *dans le cadre* d'une attaque dans la mesure où, si l'on considère uniquement l'*actus reus*, l'hypothèse des qualifications alternatives est alors indépassable.

Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article 30 du Statut de Rome, le crime relevant de la compétence de la Cour doit être commis « *avec intention et connaissance* ». L'alinéa 2 poursuit en disposant « qu'il y a intention au sens du présent article lorsque : (a) Relativement à un *comportement*, une personne entend adopter ce comportement ; (b) Relativement à une *conséquence*, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements ». L'alinéa 3 quant à lui énonce qu' « il y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. « connaître » et « en connaissance de cause » s'interprètent en conséquence ». Ce texte opère

¹²³³ Pour quelques références relatives à l'analyse de l'élément psychologique dans les crimes internationaux, cf. W. SCHABA, « The Jelisic case and the mens rea of the crime of genocide », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 125-140 ; K. AMBOS, « Some preliminary reflections on the mens rea requirement of the crimes of the ICC Statute and of the Elements of crimes », in L.C. VOHRAH et al (dir.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp. 11-40; M. E. BADAR, « Rethinking mens rea in the jurisprudence of international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda », in O. OLUSANYA (dir.), *Rethinking international criminal law. The substantive part*, Groningen, Europa law publishing, 2007, pp. 13-33.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

une double distinction : il distingue d'une part entre *intention* et *connaissance* et d'autre part entre *comportement* et *conséquence*. A partir de cette double distinction, le législateur supranational semble faire correspondre l'*intention* au *comportement* et la *connaissance* à la *conséquence*. Cette structuration de l'élément psychologique des infractions internationales dont le crime contre l'humanité correspond à la théorie de la dualité du crime contre l'humanité¹²³⁴.

Un examen de la jurisprudence de la CPI, notamment dans *l'affaire Jean Pierre Bemba*, la Chambre préliminaire II, s'inscrivant dans le prolongement de la Chambre préliminaire I, semble consacrer cette théorie de la dualité. Les premiers juges admettent que,

« [D]e l'avis de la Chambre, les paragraphes 2 et 3 de l'article 30 du Statut envisagent deux degrés de *dol*. Le *dol direct de premier degré* (direct intention) exige que le suspect sache que ses actes ou omissions entraîneront les éléments matériels du crime et qu'il accomplisse ces actes ou omissions avec la volonté délibérée de faire survenir ces éléments matériels »¹²³⁵. Le *dol direct de second degré* « n'exige pas que le suspect ait effectivement l'intention ou la volonté (...) mais exige qu'il sache que les éléments matériels du crime seront le résultat presque inévitable de ses actes ou omissions, c'est-à-dire, qu'il soit conscient que les conséquences adviendront dans le cours normal des événements »¹²³⁶.

La Chambre admet que ces deux *dols* s'appliquent à « tous les actes constitutifs du crime contre l'humanité prévu à l'article 7 -1 »¹²³⁷.

Si l'on tente de schématiser, l'intention relative au comportement signifie que l'agent qui commet le viol ou le meurtre veut atteindre le résultat spécifique de cette infraction. Alors que la connaissance relative à la conséquence traduit le fait que l'agent pouvait prévoir dans le cours normal des événements que ces actes ou omissions s'intègrent dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique¹²³⁸. Ainsi, l'on peut admettre que l'attitude, l'élément psychologique du crime contre l'humanité tient à une structure dédoublée traduisant l'idée selon laquelle l'auteur de cette infraction est à la fois engagé dans une opération criminelle particulière (le meurtre, le viol, la torture etc.) et dans la réalisation d'un dessein plus vaste à la concrétisation duquel cette opération criminelle est précisément censée contribuer (l'attaque généralisée ou systématique d'une population civile).

¹²³⁴ Ces deux éléments sont appuyés dans le paragraphe 2 de l'introduction générale aux Eléments des crimes lequel dispose en tant qu'ils constituent des éléments par défaut de la responsabilité pénale des crimes internationaux relevant de la compétence de la Cour : « Comme le prévoit l'article 30, sauf disposition contraire, une personne n'est pénalement responsable et ne peut être punie à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec *intention* et *connaissance* (...) ».

¹²³⁵ La cour se réfère à ce propos à sa jurisprudence antérieure, Chambre préliminaire I, Décision *Lubanga*, para. 351, Chambre préliminaire I, Décision *Katanga*, para. 529.

¹²³⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean Pierre Bemba*, *op.cit.*, para. 358-359.

¹²³⁷ *Ibid.*, para. 135.

¹²³⁸ *Ibid.*, para. 139-141.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

267. Dans un commentaire des critères dégagés par la Cour de cassation française relativement à l'élément moral des crimes contre l'humanité, Catherine Grynfogel notait une évolution entre le premier arrêt Touvier du 6 février 1975 et l'affaire Barbie du 20 décembre 1985. Dans le premier arrêt, cette haute juridiction devait concevoir les crimes contre l'humanité comme des « crimes de droit commun commis dans certaines circonstances et pour certains motifs », nécessitant donc selon elle, une intention spéciale chez l'auteur. Retenant que dans l'affaire Barbie, ces crimes contre l'humanité étaient définis comme des « actes inhumains et des persécutions (...) au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique », elle soulignait que les crimes contre l'humanité étaient désormais vus comme nécessitant la preuve d'un mobile, formulé en ces termes par la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt Touvier du 13 mars 1992¹²³⁹, et relevaient donc de cette catégorie d'infractions subordonnées à la preuve d'un dol spécial, « l'auteur d'un crime contre l'humanité n'agit pas seulement en vertu d'un dol général ordinairement requis pour engager la responsabilité pénale », soulignait-elle à cette occasion, car « son intention délictueuse, dirigée vers l'obtention d'un résultat déterminé, se superpose à la simple volonté de commettre un crime »¹²⁴⁰. Ne retrouve-t-on pas, au centre de cette analyse, l'idée du double dol du crime contre l'humanité développée par les Chambres préliminaires I et II de la CPI à travers la distinction entre *dol direct de premier degré* et *dol direct de second degré*? En effet, en matière de crime contre l'humanité, l'élément psychologique ne résulte pas en un dédoublement de l'intention ou d'une superposition de deux intentions qui se confondraient, mais bien d'une complémentarité entre deux intentions de nature différente, le projet collectif fixant un but que l'agent individuel intègre à son action criminelle pour lui donner corps¹²⁴¹. La dimension collective du crime contre l'humanité résulte, dans cette perspective, de l'existence d'un double niveau de raisonnement tenant à la nécessité de constater non seulement l'existence de l'*axe comportemental* (acte individuel de commission du crime) et à la possibilité de rattacher cet axe comportemental à l'*axe*

¹²³⁹ Selon cette juridiction, dans cette espèce, l'élément moral du crime contre l'humanité est constitutif d'un « mobile spécifique, celui de prendre à l'exécution d'un plan concerté, en accomplissant de façon systématique les actes inhumains et les persécutions incriminées, au nom d'un Etat pratiquant une politique d'hégémonie idéologique » (Cf. C.A. Paris, Ch. d'accusation, Touvier, 13 avril 1992, *op.cit.*, pp. 8 ss).

¹²⁴⁰ C. GRYNFOGEL, « Crimes contre l'humanité », *Juris-Classeur*, 1998, p.19. Sur d'autres analyses du crime contre l'humanité par cet auteur, cf. *Le crime contre l'humanité, notion et régime juridique*, Thèse, Université de Toulouse I, 1991 ; « Touvier et la justice, une affaire de crime contre l'humanité ? », *RSCDPC*, n°1, 1993, pp. 62-72 ; « Un concept juridique en quête d'identité : le crime contre l'humanité », *RIDP*, 1992, pp. 1027-1048 ; « Le concept de crime contre l'humanité. Hier, aujourd'hui et demain », *op.cit.* ; « Les limites de la complicité de crime contre l'humanité », *Rev. sc. crim.*, n°3, 1998, pp. 523-533.

¹²⁴¹ Pour une étude bien détaillée de l'élément psychologie dans les crimes de masse comme le crime contre l'humanité ou le crime de génocide, voir avec beaucoup d'intérêt, M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la cour pénale internationale et du droit français*, *op.cit.*, pp. 365-490.

contextuel (projet collectif d'attaque généralisée et systématique). En clair, le caractère collectif du crime contre l'humanité tient à la validité de la théorie de la dualité de la structure de l'incrimination. C'est donc du point de vue de sa *conception* que le crime contre l'humanité est une infraction collective. D'où la terminologie beaucoup plus criminologique de « crime de masse ».

B- Coexistence crime contre l'humanité/infractions de droit commun dans l'ordre interne et évolution de la notion d'infraction collective en droit interne.

268. Une analyse de quelques droits pénaux nationaux des Etats relevant majoritairement de la filiation juridique du droit civil révèle que ces systèmes admettent deux acceptions différentes de la notion d'infraction collective. Selon une première acception, notamment admise en droit pénal belge, l'infraction *collective* se distingue de l'infraction *simple*¹²⁴². Alors que celle-là est composée d'une seule infraction, celle-ci est constituée de plusieurs infractions qui « s'agglomèrent »¹²⁴³. Cette conception belge suppose deux cas de figure. Dans un premier cas, un ensemble d'infractions répétées ou successives constituent un « acte pénal unique » parce qu'elles procèdent d'un même but, d'un même projet¹²⁴⁴. Dans un second cas, un même acte matériel entraîne plusieurs infractions qui sont reliées entre elles par une unité de réalisation¹²⁴⁵. Cette conception belge, qui semble n'avoir pas été privilégiée par les législations africaines, est en apparence proche de la conception du droit international. Mais il ne s'agit en réalité que d'apparence. Alors que le critère de l'infraction collective en droit belge suppose une pluralité d'infractions, le crime contre l'humanité conserve son caractère collectif alors même qu'un seul crime peut avoir été commis.

269. Selon une seconde approche, admise en droit français et privilégiée par les législations pénales africaines, l'infraction est collective lorsqu'elle est commise collectivement par une pluralité d'agents¹²⁴⁶. En effet, la théorie de l'infraction collective en droit français n'a de sens que dans le cadre de l'analyse de la culpabilité et plus précisément dans le cadre de la recherche du « lien de participation » des agents à une même entreprise

¹²⁴² R. LEGROS, « Le délit collectif », *Rev. dr. pén. crim.*, 1961, pp. 634 ss.

¹²⁴³ P. E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, op.cit., p. 349.

¹²⁴⁴ Dans d'autres systèmes pénaux, ce premier cas est généralement connu sous la catégorie de l'infraction continue.

¹²⁴⁵ Cf. pour plus de détails, Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op.cit., pp. 331-333. Ce second cas est connu dans d'autres systèmes sous la catégorie d'infraction complexe.

¹²⁴⁶ Ch. DUPEYRON, « L'infraction collective », *Rev. sc. crim.*, 1973, pp. 357 ss.

criminelle ayant participé à la réalisation de l'entreprise criminelle¹²⁴⁷. Ainsi, c'est le terrain de l'établissement de la responsabilité pénale que la notion d'infraction collective est généralement évoquée ici¹²⁴⁸, même si l'on doit admettre des hypothèses dans lesquelles la participation collective est envisagée comme un élément constitutif de l'infraction¹²⁴⁹ (infraction d'association des malfaiteurs) ou lorsqu'elle est considérée comme une circonstance aggravante¹²⁵⁰. Cette conception, bien que proche du sens de l'infraction collective internationale, s'en distance fortement. En effet, dans le traitement pénal de l'infraction collective en droit interne, chaque agent pénal est poursuivi en fonction de son degré et de son mode de participation à l'entreprise criminelle soit en qualité d'auteur, de coauteur ou encore de complice. Certes le droit international reconnaît également les catégories d'auteur, coauteur et complice, mais la différence tient au fait le droit interne n'admet pas que l'infraction puisse être collective abstraitement. Un crime donné comme le meurtre ou le viol, ne devient collectif que parce qu'une pluralité d'acteurs ont participé à sa commission. Dès lors, le législateur national applique soit la théorie de l'unité de l'infraction à travers la notion d'emprunt de criminalité, soit celle de la pluralité d'infractions et procède donc à l'identification spécifique de l'acte criminel de chacun des agents.

C. Esquisse de solution au conflit des normes interne et internationale en cas de qualification alternative entre le crime contre l'humanité et les infractions de droit commun.

270. En cas de conflit entre la norme interne définissant le crime de meurtre par exemple et la norme internationale définissant le meurtre du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne, trois principes de solution peuvent être évoqués par le juge. Si les deux premiers sont classiques à la situation des qualifications en option, le troisième pourrait bien être propre à la situation spécifique du crime contre l'humanité.

Le premier principe de solution est celui connu sous l'appellation de *principe de la plus haute expression pénale*. D'après ce principe, le juge retient la qualification correspondant à

¹²⁴⁷ Cette réflexion découle de l'analyse menée par les professeurs Roger Merle et André Vitu dans leur ouvrage classique, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, op. cit., pp. 632-700.

¹²⁴⁸ Cf. pour plus de détails, COSTES, « De quelques considérations sur la responsabilité pénale du fait d'autrui », *Rev. sc. crim.*, 1939, pp. 628 ss ; P. GARRAUD, « La responsabilité pénale des administrateurs de sociétés en raison des infractions de droit commun commises par leurs préposés », *J.C.P.*, 1936, I. 389 ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Thèse, Paris, 1965 ; J. LEAUTE, « La reconnaissance de la notion de groupe dans le droit pénal des affaires », *J.C.P.*, 1973, I. 2553 ; J. LARGUIER, « Homicide et blessures commises en groupe », *Rev. sc. crim.*, 1973, pp. 880 ss.

¹²⁴⁹ Cf. la réforme de l'article 450-1 du Code pénal français par la loi du 15 mai 2001 par rapport à l'infraction d'association de malfaiteurs.

¹²⁵⁰ Cf. la notion de bande organisée.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

l'infraction la plus sévèrement punie, qui sanctionne toute l'antisocialité du comportement car « toute infraction faisant l'objet d'une poursuite doit être envisagée sous la plus haute expression pénale dont elle est susceptible »¹²⁵¹. Ce principe signifie également que lorsqu'une infraction est le moyen de perpétration d'une autre, la qualification la plus sévèrement punie est souvent celle de « l'infraction-fin ». La haute juridiction camerounaise admet également ce principe de solution lorsqu'elle affirme qu'en cas de « concours idéal d'infractions, la qualification la plus grave est seule retenue et le jugement des faits poursuivis relève de la juridiction compétente pour sous la qualification la plus sévère »¹²⁵²

En application de ce principe, en cas d'option de qualification entre le crime de droit commun et le crime contre l'humanité, c'est la qualification de crime contre l'humanité qui devrait être retenue. Car, même si le crime contre l'humanité et l'assassinat par exemple sont punis des mêmes peines, le crime contre l'humanité demeure la qualification la plus sévère au regard, non seulement de son origine internationale, mais surtout de nature d'infraction collective par nature.

Le second principe de solution est celui de *la spécialité de l'incrimination*. Ce principe signifie que lorsque le juge est en présence d'un concours de qualification, il peut se trouver face à deux normes d'incrimination, l'une générale et l'autre spéciale, celle-ci recouvrant exactement celle-là et comportant en outre une circonstance propre. Ce principe, qui est une application pénale de l'adage *specialia generalibus derogant*, repose sur la distinction entre lois spéciales et lois générales qui paraît remonter à Aristote¹²⁵³. Connue du droit romain et de l'Ancien droit, notamment à travers les maximes célèbres telles que *In toto jure per speciem derogatur* (« en toute matière il est dérogé par le droit spécial »), la maxime *specialia generalibus derogant* (« ce qui est spécial déroge à ce qui est général »)¹²⁵⁴ prend racine dans le droit canonique, et plus particulièrement dans un passage du *Sexte*¹²⁵⁵ et s'épanouit au Moyen âge du fait de l'assimilation du droit romain au *jus commune* (droit commun) d'une part et aux lois, coutumes et statuts locaux (droit spécial) d'autre part¹²⁵⁶. Elle signifie que chaque fois qu'une norme d'application spéciale se trouve en concours avec une norme

¹²⁵¹ Cette solution classique a été affirmée à plusieurs reprises par la Cour de cassation française, Cass. Crim, 13 janvier 1953, *Bull. crim.*, n°12 ; 3 mars 1966, *Bull. crim.*, n°79 ; 11 avril 1976, *Bull. crim.*, n°122.

¹²⁵² C.S., Arrêt, n°266 du 25 juillet, 1961, *Bull.* n°5, p. 177.

¹²⁵³ R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *Recueil Dalloz*, 1961, chron. pp. 91 ss.

¹²⁵⁴ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français, Traité*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n°418.

¹²⁵⁵ Le *Sexte* est un recueil de Décrétales postérieures à celles de Grégoire IV, rassemblées et promulguées par le pape Boniface VIII à la fin du XIII^e siècle.

¹²⁵⁶ Cf. J. GAUDEMET, « Du *ius commune* au droit communautaire », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, pp. 1014 ss. Pour une analyse plus récente de certains aspects de cette question, cf. C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2009.

Chapitre 4.

La nature ouverte du « procédé normatif »

d'application générale cette dernière doit céder¹²⁵⁷. En matière de concours de qualification, elle fonctionne comme « un outil de modulation du droit à la disposition du juge »¹²⁵⁸. Dans l'application de ce principe, en cas de concours de qualification entre les crimes de droit commun et le crime contre l'humanité, c'est ce dernier qui devrait être appliqué compte tenu de sa spécificité d'être une infraction qui n'existe dans certaines circonstances particulières.

Le troisième principe enfin pourrait découler d'une certaine orientation du raisonnement du juge national appelé à statuer en cas d'allégation du crime contre l'humanité. Concrètement, il s'agit de faire l'appréciation de l'élément juridique d'existence du crime contre l'humanité, à savoir l'attaque généralisée et systématique lancée contre toute population civile, une question de droit devant être contrôlée par la haute au regard de l'évolution de la jurisprudence internationale en la matière. Il ne serait pas opportun que cette question soit une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. En clair, ce troisième principe qui vise plus à éviter le conflit qu'à le résoudre suggère de privilégier, en la matière l'appréciation *in abstracto* au détriment de celle *in concreto*.

¹²⁵⁷ Pour une étude spécifique de l'adage et surtout de ses implications dans le système juridique, cf. S. MAUCLAIR, « La force normative de l'adage *specialia generalibus derogant* », in C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, op.cit., pp. 223-232.

¹²⁵⁸ F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge, étude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006, n°582 ss.

Conclusion du chapitre 4. Le crime contre l'humanité, un interdit en extension.

271. Au terme de ce chapitre, il convient de retenir que le procédé normatif du crime contre l'humanité, un procédé normatif du type ouvert, dévoile que l'interdit contenu dans la qualification pénale retenue par le droit est un interdit en extension. Un interdit en extension non seulement du fait de l'indétermination de la notion d'inhumanité mais aussi de l'impossible circonscription des « autres actes inhumains ». A partir de cette considération, le professeur Mireille Delmas-Marty admettait l'hypothèse que l'interdit contenu dans la qualification de crime contre l'humanité, au regard de son évolution normative telle que consacrée en droit pénal international, peut permettre de saisir pénalement l'interdiction du clonage humain.

En esquisant un approfondissement de cette hypothèse dans le cadre de l'étude du mouvement d'internalisation du crime contre l'humanité, il était question de démontrer que l'entrée de cet interdit d'origine internationale dans le champ pénal interne pourrait entraîner tantôt une *coexistence pacifique* entre le crime international et les crimes de droit commun, tantôt une *coexistence conflictuelle*. Dans le premier cas, la coexistence pacifique pourrait résulter du fait que la culture nationale pourrait contribuer à préciser davantage la notion d'acte inhumain. La vocation extensive de l'interdit de crime contre l'humanité pourrait provoquer ou accentuer un mouvement national de pénalisation des pratiques culturelles contraires aux droits fondamentaux telles que l'excision. Ce qui mettrait en communication la diversité culturelle et les normes internationales. Dans ce second cas, la vocation extensive de l'interdit de crime contre l'humanité pourrait ouvrir la voie à des conflits de qualification dès lors que l'incrimination internationale se compose d'abord d'infractions classiques comme le meurtre, le viol, l'assassinat dont il pourrait renouveler le standard de définition. L'internalisation du crime contre l'humanité placerait permanentement le juge national soit dans une situation de *qualification multiple* soit dans celle de *qualification alternative*.

A travers cette analyse, il s'agissait d'aborder en toile de fond l'analyse d'une incrimination ouverte dans le cadre d'un processus d'internationalisation des normes. Ainsi, ce qui est remarquable c'est la technique de définition d'une incrimination par le recours à l'énumération. Non seulement l'incrimination, dans ce cas, est en extension, mais elle reste pour toujours ouverte. Une texture ouverte qui autorise à se demander, du point de vue de la théorie de l'incrimination, quel est le sens réel d'un interdit pénal lorsque son contenu se renouvelle sans cesse à l'extension au gré des changements de son cadre normatif ?

Conclusion du titre 2. La « texture ouverte » des normes comme outil conceptuel de la théorie de l'internormativité des systèmes juridiques

272. Il s'est agi tout au long de ce titre 2, de suggérer l'appréhension de la « texture ouverte » des normes juridiques comme *un outil conceptuel* de la théorie de la communicabilité entre différents ordres juridiques structurant un système normatif donné. Dans cette perspective, il a été question de mettre en exergue la texture ouverte des composantes normatives – lettre et esprit – de l'incrimination de crime contre l'humanité, véritable point de contact entre l'ordre interne et l'ordre international dans le champ pénal national.

S'agissant de la composante normative en rapport avec l'esprit de l'incrimination, le caractère ouvert du « référent normatif » du crime contre l'humanité, à savoir le concept de *droits fondamentaux*, a permis de décrire un rapport d'échange allant de l'ordre international vers l'ordre interne. En érigeant le concept de droits fondamentaux en instrument d'interjuridicité dans le champ pénal national, le chapitre 3 s'est principalement appuyé sur deux idées complémentaires. D'une part, il s'est appuyé sur l'idée que les droits fondamentaux constituent le « référent normatif » explicite d'interprétation de la protection juridique de l'humanité dans les champs pénaux nationaux et d'autre part, sur l'hypothèse qu'ils constituent la référence implicite au processus d'harmonisation pénale nationale à partir du processus d'internalisation du crime contre l'humanité. Renforçant l'idée que le droit pénal est désormais en première ligne du processus de l'harmonisation des droits, les droits fondamentaux agissent ici comme un élément transformateur des droits pénaux nationaux qui

273. S'agissant de la composante normative en rapport avec la lettre de l'incrimination, l'analyse des incidences liées à la nature ouverte du « procédé normatif » du crime contre l'humanité, à savoir la notion d'autres actes inhumains, a permis de décrire cette fois un rapport d'échange allant de l'ordre interne vers l'ordre international. Partant de l'examen de la coexistence entre le crime contre l'humanité et les infractions de droit commun dans le champ pénal national, l'on s'est aperçu que ces infractions en ce qu'elles préexistent au crime contre l'humanité pourraient jouer comme élément de complétude de l'incrimination internationale. Relaçant la thématique droit pénal et diversité culturelle, cette hypothèse de complétude aurait pour but de faire de l'infraction internationale une sorte de « délit de base » d'une certaine famille d'infractions visant la protection de la dignité humaine.

Conclusion du titre 2.

La « texture ouverte » des normes comme outil conceptuel de la théorie de l'internormativité des systèmes juridiques

Eu égard à ce qui précède, une double constatation peut être faite. Primo, l'articulation du phénomène de la texture ouverte n'est pas tout à fait étrangère à la doctrine pénale de manière générale¹²⁵⁹. Secundo, le sens et la portée d'une norme juridique, et donc aussi d'une norme pénale, se révèlent dans son usage concret dans un contexte spécifique¹²⁶⁰. Elle est toujours pour une part imprévisible, car la rencontre entre les normes et les faits, c'est-à-dire, l'opération de qualification que réalise le juge l'invite à faire appel à ses vertus herméneutiques dans la mesure où, il est appelé à articuler des ordres juridiques distincts mais combinés dans la résolution du cas d'espèce.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

¹²⁵⁹ R. LEGROS, « Considérations sur les lacunes et l'interprétation en droit pénal », in Ch. PEREMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 367, « Secondaire, la lacune de la loi (pénale) est aussi organique, et, dès lors, inévitable ».

¹²⁶⁰ H.L.A. HART, *The concept of law*, op.cit., pp. 121-150.

Conclusion de la première partie.

La détermination « étatique » du crime contre l'humanité entre l'internationalité de l'incrimination et le nationalisme des champs pénaux internes.

Conclusion de la première partie. La détermination « étatique » du crime contre l'humanité entre l'internationalité de l'incrimination et le nationalisme des champs pénaux internes.

« On peut alors se demander quelle a été réaction du droit national à cette tentative du droit international de l'influencer, de le pousser à avancer », A. CASSESE, « l'incidence du droit international sur le droit interne », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 560.

274. La première partie qui vient d'être abordée avait principalement pour dessein d'établir que la *détermination* (processus de mise en forme) du crime contre l'humanité par les autorités nationales se situe entre *l'internationalité* de l'incrimination – l'infraction est internationale par nature et contient par conséquent les caractéristiques intrinsèques de l'ordre juridique international – et le *nationalisme* dans champs pénaux internes – l'incrimination, institution normative venue d'ailleurs doit *intégrer* un environnement spécifique et doit *s'adapter* à un contexte donné. Il est maintenant possible d'affirmer qu'au regard du processus de mise en forme par et dans le droit national, la dynamique normative décrite n'est pas *linéaire*. L'ordre juridique international et l'ordre juridique interne ne se *superposent* pas selon une *logique normative moniste* et cela ne produit pas une *structure normative monocentrée* fondée sur une *hiérarchie stricte* d'un ordre juridique (international) sur un autre (national). Bien au contraire, l'examen du processus de mise en forme donne à voir une dynamique normative *réticulaire* et *dialectique* entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne. Sans nécessairement se superposer, ces deux ordres juridiques *interagissent*, *entrent en communication* selon une *logique normative pluraliste*. Ceci donne au système pénal national une *structure normative pluricentrée* fondée sur une *hiérarchie complémentaire* entre deux ordres juridiques (international et interne) du point de vue de leur fondement. Dans cette perspective principalement axée sur *l'articulation des ordres juridiques différents au sein du système pénal national*, la *force normative* du paradigme du crime contre l'humanité constitue une *force harmonisatrice* (rapprochement des systèmes pénaux nationaux), une *force unificatrice* (intégration à l'échelle nationale des biens juridiques supranationaux) ou mieux, une *force réformatrice* des rapports entre des ensembles normatifs différents (substitution de la hiérarchie linéaire stricte par une hiérarchie dialectique complémentaire). Pour démontrer cette idée qui fait du crime contre l'humanité le point de contact entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne dans le système pénal

Conclusion de la première partie.

La détermination « étatique » du crime contre l'humanité entre l'internationalité de l'incrimination et le nationalisme des champs pénaux internes.

national, nous avons eu recours à deux outils conceptuels tous basés sur la structure duale de l'incrimination : la *théorie de la double dimension* de sa légalité pénale et le concept de *texture ouverte* de ses composantes normatives.

275. La théorie de la double dimension de la légalité du crime contre l'humanité, à travers la distinction entre légalité formelle et légalité substantielle, permet d'analyser la communicabilité des sources de cette incrimination dans le champ pénal interne. Cette communicabilité se réalise par le fait que l'intégration de l'infraction internationale dans l'ordre juridique interne reconnaît une *marge nationale de définition* aux États aux termes de laquelle les rapports entre l'ordre international et l'ordre interne se pensent en termes de *compatibilité* et non plus de *conformité* entre les normes internationales et internes. Dans cette approche, la théorie de la bipolarité de la légalité constitue un élément d'affirmation de l'hypothèse du *pluralisme des sources*.

Le concept de la texture ouverte des composantes normatives du crime contre l'humanité permet quant à lui d'affirmer l'hypothèse du *pluralisme des normes* au sein du système pénal national. À travers la distinction entre le *réfèrent normatif* et le *procédé normatif*, le concept de la texture ouverte introduit sur le débat *droit pénal et diversité culturelle*. Pendant que les *droits fondamentaux* jouent comme instrument explicite de protection de l'humanité dans le champ pénal national, la *pénalisation du fait culturel* participe de la *complétude* de la notion d'*autres actes inhumains* du crime contre l'humanité.

276. Cette *architecture normative* du système pénal national – complémentarité entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique interne et hiérarchie entre les normes découlant de ces ordres normatifs au niveau des sources de la légalité de l'incrimination d'une part et complémentarité entre ces deux ordres juridiques et hiérarchie entre les normes s'agissant de l'élaboration du contenu normatif de l'incrimination dans le champ pénal national d'autre part constitue, dans la perspective de l'idée générale de la présente réflexion, *les bases de la communicabilité* entre l'ordre juridique international et l'ordre juridique national en matière de définition de l'incrimination le législateur national. Ces bases, fondement de l'internormativité, devraient à présent être approfondies et nourries par le *juge*, principal acteur et auteur de la communicabilité entre les ordres juridiques différents, comme cela semble être le cas lorsque l'on observe la *répression* du crime contre l'humanité dans le système pénal africain.

SECONDE PARTIE

**LA DUALITE DE LA LOGIQUE REPRESSIVE DE L'INCRIMINATION
« DE CRIME CONTRE L'HUMANITE » DANS LE CHAMP PENAL
ETATIQUE.**

« L'un des grands défis que pose l'avenir de l'Afrique est sans doute de lui permettre de redevenir elle-même et de constituer un « quartier » dans le village global, pour le juriste cela passe nécessairement par une décolonisation mentale qui ne peut venir que des africains eux-mêmes retrouvant la saveur des produits juridiques de leurs terroirs (...) »,

J. VANDERLINDEN, « A propos de la création du droit en Afrique. Regards d'un absent », in **DARBON et J. DU BOIS DE GAUDUSSON**, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1998, p. 12.

277. En l'absence d'une définition générale et abstraite de la répression dans les systèmes pénaux positifs et par laquelle une réponse peut être apportée à la question *qu'est-ce que réprimer (en droit pénal) ?*, il devient difficile d'envisager une théorie générale de la répression applicable à tel ou tel type d'infraction donnée. Cette difficulté est sans doute encore plus importante lorsque l'infraction en cause est une infraction internationale par nature qualifiée crime contre l'humanité. Dans ce cas en effet, il s'agit d'élaborer un modèle de justice pénale adapté à la double spécificité du crime, c'est-à-dire, un modèle de justice pénale adapté à la *dimension collective* de l'infraction et au *caractère international* de l'interdit. En effet, en dehors de l'argument fondé sur la carence d'une réflexion spécifique sur la répression en tant que thème du droit pénal¹²⁶¹, la difficulté prend un relief particulier lorsqu'il s'agit de penser la répression des crimes contre l'humanité parce que, comme nous l'avons dit, la catégorie pénale définie est internationale par nature alors que la répression, et donc aussi, la justice pénale sont fondamentalement culturelles.

Si, en général, la perception du mal est universelle, en raison de l'idée simple qu'est mal ce qui fait mal, la réponse pénale à apporter au mal, c'est-à-dire la technique de répression à mettre œuvre en œuvre ou encore le choix du modèle de justice pénale positif dépend toujours quant à lui de la représentation que telle ou telle société se fait du mal. Plus

¹²⁶¹ Si l'on considère la plupart des ouvrages généraux de droit pénal, l'analyse de la répression (en droit pénal) est toujours envisagée dans une approche analytique à travers une séparation de certaines de ses composantes à savoir la responsabilité pénale (des personnes physiques et/ou des personnes morales) et la sanction pénale (quelle que soit sa nature, son caractère, son objet ou encore ses modalités). Cf. notamment, J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op.cit.* ; R. MERLE et A. VITU, *Traité des sciences criminelles*, *op.cit.* ; F. DEPORTES et F. LEGUNEHEC, *Droit pénal général*, *op.cit.* Cette approche généralisée de la répression se trouve également dans la composition du raisonnement en droit pénal spécial. Dans cette branche du droit pénal, l'on distingue constamment la norme d'incrimination qui reprend la définition légale du comportement répréhensible et la norme de répression contenant la sanction applicable et sous-entendant la responsabilité pénale de l'agent à travers l'introduction de l'intention comme élément de l'infraction. Dans cette perspective d'analyse, la victime n'est par exemple pas considérée comme un élément de la répression. Aussi, les questions telles que la réparation, la réconciliation, l'indemnisation ne sont pas toujours, à tort, prises en compte dans l'étude la répression. Mieux encore, ces questions sont souvent envisagées comme des alternatives à la répression. C'est par exemple le sens de la distinction admise en procédure pénale entre action publique (action qui visant la réalisation des enjeux de la répression) et action civile (action dont la nature civile l'exclue automatiquement du champ de la répression).

La dualité de la logique répressive de l'incrimination internationale internalisée

précisément encore, la répression dépend de la manière avec laquelle telle ou telle société perçoit la douleur résultant du mal, entendu le préjudice de l'infraction¹²⁶².

Dans cette perspective, si le crime contre l'humanité peut toucher tout les Hommes à travers les âges et les paysages – c'est d'ailleurs en cela qu'il est qualifié *crime contre l'humanité* – les réponses positives qui lui sont apportées varient selon que l'on s'enracine par exemple dans la culture juridique occidentale ou dans la culture juridique africaine. Alors que là-bas la répression semble se focaliser sur *l'auteur* de l'acte, ici, elle semble davantage s'orienter principalement vers *l'acte* de l'auteur. Ainsi, à côté d'un modèle de justice pénale attaché à la recherche du *coupable* pour engager sa responsabilité pénale *individuelle* développé notamment dans les systèmes pénaux européens, d'autres systèmes normatifs, notamment africains, optent pour l'établissement d'une sorte de responsabilité pénale *collective*. Du point de vue de la philosophie pénale, ces deux conceptions de la répression correspondent à deux courants distincts de la pensée pénale.

278. La répression telle qu'envisager dans la culture juridique occidentale, s'inspire de l'école *de la justice absolue*, pour laquelle, la raison d'être du recours à la justice pénale est l'idée d'*expiation* dans l'exécution de la peine. Posant les bases de la doctrine de *la justice absolue*, Emmanuel Kant¹²⁶³ associe le droit pénal dans ce cas à la morale et considère que la peine est une souffrance infligée au condamné en réponse à la souffrance qu'il a fait subir à l'ordre public. Cette école rejoint la position de Beccaria sur la peine qu'il considère comme un mal, une douleur infligée à l'auteur de l'infraction¹²⁶⁴ et constitue la suggestion réitérée lorsque l'idéologie sécuritaire prend le pas dans l'élaboration d'une politique criminelle¹²⁶⁵.

¹²⁶² A titre d'exemple, l'on peut citer un phénomène tel que l'adultère. Si l'on s'accorde sur sa définition et ses manifestations, la plupart des sociétés le considère comme un mal entendu comme un comportement transgressant la norme sociale établie par le groupe. Mais la réaction qu'il suscite varie d'une société à l'autre du point de vue du droit positif. Certaines sociétés restent indifférentes, d'autres tolèrent, d'autres condamnent sous condition de désapprobation par la victime directe, d'autres condamnent sans réprimer et d'autres enfin condamnent et répriment avec la plus lourde des sanctions comme c'est le cas des sociétés islamiques qui appliquent conformément à la Sharia, la loi de la lapidation en cas d'adultère. A ces variantes juridiques, l'on peut également mentionner des variantes sociologiques aux termes desquelles, la répression du phénomène varie en fonction de la représentation des rapports entre l'homme et la femme dans telle ou telle société. Sur cette dimension culturelle de la justice, cf. notamment, APATI-BASSAH, « Justice et authenticité », *Revue Penant*, 1984, n°784, pp. 193-198.

¹²⁶³ E. KANT, *Critique de la raison pratique*, (1788), trad. franç., J.-P. FUSSLER, Paris, Flammarion, 2003 ; *Eléments métaphysiques de la doctrine du droit*, 1796. Pour une étude de l'apport de la philosophie de Kant sur le droit pénal, cf. A. P. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in Ch. DEBUYST, Fr. DIGNEFFE et A. P. PIRES (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, t. 2, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles/Montréal/Ottawa, De Boeck Université/Les Presses de l'Université de Montréal/Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998.

¹²⁶⁴ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, nouvelle éd. par F. HELIE, Paris, Guillaumin et Cie, 1856, p.114.

¹²⁶⁵ Ch. LAZERGES, *op.cit.*, p. 13

Deuxième partie

La dualité de la logique répressive de l'incrimination internationale internalisée

C'est en cela qu'elle a été la principale cible des critiques de la pensée abolitionniste *hulsmanienne*¹²⁶⁶.

Dans le même sens, il s'est développé sous la plume du philosophe anglais Jérémy Bentham, à côté de l'école de *la justice absolue*, l'école dite de *l'utilitarisme classique*¹²⁶⁷. Celle-ci également soutenue par Beccaria¹²⁶⁸ a été judicieusement synthétisée dans la formule célèbre « punir pas plus qu'il n'est utile, pas plus qu'il n'est juste ». *Cet impératif de justice* qui s'exprimait déjà à l'époque des Lumières a fondé la nécessaire individualisation de la peine. Mais l'idéalisme partiel de la pensée classique fera l'objet de correctifs de la part de néoclassicisme qui, comme l'a très bien montré Salleilles auteur la théorie de *l'individualisation pénale*, a rejeté la fiction selon laquelle « en face d'un même acte, tout homme avait une égale liberté », en admettant à la fois « qu'il est des actes, même des crimes, pour lesquels cette liberté, non pas virtuelle..., mais actuelle et présente, ... n'existe pas » et qu'on « peut avoir été plus ou moins libre »¹²⁶⁹. Plus tard, la question pourquoi punir, va se développer à travers un mouvement dit de la *défense sociale*. Si l'on remonte aux racines de cette doctrine, l'on retrouve cette affirmation de Prins, « [L]e juge répressif n'a pas à trancher une controverse métaphysique, sa mission est une mission de défense sociale »¹²⁷⁰. Plus loin, il s'est développé une tendance italienne¹²⁷¹ puis française¹²⁷² tendant globalement à la

¹²⁶⁶ Cf. pour une analyse détaillée de cette question, J. BERNAT DE CELIS, « Les grandes options de politique criminelle. La perspective de Louk Hulsman », *Arch. pol. crim.*, n°5, 1982, pp. 13-60 ; L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982 ; L. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », Ch. DEBUYST et F. TULKENS (dir.), *Dangerosité et justice pénale. Ambigüité d'une pratique*, Genève, Masson, 1987, pp. 7 ss ; L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », in F. RINGELHEIM (dir.), *Punir mon beau souci. Pour un raison pénale* ; T. SLINGENEYER, « La pensée abolitionniste hulsmanienne », *Arch. pol. crim.*, n°27, 2005, pp. 7-36.

¹²⁶⁷ Sur cette école cf. J. BENTHAM, « Traité de législation civile et pénale », in *Œuvres de J. Bentham*, jurisconsulte anglais, éd., E. Dumont, Bruxelles, Coster, t. 1, 1829. Sur la même question, nous renvoyons aux contributions publiées dans l'ouvrage collectif dédié au juriste et philosophe anglais, Ph. GERARD, F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jérémy Bentham*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1987.

¹²⁶⁸ A. P. PIRES, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in Ch. DEBUYST, Fr. DIGNEFFE et A. P. PIRES (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine, t. 2, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, op.cit.* pp. 83 ss. Pour une étude de la pensée de Beccaria, cf. J. GRAVEN, « Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne », in *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*, Genève, Librairie de l'Université de Georg et Cie, 1948, pp. 97 ss ; G. LEVASSEUR, « Le bicentenaire de la publication du 'Traité des délits et des peines' de Beccaria », in C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Paris Cujas, 1966, pp. 1 ss ; M. MAESTRO, *Cesare Beccaria and the origins of penal reform*, Philadelphie, Temple University Press, 1973 ; R. BADINTER, « Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la révolution française », *Rev. sc. crim.*, 1989 ; pp. 235 ss ; M. DELMAS-MARTY, « Le rayonnement international de la pensée de Césaire Beccaria », *Ibid.*, pp. 252 ss.,

¹²⁶⁹ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Etude de criminalité sociale*, Paris, 3^{ème} éd., F. Alcan, 1927, p. 67. Cette idée est à la base de l'introduction en droit positif du concept de responsabilité « atténuée ».

¹²⁷⁰ A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Thron, Bruxelles, 1910.

¹²⁷¹ F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1964.

¹²⁷² M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste, op.cit.*

Deuxième partie

La dualité de la logique répressive de l'incrimination internationale internalisée

resocialisation du délinquant et dont le contenu qu'elle donna au concept de responsabilité renvoyait aux idées de conscience, d'aptitude, de personnalité et de capacité¹²⁷³. Cette philosophie pénale est celle qui sous-tendait la répression des crimes contre l'humanité commis par les grands criminels de guerre de Nuremberg.

279. Un autre courant de philosophie pénale, dans lequel l'on pourrait trouver des éléments de rationalisation de la conception africaine de la répression pénale, s'est développé dans le cadre des théories fonctionnalistes d'inspiration sociologique d'Emile Durkheim. Après avoir envisagé la répression pénale comme une « réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite »¹²⁷⁴, le sociologue français admet que la finalité de la répression n'est pas directement utilitaire : « elle ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas médiocre »¹²⁷⁵. Il écrit que la finalité de la justice pénale est essentiellement de nature « symbolique », à savoir de « maintenir intacte la cohésion de la société en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune »¹²⁷⁶. A l'encontre du présupposé traditionnel, Durkheim en déduit qu'

« on peut dire sans paradoxe que la [répression] est surtout destinée à agir sur les honnêtes gens ; puisqu'elle sert à guérir *les blessures faites aux sentiments collectifs*, elle ne peut remplir ce rôle que là où ces sentiments existent et dans la mesure où ils sont vivants »¹²⁷⁷.

S'appuyant sur cette fonction *symbolique* de la justice pénale et marqué par la prise en compte des *sentiments collectifs*¹²⁷⁸, Emile Durkheim affirme que le procès pénal a pour rôle une,

« réactivation de la solidarité sociale. Il fournit l'occasion à une société de se réunir et de communiquer dans un même récit rejet du crime et une même réprobation du

¹²⁷³ Ch. LAZERGES, « Le concept d'imputabilité dans les doctrines de défense sociale », *Rev. sc. crim.*, 1983, pp. 315 ss.

¹²⁷⁴ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, coll. « Quadrige grands textes », introduction de Serge Paugam, 2007, p. 64.

¹²⁷⁵ *Ibid.* p. 76.

¹²⁷⁶ *Ibid.*, nous soulignons.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 77.

¹²⁷⁸ Cf. pour une étude du courant fonctionnaliste de Durkheim, L. S. SHELEFF, « From restitutive law to repressive law. Durkheim's 'The division of labor in society' re-visited », *Archives européennes de sociologie*, t. XVI, n°1, 1975, pp. 16 ss ; J.-L. GENARD, « Responsabilité et normativité dans l'école et la pensée de Durkheim », in Ph. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, op.cit., pp. 9 ss ; Fr. DIGNEFFE, « Durkheim et les débats sur le crime et la peine », in Ch. DEBUYST, Fr. DIGNEFFE et A. P. PIRES (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, op.cit. pp. 357 ss.

La dualité de la logique répressive de l'incrimination internationale internalisée

criminel. *La conscience collective est ranimée par cette cérémonie qui donne un coup de fouet à la solidarité sociale, disons en termes modernes, au lien politique* »¹²⁷⁹.

280. Cette philosophie pénale a particulièrement été développée par le juriste et sociologue américain Mark Osiel dans son ouvrage, *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit* dont la problématique générale porte sur la question de la *conscience collective et le droit*. Il avance notamment l'hypothèse que, lors des procès des coupables de crimes contre l'humanité, comme le procès Papon en France ou encore le procès Eichmann devant les juridictions israéliennes, l'effet social n'est pas dans une unanimité retrouvée contre le coupable, mais dans ce qu'il appelle, une « *solidarité discursive* », c'est-à-dire dans un accord sur les moyens de mettre en scène les désaccords, sur la lecture de l'histoire notamment¹²⁸⁰. Il admet notamment que dans le procès Eichmann, le procureur Gideon Hausner « cherchait à forger une saga nationale qui aurait un écho sur plusieurs générations », afin d'aider à la construction de l'identité nationale israélienne¹²⁸¹. Un chercheur israélien souligne à cet effet que, ce procès

« a forcé toute une nation à se lancer dans un processus de reconnaissance de soi et l'a plongé dans une douloureuse quête d'identité »¹²⁸². Un autre affirme que « *le procès a servi en quelque sorte de thérapie de groupe nationale* »¹²⁸³, c'est-à-dire à un traitement basé sur une approche de *conscience collective*.

En dehors de cette étude de Mark Osiel, cette philosophie pénale dominée par l'approche collective est également celle qui semble se dégager lorsque l'on analyse les *réponses africaines* aux crimes contre l'humanité telles que l'*Ubuntu* en Afrique du Sud, le *Bushingantahe* au Burundi ou encore la réinvention des coutumes traditionnelles ayant entraîné la création des « *juridictions Gacaca* » du Rwanda¹²⁸⁴.

281. Mais, que l'on prenne en compte l'établissement de la culpabilité de l'auteur ou la mise en scène d'une *solidarité discursive* comme axe principal de la répression des crimes contre l'humanité, il ne s'agit là que d'une dimension de la grande question comment juger les crimes de masse. Plus précisément, il ne s'agit là que de la dimension philosophique. Or, il

¹²⁷⁹ A. GARAPON, « Préface », in M. OSIEL, *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit*, Paris, Le Seuil, coll. « La couleur des idées », 2006, p. 7, nous soulignons.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, p. 8.

¹²⁸¹ *Ibid.*, p. 41.

¹²⁸² HAIM GOURI, « Facing the glass booth », in G. H. HARTMAN (dir.), *Holocaust remembrance: the shapes of memory*, Cambridge, M.A. Blackwell, 1994, pp. 153-155.

¹²⁸³ T. SEGEV, *The seven million: the israelis and the Holocaust*, 1993, p. 338, trad. franc. Liana Levi, *Le septième million*, Paris, 1998, cité par M. OSIEL, *op.cit.*, p. 42.

¹²⁸⁴ P. TRUCHE, « Deux réponses africaines à des crimes contre l'humanité », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit*, *op. cit.*, pp. 775-780. Dans le même sens, cf. V. SAINT-JAMES, « Trois répressions du génocide rwandais », *Ibid.*, 741-773.

Deuxième partie

La dualité de la logique répressive de l'incrimination internationale internalisée

y a, à côté de cette dimension philosophique, une question du choix de la technique juridique à mettre en œuvre pour organiser un modèle de justice pénale applicable aux crimes contre l'humanité dès lors que telles infractions se fixent au-delà du champ pénal étatique.

Sur cet aspect de la question, l'article 53-1 (c) du Statut de la Cour pénale internationale prévoit que réprimer les crimes contre l'humanité revient à les poursuivre et à les juger selon « les intérêts de la justice »¹²⁸⁵. Et justement, là se trouve le nœud de la difficulté liée à la détermination de la technique juridique à mettre en œuvre. Car, il convient de se demander, que faut-il entendre par intérêt de la justice lorsqu'il s'agit de juger les crimes contre l'humanité ? Intérêt national ou intérêt international, intérêt individuel ou intérêt collectif, intérêt global ou intérêt local ?

282. Dans une étude portant sur le thème, « *Poursuivre et juger selon les intérêts de la justice* », le professeur Geneviève Giudicelli-Delage esquisse une réponse à cette question à partir de l'analyse du choix des techniques juridiques positifs de répression des crimes contre l'humanité¹²⁸⁶. Situait sa réflexion dans le débat contemporain entre recours à technique du droit international ou renforcement de la technique du droit national¹²⁸⁷ pour juger au nom de l'humanité¹²⁸⁸, elle reprend certains aspects de l'argument du dépassement ou non de la souveraineté des Etats¹²⁸⁹. En effet, elle démontre que la dynamique positive de répression des crimes contre l'humanité évolue au travers de deux techniques juridiques : celle de la

¹²⁸⁵ Article 53-1 (c), « (...) Pour prendre sa décision, le Procureur examine, (...) S'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la justice ». En se fondant sur cette disposition, l'idée de « poursuivre selon les intérêts de la justice » apparaît comme le sens philosophique du principe cardinal de l'opportunité des poursuites dont jouit le procureur à travers les divers systèmes nationaux et internationaux de justice pénale.

¹²⁸⁶ Cf. G. GIUDICELLI-DELAGE, « Poursuivre et juger selon « les intérêts de la justice ». Complémentarité ou/et primauté », *Rev. sc. crim.*, 2007, pp. 473-484. Cet article constitue la transcription d'une conférence donnée au Collège de France, le 19 mars 2007, lors du séminaire du professeur Mireille Delmas-Marty intitulé « Quel procureur ? Quel juge ? Poursuivre et juger selon les intérêts de la justice ».

¹²⁸⁷ Le modèle national s'appuie principalement sur l'institution de la compétence universelle. Alors que celui international se fonde sur l'existence de juridictions internationales au départ *ad hoc*, mais désormais permanente. Cf. pour certains détails, K. AMBOS, « Les fondements juridiques de la Cour pénale internationale », *Rev. trim. dr. h.*, n°40, 1999, pp. 739 ss. Dans le même sens, l'interview du philosophe allemand Karl Jaspers donné en mai 1961 en marge du procès d'Eichmann qui avait lieu en Israël traduit en anglais et publié en 2006, « Who should have tried Eichmann », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, pp. 853-858 ; D. LUBAN, « A theory of crime against humanity », *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 85-167. L'auteur parle dans cet article à la fois de « failure of domestic analogy » (pp. 134-137) et de « Natural jurisdiction and jurisdictional eclecticism » (pp. 141-156). L'on peut aussi consulter avec beaucoup d'intérêt, A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale internationale*, *op.cit.*

¹²⁸⁸ Cf. sur une vue d'ensemble de cette problématique les deux ouvrages, M. DELMAS-MARTY et A. CASSESE (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op.cit.* ; *Id.*, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, *op.cit.*

¹²⁸⁹ Cf. A. CASSESE, « Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale? », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, *op.cit.*, pp. 13-29; Ph. KIRSCH, « La Cour pénale internationale face à la souveraineté des Etats », *Ibid.*, pp. 31-37.

La dualité de la logique répressive de l'incrimination internationale internalisée

primauté du droit internationale sur le droit interne et celle de la *complémentarité* entre les deux ordres juridiques.

283. Selon la logique de la primauté, dite encore logique simple, à crime international – le crime contre l'humanité en est un –, juridiction internationale. Mais constate l'auteur, cette simplicité n'est qu'apparente.

« Face au constat irréfutable de l'impossibilité pratique pour une juridiction internationale de juger tous les crimes internationaux et tous les auteurs de ces crimes, *la primauté ne peut donc fonctionner que sur et par la sélection des affaires* »¹²⁹⁰.

Et, conclue-t-elle, si l'on veut véritablement juger les crimes contre l'humanité,

« la primauté ne se suffit pas à elle-même ; elle suppose une combinaison entre actions internationales et nationales, *donc qu'une place soit faite à la complémentarité* »¹²⁹¹.

Dans la même perspective, l'exercice de la primauté fait courir les risques d'une *dé légitimation* de l'œuvre de la justice par le fait qu'elle est rendue ailleurs, hors du lieu de commission de l'acte et celui d'une *inefficacité* de l'action de la justice par le soupçon pesant sur la possible sélection des affaires. Plus encore, la *primauté pure* ne permet même pas que le levier des souverainetés serve à l'universalisation des interdits.

La réalité de ces risques et le sérieux de leur impact sur l'effectivité d'une justice rendue au nom de l'humanité a permis de constater que *la primauté de jure fonctionne toujours avec une complémentarité de jure mais parfois aussi de facto*. Ce qui veut dire en d'autres termes que primauté et complémentarité ne sont pas nécessairement en opposition. En analysant l'évolution du fonctionnement du TPIY, Xavier Tracol a fait remarquer que ce tribunal a introduit la complémentarité dans sa primauté en posant des critères de sélection entre les affaires qu'il gardait et celles qu'il renvoyait à la justice nationale¹²⁹².

284. Selon la logique de la complémentarité consacrée par l'entrée en vigueur du Statut de Rome, la répression des crimes contre l'humanité devient une opération complexe. Comme le souligne le professeur Geneviève Giudicelli-Delage, en l'espèce,

« cette incomplétude [au sens du droit de Rome] est tout à fois celle de la justice nationale, puisque l'action de la justice internationale suppose la défaillance de la première et celle de la justice internationale, qui ne bénéficie que d'une simple subsidiarité (...) sa vocation à être un substitut »¹²⁹³.

¹²⁹⁰ La logique de la primauté correspond au modèle de justice pénale mis en œuvre au lendemain de la seconde guerre mondiale pour les tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo, puis repris à l'occasion des TPI ad hoc de l'ONU créés pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.

¹²⁹¹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Poursuivre et juger selon « les intérêts de la justice ». Complémentarité ou/et primauté », *op.cit.*, p. 475.

¹²⁹² X. TRACOL, « Le rôle du procureur du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *Rev. sc. crim.*, 2007, pp. 401 ss. Le même constat peut être fait s'agissant du TPIR.

¹²⁹³ G. GIUDICELLI-DELAGE, *op.cit.*, p. 476.

Mais l'idée renvoie aussi, en raison de cette dualité, à une action à double sens.

« La juridiction internationale et les juridictions nationales sont mutuellement le complément l'une de l'autre. En se substituant, la juridiction internationale empêche que les défaillances nationales ne mettent à néant l'œuvre de justice. En exerçant leur compétence, les juridictions nationales, ou certaines d'entre elles, permettent à la juridiction internationale, de jouer son rôle de substitut qu'elle ne pourrait pas efficacement tenir si toutes les juridictions nationales étaient défaillantes »¹²⁹⁴.

Approfondissant l'analyse, elle souligne d'abord que la complémentarité n'a pas seulement une dimension verticale (complémentarité entre niveaux national et international) mais qu'elle a aussi une dimension horizontale¹²⁹⁵. L'auteur relève pertinemment que « derrière l'étiquette « complémentarité », peut se cacher une primauté de fait de la juridiction internationale. Devant l'inaction totale ou quasi-totale des Etats, la seule juridiction susceptible d'agir ou d'en avoir envie devient la juridiction internationale »¹²⁹⁶.

285. Face aux défaillances de la technique de la primauté et compte tenu des dérives potentielles de la complémentarité, le professeur Geneviève Giudicelli-Delage suggère dans le second mouvement de sa réflexion, l'idée que la technique juridique à mettre en œuvre pour juger les crimes contre l'humanité doit nécessairement faire appel à une « *articulation des compétences* »¹²⁹⁷. Elle estime par là que, la recherche d'une théorie répressive des crimes contre l'humanité doit se faire selon une logique de combinaison d'éléments différents : combinaison entre l'universalisme et le relativisme dans la mesure où, rendre justice au nom de l'humanité c'est, écrit-elle, aller vers une « *communauté judiciaire transculturelle* »¹²⁹⁸. Dans ce sens, Tzvetan Todorov souligne que, « la valeur éducative du procès est plus grande lorsqu'il se déroule dans le pays de celui qu'on juge, en facilitant l'identification du public avec l'accusé et en rendant possible le travail de transformation intérieure », puisque poursuit-il, « les procès qui se déroulent loin des concernés et sans l'adhésion de la population, ne lui donnent aucune leçon et bien au contraire confirme [la victime] dans son rôle,

¹²⁹⁴ *Ibid.*

¹²⁹⁵ La dimension horizontale de la complémentarité renvoie à la complémentarité entre les nations. Dans ce sens, la possibilité d'une compétence universelle même modérée par la condition de la présence de l'auteur sur le territoire de l'Etat qui exercerait sa compétence constitue un nouveau complément et une nouvelle subsidiarité (jouant selon une règle identique : priorité est donnée à la justice nationale territorialement compétente si elle remplit ses devoirs internationaux).

¹²⁹⁶ G. GIUDICELLI-DELAGE, *op.cit.*, p. 478.

¹²⁹⁷ *Ibid.*, p. 479, nous soulignons.

¹²⁹⁸ *Ibid.*, p. 473. Ce même point de vue avait déjà été exprimé par le professeur Mireille Delmas-Marty, cf. « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *op.cit.*, nous soulignons.

Deuxième partie

La dualité de la logique répressive de l'incrimination internationale internalisée

symboliquement gratifiant, de victime de l'injustice »¹²⁹⁹. Donc, écrit à nouveau le professeur Geneviève Giudicelli-Delage c'est,

« *au confluent* de l'individuel général (tout homme) et du collectif particulier (un groupe d'hommes en un certain lieu) que des pistes de réflexion [de la répression du crime contre l'humanité] sont peut-être à rechercher »¹³⁰⁰.

Cette logique a déjà gagné le droit positif. A côté du modèle « national pur », et du modèle « international exclusif », le droit développe une troisième voie, une voie intermédiaire qualifiée de modèle mixte ou modèle internationalisé¹³⁰¹. Le caractère mixte ou la dimension internationalisée tient à l'idée que la justice pénale reste localisée sur le territoire de l'Etat (pour tenir compte du relativisme), mais associe des juges étrangers qu'on appelle juges internationaux (pour tenir compte de l'universalisme) ce qui lui donne une dimension hybride. Tel est le cas notamment de la loi des 11 et 23 juillet 2001 adoptée à l'unanimité par les deux chambres du parlement cambodgien « *portant établissement de chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens, chargées de traduire en justice les personnes responsables de crimes commis pendant la période de Kampuchea Démocratique* »¹³⁰². Tel est le cas également, du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone dont l'article 5 est particulièrement révélateur de son caractère hybride¹³⁰³.

286. *En combinant les deux philosophies pénales individuelle et collective évoquées par les auteurs au sujet de la répression des crimes contre l'humanité avec la tendance du droit positif orientée vers la recherche d'une communauté judiciaire transculturelle, il y a, sur le plan normatif, une dynamique forte à la renaissance du pluralisme juridique et judiciaire dans le champ pénal contemporain lorsqu'il s'agit de juger les crimes contre l'humanité. Une dynamique commandée par la force normative d'un paradigme juridique émergent à savoir le paradigme du crime contre l'humanité. En effet, face à la question de savoir comment les*

¹²⁹⁹ TZVETAN TODOROV, « Les limites de la justice », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op.cit., p. 49.

¹³⁰⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, op.cit., p. 484, nous soulignons.

¹³⁰¹ Pour une étude détaillée de ce modèle, cf. J.-M. SOREL, « Introduction », in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et J.-M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées. (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, op.cit.

¹³⁰² Pour une étude détaillée de cette loi, cf. D. BOYLE, « Une juridiction hybride chargée de juger les khmers rouges », *Revue Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, disponible en ligne, www.droits-fondamentaux.org, consulté le 5 avril 2012. Pour analyse de ce modèle spécifique, cf. D. BOYLE, « Quelle justice pour les khmers rouges ? », *Rev. trim. dr. h.*, n°40, 1999, pp. 773-820.

¹³⁰³ Aux termes de cet article 5, « Le Tribunal spécial sera habilité à juger les personnes accusés d'avoir commis les crimes ci-après au regard du droit sierra-léonais : a) sévices à l'encontre de fillettes [loi de 1926 relative à la prévention de la cruauté à l'encontre de l'enfance (chap. 31)] : i) sévices à l'encontre de fillettes de moins de 13 ans en violation de l'article 6 ; ii) sévices en l'encontre de fillettes âgées de 13 ans ou 14 ans en violation de l'article 7 ; iii) enlèvement de fillettes à des fins immorales en violation de l'article 12 ; b) destruction gratuite de biens (loi relative aux dommages volontaires de 1861) : i) incendie de maisons alors qu'une personne quelconque s'y trouve en violation de l'article 2 ; ii) incendies d'édifices publics ou autres en violation des articles 5 et 6 ; iii)- incendies d'autres édifices en violation de l'article 6 ».

Deuxième partie

La dualité de la logique répressive de l'incrimination internationale internalisée

systèmes pénaux nationaux participent à la construction d'une théorie de la répression des crimes contre l'humanité, l'idée découlant de la prise en compte de l'émergence d'un nouveau paradigme juridique appelle à l'exclusion de toute solution univoque, à l'exclusion de tout monisme juridique et plus encore à l'exclusion de *l'épistémè kelsenien*. Aucun système pénal ne peut, à lui seul, comme nous l'avons vu s'agissant de la détermination de l'incrimination (dans la première partie), servir à faire entrer l'humanité dans le champ juridique, c'est-à-dire, à juger au nom de l'humanité. Cette tendance, qui provient de l'observation globale des dynamiques positives et évolutives du droit de la répression des infractions internationales, s'inscrit dans le mouvement de la problématique générale de notre réflexion visant à substituer l'hybridation des normes à la pureté des systèmes, substitution qui s'opère par le passage des hiérarchies normatives « strictes » aux formes de hiérarchie « complémentaire ».

En clair, une analyse de la répression des crimes contre l'humanité par les systèmes pénaux africains révèle qu'un mouvement de dépassement du paradigme classique de « l'étatisation » de la justice pénale¹³⁰⁴ ouvre ses systèmes à la pénétration d'un nouveau paradigme dit de « désétatisation » du droit pénal et donc de pluralisme juridique dès lors que cette répression semble se développer selon deux logiques répressives distinctes. Une première logique répressive focalisée sur l'auteur de l'acte qualifié crime contre l'humanité participe à certains égards à l'universalisation d'un nouveau « *ius puniendi* » (**Titre 1**). Une seconde logique répressive davantage portée vers l'acte de l'auteur tend à ressusciter une certaine rationalité pénale africaine perdue avec les indépendances (**Titre 2**). Deux logiques répressives distinctes certes, mais deux logiques répressives complémentaires qui se combinent pour donner au système pénal africain l'image d'un système normatif hybride dont l'unité indispensable est à rechercher dans la réalité du pluralisme des ordres et des normes qui les composent, c'est-à-dire à travers l'analyse des phénomènes d'internormativité.

¹³⁰⁴ Sur les analyses portant sur les changements affectant de la justice pénale, Cf. J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Paris, Gallimard, coll. « Folio », 2006 ; Ph. ROBERT et C. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980. Sur d'autres aspects des rapports entre la justice pénale et la répression en générale, nous renvoyons notamment à H. DUMONT, *Pénologie. Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences*, Montréal, Thémis, 1993 ; B. BOULOC, *Pénologie*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 1998.

Titre 3 :

**L’AFFIRMATION DE LA LOGIQUE REPRESSIVE AXEE SUR
L’AUTEUR DE L’ACTE ET L’UNIVERSALISATION D’UN
« NOUVEAU » *IUS PUNIENDI*.**

Titre 3.

L'affirmation constante de la logique reprise axer l'auteur de l'acte et l'universalisation d'un nouveau « ins prumiendi »

« Face aux crimes internationaux, il s'agit moins de restaurer un ordre mondial qui n'existe pas, que de contribuer à l'instauration d'un ordre futur qui se cherche encore », A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 3.

287. Le paradigme du crime contre l'humanité place les systèmes pénaux nationaux au cœur de la dynamique d'instauration d'un futur ordre public international. Cet ordre n'existe pas encore puisque le paradigme est lui-même émergent. Non seulement ce paradigme pourrait tendre à faire du droit pénal, comme l'a parfaitement décrit le professeur Mireille Delmas-Marty, l'éthique de la mondialisation¹³⁰⁵, mais déjà, il permet de déterminer des principes, des solutions érigées en modèle et des processus qui participent à la formation de ce futur ordre public international. A travers ce paradigme,

« les normes pénales s'internationalisent, la compétence du juge pénal national s'étend au-delà du territoire national (...) [il] se met en place une justice pénale internationale (CPI), première véritable juridiction mondiale permanente »¹³⁰⁶.

Au-delà du niveau national, se superpose ainsi un niveau supranational de définition de la politique criminelle : le territoire n'est plus sanctuaire, la souveraineté est de plus en plus partagée¹³⁰⁷ et les frontières ne sont plus indépassables. L'ensemble de ce mouvement fonde une logique répressive dont l'objectif tend vers l'instauration d'un nouvel ordre public international. Cette logique répressive, alimentée par l'expérience juridique occidentale¹³⁰⁸, semble substituer la logique de la force et du pouvoir à la logique de la paix et du droit¹³⁰⁹.

¹³⁰⁵ M. DELMAS-MARTY, « Droit pénal et mondialisation », in *Champ pénal*, *op. cit.*

¹³⁰⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹³⁰⁷ M. DELMAS-MARTY, « Tribunaux internationaux et mondialisation », in E. FRONZA et S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc.*, *op. cit.*, p. 268.

¹³⁰⁸ L'idée de justice pénale internationale est née en Europe. L'apport des philosophes des Lumières, aussi bien dans la formulation universaliste des droits de l'homme que dans l'idée d'un ordre universel du droit, puis l'action des responsables politiques, tel que Roosevelt, ou de juriste comme Raphael Lemkin (auteur de la notion de génocide) l'enracine dans le monde occidental.

¹³⁰⁹ Comme l'écrit le professeur Mireille Delmas-Marty, *Ibid.* (pp. 273-274), « On constate en effet qu'aujourd'hui la répression pénale de crimes internationaux tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture, les crimes de guerre, le terrorisme international a pris un essor remarquable. Il y a une vingtaine d'années, nul n'aurait considéré possible qu'un chef d'Etat en exercice comme Slobodan Milosevic soit incriminé et, une fois destitué, traduit en justice devant un tribunal pénal international (TPIY), ou qu'un autre tribunal pénal international, celui pour le Rwanda (TPIR), puisse juger et condamner un ancien chef de Gouvernement, Jean Kambanda (condamné en 1998 à perpétuité) et détenir dans une prison des Nations Unies, en attente de procès, onze anciens ministres ». Au constat de cette révolution, l'on pourrait citer la délivrance en 2009 d'un mandat d'arrêt contre un chef d'Etat en exercice, Omar El Beshir, président du Soudan, par la Cour pénale internationale.

Titre 3.

L'affirmation constante de la logique reprise axiome l'auteur de l'acte et l'universalisation d'un nouveau « ins prumiendi »

Elle participe d'une morale du devoir en ce sens qu'elle proscriit certains comportements au lieu d'en prescrire¹³¹⁰.

Compte tenu du fait que la formation de cet ordre public international postule une désétatisation du droit pénal, il devient intéressant de chercher à savoir comment cette logique répressive sera-t-elle mise en œuvre ? Quelle sera l'autorité compétente ? Même si l'on part de la proposition faite par le rapport de la CDI, D. Thiam, en 1991 aux termes de laquelle, « l'action pénale, pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, [l'action publique d'établissement d'un ordre public international] est exercée par l'Etat »¹³¹¹, il demeurerait la question posée par Anne-Laure Vauris Chaumette, de savoir quel Etat *ut singuli* pouvait agir en faveur d'un ordre public international ? Si l'on reprend les débats autour de cette question en la limitant dans la seule perspective du Statut de Rome, quatre hypothèses avaient été envisagées.

288. La première proposition visait à limiter la saisine de la CPI aux Etats parties qui avaient accepté la juridiction de la Cour sur le crime en question¹³¹². La seconde proposition visait à considérer que pour les affaires telles que le génocide, seuls les Etats à la fois parties à la Convention de 1948 et au Statut de Rome, pouvaient renvoyer à la Cour une telle infraction¹³¹³. La troisième proposition visait à considérer que la saisine de la Cour soit limitée aux Etats intéressés : « '[I]nterested' states would include those whose territory was a locus of the crimes in question, or whose nationals were victims or perpetrators, or those

¹³¹⁰ Cf. A. FAGOT-LARGEAULT, « Sur quoi fonder philosophiquement un universalisme juridique ? », A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales, op.cit.*, pp. 85-94.

¹³¹¹ Cette proposition figurait dans le Rapport de la CDI sur les travaux de sa 43^{ème} session, A/46/10, *Ann. CDI*, 1991, vol. II, 2^{ème} partie, p. 94 para. 141.

¹³¹² Cette thèse fut très vite écartée et ne figurait pas dans le document de travail du Bureau relatif au chapitre II. Compétence, recevabilité et droit applicable, 7 juillet 1998, A/CN.4/464/Add.1, para. 127.

¹³¹³ L'article 25, paragraphe 1, du projet de la CDI se disait comme suit : « Tout Etat partie qui est également partie contractante à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 peut déposer une plainte auprès du Procureur en alléguant qu'un crime de génocide paraît avoir été commis ». Repris dans le Rapport du Comité ad hoc pour la création d'une Cour criminelle internationale 1995, A. G. Doc. off., 50^{ème} session, Suppl. n°22, A/50/22, p. 26, para. 113 ; et dans « Tout Etat partie qui est également Partie contractante à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 et tout Etat Partie peut déposer une plainte auprès du Procureur :

- en alléguant qu'un crime paraît avoir été commis ;
- en indiquant que des actes constitutifs de crimes visés à l'article 1 paraissent avoir été commis ;
- en alléguant qu'un tel crime paraît avoir été commis et en priant le Procureur d'enquêter sur cette situation aux fins d'établir si une ou plusieurs personnes devraient être inculpées nommément de ce crime »,

Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, vol. II, 13 septembre 1996, A. G. Doc. off., 51^{ème} session, Suppl. n°22 A/51/22, p. 112.

Titre 3.

L'affirmation constante de la logique reprise axiome l'auteur de l'acte et l'universalisation d'un nouveau « ins prumiendi »

states with custody over particular perpetrators »¹³¹⁴. La quatrième proposition visait à restreindre la saisine de la Cour à un groupe d'Etats parties et non seulement à un Etat seul. Deux modalités étaient envisagées : soit « le consentement d'un groupe d'Etats dont l'importance serait proportionnelle au nombre des Etats ayant accepté la juridiction de la Cour devrait être obtenu avant que le Procureur n'ouvre une enquête », soit il fallait exiger « qu'au moins un autre Etat partie accepte la compétence de la Cour en vertu de l'article 22 en ce qui concerne le même crime se joigne à la plainte et que les deux Etats affirment partager l'opinion que le crime est des plus graves et intéresse la communauté internationale dans son ensemble »¹³¹⁵.

Les deux premières propositions furent abandonnées suite à l'adoption de l'article 12, paragraphe 1, du Statut de Rome qui établit que l'Etat partie au Statut accepte *ipso facto* la juridiction de la Cour pour les crimes relevant de sa compétence. La troisième ne fut pas retenue car tous les Etats parties sont par définition « intéressés » étant donné que les crimes en question sont définis comme des atteintes graves au droit international. Finalement, le Statut de Rome a retenu que seuls les *Etats parties* peuvent saisir le Procureur et que *tous les Etats* y sont habilités selon une lecture combinée des articles 12 et 13 du Statut¹³¹⁶. En somme, il apparaît que ce sont les Etats qui peuvent agir pour la formation d'un ordre public international.

289. Cependant, du point de vue de l'option juridique, le nouvel ordre public international se détache du monisme juridique « statocentré ». L'universalité de l'obligation de punir qu'il prévoit est un universalisme pluriel. En reconnaissant sa validité, les systèmes

¹³¹⁴ P. KIRSCH, D. ROBINSON, « Referral by states parties », in A. CASSESE, P. GAETA et J.R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, op.cit. p. 622. Cette proposition était ainsi formulée, « Tout Etat partie qui accepte la juridiction de la Cour pour un crime en vertu de l'article 22 si le crime relève de sa compétence, ou si la victime du crime alléguée est ou était un ressortissant, peut déposer une plainte par écrit auprès du Procureur :

- en alléguant qu'un crime paraît avoir été commis ;
- en indiquant que des actes constitutifs de crimes visés à l'article 20 paraissent avoir été commis ;
- en alléguant qu'un tel crime paraît avoir été commis et en priant le Procureur d'enquêter sur cette situation aux fins d'établir si une ou plusieurs personnes devraient être inculpées nommément de ce crime »,

Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle internationale, *op. cit.*

¹³¹⁵ *Ibid.*

¹³¹⁶ Une lecture combinée des articles 12 et 13 du Statut révèle qu'il existe trois mécanismes distincts de saisine de la cour :

- 1) la saisine par un Etat (Etat partie c'est le cas de la situation en RDC notamment, ou Etat tiers ayant fait une déclaration d'acceptation ou de reconnaissance de la compétence de la Cour, c'est le cas de la situation en République de Côte d'Ivoire) ;
- 2) la saisine par le Conseil de Sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies c'est le cas de la situation s'agissant de la République du Soudan ou en Lybie ;
- 3) la saisine par la mise en œuvre du pouvoir *proprio motu* du Procureur, c'est le cas actuellement de la situation en République du Kenya.

Titre 3.

L'affirmation constante de la logique reprise axéner l'auteur de l'acte et l'universalisation d'un nouveau « ins prumiendi''

pénaux nationaux, donc les Etats, s'ouvrent au pluralisme juridique ou, plus précisément, au pluralisme judiciaire qui se caractérise par une interaction entre les composantes du système. En effet, le pluralisme judiciaire auquel s'ouvrent les systèmes pénaux nationaux est un pluralisme qui tente de réaliser un universalisme cosmopolitique, au sens du *cosmopolitisme stoïcien* qui fait de l'homme à la fois un citoyen d'Etat et un citoyen du monde. Le préambule du Statut de la Cour pénale internationale s'ouvre sur l'affirmation à la fois d'une appartenance des Etats à une communauté de valeurs, en évoquant « les liens étroits entre qui unissent » tous les peuples ainsi que les « atrocités qui heurtent la conscience humaine » ». Mais, il souligne aussi l'appartenance à une diversité de cultures qu'il s'agit de protéger en tant que « patrimoine commun » et avec le souci d'empêcher « que cette mosaïque délicate puisse être brisée ». Le pluralisme n'est donc pas évacué mais, au contraire, il est affirmé comme essentiel à la conception universaliste qui porte le projet de justice internationale et que tente de concrétiser l'érection d'un ordre public international.

Il ressort de ceci que si les Etats sont seuls habilités à susciter la mise en œuvre de la logique répressive instauratrice d'un nouvel ordre public international, il convient de relever qu'ils ne peuvent le faire de manière directe. Leur action est nécessairement une action indirecte. En effet, le recours des Etats à la nouvelle logique répressive a un fondement et une modalité. Le fondement est la reconnaissance de l'émergence d'une norme internationale d'attribution de la responsabilité pénale (**Chapitre 5**) et la technique l'articulation des compétences à l'aune de la complémentarité (**Chapitre 6**).

Chapitre 5

**LA SYSTEMATISATION D'UN CONCEPT DE RESPONSABILITE PENALE
INTERNATIONALE.**

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

« J'ai eu le malheur d'être mêlé à ces horreurs, mais celles-ci ne furent pas le fruit de ma volonté. Je n'ai pas eu l'intention de tuer des hommes. Seuls, les dirigeants politiques sont responsables de ces crimes de cet assassinat collectif », **Témoignage Adolf-Otto Eichmann, Texte officiel du Jugement du Tribunal régional de Jérusalem, Dossier pénal 40/61, traduction française, p. 244.**

290. L'instauration d'un nouvel ordre public international est l'objectif que tente de réaliser les phénomènes qui se produisent sous le paradigme du crime contre l'humanité, parmi lesquels l'on peut citer le développement de la dynamique de criminalisation de la société internationale. Mais à la différence de l'ordre public interne qui existe déjà et dont le droit pénal sert d'instrument de protection, l'ordre public international n'existe pas encore et la criminalisation du monde vise donc à le créer. Pour ce faire, de nouveaux concepts émergent comme *le concept de la responsabilité pénale internationale*. Comme pour tout nouveau concept juridique, des interrogations existent sur la détermination des vecteurs de son émergence.

D'emblée, on sait qu'en droit, la responsabilité quelle que soit sa forme, est une obligation de répondre. Ce qui suppose qu'elle a toujours deux sujets : un sujet actif, le créancier, et un sujet passif, le débiteur. Cette idée de base qui n'est plus discutée en droit interne prend un relief particulier en droit international dans la mesure où le concept de responsabilité pénale internationale s'est construit autour de la notion de *crime internationale*. En effet, la prise en compte de la notion de crime dans l'ordre juridique international, du point de vue de la détermination de la responsabilité pénale, soulève de nombreuses questions techniques. Par exemple, au moyen de quelle action agir ? Celle-ci sera-t-elle réservée à la victime directe et immédiate de l'atteinte, comme dans le droit classique de la responsabilité ? Sera-t-elle au contraire constituée, comme en droit pénal interne, en véritable action publique internationale ? La prise en compte de la notion de crime international s'accompagne-t-elle d'un phénomène corollaire d'internationalisation de l'action publique ? L'internationalisation de l'action publique si elle est admise, permet-elle de poser la question qui va poursuivre les crimes internationaux et qui sera jugé pour violation d'une obligation que la communauté internationale dans son ensemble considère comme essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts fondamentaux ?

291. Comme il a été démontré, à l'origine de ces questions, l'Etat fut au centre de la réflexion. Sujet par excellence de l'ordre juridique internationale, la tentation première fut de diriger « l'action publique internationale » contre l'Etat et d'admettre que seul l'Etat était le

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

créancier des obligations internationales. Mais cette pensée, nourrie par le positivisme juridique dont l'apogée s'est réalisé au XIX^e siècle notamment avec Hegel, Hobbes, Bodin lesquels théorisent l'Etat comme réalisation de l'esprit dans le monde, et dans laquelle s'inscrit la conception *kelsénienne* de l'ordre juridique, a conduit à une confusion dommageable entre des concepts considérés comme hétérogènes. La responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite (**Section préliminaire**) et la responsabilité pénale¹³¹⁷.

Cependant en 1921, le tribunal de Lipse manqua de consacrer la première forme, certes embryonnaire, mais explicite, de l'incrimination de l'individu sur la scène internationale, c'est-à-dire d'orienter l'action publique pour crime international directement contre l'individu sans passer par le filtre de l'Etat ou des relations interétatiques¹³¹⁸. A la base de ce manquement il y avait la controverse portant sur la définition du concept de « sujet du droit international »¹³¹⁹, controverse relancée par la Cour internationale de Justice en 1949¹³²⁰

¹³¹⁷ G. MARINI, « La responsabilité pénale individuelle devant les juridictions pénales internationales : aspects introductifs », in E. FRONZA et S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des laws clinics en droit pénal international*, op.cit., p. 144.

¹³¹⁸ Sur les éléments relatifs à la position juridique de l'individu en droit international, l'on peut citer, la population, la nationalité ou encore condition des étrangers. Pour des analyses doctrinales, cf. A. VERDROS, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *R.C.A.D.I.*, t. 37, 1931, pp. 327-414 ; R. DONNER, *The regulation of nationality in international law*, 2^{ème} éd., Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1994. Pour une étude détaillée de cette question, cf. V. ALLABAN HONRUBIA, « La responsabilité internationale de l'individu », op.cit., pp. 147-159.

¹³¹⁹ La définition du concept de sujet du droit international est largement discutée en doctrine. Pour quelques illustrations, cf. M. SIOTTO PINTOR, « Les sujets du droit international autres que les Etats », *R.C.A.D.I.*, t. 41, 1932, pp. 245-360 ; C. BEREZOWSKI, « Les sujets non souverains du droit international », *Ibid.*, t. 65, 1938, pp. 1-85 ; C. Th. EUSTATHIADES, « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances », *Ibid.*, t. 84, 1953, pp. 397- 672 ; G. CANSACCHI, « Identité et continuité des sujets internationaux », *Ibid.*, t. 130, 1970, pp. 1-94 ; J. A. BARBERIS, « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *Ibid.*, t. 179, 1983, pp. 175-302 ; D. I. FELDMAN, « International personality », *Ibid.*, t. 191, 1985, pp. 343-414 ; B. TAXIL, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherches sur la personnalité juridique internationale*, Thèse, Paris 1- Panthéon Sorbonne, 2005. La Société Française de Droit International a également consacré un colloque sur le thème en 2005, *Le sujet en droit international*, Actes du colloque du Mans des 4-5 juin 2005, Paris, Pedone, 2005. Mais si l'on considère l'ensemble des critères de définition du concept de sujet du droit international dégagés par la doctrine internationaliste, trois grands courants peuvent être distingués. Pour les uns, est sujet du droit international, le destinataire direct de normes du droit international. Dans ce courant l'on retrouve notamment, M. SIOTTO PINTOR, « Les sujets du droit international autres que les Etats », op.cit., pp. 278-279 ; D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, LGDJ, 1999, p. 121 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, Domat, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2008, p. 316. Pour les autres, il faut en plus que le destinataire ait la capacité de créer les normes du droit international. On retrouve dans ce courant, très hostile à la considération de l'individu comme sujet du droit international, P. WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *R.C.A.D.I.*, t. 237, 1992, pp. 6-370, spec. p. 122 ; C. DOMINICE, « La personnalité juridique dans le système du droit des gens », in *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski : theory of international law at the threshold of 21st Century*, The Hague, Kluwer Law Intern, 1996, pp. 147-171, spec. 171 ; G. DISTEFANO, « Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *A.F.D.I.*, 2007, pp. 105-128, spec. 117. Pour le troisième courant enfin, certains auteurs qualifient de sujet de droit, le titulaire de droits et/ou d'obligations internationaux capables d'exercer les premiers et/ou d'assumer les seconds. On y retrouve, C. Th. EUSTATHIADES, « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances »,

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

et intensifiée par le caractère essentiellement évolutif du droit international¹³²¹. Mais la doctrine d'entre les deux guerres évolua. Vespasien Pella parvint à formuler la conception d'une responsabilité pénale étatique reliée à celle des individus¹³²². S'inscrivant dans le prolongement de cette formulation, un mouvement de mise en communication du pénal et de l'international s'ensuivit. Celle-ci se réalisa par le biais des procès des grands criminels de guerre de 1945, puis par le recours à technique des tribunaux pénaux internationaux. Le mouvement se consolide aujourd'hui avec la mise en place de la Cour pénale internationale. De là, un concept de *responsabilité pénale internationale* émerge dans le champ juridique contemporain. Envisagé sous l'angle de la force agissante du paradigme du crime contre l'humanité sur les systèmes pénaux nationaux, ce nouveau concept participe de l'ouverture desdits systèmes à une nouvelle norme pénale. L'analyse de cette norme, élément fondamental de *l'instauration* d'un ordre public international commande que son histoire soit retracée (**section I**) avant d'envisager ses éléments de sédimentation (**section II**).

Section préliminaire : La notion de « crime d'Etat » et l'attribution de la responsabilité pénale internationale.

292. La question de savoir s'il existe une responsabilité pénale qui découlerait de la commission d'un crime par l'Etat en droit international est largement discutée chez les internationalistes et le débat, pourrait-on dire, date de *Westphalie*¹³²³. Alors que des règles qui affirment, de façon satisfaisante, la responsabilité pénale des Etats de *iure condito* n'existent pas¹³²⁴, il convient de relever que les termes de la discussion tiennent à l'existence des règles

op.cit., p. 414 ; F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8^{ème} éd., 2006, p. 68 ; P.- M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2008, p. 28.

¹³²⁰ Dans son avis consultatif du 11 avril 1949 relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la haute juridiction internationale avait affirmé qu'un sujet du droit international a la « capacité d'être titulaire de droits et devoirs internationaux et [...] de se prévaloir de ses droits », *Rec.* 1949, p. 179.

¹³²¹ P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, p. 41. Pour une vue d'ensemble, détaillée et actualisée de cette problématique, nous renvoyons utilement à la thèse publiée de, A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?op.cit.*

¹³²² V. V. PELLA, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, *op. cit.*

¹³²³ Pour une présentation approfondie de la question, cf. autres les études déjà citées, S. GLASSER, *L'Etat en tant que personne morale est-il responsable ?*, *R.D.P.C.*, n°5, 1948-1949, pp. 425 ss ; K. MEREK, « Criminalizing state responsibility », *R.B.D.I.*, 1978-1979, p. 461 ; M. GOUNELLE, « Quelques remarques sur la notion de 'crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'Etat », in D. BARDONNET et al., *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuters*, Paris, Pedone, 1981, pp. 315-326 ; T. MERON « Is international law moving toward criminalization », *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, p. 22 ; M. SPINEDI, « La responsabilité de l'Etat pour 'crime' : une responsabilité pénale ? », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit pénal international*, *op.cit.*, pp. 93 ss.

¹³²⁴ Ce point de vue semble avoir été exprimé, de manière ambiguë par la CIJ dans un récent arrêt rendu le 26 février 2007 entre la Bosnie-Herzégovine et la République Fédérale de Yougoslavie (Serbie Monténégro). En

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

de *iure condendo* qui fournissent des indications controversées et dont l'expression la plus achevée est fournie par l'article 19 du projet de la C.D.I de 1996¹³²⁵. Mais la commission n'est pas l'inventeur de la notion de crime international de l'Etat¹³²⁶. Celle-ci est née dès après la première guerre mondiale. Soucieux d'améliorer le système du Pacte de la SDN, qui laissait subsister le recours à la force comme mode subsidiaire de règlement des différends, les Etats membres qualifient déjà la guerre d'agression de « crime international » dans le Protocole de Genève de 1924, puis dans la Résolution de l'Assemblée datant du 24 septembre 1927, avant même que le Pacte Briand-Kellog ne la déclare « hors la loi »¹³²⁷. Ce mouvement est soutenu à l'époque par l'Association internationale de droit pénal, qui demande à Bucarest en 1929 la création d'une juridiction criminelle internationale chargée d'établir et de sanctionner la responsabilité pénale des Etats et des personnes physiques en cas d'agression¹³²⁸. Après la seconde guerre mondiale, la répression par les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo des « crimes de guerre contre la paix et l'humanité » perpétrés par des individus agissant en qualité d'organes de l'Etat, manifeste l'importance exceptionnelle attribuée aujourd'hui par la communauté internationale au respect de certains types d'obligations. Sur ces principes est établie la Charte des Nation Unies dont les dispositions fourniront le cadre institutionnel et normatif à l'intérieur duquel seront élaborées les grandes conventions multilatérales

effet, la Bosnie a déposé le 20 mars 1993 une requête de la haute juridiction afin qu'elle dise et juge que le second violait les obligations qui découlaient de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948. Sur le fond donc, les juges internationaux devaient résoudre la question de la responsabilité d'un Etat (Serbie Monténégro) en matière de génocide en répondant à la question de savoir si un crime international pouvait être imputable à l'Etat sur le territoire duquel il se commettait. Après avoir repris la jurisprudence du TPIY pour établir les faits de génocide commis, la Cour internationale de Justice, contrairement à une certaine opinion, a clairement distingué entre la responsabilité internationale et la responsabilité pénale. En restant fidèle à la position qui avait été la sienne en 1986, elle considère qu'il n'appartient pas au TPIY de se prononcer sur la responsabilité des Etats, mais bien sur la responsabilité pénale des individus. Affirmant sa compétence en matière de droit international général, elle a d'ailleurs reproché au TPIY de traiter des questions relatives à la responsabilité internationale alors que leur réponse n'est pas « nécessaire au jugement des affaires pénales qui lui sont soumises » (para. 403). Pour plus de détails, voir, A.-L. TEANI, « L'arrêt de la Cour internationale de justice du 26 février 2007. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ? », *op.cit.*

¹³²⁵ L'article 19 du projet de la CDI est aujourd'hui présenté comme constituant l'un des apports les plus novateurs d'un projet remarquable aussi bien par les options doctrinales qu'il retient pour systématiser la coutume, que par la détermination avec laquelle il tire les conséquences des tendances et des transformations affectant aujourd'hui le droit de la responsabilité. Cf. sur ce point de vue, Y. DAUDET, « Travaux de la Commission du droit international », *A.F.D.I.*, 1976, pp. 397-401.

¹³²⁶ Pour une présentation des antécédents doctrinaux et idéologiques de la notion de « crime d'Etat », voir, Rapport de la C.D.I. sur les travaux de sa vingt-huitième session, Ass. Gen. Doc. off. 31^e session, suppl. n° 10 (A/31/10) pp. 224-258 ; *A.C.D.I.*, 1976, II, I, pp. 56 ss.

¹³²⁷ Sur le Pacte, cf. A. MANDEL-STAM, « L'interprétation du Pacte Briand-Kellog par les gouvernements et les parlements des Etats signataires », *R.G.D.I.P.*, 1933, pp. 537 ss.

¹³²⁸ V. V. PELLA, « Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix », *R.G.D.I.P.*, 1947, pp. 1ss.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

organisant la « prévention et la répression du crime de génocide » ou « d'apartheid »¹³²⁹. Donc en réalité, l'initiative de la CDI se borne à prendre acte des tendances contemporaines. Ce qui conduit à rechercher l'origine du débat (§1) en même temps que les pistes de sortie du débat (§2).

§1- Porte d'entrée au débat : proposition d'une dualité de régime au sein de la responsabilité internationale de l'Etat.

293. On sait qu'il a toujours existé un régime de responsabilité internationale de l'Etat pour violation des obligations du droit internationale. On sait aussi que cette responsabilité, si l'on cherche à la qualifier, n'a jamais été de nature pénale. Pas que l'Etat, en tant que personne morale, ne peut commettre d'infraction : cette question n'est plus discutée, la quasi-totalité des systèmes pénaux à travers le monde, sinon tous, reconnaissent le principe de la responsabilité pénale des personnes morales¹³³⁰. Mais simplement que d'une part, la violation d'« une obligation ou une interdiction n'est une infraction [et ne donne droit à une responsabilité pénale] que si elle est édictée sous la menace d'une peine »¹³³¹ et d'autre part, des règles qui affirment, de façon satisfaisante, la responsabilité pénale des Etats de *iure condito* n'existent pas¹³³². En effet, le fondement de la responsabilité internationale de l'Etat était le fait internationalement illicite. Et ce fait internationalement illicite, qualifié « délit

¹³²⁹ Pour une analyse plus détaillée de cette évolution, cf. P.-M. DUPUY, « Action publique et crime international de l'Etat : à propos de l'article 19 du projet de la commission du droit international sur la responsabilité des Etats », *A.F.D.I.*, vol. 25, 1979, pp. 539-554.

¹³³⁰ Pour une analyse détaillée et comparée de la question avec une ancre sur le droit camerounais Cf. G. NTONO TSIMI, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais. Des dispositions spéciales vers un énoncé général ? », *Arch. pol. crim.*, n°33, 2011, pp. 223-244.

¹³³¹ F. DESPORTES et F. LEGUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 10.

¹³³² Ce point de vue semble avoir été exprimé, de manière ambiguë certes, par la CIJ dans un récent arrêt rendu le 26 février 2007 entre la Bosnie-Herzégovine et la République Fédérale de Yougoslavie (Serbie Monténégro). En effet, le premier a déposé le 20 mars 1993 une requête de la haute juridiction afin qu'elle dise et juge que le second violait les obligations qui découlaient de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948. Sur le fond donc, les juges internationaux devaient résoudre la question de la responsabilité d'un Etat (Serbie Monténégro) en matière de génocide en répondant à la question de savoir si un crime international pouvait être imputable à l'Etat sur le territoire duquel il se commettait. Après avoir repris la jurisprudence du TPIY pour établir les faits de génocide commis, la Cour internationale de Justice, contrairement à certaine opinion, distingue clairement entre la responsabilité internationale et la responsabilité pénale. En restant fidèle à sa position qui avait été la sienne en 1986, elle considère qu'il n'appartient pas au TPIY de se prononcer sur la responsabilité des Etats, mais bien sur la responsabilité pénale des individus. Affirmant sa compétence en matière de droit international général, elle d'ailleurs au TPIY de traiter des questions relatives à la responsabilité internationale alors que leur réponse n'est pas « nécessaire au jugement des affaires pénales qui lui sont soumises » (para. 403). Pour plus de détails, voir, A.-L. TEANI, « L'arrêt de la Cour internationale de justice du 26 février 2007. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ? », *op.cit.*

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

international »¹³³³, était considéré par les auteurs comme définissant un régime élémentaire de la responsabilité internationale de l'Etat¹³³⁴.

Ainsi apparue la nécessité d'aggraver la responsabilité internationale de l'Etat. Nécessité qui, sur le plan normatif, devait conduire à une dualité du régime de la responsabilité internationale de l'Etat : distinction entre un régime « ordinaire » de la responsabilité de l'Etat (responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite) et un régime majeur de la responsabilité internationale de l'Etat fondé sur la violation des obligations de *jus cogens*, c'est-à-dire ceux que la communauté internationale considère comme essentielles¹³³⁵. Pour y parvenir, il fallait trouver un second fondement à la responsabilité de l'Etat distinct du « délit » ou du « fait international illicite ». L'alinéa 2 de l'article 19 du projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat de 1976 adopté en 1996 a esquissé ce second fondement. Ce texte disposait en effet que,

« [L]e fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat d'une obligation si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par cette communauté dans son ensemble constitue *un crime international* »¹³³⁶.

Le projet adopté en 1996 entendait fonder la dualité du régime de la responsabilité de l'Etat sur la distinction entre « délit » et « crime » en droit international c'est-à-dire sur l'idée que lorsque l'Etat enfreint certaines obligations internationales, qualifiées d'obligations envers la communauté internationale, il endosse une responsabilité plus lourde et plus sévère que la responsabilité engagée par la violation des autres obligations internationales. L'article 52 disposait que,

« [L]orsqu'un fait internationalement illicite commis par un Etat est un *crime international* ;

¹³³³ Lire sur ce sujet R. AGO, « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 068, 1939, pp. 415-554.

¹³³⁴ Cf. L. CONDORELLI, « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solution classique et nouvelles tendances », *R.C.A.D.I.*, vol. 189, 1984, 221 p ; P.-M. DUPUY, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *R.C.A.D.I.*, vo. 188, 1984, pp 1-33

¹³³⁵ Cf. J. CRAWFORD, P. BODEAU et J. PEEL, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats par la Commission de droit international : évolutions ou bouleversements ? », *op.cit.*

¹³³⁶ Lire à ce sujet, V. STARACE., « La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale », *R.C.A.D.I.*, vol. 153, 1976, pp.263 – 318. La légitimité et l'utilité d'une spécificité de la distinction entre le 'crime' et le 'délit' international est aujourd'hui acquise. Même s'il n'existe pas encore à proprement parlé un double régime de la responsabilité de l'Etat en droit international en fonction de la nature de la violation et surtout de l'obligation violée, plusieurs auteurs continuent de mettre en exergue l'existence incontestable des fragments de spécificité de la responsabilité de l'Etat pour des manquements graves au droit international et qu'ils ne cessent de tracer les fils conducteurs. Lire particulièrement, P. ALLOTT, « State responsibility and the unmaking of international law », *Harvard International Law Journal*, vol. 29, n. 1, 1988, pp.1-26; E. LAMBERT ABDELGAWAD, « La spécificité des réparations pour crimes internationaux », in C. TOMUSCHAT et J.-M. THOUVENIN (dir.), *The Fundamental rules of international legal order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Liden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp.167-201

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

- a) le droit d'un Etat lésé à obtenir la restitution en nature n'est pas soumis aux limitations énoncées aux aliéna c) et d) de l'article 43 ;
- b) le droit d'un Etat lésé à obtenir satisfaction n'est pas soumis à la restriction prévue au paragraphe 3 de l'article 45 ».

Cette logique normative, qui procède par une distinction entre « délit » et « crime »¹³³⁷ pour fonder la responsabilité de l'Etat sans pourtant se confondre avec la théorie des crimes et des délits en droit international¹³³⁸, a suscité une importante controverse. Pour certains, il était indéniable que la notion de crime d'Etat signifiait que l'Etat pouvait encourir une responsabilité pénale¹³³⁹. Et pour d'autres, il ne fallait pas nécessairement penser que la notion

¹³³⁷ Sur l'évolution du principe de la responsabilité étatique du XVI au XX^e siècle, cf. P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international- Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995, pp. 379-420 ; P.-M. DUPUY, « Infraction », in D. CARREAU et al. (dir.), *Encyclopédie juridique dalloz – Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, t. II, 1998, pp. 1ss ; §33-42. L'article en question innove en établissant une sorte de double type d'infraction étatique : l'infraction délictuelle, catégorie large et l'infraction criminelle, catégorie étroite. Il constitue l'aboutissement d'une certaine pensée internationale qui s'est appliqué à l'analyse du problème du traitement juridique de la guerre entendue stricto sensu comme emploi de la force armée. Sur la guerre comme point de départ de la « criminalisation » des rapports internationaux, cf. J. VERHOEVEN, « vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *A.F.D.I.*, vol. XLV, 1999, p. 57. Dans cette perspective, l'idée d'une responsabilité pénale de l'Etat était liée à l'hypothèse d'une « criminalité collective ».

¹³³⁸ Sur les nouvelles catégories juridiques résultantes du rapprochement des concepts de délit et de droit international, voir, Q. SALDANA, « La justice pénale internationale », *R.C.A.D.I.*, vol.010, 1926, pp.223-429. L'auteur distingue notamment le délit de droit international, le délit contre le droit international et délit intéressant le droit international. Il écrit en effet que « [Les] délits de droit international [qu'il qualifie encore de] délits interétatiques, sont admis lorsqu'il y a violation, de la part d'un Etat, de l'ordre juridique international. (...) [Ce] délit suppose une action ou une omission contraire aux règles établies par le droit international positif, et qui lèse les intérêts d'un autre Etat » (p.292.) S'agissant des délits contre le droit international, selon l'auteur autrefois dits délits contre le droit des gens ou délits antinationaux, il par du fait que « sanction suprême des règles juridiques, le droit pénal est la garantie générale du droit, il conditionne l'efficacité de toutes les normes juridiques [pour affirmer que] les sanctions prises contre la piraterie et contre les attentats sur les souverains, représentants ou sujets étrangers, permettraient de déterminer la notion de délit contre le droit international qui comprendrait les violations violentes ou frauduleuses des règles et lois établies par le droit des gens ou droit international. » (p.293). Pour les délits intéressants le droit international qu'il qualifie encore de (délits internationaux), l'auteur les considère comme la catégorie la plus large de délits. « A la différence des deux premiers, ceux-ci ne sont que de délits de droit commun, mais qui présente un intérêt international. En dehors de toute considération de droit international, ils ont toujours été punis par la loi, ils ont toujours constitués de véritables « types légaux » ; le droit international en crise ou disparu, ils continueraient à être des délits. C'est eu égard à la façon dont ils sont exécutés qu'on les a dénommés délits internationaux. » (p.294). Concernant enfin les délits d'après le droit international ou encore (délits extranationaux), l'auteur les présentent comme des « infractions criminelles à des règles juridiques fréquemment oubliées dans les codes pénaux nationaux. Ceux-ci veillent à sauvegarder l'ordre juridique dans le territoire national. On y retrouve la piraterie, l'abordage maritime et aérien, tous les délits commis par ou contre le trafic aérien, ceux qui sont commis contre la sécurité des câbles-sous marins, par ou contre la télégraphie sans fil, le trafic de spiritueux dans la mer libre, etc. » (p.294).

¹³³⁹ Parmi les auteurs qui défendent la pertinence de la notion de « crime d'Etat », il convient de mentionner l'internationaliste français Alain Pellet dont les travaux sont assez révélateurs de sa position. Cf. « Can a state commit an crime ? Definitely, yes ! », *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, n. 2, pp.425-434 ; « The new draft articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for International Wrongful Acts : A requiem for States' Crimes ? », in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2001, pp. 55-79. Pour des articles en français, « Remarques sur une révolution inachevée – le projet d'articles de la C.D.I sur la responsabilité des Etats », *A.F.D.I.*, 1997, pp. 7-32 ; « La codification du droit de la responsabilité internationale – Tâtonnements et affrontements », in L. BOISSON DE CHAZOURNES et VGOWLLAND-DEBBAS (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Kluwer, 2001, pp. 285-304 ; « Le nouveau projet de la CDI sur la responsabilité de

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

de crime d'Etat inscrite dans le projet de la CDI impliquait ipso facto, la recherche d'un régime général des infractions internationales au sein duquel, la responsabilité pénale de l'Etat n'aurait été qu'un simple chapitre¹³⁴⁰.

En tout état de cause, à l'occasion de l'adoption de son projet définitif, le 21 mai 2001, désormais intitulé « *Responsabilité des Etats pour fait internationalement illicite* » et non plus « *Responsabilité de Etats* », la CDI fait totalement disparaître le mot « crime » du fameux article 19. Sous la direction du britannique Crawford, nouveau rapport spécial de la CDI depuis 1997, la dualité de la responsabilité internationale de l'Etat ne se fonde plus sur la distinction entre « fait internationalement illicite » qualifié « délit » et « fait internationalement illicite » qualifié « crime ». Cette évolution a constitué une piste de sortie d'un débat qui sans doute n'avait pas lieu d'être.

§2- Piste de sortie du débat : la nécessaire admission de la dualité du régime de la responsabilité internationale.

294. Pour sortir du débat sur l'existence ou non d'une responsabilité pénale de l'Etat en droit international, il faut partir de l'idée que les crimes internationaux créent un régime dual de responsabilité internationale. Une responsabilité internationale de l'Etat et une responsabilité pénale internationale de l'individu. La première, celle de l'Etat qui, au-delà de la vision conciliante du professeur Alain Pellet selon laquelle cette responsabilité internationale de l'Etat, « n'est ni civile, ni pénale mais tenant de l'une et de l'autre [...] présente des caractères propres »¹³⁴¹, n'obéit pas au mécanisme de l'imputabilité pénale. La seconde, celle de l'individu qui vise à identifier le véritable infracteur des normes protectrices de l'humanité. Cette dualité, qualifiée par un auteur de « dual responsibility paradigm » a été

l'Etat pour fait internationalement illicite – Requiem pour le crime ? », in *Man's Inhumanity to Man- Mélanges Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, pp. 654-681 ; « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Suite et fin ? », *A.F.D.I.*, 2002, vol 48, pp. 1-23 ; « Le crime international de l'Etat. Un phœnix juridique », in K. KOUFA (dir.), *The new international criminal law*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas Publications, « Thesaurus Acroasium », vol. XXXII, pp. 281-351. De manière générale sur les rapports entre le crime d'Etat et la responsabilité de l'Etat dans les travaux de la Commission, voir notamment, P-M DUPUY, « Droit des traités, codification et responsabilité internationale », *A.F.D.I.*, vol. 43, 1997, pp. 7-30 ; Y. DAUDET, « Travaux de la commission du Droit International », *A.F.D.I.*, vol. 40, 1994, pp. 575-596.

¹³⁴⁰ M. SPINEDI, « International crime of state – the legislative history », in J. H. H. WEILER, A. CASSESE, M. SPINEDI, *International crimes of state. A critical analysis of the I.C.L's draft article 19 on state responsibility*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1989, pp. 12 ss ; D. W. BOWETT, « Crimes of State and the 1996 report of the International Law Commission on State responsibility », *European Journal of International Law*, *op.cit.*, p. 163 ; J. BARBOZA, « State crimes : A Decaffeinated Coffe », in L. BOISSON DE CHAZOURNES et VGOWLLAND-DEBBAS (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, La Haye, Kluwer, 2001, pp. 357-375.

¹³⁴¹ Pour une analyse complète et détaillée de la question, cf. O. QUIRICO, *Réflexion sur le système du droit international pénal. La responsabilité « pénale » des Etats et des autres personnes morales par rapport à celle des personnes physiques en droit internationale*, Thèse, Université de Toulouse 1, 2005.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

clairement illustrée dans l'affaire *Bosnie Herzégovine c. Yougoslavie* relative à l'application de la Convention internationale sur la prévention et la répression du Génocide portée à la fois devant le TPIY (responsabilité pénale internationale des individus) et la CIJ (responsabilité internationale des Etats)¹³⁴².

Section 1. L'histoire du concept de responsabilité pénale internationale.

295. L'idée principale développée dans le présent chapitre est que la force normative du paradigme émergent du crime contre l'humanité a engendré le concept de responsabilité pénale internationale. A la fois distinct du régime de responsabilité pénale admis en droit interne et distant du régime de responsabilité international de l'Etat, comme il a été analysé supra, ce concept résulte d'un processus normatif qui situe le droit pénal entre droit de la guerre et droit international.

Au début, l'incrimination internationale de l'individu se référait à sa conduite lorsqu'il violait les lois et coutumes de guerre. Par conséquent, l'origine et le développement du concept de responsabilité pénale sont étroitement liés aux conflits armés et à leur réglementation juridique internationale¹³⁴³. L'antécédent le proche se trouve dans l'article 227 du Traité de Versailles du 28 juin 1919¹³⁴⁴, postérieur à la première guerre mondiale, dans lequel de façon expresse,

« les puissances alliées et associées mettent en accusation Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ».

¹³⁴² Cf. pour plus de détails, B. I. BONAFE, *The relationship between individual and state responsibility for international crimes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009; A. CASSESE, « On the use of criminal law notions in determining state responsibility for genocide », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 875-887; A. NOLLKAEMPER, « Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law », *International Criminal Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 615- 640; C. DOMINICE, « La question de la double responsabilité de l'Etat et de son agent », in E. YAKPO et T. BOUMEDRA (dir.), *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 143-157; M. KAMTO, « Responsabilité de l'Etat et de l'individu pour crime de génocide. Quels mécanismes de mise en œuvre », in K. BOUSTANY et D. DORMOY (dir.), *Génocide(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 487-511 ; H. GROS ESPIELL, « International responsibility of state and individual criminal responsibility in the international protection of human rights », in M. RAGAZZI (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 151-160; L. CONDORELLI « Responsabilité étatique et responsabilité individuelle pour violations graves du droit international humanitaire », L. C. VOHRAH et al. (dir.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in Honor of Antonio Cassese*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 211-219.

¹³⁴³ V. ALLABAN HONRUBIA, « La responsabilité internationale de l'individu », *op.cit.*, p. 172.

¹³⁴⁴ Cf. G. F. MARTENS, *Nouveau recueil général des traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, troisième série, t. XI, Leipzig, 1922, pp. 323 ss

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

Elles prévoient aussi la création d'un tribunal international chargé de juger d'après les « principes les plus élevés de politique entre les nations avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale internationale ». Malgré sa terminologie imprécise, ce texte configure les germes du concept de responsabilité pénale internationale¹³⁴⁵. Les articles 228 et 229 précisent encore davantage cette option. Ils reconnaissent le droit des puissances alliées et associées de « traduire devant leurs travaux militaires les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de guerre »¹³⁴⁶.

Eu égard à ces prémisses, le concept de responsabilité pénale internationale émerge grâce à la création des figures criminelles par la dynamique *ad hoc* de la justice pénale internationale¹³⁴⁷. Après la seconde guerre mondiale, les normes et la pratique furent conjuguées pour consolider le principe de la responsabilité pénale internationale de l'individu, notamment à travers le Statut et les arrêts du Tribunal de Nuremberg. Cette phase de l'évolution du principe constitue un moment fort à la fois du fondement du concept (§1) et de sa formulation juridique (§2).

§1- Le fondement juridique du concept de responsabilité pénale internationale.

Sur la question de savoir quelle est la raison substantielle qui justifie l'émergence du concept de responsabilité pénale internationale dans le champ juridique la réponse semble

¹³⁴⁵ Toutefois, D. THIAM, rapporteur spécial du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (doc. A/CN.4/364 du 18 mars 1983, para. 10 -11) soutient une opinion différente ; d'après lui l'article 227 du Traité de Versailles ne fait référence qu'à la responsabilité politique de l'empereur. Il déclare dans son premier rapport : « le débat qui surgit à propos de la responsabilité de l'ex-empereur Guillaume II eut lieu dans un contexte peu favorable. Malgré l'étude réalisée par les professeurs Larnaude et de Lapradelle, qui, à cette époque déjà, considéraient que la responsabilité des chefs d'Etat, et donc celle de l'ex-empereur, pouvait être engagée et soumise à une juridiction internationale, les auteurs du Traité de Versailles écartèrent la responsabilité juridique de l'ex-empereur. Finalement l'article 227 ne fait référence qu'à sa responsabilité politique... ».

¹³⁴⁶ La pratique internationale, néanmoins, ne confirme pas l'acceptation de ces dispositions. L'empereur, réfugié en Hollande ne sera pas jugé et le Gouvernement hollandais refusera de l'extrader. De même, l'article 228 ne sera pas appliqué étant donné le refus du Gouvernement allemand de livrer ses ressortissants

¹³⁴⁷ Sur la responsabilité pénale internationale des individus, cf. C. Th. EUSTATHIADES, C. Th. EUSTATHIADES, « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances », *op.cit.*, pp. 460-485. Pour une vue générale de l'apport des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et de la CPI, cf. K. AMBOS, Establishing an international criminal tribunal and an international criminal code : observations from an international criminal law viewpoint », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 519 ss ; J.- P. BAZELAIRE, T. CRETIN, *La justice pénale internationale. Son évolution, son avenir de Nuremberg à La Haye*, Paris, PUF, 2000, N. GIANARIS, « The new world order and the need for an international criminal court », *Fordham International Law Review*, vol. 16, 1992-1993, pp. 88 ss ; A. CASSESE, « The Statute of the international criminal court: some preliminary reflections », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 145 ss.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

tenir à la fois à la nature et au caractère de ladite responsabilité d'être internationale (A) et pénale (B).

A- Le fondement international de la responsabilité pénale internationale.

296. En abordant la question du fondement international de la responsabilité pénale internationale dans son cours dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, le professeur Victor Abellan Honrubia admet que la recherche consiste,

« à trouver le noyau normatif de droit international le plus adéquat pour y *intégrer systématiquement* la norme sur la responsabilité internationale de l'individu ; un noyau dans lequel la norme (...) trouverait son fondement juridique international ».

Pour le dire autrement, « il s'agit d'établir le *lien* entre la responsabilité internationale de l'individu et un contenu spécifique du droit international »¹³⁴⁸. En abordant ainsi la question, l'auteur semble admettre que la recherche du fondement d'une norme juridique ou d'une institution correspond au problème de son rattachement à un corpus de règles juridiques préexistant ou encore que cette entreprise correspond à la question de la détermination de la cohérence entre une série de normes. Or, une telle approche paraît critiquable car elle crée une confusion entre la question de la justification de l'émergence d'un concept normatif (dans un ordre juridique) et la problématique de l'incidence d'une norme, comme celle attribuant la responsabilité pénale internationale à l'individu, sur la structure de l'ordre juridique international et du décalage que son application pourrait créer sur le fonctionnement normal du droit international¹³⁴⁹. Il s'agit d'une problématique qui recoupe le sujet plus général de l'unité ou de la fragmentation du droit international¹³⁵⁰.

En analysant les fondements du droit, le professeur Jean-Louis Bergel écrit que ceux-ci s'identifient à toutes ses racines. Il voit dans les fondements du droit les sources et les

¹³⁴⁸ V. ALLABAN HONRUBIA, « La responsabilité internationale de l'individu », *op.cit.*, p.194. Il écrit notamment s'agissant du fondement juridique, qu'une fois admise « l'existence d'une norme générale de droit international établissant la responsabilité internationale de l'individu, force est de déterminer, du point de vue théorique, la place qu'elle occupe dans le système juridique international. A cette fin (celle de déterminer le fondement de la règle de la responsabilité pénale internationale) nous partons du fait que le droit international, comme tout système juridique, réunit les caractéristiques d'unité et de spécificité ; c'est-à-dire la cohésion interne entre les normes qui l'intègrent (...) C'est précisément dans ce contexte unitaire et spécifique que les normes sur la responsabilité internationale de l'individu doivent trouver leur place (entendu ici leur fondement)». (p. 188-189).

¹³⁴⁹ Cette problématique est celle abordée par le professeur Victor Allaban Honrubia, *Ibid.*, p. 424.

¹³⁵⁰ Sur cette question cf. B. CONFORTI, « Unité et fragmentation du droit international : « glissez mortels, n'appuyez pas » », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 5-18 ; A. GATTINI, « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *Ibid.*, 2006, pp. 303-336 ; R. HUESA VINAIXA et K. WELLENS (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, *op.cit.* ; R. KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003 ; P. -M. DUPUY, « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public », *op.cit.*

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

principes qui encadrent le développement du droit, dominant son contenu et inspirent son évolution¹³⁵¹. Appliquée au concept de responsabilité pénale internationale, cette analyse suggère que son fondement puisse être recherché à partir de la prise en compte des racines du concept et le principe qui inspire son développement. Sans chercher à se positionner dans le débat opposant les doctrines positivistes¹³⁵² avec les philosophies idéalistes¹³⁵³ sur les fondements du droit, l'on peut retenir deux éléments comme constituant le fondement du concept. Le premier renvoie à ses racines (1) et le second renvoi à une certaine volonté d'élargir le régime de protection des droits de l'homme (2).

1- Les lois et coutumes de guerre comme fondement du concept de responsabilité pénale internationale.

297. Sous cet angle, le concept de responsabilité pénale internationale résulte du développement des lois et coutumes de la guerre et postérieurement au développement du droit international humanitaire. L'impérativité et l'importance de l'interdiction du recours à la force justifie non seulement que la responsabilité internationale des parties au conflit (les Etats) soit engagée, mais aussi et surtout que celle de l'individu le soit. Car, en dernier ressort, ce sont les individus qui décident, ordonnent ou commettent les actes réprouvés par le droit international¹³⁵⁴. Cette idée semble être celle qu'a exprimé le tribunal militaire de Nuremberg lorsqu'il affirmait que,

« crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provision of international law enforced »¹³⁵⁵.

A travers cette affirmation, il s'agit de « d'assurer internationalement le châtement des individus coupables, et cela constitue une mesure exceptionnelle en droit international qui serait incluse dans le droit international humanitaire, branche dans laquelle [la responsabilité pénale internationale] tirerait son fondement juridique »¹³⁵⁶. Dans son raisonnement, le professeur Victor Alleban Honrubia estime que cet élément,

¹³⁵¹J. -L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, op.cit., p.17.

¹³⁵² Cf. P. COULOMBEL, « Force et but dans le droit selon la pensée de Ihéring », *R.T.D.Civ.*, 1957, pp. 609 ss ; H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op.cit.

¹³⁵³ Sur le droit naturel, cf. A. SERIAUX, *Le droit naturel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 1999 ; X. DIJON, *Droit naturel. Les questions du droit*, op.cit. ; J. FINNIS, *Natural law (2 vol.)*, New York, Aldashot, New York, Darthmouth Press, 1991 ; J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, Bordeaux, Bière, 1991 ; P. KAYSER, « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *R.R.J.*, 1998, pp. 387 ss.

¹³⁵⁴ Cf. D. THIAM, « Premier rapport... », doc cité, A/CN.4/364, para. 42.

¹³⁵⁵ Cf. TMI, *In re Goering and others*, 1 octobre 1946, *Annual digest of international law cases*, vol. 13, (1946), p. 221.

¹³⁵⁶ V. ALLABAN HONRUBIA, « La responsabilité internationale de l'individu », op.cit., p. 194.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

« ne constitue pas un fondement [possible] de tous les cas de responsabilité pénale internationale (...) l'évolution actuelle de cette matière [montrant] une tendance à étendre la formulation de cette norme à des domaines étrangers au développement des conflits armés (...) »¹³⁵⁷.

Si cette observation contient une part de vérité, il convient néanmoins de relever qu'il ne s'agit pas d'affirmer que les lois et coutumes de la guerre constituent la justification de l'émergence de toutes les hypothèses de responsabilité pénale internationale. En effet, celles-ci se complètent dans ce sens avec un second élément constitué par la volonté de renforcer le régime international de protection des droits de l'homme.

2- La dynamique de renforcement par extension du régime de protection des droits de l'homme.

298. En dehors des lois et coutumes de guerre le concept de responsabilité pénale internationale pourrait se justifier par la dynamique observée en droit international de l'élargissement et du renforcement du régime de protection des droits de l'homme. Cette idée découle de ce que les politiques et pratiques visées, crime contre l'humanité, génocide ou encore autres crimes de guerre, constituent une violation de l'obligation *jus cogentes* de respect des droits de l'homme. C'est précisément autour de cette obligation qui relève désormais du droit international général que se cristallise la norme attribuant la responsabilité pénale internationale¹³⁵⁸. Dans ce sens, Lyal Sunga situe la responsabilité internationale de l'individu dans le cadre conceptuel et systématique de la protection des droits de l'homme¹³⁵⁹. Cet argument peut également découler de l'article 21 du Statut de la CPI relatif au droit applicable par la Cour dont l'alinéa 3 dispose que l'application et l'interprétation du droit de la Cour, et donc du droit de la responsabilité pénale internationale, doit être compatible avec le droit international des droits de l'homme.

Cette hypothèse amène à s'interroger sur le point de savoir si les normes impératives du droit international qui lient les Etats peuvent également lier les individus. En effet depuis son

¹³⁵⁷ *Ibid.*

¹³⁵⁸ Il convient de signaler que différents instruments internationaux sur les droits de l'homme font aussi référence aussi aux devoirs de l'individu. Ainsi, l'article 29 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme, dans son paragraphe 1 établit que « l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personnalité est possible » ; dans le préambule du Pacte des droits civils et politiques, « le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la communauté à laquelle il appartient » est pris en compte. L'étude préparée par E.-I. A. DEAS sur, « Les devoirs de toute personne par rapport à la communauté et les limitations des droits et des libertés humaines, selon l'article 19 de la déclaration universelle des droits de l'homme » (Doc. E/CN.4/Sub. 2/432/Rev.2) contient une large information. Elle va au-delà du cadre du droit international des droits de l'homme en faisant référence entre autres matières aux crimes de droit international, à la responsabilité internationale de l'individu et à la personnalité internationale de l'individu.

¹³⁵⁹ Cf. L. S. SUNGA, *Individual responsibility in international law for serious human rights violation*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

origine, le concept de *jus cogens* a été envisagé pour les Etats seulement ; au départ, il a été conçu comme un outil censé limiter davantage, en termes matériels, la liberté des Etats de conclure tout traité qu'ils souhaitent, d'où la nullité de tout traité qui contredit une norme impérative. L'on peut par exemple citer le cas des traités contraires aux droits de l'homme. Dans cette perspective, il pouvait sembler abusif d'élargir le but et le champ de la notion en étendant cette notion aux individus. Mais progressivement, et conformément au caractère essentiellement évolutif du droit international, le concept de *jus cogens* s'est ouvert et a pris la forme d'interdictions pénales. Ce qui offre ainsi la possibilité de l'opposer aux individus¹³⁶⁰. Le procès pénal semble militer pour une extension du *jus cogens* aux individus notamment lorsque les juges admettent que la prohibition des core crimes, violation grave des droits de l'homme constitue désormais une norme impérative du droit international.

B- Le fondement pénal du concept de responsabilité pénale internationale.

Envisagée sous l'angle pénal, la responsabilité pénale internationale trouve son fondement dans la définition du bien juridique (1) et dans la volonté d'identifier le sujet-commettant (2).

1- Une responsabilité fondée sur le caractère collectif du bien juridique protégé.

299. La notion de bien juridique, description du concept matériel d'infraction et dérive du rôle (protecteur) du droit pénal, peut être classée en deux catégories : les biens juridiques individuels et les biens juridiques collectifs. Dans cette dernière catégorie, on y retrouve l'Etat, l'argent, l'administration de la justice et plus récemment l'humanité. Comme on le sait, la finalité première du droit pénal est de sauvegarder les intérêts essentiels à la survie de la société. Pour ce faire, il met en avant des biens dont l'objet est l'intérêt juridique¹³⁶¹. S'agissant du caractère collectif de l'humanité, et considérant la fonction première assignée au concept de bien juridique, celle correspondant à l'interprétation téléologique des normes pénales et à leur construction systématique¹³⁶², le développement de la responsabilité pénale internationale se justifie par le fait qu'elle résulte des normes traitant de la macro-criminalité,

¹³⁶⁰ Sur cette opinion, cf. F. HARHOFF, « La consécration de la notion de jus cogens dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux », in P. TAVERNIER (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale*, op.cit., p.76.

¹³⁶¹ L'intérêt juridique se définit comme une « disposition stable ou durable à la satisfaction d'un bien matériel ou idéal qui est, ou tend à être, reconnu et/ou protégé par l'ordre juridique », in A. -J. ARNAUD et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., p. 171, p. 309, entrée « intérêt ».

¹³⁶² A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique », op.cit., p. 1.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

c'est-à-dire, des crimes qui « endanger or violate values and interest of macro-society, compared with the micro-value system on the national level »¹³⁶³. Cette idée de l'existence d'une « macro-criminality » permettant de considérer l'atteinte à l'humanité comme une atteinte à un bien collectif a été également affirmée par Militello¹³⁶⁴ en même temps qu'elle fonde une sorte d'universalisation de l'intérêt à agir. Dans ce sens, le procureur international représente tous les Etats en tant qu'ils forment une communauté plurielle « qui les englobe sans les fondre »¹³⁶⁵.

Villalpando écrit dans ce sens que la,

« reconnaissance de biens collectifs dont le groupe social dans son ensemble garantit la protection par une action solidaire détermine des changements structurels au niveau des sources, des normes, des rapports juridiques, des sujets (...) du système de responsabilité »¹³⁶⁶.

Cela signifie que l'admission du caractère collectif du bien juridique constitué par l'humanité fonde le passage d'un régime de responsabilité pénale national vers un régime de responsabilité pénale internationale. La procédure pénale internationale a mis en place « une *actio publica* exercé au nom de la communauté internationale par un procureur international spécialement institué »¹³⁶⁷.

Le caractère collectif du bien juridique protégé, fondement de la responsabilité pénale internationale, tient au fait que la communauté internationale n'est pas un sujet autonome mais une collectivité en ce sens qu'il n'y a pas « un seul intérêt collectif avec un unique titulaire, mais plusieurs intérêts identiques dont sont titulaires tous les membres du groupe et qui ont pour objet la poursuite d'un bien collectif »¹³⁶⁸.

Il est admis en droit pénal que « chaque système pénal définit et hiérarchise ses valeurs, exprimant ainsi l'identité culturelle de la nation »¹³⁶⁹ et le droit international détermine les biens collectifs dont la détermination se fait à travers l'analyse des normes primaires. La dimension juridique collective de l'humanité signifie qu'elle est un bien

¹³⁶³ O. TRIFFTERER, « The preventive and repressive function of the International criminal court », in M. POLITI et G. NESI (dir.), *The Rome Statute of the international criminal court – A challenge to impunity*, Ashgate, Burlington, 2001, pp. 137-175, spec. 154.

¹³⁶⁴ V. MILITELLO, « The personal nature of individual responsibility and the ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, pp. 941-952, p. 944.

¹³⁶⁵ R.-J. DUPUY, *La communauté internationale entre mythe et histoire*, Paris, Economica, 1986, p. 182.

¹³⁶⁶ S. VILLALPANDO, *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, Paris, PUF, 2005, p. 121.

¹³⁶⁷ M. GOUNELLE, « Quelques remarques sur la notion de 'crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'Etat », *op.cit.*, p. 326.

¹³⁶⁸ S. VILLALPANDO, *op.cit.*, p. 28.

¹³⁶⁹ M. DELMAS-MARTY, « Les crimes internationaux peuvent-ils contribuer au débat entre universalisme et relativisme des valeurs », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, *op.cit.*, p. 59.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

commun. Cette approche a été consacrée par le Tribunal supérieur fédéral allemand à propos du génocide,

« la valeur protégée par le crime de génocide ne s'identifie pas aux biens juridiques individuels des personnes victimes des actes commis, mais consiste en l'existence du groupe en tant que tel (...), et l'aspect inhumain, critère particulier d'antijuridicité par rapport au meurtre, réside dans le fait que les auteurs ne voient plus leur victime comme un être humain mais seulement comme membre du groupe persécuté (...) »¹³⁷⁰.

Comme cela a été dit, les crimes contre l'humanité « n'atteignent pas l'individu considéré isolément, mais l'individu en tant que membre d'une collectivité »¹³⁷¹, ils renvoient à l'individu en tant que « membre de cette société œcuménique qui s'appelle humanité »¹³⁷². Dès lors, il y a crime contre l'humanité parce que « l'individu est dépositaire de celle-ci en même temps qu'il en est membre »¹³⁷³. Ce mouvement peut sembler paradoxal. Car en même temps qu'il suggère une remise en cause des postulats individualistes des XVII^e et XVIII^e siècles, il fonde un système de responsabilité basé sur l'identification individualisée de l'auteur de l'acte. En effet, le second fondement pénal de la responsabilité en matière de crime contre l'humanité est la détermination du sujet commettant.

2- Une responsabilité fondée sur la nécessaire identification du sujet-commettant.

300. Le bien juridique protégé par l'infraction de crime contre l'humanité est un bien collectif. L'individu qui y porte atteinte agit toujours dans un cadre collectif. Que l'on considère l'élément contextuel des crimes de guerre, existence « d'un conflit armé interne ou international », l'élément contextuel du crime contre l'humanité, « attaque généralisée et/ou systématique » ou encore celui du crime de génocide, « destruction d'un groupe », la transgression de l'humanité s'inscrit toujours dans une stratégie collective. Cette double collectivité du régime de l'incrimination aurait pu selon une certaine logique aboutir à la mise en œuvre d'une forme de responsabilité proche de la notion de criminalité collective¹³⁷⁴. Mais la nature pénale de cette responsabilité a décidé de la fonder selon la logique propre du droit

¹³⁷⁰ Cf. *Jorgic*, arrêt de la Cour fédérale de justice allemande, 30 avril 1999, Az : 3 StR 215/98, §549.

¹³⁷¹ V. V. PELLA, « Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du systèmes traditionnel des traités de paix », p. 18.

¹³⁷² G. SCHELLE, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.*, t. 46, 1933, pp. 327-703, p. 342.

¹³⁷³ R. -J. DUPUY, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Conférences, essais et leçons du Collège de France, Paris, Julliard, 1991, p. 203.

¹³⁷⁴ V. V. PELLA, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, op. cit.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

pénal, c'est-à-dire selon la logique visant à appréhender une faute pénale comme une faute personnelle et un crime international comme une infraction intentionnelle par nature.

En effet, dans la plupart des systèmes juridiques, l'établissement de la responsabilité pénale suppose l'accomplissement de deux éléments : un acte et une intention ou encore une combinaison de l'*actus reus* et de la *mens rea*. En droit français par exemple, la doctrine en général expose systématiquement ces deux composantes,

« deux choses [sont] nécessaires à l'existence d'une infraction [et donc à l'établissement d'une responsabilité pénale] : la perpétration du fait d'action ou d'inaction prévu par la loi ; la *culpabilité* de l'agent auquel ce fait est *imputable* »¹³⁷⁵.

En *common law*, la jurisprudence considère qu'il existe un principe cardinal du droit criminel, exprimé par la maxime, « *Actus non facit reum nisi sit rea* »¹³⁷⁶. Cette conception est celle qui fonde le concept de responsabilité pénale internationale. En 1999, le TPIR avait notamment estimé que, pour qu'il y ait un crime international et donc responsabilité pénale internationale, « il faut le concours de deux éléments, en l'occurrence la *mens rea* (...) et l'*actus reus* »¹³⁷⁷. Cette jurisprudence prévoit que la responsabilité pénale internationale s'applique au sujet-commettant, c'est-à-dire, à celui qui commet une faute pénale internationale (a) et contre qui il peut être retenu une culpabilité pénale internationale (b).

¹³⁷⁵ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français, op.cit.*, p. 289. Si l'on parcourt la littérature pénale française, il ressort un lieu commun avec néanmoins deux principales tendances. Le lieu commun est que tous les auteurs admettent l'existence des composantes factuelle et intellectuelle pour établir la responsabilité pénale. Mais, ils se distinguent sur la manière de leur présenter. Selon une première tendance dans laquelle l'on retrouve les classiques tels Jean Pradel, *Droit pénal général, op.cit.*, ou encore, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op.cit.*, les auteurs séparent l'étude de l'acte matériel qu'il aborde dans la présentation de la structure matérielle de l'infraction ou de ses composantes de celle de l'acte intellectuel qu'ils abordent pour le premier à l'occasion de l'analyse des protagonistes de l'infraction (étude de la responsabilité pénale) et pour les seconds à travers une distinction fondamentale entre la culpabilité et l'imputabilité. Selon une seconde tendance dans laquelle on retrouve notamment F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général, op.cit.*, l'étude de la perpétration du fait et celle de la culpabilité de l'agent sont envisagées dans le même titre traitant de la responsabilité pénale à travers une distinction, qui n'est pas sans rappeler l'étude la responsabilité de droit civil, entre le fait générateur de la responsabilité pénale (l'infraction ou plus précisément sa commission) et la détermination de la personne pénalement responsable (la faute pénale ou plus précisément l'identification de l'agent coupable). Dans la première comme dans la seconde tendance, les études s'accordent sur le fait que l'étude de la peine constitue un thème entièrement à part et totalement distinct des deux premiers en droit pénal. En dehors de la doctrine française, si l'on se réfère notamment à celle belge à travers l'ouvrage, F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques, op.cit.*, l'approche est quelque peu ambiguë. D'abord, les auteurs abordent l'étude de l'infraction qu'ils distinguent de celle de l'auteur de l'infraction. Dans l'étude de l'infraction, ils envisagent trois axes, l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral dans lequel ils analysent l'imputabilité morale et l'état d'esprit, c'est-à-dire, la volonté de l'action et l'intention criminelle. Dans le chapitre consacré à l'auteur de l'infraction, ils étudient globalement la question de la participation criminelle ou mieux, le traitement pénal de cette participation qui est distinct de l'étude de la peine. Il peut être relevé qu'une telle approche peut brouiller la distinction entre la perpétration du fait (l'acte) et la culpabilité de l'agent (l'intention).

¹³⁷⁶ Cf. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2008, p. 62. L'auteur cite l'affaire *Youghusband v. Luftig*, Cour du Banc du roi, 1949, 2KB, 354, 370.

¹³⁷⁷ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Jugement, Affaire n° ICTR-9561, *op.cit.*, para. 90.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

a- Le sujet commettant une faute pénale internationale.

301. Il est unanimement admis que la faute pénale est une attitude intellectuelle en fonction de laquelle il pourra être reproché moralement à l'accusé ou au prévenu l'infraction que celui-ci a commise¹³⁷⁸. Malgré cette unanimité sur le sens commun de la faute pénale, il demeure difficile de s'accorder sur le contenu de cette attitude criminelle qui constitue le pendant moral de la responsabilité pénale et le droit positif ne définit presque pas dans une formule générale. Mais si l'on néglige un instant les controverses doctrinales et les hésitations jurisprudentielles et que l'on admet les idées communément répandues, il se dégage une *summa divisio* en droit pénal entre la faute intentionnelle et celle non intentionnelle. En droit pénal donc, l'étude de la faute correspond à celle de l'intention¹³⁷⁹.

Aux termes de l'article 74 alinéa 2 du Code pénal camerounais, la faute pénale est le fait de celui qui « *volontairement* commet les faits caractérisant les éléments constitutifs de l'infraction avec *l'intention* que ces actes aient pour conséquence la réalisation de l'infraction »¹³⁸⁰. Cette disposition qui détermine la faute pénale en droit interne semble être reprise dans les mêmes termes par l'article 30 du Statut de Rome dont l'alinéa 1 dispose,

« Sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni en raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec *intention* et *connaissance* ».

Il ressort de ces deux dispositions que la faute pénale renvoie à la notion de dol. Il n'y a donc pas à considérer le dol et la faute comme deux éléments distincts qui entraîneraient la responsabilité pénale. En effet, le dol est un élément d'appréhension de la faute pénale¹³⁸¹. Classiquement, l'on distingue deux types de dol en droit pénal : un dol dit général et des dols particuliers¹³⁸². Le dol général est considéré par la doctrine majoritaire comme « la volonté de l'agent de commettre le délit tel qu'il est défini par la loi » et « la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales »¹³⁸³. D'autres auteurs disent qu'il s'agit de la

¹³⁷⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op.cit., p. 693.

¹³⁷⁹ Sur cette question, cf. J. LEBRET, « Essai sur la notion d'intention criminelle », *Rev. sc. crim.*, 1938, pp. 438 ss ; PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », *J.C.P.*, 1950. 1. 876, n°7 ; L. JIMENEZ DE ASUA, « L'infraction praeterintentionnelle », *Rev. sc. crim.*, 1960, pp. 567 ss ; B. MERCADAL, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1967, pp. 1 ss ; R. BERNARDINI, *L'intention coupable en droit pénal*, Thèse, Université de Nice, 1976 ; Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau code pénal », in *Mélanges J. Larguier*, P.U.G., 1993, pp. 204 ss ; *Id.*, « L'intention dans la théorie du droit pénal », *P.A.S.C.*, tome XII, 1999, pp. 57 ss.

¹³⁸⁰ Pour une analyse globale et approfondie de cette question en droit camerounais, cf. N.-C. NDOKO, *La culpabilité en droit pénal camerounais*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », 1985 ; J.-C. NCHIMI MEBU, « La recherche de l'intention dans le recel des choses », *Rev. jur. afr.*, vol. 1, 1990, pp. 62-80.

¹³⁸¹ Sur ce point cf. R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, Sirey, 1952.

¹³⁸² Cf. J. Pradel, *Droit pénal général*, op.cit., pp. 446-454.

¹³⁸³ E. GARCON, art.1, n°77.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

« conscience et la volonté infractionnelle »¹³⁸⁴. Par conséquent, le dol général est à la fois *sciens* et *volens* c'est-à-dire « connaissance de ce qui est interdit et volonté de transgresser malgré tout l'interdit »¹³⁸⁵. Les dols particuliers ou encore dol spécial peuvent être considérés soit dans leur durée, « dol aggravé »¹³⁸⁶, soit dans leur précision, « dol spécial » soit encore à travers leur indétermination, « dol indéterminé, le dol dépassé, le dol éventuel ».

302. Appliqué à la faute pénale internationale, l'on retrouve les deux types de dol général et particulier¹³⁸⁷. Aussi, la faute pénale internationale se caractérise par deux éléments cumulatifs. Le premier est *son caractère nécessairement intentionnel* lié à la gravité des crimes internationaux. Sur ce point, il est un principe admis en droit pénal selon lequel toutes les infractions qualifiées crimes ou délits sont des infractions intentionnelles¹³⁸⁸. Le second est sa vocation à ne pas se limiter à la dimension individuelle du sujet commettant mais à son rattachement systématique au projet collectif. Alors qu'en droit pénal interne, la faute pénale est établie selon une logique d'identification des agissements personnels même en cas de criminalité de groupe conformément aux théories de la complicité ou de la coaction¹³⁸⁹, la faute pénale internationale s'établit quant à elle par référence directe et systématique au projet collectif de commission de l'acte¹³⁹⁰. Ainsi, si le premier élément de la faute pénale internationale tient à la gravité du crime international, le second quant à lui

¹³⁸⁴ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op.cit.*, n°579.

¹³⁸⁵ J. Pradel, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 446. Voir dans le même sens, Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *op.cit.*, p. 204.

¹³⁸⁶ C'est le cas notamment de la préméditation entendu comme « le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé », voir J. Pradel, *Ibid.*, p. 449.

¹³⁸⁷ Pour une analyse de l'élément subjectif prévu par les Statuts des TPI et de la CPI, cf. R. SICURELLA, « Le principe nulla poena sine culpa dans le Statut de la Cour pénale internationale », in M. CHIAVARIO (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè Editore, coll. « Thèmes et commentaires », Actes 2003, pp. 259-294.

¹³⁸⁸ Sur la faute non intentionnelle, cf. J. B. HERZOG, « La répression des infractions involontaires », *R.D.P.C.*, 1958-1959, pp. 87 ss ; A. CHAVANNE et M.C. FAYARD, « Les délits d'imprudence », *Rev. sc. crim.*, 1975, pp. 1 ss ; Y. MAYAUD, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1993 ; J. PRADEL, « Le défaut de prévoyance en droit pénal français », *R.D.P.C.*, 1993, pp. 435 ss ; P. SALVAGE, « L'imprudence en droit pénal », *J.C.P.*, 1996.I.3984 ; S. CIMAMONTI, « Les fautes pénales d'imprudence », *Arch. pol. crim.*, n°24, 2001 ; P. SALVAGE, « L'imprudence en droit pénal », *J.C.P.*, 1996.I.3984 ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « La sanction de l'imprudence », in *Mélanges offerts à P. Couvrat*, Paris, PUF, 2001, pp. 523 ss. En droit français notamment, une loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tend à préciser la définition des délits non intentionnels par le recours à une nouvelle catégorie de faute pénale dite, « faute caractérisée » qui se distingue de la faute simple ou de la faute délibérée. Pour une analyse de cette loi, cf. A. PONSEILLE, « La faute caractérisée en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2003, pp. 79 ss ;

¹³⁸⁹ Cf. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op.cit.*, pp. 644-679 ; Ph. CONTE et P. MAISRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, coll. « Mémentos », 21^e éd., 2008. Ces auteurs admettent que la complicité par exemple renvoie à une réalité criminologique intermédiaire entre la provocation et l'assistance (p. 239) ; Ph. SALVAGE, « Complicité », *Jurisclasseur, Lexis Nexis*, article 121-6 et 121-7, fascicule 20, p. 17 ; Id., « Le lien de causalité en matière de complicité », *Rev. sc. crim.*, 1981, pp. 25 ss ; A. DECOCQ, « Incitation, abstention et complicité par aide ou assistance », *J.C.P.*, 1983. I. 3124 ; J.-H. ROBERT, « Imputabilité et complicité », *J.C.P.*, 1975. I. 2720 ;

¹³⁹⁰ Sur ce point nous renvoyons utilement à la thèse de Mathieu Jacquelin, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français, op.cit.*, pp. 491-592.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

renvoie à la structure dudit crime. Sur ce dernier point, et comme nous l'avons déjà étudié, la particularité des crimes internationaux réside dans leur composante. Un crime de droit international ne correspond pas à un seul comportement donné. Il suppose plusieurs éléments matériels possibles, plusieurs « sous-infractions » ou « sous-qualifications »¹³⁹¹. Ces sous-infractions impliquent que le crime international est une infraction « composite » constitué d'actes matériels alternatifs différents et ayant « leur nature et leur spécificité propre ».

S'agissant de la commission de la faute pénale imputable à l'agent, les juges internationaux admettent qu'il peut s'agir d'un acte d'omission ou de commission. En effet, pour qu'il y ait responsabilité pénale internationale, et donc commission d'une faute pénale internationale, « il faut que [le sujet-commettant] ait pris part personnellement et matériellement (...) à l'acte criminel en question et se soit rendu coupable d'une omission ayant entraîné ce crime [s'il est établi qu'il avait l'obligation d'agir] (...) »¹³⁹². Cette jurisprudence renseigne sur certains éléments fondamentaux de la culpabilité pénale internationale.

b- Un sujet commettant coupable « d'une culpabilité pénale internationale ».

303. Peut-on affirmer qu'il existe une « culpabilité pénale internationale » ? La réponse paraît négative si l'on considère la nature des choses. En effet, en interne comme en international, « la culpabilité apparaît essentiellement comme une notion morale ou psychologique qui se confond avec la faute (culpa), intentionnelle ou non intentionnelle, commise par un délinquant »¹³⁹³. Elle est la dimension subjective qui donne tout son sens à l'apparence objective de la notion d'infraction et rappelle continuellement que le fait juridique en examen est avant tout un fait humain. C'est dans ce sens que tous les criminalistes l'abordent¹³⁹⁴.

¹³⁹¹ Cette expression a été utilisée par le TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, Affaire n° IT-95-14, Ch. Inst, 3 mars 2000, para. 215.

¹³⁹² Sur cet aspect, cf. les décisions rendues par le TPIY notamment, *Le Procureur c. Simic et Consorts*, Jugement, Affaire n° IT-95-9, Ch. Inst I, 17 octobre 2003, para. 137 ; *Le Procureur c. Stakic*, Jugement, Affaire n° IT-97-24, Ch. Inst II, 31 juillet 2003, para. 439 ; *Le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, Jugement, Affaire n° IT-98-34, Ch. Inst. II, 31 mars 2003, para. 62 ; *Le Procureur c. Vasiljevic*, Jugement, Affaire n° IT-98-32, Ch. Inst II, 29 novembre 2002, para. 62 ; *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, Jugement, Affaire n° IT-98-30/1, Ch. Inst I, 2 novembre 2001, para. 250-251 ; *Le Procureur c. Drogoljub Kunarac et al.*, Jugement, Affaire n° IT-96-23&23/1, Ch. Inst II, 22 février 2001, para. 290.

¹³⁹³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op.cit., p. 630.

¹³⁹⁴ L. JIMENES DE ASUA, « Les problèmes modernes de la culpabilité », in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Liège, Faculté de droit, 1971, pp. 547 ss ; M. ORAISON, *La culpabilité*, Paris, Seuil, 1974 ; R. MERLE, « La culpabilité devant les sciences humaines et sociales », *Rev. sc. crim*, 1976, pp. 29 ss ; J. LACROIX, *Philosophie de la culpabilité, éthique*, Paris, Dalloz, 1977 ; N. -C. NDOKO, *La culpabilité en droit pénal camerounais*, op.cit.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

Dans son cours dispensé à l'Académie de droit international de la Haye en 1960 au titre suffisamment évocateur, « *La culpabilité en droit international pénal* », le professeur Stéphane Glaser soutenait déjà ce point de vue en affirmant que,

« la même observation [le lien entre le droit international pénal d'une part et le droit pénal interne d'autre part] est pertinente à l'égard de l'élément moral de l'infraction : toute responsabilité pénale est fondée, en droit international comme en droit pénal interne, sur l'élément moral ; elle suppose par conséquent la culpabilité chez l'agent. En d'autres termes, le subjectivisme est le trait qui caractérise aussi la responsabilité en matière d'infractions d'ordre international. C'est ainsi que le droit international pénal dans ce domaine également, emprunte, pour la plupart, les idées et les principes au droit pénal interne ou plus exactement à sa doctrine »¹³⁹⁵.

Mais à mesure que se développe et se systématise un discours de politique criminelle supranational, qu'apparaissent de nouvelles catégories criminelles homogènes, non seulement décrivant une forme particulière d'activité criminelle (les crimes à large échelle), mais aussi rendant compte de l'émergence d'une nouvelle conception du phénomène criminel, une telle interrogation peut être légitimée. En effet, dès lors qu'il existe une catégorie de crime international par nature à côté de la catégorie classique des crimes de droit commun, il convient peut-être de se demander si cette nouvelle configuration du champ pénal n'aurait pas une incidence sur l'un des éléments fondamentaux du pénal à savoir la culpabilité. Dans ce sens, la nécessité tient à la différence non pas de nature mais de degré entre la culpabilité appliquée aux infractions de droit commun et celle applicable aux *core crimes* et que l'on pourrait appeler culpabilité pénale internationale. Déjà même dans son cours, le professeur Stéphane Glaser admettait au-delà des similitudes sus évoquées, l'existence de « certaines particularités, « *déviations* » ou « *écarts* » qui s'expliquent notamment par le caractère (...) universel du droit international »¹³⁹⁶. Il ajoutait qu'en raison de ce caractère universel, les domaines du droit international pénal, constitué des différentes infractions internationales, admettent « *un principe ou un système de répression universelle* »¹³⁹⁷ applicable aux infractions internationales. Alors, n'est-il pas logique de penser que le « principe ou système de répression universelle » influence le régime de la culpabilité dans le domaine des

¹³⁹⁵ S. GLASER, « La culpabilité en droit international pénal », *R.C.A.D.I.*, t. 99, 1960, p. 477. Dans le même ordre d'idées, l'auteur avait déjà établi un lien entre le droit international pénal et le droit pénal s'agissant du rôle des deux disciplines, « Le rôle du droit international pénal est analogue à celui du droit pénal interne. L'un comme l'autre ont pour but de protéger, par des sanctions pénales un ordre social ». Le même lien fut également établi s'agissant de la détermination des infractions « comme en droit pénal interne, en droit international pénal, la qualification des faits en infraction est réservée aux atteintes graves à l'ordre social ou juridique. En d'autres termes, comme en droit interne, seules les transgressions graves des lois sont du ressort du droit pénal ».

¹³⁹⁶ *Ibid.*, nous soulignons.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, p. 476, nous soulignons.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

infractions internationales de manière à le distinguer tout au moins au niveau de ses modalités avec le régime admis en droit interne ?

304. Cette question qui relève d'une analyse de la *mens rea* des infractions internationales nous invite à nous référer à la position de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux en la matière. Si l'on considère le cas du crime contre l'humanité, la Chambre de première instance du TPIY indique dans l'affaire *Kupreskic*, que la culpabilité en matière de crime contre l'humanité s'apprécie dans « l'intention de commettre le crime sous-jacent »¹³⁹⁸. Mais cette intention est la première dimension de la culpabilité pénale internationale. Contrairement à une certaine critique, le tribunal ne se méprend pas. Bien évidemment, le dol de la sous-infraction est nécessaire pour que la sous-infraction soit constituée, mais il n'est pas caractéristique du crime contre l'humanité¹³⁹⁹. La seconde dimension est admise par la jurisprudence lorsqu'elle affirme que le coupable en matière d'infractions internationales « doit savoir qu'il y a agression contre la population civile, savoir que son acte s'accorde avec l'agression (...) »¹⁴⁰⁰. Confirmée par la Chambre d'appel¹⁴⁰¹, cette définition de la *mens rea* du crime contre l'humanité a également été reprise par le TPIR dans l'affaire *Kayishema*,

« [L]auteur des crimes contre l'humanité doit avoir agi en connaissance de cause, c'est-à-dire qu'il doit comprendre le contexte général dans lequel s'inscrit son acte. (...) Autrement dit, l'accusé doit savoir que son acte est partie intégrante dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique contre la population civile et qu'il a été accompli pour donner effet à une politique ou à un plan donnés »¹⁴⁰².

Ainsi, contrairement à la culpabilité en droit pénal interne, la culpabilité dans le domaine des infractions internationales exigent que l'auteur du crime contre l'humanité ait un

¹³⁹⁸ TPIY, *Le Procureur c. Mirjan Kupreskic et al.*, Jugement, Ch. In. II, Affaire n° IT-95-16, 14 janvier 2000, para. 556.

¹³⁹⁹ Sur ce point de vue voir, A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ? op.cit.*, p. 346. Cet auteur estime notamment que la prise des décisions postérieures admettant la culpabilité du crime contre l'humanité contre va au-delà du simple dol de la sous-infraction constitue un revirement de jurisprudence (p. 347). Or, il semble que l'analyse de la jurisprudence aurait pu être faite dans sa globalité et dans sa conformité avec les textes. Puisque plus loin, elle admet que « d'après la jurisprudence des TPI, le sujet-commettant d'un crime contre l'humanité est celui qui a conscience de l'existence d'une attaque dirigée contre la population civile et qui y participe en connaissance de cause ».

¹⁴⁰⁰ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, Jugement, Ch. Ins II., Affaire n° IT-94-1, du 07 mai 1997, para. 659.

¹⁴⁰¹ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, Arrêt, Ch. App. Affaire n° IT-94-1, 15 juillet 1999, para. 271. Les juges ont en effet admis que, « Thus to convict an accused of crimes against humanity, it must be proved that the crimes were related to the attack on civilian population and that the accused knew that his crimes were so related ».

¹⁴⁰² TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Jugement, Ch. Ins II, Affaire n° ICTR-95-1, 21 mai 1999, para. 133-134. Cette décision a été confirmée dans l'affaire *Le Procureur c. Gacumbitsi*, Jugement, Ch. Ins III, Affaire n° ICTR-01-64, 17 juin 2004, para. 302. Puis dans l'affaire, *Le Procureur c. Muhimana*, Jugement, Ch. Ins III, Affaire n° ICTR-95-1, 28 avril 2005, para. 530.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

« mobile » spécifique, celui de prendre part à l'exécution d'un plan concerté. Il ressort de là que la culpabilité que l'on peut appeler « culpabilité pénale internationale » se compose de deux éléments : *une intention précise d'atteindre un crime sous-jacent* d'une part et *le dessein d'inscrire cette intention dans un projet collectif* d'autre part. En d'autres termes, elle se compose de *l'intention chez l'agent de participer à la réalisation d'un projet collectif de destruction* et de *la volonté de sélection de la victime de la cible de son attaque* : population civile dans le crime contre l'humanité, membre d'un groupe dans le crime de génocide et civils non combattants s'agissant des crimes de guerre¹⁴⁰³.

Alors, s'il est admis que le concept de responsabilité pénale internationale a un double fondement international et pénal, il devient utile voire nécessaire d'analyser la dynamique normative ayant présidé à sa formulation.

§2- La formulation juridique du concept de responsabilité pénale internationale.

305. La dynamique de formulation du concept de responsabilité pénale internationale est issue du contexte caractéristique des deux grandes guerres de notre siècle. La norme, vecteur du concept, est liée aux actes commis pendant un conflit armé, en violation des lois et coutumes de guerre, qui incluent les principes élémentaires d'humanité. Ainsi, le premier texte juridique obligatoire qui se situe à l'origine du processus de formulation du concept de responsabilité pénale internationale est l'Accord de Londres de 1945 et le Statut du Tribunal militaire international y annexé¹⁴⁰⁴. Ce traité concerne exclusivement les « criminels de guerre dont les crimes sont sans localisation géographique précise ». Cette disposition adoptée conformément à la Déclaration de Moscou de 1943, « ne porte pas atteinte aux principes fixés par la Déclaration de Moscou en ce qui concerne le renvoi des criminels de guerre dans les pays où il ont commis leurs crimes »¹⁴⁰⁵ et « ne porte atteinte à la juridiction ou à la compétence des tribunaux nationaux ou des tribunaux d'occupation déjà établis, ou qui sont créés, dans les territoires alliés ou en Allemagne pour juger les criminels de guerre »¹⁴⁰⁶. Cela

¹⁴⁰³ Pour une analyse détaillée de ces deux éléments constitutifs de l'élément moral dans les crimes internationaux, cf. M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, op.cit., pp. 433-490.

¹⁴⁰⁴ « Accord entre le gouvernement provisoire de la République française et le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni de Grande Bretagne et de l'Irlande du Nord, et de l'Union des Républiques socialistes soviétiques concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe » signé à Londres le 08 août 1945, (Nations Unies, Recueil des Traités, n° 251, 1951, pp. 282 ss).

¹⁴⁰⁵ Article 4 Déclaration de Moscou.

¹⁴⁰⁶ Article 6, *Ibid.*

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

signifie que le Traité de Londres confirme la distinction établie dans la Déclaration de Moscou en ce qui concerne les criminels de guerre, ainsi que le système dual de juridiction, pour rendre effectif leur responsabilité internationale. Dans ce sens, la première dynamique de formulation du concept de responsabilité pénale s'est faite à l'occasion des crimes qui n'étaient pas géographiquement localisés. Ainsi, l'on peut affirmer qu'à l'époque de Nuremberg, la responsabilité pénale internationale naquit de l'impossibilité à mettre en œuvre la responsabilité pénale de droit commun. Le Statut du tribunal de Nuremberg ne se réfère pas à la responsabilité pénale de manière autonome ; il le fait sous le titre « juridiction et principes généraux » lorsqu'il détermine la compétence personnelle et matérielle du Tribunal.

Ainsi, pour ce qui est de la compétence personnelle, l'article 6 établit que le tribunal est créé,

« pour le jugement et le châtement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes les personnes qui agissant, pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis individuellement ou à titre de membres d'organisations ».

L'article 7 établit que,

« la situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etats, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire ni comme un motif de diminution de la peine ».

Selon le *système de Nuremberg* donc, la responsabilité pénale internationale est d'abord apparue non comme une norme substantielle, mais plutôt comme une norme juridictionnelle. C'est-à-dire comme une norme établissant la compétence d'une juridiction et non comme une norme réglant une question de fond d'un ordre juridique donné¹⁴⁰⁷. Mais le système a évolué depuis les tribunaux pénaux internationaux (A) jusqu'au régime de la Cour pénale internationale (B).

A- La formulation du concept de responsabilité pénale internationale par les tribunaux pénaux internationaux ou le passage d'une norme juridictionnelle à une norme substantielle.

306. Bien que la norme attribuant la responsabilité pénale internationale s'origine dans le contexte des conflits armés, elle a été très vite étendue aux violations massives et

¹⁴⁰⁷ Sur l'analyse de cette responsabilité selon la logique de Nuremberg, cf. *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international*, Nuremberg, 14 novembre 1945 – 1^{er} novembre 1946, textes officiels en langue française, documents officiels, Jugement, Nuremberg, tome 1, 1947 ; J. DESCHEEMAER, « Le jugement des grands criminels de guerre », *R.G.D.I.P.*, 1946, t. 50, pp. 219-285 ; G. A. FINCH, « The Nuremberg trial and international law », *American Journal of International Law*, vol. 41, 1947, pp. 20-37 ; Q. WRIGHT, « The law of the Nuremberg trial », *Ibid.*, pp. 38-72 ; J. PAOLI, « Contribution à l'étude des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en droit pénal international », *R.G.D.I.P.*, t. 49, 1941-1945, pp. 129 ss. H. MEYROWITZ, *La répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands*, Paris, LGDJ, 1960.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

systématiques des droits de l'homme. Dans ce sens, l'Assemblée générale des Nations Unies affirma en 1946 que « le génocide est un crime de droit international (...) pour lequel les auteurs et leurs complices doivent être punis »¹⁴⁰⁸. De même, la politique d'apartheid qui, fut pendant longtemps, pratiquée en Afrique du Sud a donné lieu à la même observation. C'est dans cette logique à l'extension du concept que le conflit en ex-Yougoslavie a ramené, au premier plan de la pratique internationale, la réaffirmation de la responsabilité pénale internationale dans le cadre de la création d'un tribunal cette fois à l'initiative du Conseil de Sécurité de l'Organisation des Nations Unies, dans le cadre de sa fonction de maintien de la paix et de la sécurité internationales. En effet, par la Résolution 827 du 25 mai 1993, le Conseil de sécurité « décide d'établir international dans le but exclusif de juger les responsables présumés de graves violations du droit international humanitaire commise sur le territoire de l'ex-Yougoslavie entre le 1^{er} janvier 1991 et une date que le Conseil de sécurité déterminera une fois la paix restaurée ». Le Conseil de sécurité se prononce avec la conviction que la création du Tribunal « comme mesure *ad hoc* » ainsi que le jugement des coupables « contribueront à la restauration et au maintien de la paix »¹⁴⁰⁹. Cette volonté à l'incrimination de l'individu systématisée à travers l'établissement des tribunaux *ad hoc* (1) a été reprise par les tribunaux *hybrides* (2).

1- L'apport des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* dans l'autonomisation de la norme attribuant la responsabilité pénale internationale.

307. Le Statut du TPIY approuvé par le Conseil de sécurité dans la Résolution 808 formule un principe de responsabilité pénale internationale autonome parce que détaché de la détermination de la compétence personnelle d'une juridiction tel que cela fut le cas à Nuremberg¹⁴¹⁰. Ce texte formule le principe de la responsabilité pénale internationale en affirmant que, « Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou, de toute autre manière, aidé et encouragé à planifié, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du

¹⁴⁰⁸ Cf. Résolution 96 II du 11 décembre 1946.

¹⁴⁰⁹ Le Conseil de sécurité s'exprima d'une façon similaire dans sa Résolution 808 du (1993) du 22 février 1993, par laquelle il adopte sa première décision visant à la création d'un Tribunal.

¹⁴¹⁰ Sur le TPIY, outre les références précitées, voir, Ph. WECKEL, « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes du droit humanitaire en Yougoslavie », *A.F.D.I.*, tome xxxix, 1993, pp. 232 ss ; J. O'BRIEN, « The international tribunal for violation of international humanitarian law in former Yugoslavia », *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, pp. 639 ss ; C. HOLLWEG, « Le nouveau tribunal de l'ONU et le conflit en ex-Yougoslavie : un défi pour le droit international humanitaire dans le nouvel ordre mondial », *R.D.P.*, n°5, 1994, pp. 1337 ss ; D. FORSYTHE, « Politics and the ICTFY », *Criminal Law Forum*, vol. 5, 1994, pp. 401 ss ; J.-P. GETTI et K. LESCURE, « Historique du fonctionnement du TPIY », *R.I.D.P.*, vol.2, 1996, pp. 233 ss ; S. D. MURPHY, « Progress and jurisprudence of the ITCY », *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 57ss.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

présent Statut, est individuellement responsable dudit crime »¹⁴¹¹. L'alinéa 2 du même texte dispose, « La qualité officielle d'un accusé soit comme chef d'Etat ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire ne l'exonère de sa responsabilité, et n'est pas un motif de diminution de la peine ». L'alinéa 3 poursuit en admettant que,

« [L]e fait que l'un quelconque des actes visés aux articles 2 à 5 du présent Statut a 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 ne soit commis et en punir les auteurs ».

L'alinéa 4 dispose enfin que,

« Le fait qu'un accusé a agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considéré comme motif de diminution de la peine si le Tribunal l'estime conforme à la justice ».

Ce texte pose donc clairement, et véritablement pour la première fois en droit international, le principe de responsabilité pénale internationale et détermine ses différents aspects. Il sera repris par le Statut d'un second tribunal *ad hoc* créé par résolution 955 de 1994 dont le but exclusif était également,

« de juger les responsables présumés de génocide et d'autres violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda, ainsi que les responsables présumés de génocide et d'autres violations de cette nature commises sur les territoires voisins, entre le 1^{er} janvier 1994 et le 31 décembre 1994 »¹⁴¹².

L'article 6 Statut du TPIR, qui contient la norme attribuant la responsabilité pénale internationale, reprend mutatis mutandis, la formulation établie dans le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie. Ce qui nous amène à rechercher si les tribunaux pénaux internationaux spéciaux ont modifié la donne au regard de leur nature hybride.

2- L'apport des tribunaux pénaux internationaux hybrides dans l'autonomisation de la norme attribuant la responsabilité pénale internationale.

308. Selon une opinion largement partagée, il est admis que la pratique des juridictions *hybrides* a pris pied sur la base de l'expérience des tribunaux *ad hoc*. Le professeur Hervé Ascensio le confirme en affirmant qu'

¹⁴¹¹ Les articles visés dans ce texte renvoient respectivement à la violation des lois et coutumes de guerre, au crime de génocide et au crime contre l'humanité.

¹⁴¹² Sur le TPIR, outre les références précitées, voir, L. D. JOHNSON, « The ICTR », *R.I.D.P.*, vol. 1, 1996, pp. 211 ss ; D. SHRAGA, R. ZACKLIN, « The ICTR », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 501 ss ; V. MORRIS, M. P. SCHARF, *The ICTR*, Irvington on Hudson, New York, Transnational Publishers, 1998 ; J. D. BIZMANA, *La contribution du tribunal criminel pour le Rwanda à l'édification de la justice pénale internationale*, Thèse, Université de Toulouse I, 2004.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

« [E]n matière de responsabilité (...) l'activité des juridictions pénales internationalisées s'inscrit d'une manière générale, quoique parfois timidement, dans la lignée de la jurisprudence des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* »¹⁴¹³.

A l'instar des juridictions pénales internationales, toutes les juridictions pénales internationalisées ont admis le principe de la responsabilité pénale internationale. Celle-ci ressort d'une disposition expresse figurant à l'article 14 alinéa 1 de l'Ordonnance 2000/15 de l'Administration provisoire des Nations Unies au Timor-Oriental, ou encore plus implicitement, dans les dispositions générales relatives à la responsabilité pénale « individuelle » dans le Statut du TSSL¹⁴¹⁴ ou dans la loi de **2004 (vérifier cette date)** sur la création des Chambres extraordinaires pour la répression des crimes commis pendant la période Kampuchéa démocratique.

309. Toutefois, les juridictions hybrides, notamment le TSSL reconnaît la responsabilité pénale des mineurs même si sa mise en œuvre est restée marginale. C'est lors de l'élaboration du Statut de ce tribunal que la question a été posée. Et le Conseil de sécurité a admis, conformément à la recommandation du Secrétaire générale¹⁴¹⁵, la responsabilité des mineurs entre 15 et 18 ans. L'article 7 du Statut pose le principe tout en l'encadrant : les mineurs doivent être traités avec dignité et un sens des valeurs facilitant leur réinsertion¹⁴¹⁶, ils ne peuvent être condamnés à des peines d'emprisonnement¹⁴¹⁷ ; les juges peuvent adopter diverses mesures se substituant à la peine¹⁴¹⁸. Pour autant aucun acte d'accusation n'a encore été lancé contre un mineur. Le bureau du procureur semblant privilégier la solution nationale pour le traitement pénal du phénomène des enfants-soldats qui en tant que tel est considéré comme un crime international¹⁴¹⁹.

S'agissant du Timor-Oriental, l'Administration provisoire des Nations Unies a fixé l'âge minimal de la responsabilité pénale à 12 ans pour les comportements criminels susceptibles d'être qualifiés de meurtres, de viols ou de violences ayant causé des blessures graves¹⁴²⁰. En 2002, un acte d'accusation pour crime contre l'humanité (extermination) a été lancé par le procureur de la Section des crimes graves à l'encontre d'un mineur âgé de 14 ans

¹⁴¹³ H. ASCENSIO, « Quelques remarques à propos de la responsabilité et des peines », in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et J.-M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées. (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, *op.cit.*, p. 145.

¹⁴¹⁴ Cf. article 6.

¹⁴¹⁵ Cf. Rapport du Secrétaire général du 4 octobre 2000, Doc. N.U. S/2000/915, para. 32 ss.

¹⁴¹⁶ Article 7 (1).

¹⁴¹⁷ Article 19 (1).

¹⁴¹⁸ Article 7 (2).

¹⁴¹⁹ H. ASCENSIO, « Quelques remarques à propos de la responsabilité et des peines », *op.cit.*, p. 146.

¹⁴²⁰ Cf. Section 45 du Règlement provisoire de procédure pénale, établi par l'ordonnance UNTEAT n°2000/30, amendée par l'ordonnance 2001/15. Sans cela, le code pénal indonésien, qui prévoit la responsabilité pénale à 7 ans eut été applicable.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

au moment des faits et incarcéré depuis le 17 octobre 2001. Cependant, à la suite d'un accord entre la défense et l'accusation, ce chef d'accusation a été abandonné au profit de celui de meurtres, l'accusé ayant plaidé coupable¹⁴²¹.

Sur ces deux illustrations d'application de la responsabilité pénale internationale aux mineurs, il convient peut être de relever que la très faible fortune de ce cas de responsabilité pénale internationale tient sans doute à la caractéristique de la culpabilité en droit international qui a une double dimension : une intention précise d'atteindre un crime sous-jacent d'une part et le dessein d'inscrire cette intention dans un projet collectif d'autre part. Or, s'il peut paraître aisé d'identifier l'intention du mineur de commettre le crime sous-jacent, il peut par contre être difficile de rattacher cette intention individuelle à un projet collectif de destruction sans risque de tirer des conséquences juridiques et criminologiques excessives de ce qui ne serait qu'une pure et simple exploitation de l'« innocence » du mineur. C'est sans doute ce qui justifie l'attitude hésitante ou méfiante de l'accusation devant ces juridictions hybrides et plus encore l'abandon total de ce cas de responsabilité pénale internationale dans le cadre du Statut de Rome.

B- Le Statut de Rome ou la systématisation de la norme attribuant la responsabilité pénale internationale.

310. Il a déjà été dit, la CDI fut chargé d'étudier la possibilité de créer une juridiction pénale internationale dès 1948. Par sa résolution 260 du 9 décembre 1948, l'Assemblée générale des Nations Unies qui approuva la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, reconnaissant la gravité du crime de génocide et le fait que la Convention de 1948 envisageait en son article 6 la juridiction d'un tribunal pénal international, avait demandé à la CDI d'évaluer s'il était souhaitable et possible de créer un organe judiciaire international chargé de juger les personnes accusées du crime de génocide ou d'autres crimes qui auraient relevé de la compétence de cet organe en vertu des conventions internationales par rapport au crime en question. Suivant la réponse de la CDI favorable à la création d'une juridiction compétente pour juger le génocide et les autres crimes d'une gravité similaire, indépendante de la Cour internationale de Justice, l'Assemblée générale des Nations Unies constitua, par la résolution 489 (V) du 20 décembre 1950, un comité pour une cour criminelle internationale. Ce comité élaborait un projet en 1951 et en 1953 un projet de Statut d'une cour

¹⁴²¹ Cité par, H. ASCENSIO, « Quelques remarques à propos de la responsabilité et des peines », *op.cit.*, pp. 146-147.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

criminelle internationale fut présentée¹⁴²². A travers ce projet, le Comité avait estimé que la compétence de la cour en création devait se limiter aux personnes physiques car la responsabilité pénale des Etats étaient, de l'avis des membres de la Commission, incertaine et relevant du domaine politique plutôt que juridique alors que la responsabilité pénale des autres personnes morales n'étaient uniformément reconnue par les divers systèmes juridiques du monde. Ainsi, l'article 25 du projet provisoirement adopté en 1951 disposait,

« [L]a cour juge les personnes physiques exclusivement, y compris les personnes qui ont agi en qualité de chef d'Etat ou d'agent du gouvernement ».

Et la même compétence subjective fut reprise dans version de 1953 du même article 25¹⁴²³.

Au regard de la dynamique de mise en place d'une cour criminelle internationale que ce soit lors de l'étape de 1957 avec la question de la définition du crime d'agression¹⁴²⁴, celle du 9 décembre 1991 avec la question du trafic illicite des substances stupéfiants¹⁴²⁵ ou à celle du 21 juillet 1993, l'article 25 traitant de la responsabilité pénale est restée inchangée. Et le texte final adopté en 1998 l'a clairement posé en s'inscrivant dans le sillage des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Cet aboutissement que l'on peut qualifier de « codification à droit constant »¹⁴²⁶ énonce une sorte de principe générale de la responsabilité pénale internationale à partir duquel les composantes d'un concept peuvent être dégagées.

¹⁴²² Sur les premiers pas de l'idée vers l'établissement d'une cour criminelle internationale cf. A. J. ALFARO, Rapport- *Question de la juridiction criminelle internationale*, Ann. CDI, 1950, vol. II, doc. A/CN.4/15, pp. 1-18 ; E. SANDSTROM, *Ibid.*, pp. 18-23; Sixième commission, Rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de la CDI de sa deuxième session, doc. A/1639, in A.G., doc. Off., 5^{ème} session, 1950, Annexes, vol. II, point 52 de l'ordre du jour, pp. 12-13, para. 35-43; Sixième commission, Rapport à l'Assemblée générale sur les travaux du Comité pour une cour criminelle internationale, doc. A/2275, A.G. doc. off., 7^{ème} session, 1952, (annexes 1953), vol. II, pp. 21-24, para. 1-22.

¹⁴²³ Cf. Y. LIANG, « Notes on legal question concerning United Nations – The question of the establishment of an international criminal jurisdiction: the first phase », *American Journal of International Law*, vol. 46, 1952, pp. 73 ss; Q. WRIGHT, « Proposal for an international criminal court », *Ibid.*, pp. 60-72; P.-J. CARJEU, « Quelques aspects du nouveau projet de Statut des Nations Unies pour une juridiction criminelle internationale », *R.G.D.I.P.*, t. 60, 1956, pp. 410-425.

¹⁴²⁴ Sur l'évolution des travaux sur cette question dès les années 1920 à 1974, cf. notamment G. GREBING, « La création d'une cour pénale internationale : bilan et perspective », *R.I.D.P.*, vol. 3, 1974, pp. 435-542.

¹⁴²⁵ Pour cette phase, cf. Rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de la quarante-deuxième session, 1^{er} mars- 20 juillet 1990, in A.G. doc. Off., 45^{ème} session, 1990, suppl. n. 10, A/45/10, pp. 29 ss ; para. 93 ss. Pour une analyse des problèmes juridiques en vue à cette étape, voir, M. BENNOUNA, « La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des Etats », *A.F.D.I.*, xxxvi, 1990, pp. 299 ss.

¹⁴²⁶ Sur le concept de codification à droit constant, voir (**à compléter**)

Section 2- Les composantes du concept de responsabilité pénale internationale.

311. Défendre la thèse de l'existence d'un concept de responsabilité pénale internationale qui existerait à côté du régime traditionnel de responsabilité pénale revient, au-delà de l'analyse de son fondement juridique ou de sa formulation par le droit, identifier les composantes du concept. Les éléments qui déterminent à la fois les modalités de fonctionnement ou de mise en œuvre du concept et les aspects de la systématisation de la doctrine du concept. Concrètement, il s'agit de déterminer sur quoi peut reposer une théorie de la responsabilité pénale internationale à travers une analyse des articulations de la norme attribuant ladite responsabilité. Alors, puisqu'il s'agit d'un concept juridique il convient de partir des vecteurs classiques des concepts juridiques que sont les outils du droit positif tels les textes et/ou la jurisprudence. D'abord les textes. A la lecture du cadre normatif de la responsabilité pénale internationale déterminé par le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, dernier état de codification de la matière et cadre général, considérant la nature permanente de la Cour, à partir duquel un principe d'ensemble peut être élaboré¹⁴²⁷, la responsabilité pénale semble se structurer autour de deux éléments cardinaux : l'élément contenu dans l'article 25 dit « Responsabilité pénale individuelle »¹⁴²⁸ et l'élément contenu

¹⁴²⁷ Un principe général de la responsabilité pénale internationale peut être dégagé à partir du Statut de Rome dans la mesure où, ce texte tranche, comme dans une synthèse, les différentes questions relatives à l'application de la responsabilité pénale dans l'ordre international. D'abord le texte pose clairement, comme nous l'avons vu dans la première partie, le principe « *nullum crimen nulla poena sine lege* » (art. 22 et 23). Il fixe les règles liées à l'application de la loi pénale dans le temps et notamment au principe de la non-rétroactivité (art. 24). Il affirme le principe de la subjectivité de la responsabilité pénale et l'exclusion de la responsabilité des groupements (art. 25 (1) « La Cour n'est compétente à l'égard des *personnes physiques* en vertu du présent »). Il affirme également le principe de l'individualisation ou du caractère personnel de la responsabilité pénale (art. 25 (2) « Quiconque commet un crime relevant de la compétence de la Cour est individuellement responsable et peut être puni pour un crime relevant de la compétence de la Cour »). Le texte exclut la responsabilité pénale des mineurs en fixant l'âge de la majorité pénale à 18 ans (art. 26 « La Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime »). Il affirme le défaut de pertinence de la qualité officielle (art. 27), définit l'élément psychologique de l'infraction en droit international (art. 30), détermine les motifs d'exonération de la responsabilité pénale (art. 31), détermine l'incidence de l'erreur de fait ou de droit sur la responsabilité pénale (art. 32) et fixe le régime de l'ordre hiérarchique et de l'ordre de la loi (art. 33). Plus important encore, aux termes de l'article 25 *in fine*, le Statut de Rome sépare la responsabilité pénale internationale du régime de la responsabilité internationale de l'Etat, « Aucune disposition du présent Statut relative à la *responsabilité pénale des individus* n'affecte la *responsabilité des Etats en droit international* ». Pour une analyse de cette disposition, cf. supra section préliminaire du présent chapitre. S'agissant spécifiquement de l'incidence de l'erreur de droit et de l'erreur de fait sur l'élément psychologique nous renvoyons à A. ESER, « Mental element – mistake of fact and mistake of law », in A. CASSESE, P. GAETA et J.R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, op.cit., p. 961.

¹⁴²⁸ Aux termes de l'alinéa 3 de ce texte, « [U]ne personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si :

- a) Elle commet un tel crime, que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ;

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

dans l'article 28 dit « responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques »¹⁴²⁹. Mais il ne faut pas prendre le texte aux mots. Les deux hypothèses admises par la norme internationale concernent tout à fait deux cas de responsabilité pénale individuelle. Le principe est d'ailleurs affirmé à l'article 25 (1) et (2).

312. Pour distinguer ces deux dimensions de la responsabilité pénale internationale contenues dans l'article 25 et l'article 28 du Statut, la doctrine a élaboré un critère basé sur la séparation entre une responsabilité pénale *directe* et une responsabilité *indirecte*¹⁴³⁰. Mais

-
- b) *Elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission du crime ;*
 - c) *En vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les moyens de cette commission ;*
 - d) *Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas : (i) viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou (ii) être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ;*
 - e) *S'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre ;*
 - f) *Elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Toutefois, la personne qui abandonne l'effort tendant à commettre le crime ou en empêche de quelque autre façon l'achèvement ne peut être punie en vertu du présent Statut pour sa tentative si elle a complètement et volontairement renoncé au dessein criminel ».*

¹⁴²⁹ Aux termes de ce texte, « Outre les autres motifs de responsabilité pénale au regard du présent Statut pour des crimes relevant de la Compétence de la Cour :

- a) *Un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des forces placées sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs selon le cas, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé de contrôle qui convenait sur ces formes dans les cas où : (i) Ce chef militaire ou cette personne savait, ou, en raison des circonstances, aurait dû savoir, que ces forces commettaient ou allaient commettre ces crimes ; et (ii) Ce chef militaire ou cette personne n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuite ;*
- b) *En ce qui concerne les relations entre le supérieur hiérarchique et subordonnés non décrites au paragraphe a), le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où : (i) Le supérieur savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou a délibérément négligé de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement ; (ii) Ces crimes étaient liés à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ; et (iii) Le supérieur hiérarchique n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour en empêcher ou en réprimer l'exécution ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites ».*

¹⁴³⁰ Sur ce point cf. A. M. DANNER et J. S. MARTINEZ, « Guilty associations: Join criminal enterprise, command responsibility and the development of international criminal law », *Californian Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 75-137. Ces auteurs affirment notamment que, « Article 7 (1) of the ICTY Statute and article 6 (1) of the ICTR Statute describe the five forms "direct responsibility" in identical terms: A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime ... shall be individually responsible for the crime » (p. 97). Cette distinction entre responsabilité directe et responsabilité indirecte en droit pénal international est aussi implicitement évoquée par des pénalistes canadiens, cf. A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef: la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *Canadian Criminal Law Review*, vol. 9, 2004, p. 96.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

cette distinction qui avait déjà été faite dans certaines décisions du TPIY, notamment dans l'affaire *Delalic*¹⁴³¹ paraît assez critiquable pour servir de base théorique à la doctrine de la responsabilité pénale internationale. Non seulement elle introduit une confusion entre les notions de *responsabilité pénale directe ou indirecte* et celles de *perpétration directe ou indirecte* employées par la Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale dans l'affaire *Lubanga* et qui ne renvoie pas à un mode de responsabilité pénale directe ou indirecte mais plutôt à un certain degré de participation dans la commission de l'acte matériel¹⁴³², mais aussi, elle n'a pas été suivie par la doctrine majoritaire. En effet, présente mal les idées sous-jacentes dans les deux formes de responsabilité admises par le texte international et partant, la particularité même de la responsabilité pénale internationale¹⁴³³.

313. Dans cette matière des crimes contre l'humanité, il convient de tenir compte de deux choses : la nature du crime et le mode de perpétration. Relativement au premier point, force est de constater que le grand public entretient la conviction que les plus hauts dirigeants sont les véritables responsables quant les crimes de guerre, génocide et crimes contre l'humanité sont commis. Cette conviction est d'autant plus naturelle qu'il paraît en effet inconcevable au commun des mortels que la commission de crimes aussi horribles et à une si grande échelle soit spontanée et n'exige pas la planification et la participation active des autorités militaires et civiles supérieures comme condition de réalisation. Relativement au second point, on présume, au regard de la nature du crime que, les dirigeants militaires et politiques ont joué un rôle actif dans l'élaboration et la mise en œuvre de politiques guerrières, génocidaires et inhumaines ayant donné lieu aux violations graves du droit international humanitaire par un grand nombre d'exécutants. Si l'on combine ces deux considérations, il s'en suit selon certains auteurs un paradoxe : s'il est courant dans le langage populaire de traiter celui qui est au sommet de la pyramide du pouvoir ou de l'autorité comme étant le principal responsable de violations graves du droit humanitaire, le droit pénal traditionnel, quant à lui, répugne à reconnaître la responsabilité d'une personne pour le fait

¹⁴³¹ Pour une distinction entre la responsabilité *pénale directe* qui renvoie à celle prévue à l'article 25 de celle indirecte qui fait référence à la responsabilité du supérieur hiérarchique, cf. TPIY, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. Inst. I., Affaire n° IT-96-21, 16 novembre 1998, para. 12.

¹⁴³² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, Ch. Pr. I., Affaire n° ICC-01/04-01/06, 29 janvier 2007, para. 318 ss.

¹⁴³³ Sur ce point voir pour certains développements non moins pertinents, R. S. CLARK, « The mental element in international criminal law : The Rome Statute of international criminal court and the element of offences », *Criminal Law Forum*, vol. 12, 2001, pp. 291 ss; M. ELAWA BADAR, « The mental element in the Rome Statute of the international criminal court: a commentary from a comparative criminal law perspective », *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, pp. 473-518; V. MILITELLO, « The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 941-952.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

d'autrui et assigne généralement la plus grande part de responsabilité à *l'auteur réel et direct* de l'infraction, c'est-à-dire l'exécutant¹⁴³⁴.

Mais y a-t-il véritablement paradoxe entre les règles de droit pénal traditionnel et la norme attribuant la responsabilité pénale internationale ? Y a-t-il réellement fait d'autrui dans la responsabilité pénale internationale pour que l'on parle de responsabilité *directe ou indirecte*? Le problème fondamental ici n'est-il pas dans la conception de la notion « d'auteur réel » de l'infraction ? D'abord, si le droit pénal interne s'en tire mieux pour reconnaître les criminels qui commettent les crimes que ceux qui les conçoivent ou qui permettent leur exécution, c'est davantage en raison de la nature de la culpabilité en matière de crime interne, c'est-à-dire en raison d'une culpabilité unidimensionnelle axée sur l'exécutant sans un quelconque rattachement à un projet collectif donné. Ensuite, contrairement à la culpabilité pénale interne, celle observable en matière d'infractions internationales, présente, comme il a été dit, deux composantes. Ce qui conduit à penser la responsabilité pénale *avec* mais aussi *au-delà* des formes classiques de participation à l'entreprise criminelle issues des théories de la complicité et de la coaction applicable dans le régime ordinaire de la responsabilité personnelle.

En réalité, l'un des problèmes qui s'est posé lors de la recherche d'une forme adéquate de responsabilité pénale applicable aux crimes de masse tenait à l'obstacle épistémologique consistant au réflexe d'une transposition dans l'ordre international ou plus précisément dans le régime des crimes internationaux, de certaines règles de fonctionnement de la responsabilité pénale en droit interne. Pourtant, à l'analyse des articles 25 et 28 du Statut de Rome, il semble se dégager deux principales idées au sujet de la responsabilité pénale internationale. La première, qui ressort de l'article 25, est que considérant *la nature collective* des crimes internationaux et leur structure duale (élément spécifique du crime et infraction sous-jacente) la faute intentionnelle pouvant entraîner la culpabilité de l'agent pour ce type d'infraction résulte nécessairement d'une entreprise criminelle commune. La seconde est qu'au regard de *leur mode de perpétration*, les crimes internationaux supposent toujours une échelle de commandement, une hiérarchisation du pouvoir et surtout des rôles. De là, il apparaît que deux idées directrices structurent la norme attribuant la responsabilité pénale internationale. Deux idées qui sont en cours de systématisation par la jurisprudence en ce qu'elles orientent le raisonnement des juges. Ces deux idées fonctionnent comme des

¹⁴³⁴ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, p. 95, nous soulignons.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

composantes du concept de responsabilité pénale internationale qui désormais se distingue de la norme traditionnelle d'attribution de la responsabilité en droit interne. Ces idées sont généralement analysées par la doctrine sous la qualification de « joint criminal enterprise » (§1) et « doctrine of command responsibility »¹⁴³⁵ (§2). C'est partant de l'existence de ces deux notions que l'on affirme l'émergence d'un concept de responsabilité pénale internationale.

§1- La notion « d'entreprise criminelle commune ».

314. La notion d' « entreprise criminelle commune » en anglais « joint criminal enterprise », « common purpose », analysée ici comme la première composante d'un concept émergent de responsabilité pénale internationale, nous place au cœur de la théorie de la responsabilité pénale applicable aux différentes formes de participation à la commission des crimes de masse : *système de responsabilité pénale issu du projet criminel collectif et distribué à chaque participant en fonction de son mode individuel de participation, ou bien, système de responsabilité pénale issu du projet criminel et distribué identiquement à tous les participants du seul fait de l'existence d'un but criminel commun.*

La difficulté liée à l'attribution de la responsabilité pénale dans les crimes internationaux par nature est bien réelle. Les infractions internationales telles que le crime contre l'humanité impliquent toujours une pluralité d'individus et soulèvent généralement trois types de problème du point de vue de la théorie de la responsabilité. L'*identification de l'intention criminelle* de chaque agent dans la production du résultat de l'infraction, la *détermination de la prévisibilité* des actes de l'agent au regard du résultat atteint et l'*établissement de la culpabilité* de chaque agent par rapport au projet criminel collectif¹⁴³⁶.

315. Alors que la doctrine de l'*iter criminis* enseigne que pour établir la responsabilité de l'agent, il faut d'abord et toujours rechercher la faute pénale de l'agent dans son comportement individuel ; la notion d' « entreprise criminelle commune » invite au renouvellement de la doctrine. Elle vise le crime découlant de l'*action concertée* de plusieurs individus même si tous les participants n'ont pas commis le même acte. L'affaire *Dusko Tadic* devant le TPIY illustre assez clairement ce besoin de renouvellement.

¹⁴³⁵ Cf. S. DARCY, « Imputed criminal liability and the goals of international justice », *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, pp. 377-404.

¹⁴³⁶ Pour une certaine spécification de ces trois thèmes de la responsabilité pénale, cf. J. D. OHLIN, « Three conceptual problems within the doctrine of joint criminal enterprise », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 69-90.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

Le 05 mai 1997, la Chambre de première instance acquitte l'accusé des meurtres de cinq hommes commis à *Jaskici* au motif qu'il n'avait ni *personnellement ni matériellement* participé à la commission des infractions (application de la doctrine pénale classique)¹⁴³⁷. L'accusation conteste ce raisonnement au motif que les premiers juges n'avaient pas correctement appliqué la « doctrine du but commun ». Deux ans plus tard, la Chambre d'appel saisie fit droit à l'argument de l'accusation. En procédant par une analyse de l'article 7 (1) du Statut du tribunal et de la notion de but commun, elle estime que la question juridique posée est celle de savoir,

« (...) si les actes commis par une personne peuvent engager la responsabilité pénale *d'une autre personne* quand elles ont toutes deux participé à l'exécution *d'un projet criminel commun* »¹⁴³⁸.

Le 15 juillet 1999, elle décida que, le Statut du tribunal ne se contente pas de conférer compétence à l'encontre des exécutants directs,

« [I]l n'exclue pas les cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes. *Quiconque contribue à la perpétration d'un crime par le groupe de personnes visées ou par certains de ses membres, en poursuivant un but criminel commun, peut être tenu pénalement responsable (...)* »¹⁴³⁹ (application de la notion d'entreprise criminelle commune).

Contrairement à la Chambre d'instance, la Chambre d'appel va considérer que l'accusé peut être sanctionné pour ces meurtres puisqu'il a participé à une entreprise criminelle commune. L'accusé n'a pas commis de crime mais a favorisé sa commission par un groupe d'individus en exécution d'un but criminel commun auquel il a participé.

A la lecture de cette jurisprudence, la notion d'entreprise criminelle commune à travers son outil conceptuel, le but criminel commun, apparaît comme une forme de participation criminelle à partir de laquelle semble s'appliquer un principe de dérivation de la responsabilité pénale¹⁴⁴⁰. Pour cette raison son développement, comme d'ailleurs le développement de toutes nouvelles institutions juridiques, n'est pas allé sans susciter la controverse (A). Controverse, dont les termes pertinents, permettent de s'interroger sur ce

¹⁴³⁷ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, Jugement, Ch. Ins II., Affaire n° IT-94-1, *op.cit.*, para. 373.

¹⁴³⁸ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, Arrêt, Ch. App. Affaire n° IT-94-1, *op. cit.*, para. 185.

¹⁴³⁹ *Ibid.*, para. 190, nous soulignons.

¹⁴⁴⁰ Cf. dans ce sens, A. V. SLIEDREGT, « Joint criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 184-207.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

nouveau de mode d'établissement de la responsabilité pénale au regard des théories classiques de la coaction et de la complicité (B).

A- Esquisse du développement de la notion « d'entreprise criminelle jointe » en droit pénal international.

Pour les juges des tribunaux pénaux internationaux, la notion d'entreprise criminelle commune n'est pas une de leur création pourtant sa proclamation a suscité une vive controverse (1) qui a aussitôt fait place à une adhésion unanime (2).

1- De l'origine de la notion à sa controverse.

316. La notion d'entreprise criminelle commune suppose que la commission d'un crime, par une pluralité de personnes agissant ensemble dans la poursuite d'un but criminel commun, emporte reconnaissance de la responsabilité pénale à tous les membres du groupe indépendamment du rôle joué par chacun¹⁴⁴¹. De nombreuses affaires, au lendemain de la seconde guerre mondiale, ont été réglées en partant du principe que lorsque deux personnes ou plus agissent de concert dans un but criminel commun, les crimes commis par l'une d'entre elles peuvent engager la responsabilité pénale de tous les autres membres du groupe. Ainsi, dans l'affaire *Georg Otto Sandrock et autres* le juge britannique a évoqué la notion « d'entreprise commune » pour condamner trois allemands coupables du meurtre d'un prisonnier de guerre britannique¹⁴⁴². De même, dans l'affaire *Hoelzer et Consorts* porté devant un tribunal canadien, l'assesseur *Judge Advocate*, a parlé dans ses conclusions « d'une entreprise commune » s'agissant du meurtre d'un prisonnier de guerre canadien par trois allemands et a souligné que ces trois personnes savaient qu'elles emmenaient la victime en un endroit précis pour la tuer¹⁴⁴³. De façon similaire un assesseur fait observer devant les tribunaux britanniques dans l'affaire *Schonfeld* que,

¹⁴⁴¹ Cf. N. PIACENTE, « Importance of the join criminal enterprise doctrine for the ICTY prosecutorial policy », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 448 ss; M. OSIEL, « The banality of the good: aligning incentives against mass atrocity », *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, pp. 1783 ss;

¹⁴⁴² Cf. *Trial of Otto Sandrock and three others*, *British Military Court for the trial of war criminals*, procès entendu au tribunal d'Almelo, Pays-Bas, du 23 au 26 novembre 1945, *Law Reports*, vol. I, p. 35. Dans ses conclusions, un assesseur déclare, « Il était indicutable, à mon sens, que trois [allemands] savaient ce qu'ils faisaient et s'étaient rendus là dans le seule but de tuer cet officier ; vous n'êtes pas sans savoir que si des personnes sont toutes ensemble au même moment, participant à entreprise criminelle illicite commune, contribuant chacune à sa façon à l'objectif commun, elles sont toutes également coupables en droit » (voir la transcription officielle, Public Record Office, London, WO /8, p. 70).

¹⁴⁴³ Cf. *Hoelzer et al.*, *Canadian Military Court, Aurich, Germany*, Compte rendu des débats du 25 mars au 6 avril 1946, vol. I, p. 341-347, 349.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

« si plusieurs personnes s'associent dans un but illicite, ou dans un but licite en ayant recours à des moyens illicites, et que l'une d'elles réalise cet objectif et tue quelqu'un, *ce meurtre est imputable à toutes les personnes présentes (...)* à condition qu'il ait été commis par un membre du groupe tandis qu'il s'employait à mener à bien l'objectif commun du groupe »¹⁴⁴⁴.

Dans l'affaire *Ponzano* l'assesseur souscrivant à l'opinion du procureur soulignait que,

« (...) Il importe qu'un accusé, avant d'être reconnu coupable, ait été impliqué dans le crime. Etre impliqué dans la perpétration d'un crime (...) ne signifie pas seulement que l'intéressé soit la personne qui a infligé le coup mortel et causé directement la mort de la victime, que ce soit par un coup de feu ou par tout autre moyen violent, mais suppose également un degré de participation indirecte [...]. En d'autres termes, il doit être le rouage dans la succession des événements qui a conduit au résultat qui s'est effectivement produit. Il peut parvenir à ces fins non seulement en donnant l'ordre de commettre un crime, mais aussi par divers autres moyens (...) »¹⁴⁴⁵.

Il ressort de cette jurisprudence nationale post seconde guerre mondiale que la notion d'entreprise criminelle commune a émergé autour de deux notions : la notion de « groupe criminel » et celle de « but commun ». La prise en compte de ces deux notions ont conduit les juges internationaux dans l'affaire *Tadic* à identifier trois catégories distinctes d'actes de criminalité collective,

« [L]a première de ces catégories concerne les affaires où tous les accusés, agissant de concert dans un *but criminel commun*, ont la *même intention criminelle* »¹⁴⁴⁶. La seconde catégorie « englobe ce qu'il est convenu d'appeler *les camps de concentration*. La notion de but commun a été appliquée dans les cas où les faits reprochés étaient supposés avoir été commis par des membres des unités militaires ou administratives chargées des camps de concentration, c'est-à-dire par des personnes agissant selon un *plan concerté* »¹⁴⁴⁷. La troisième catégorie concerne « les affaires de but commun dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une *conséquence nature et prévisible de sa mise en œuvre* »¹⁴⁴⁸.

Ainsi, pour que l'entreprise criminelle soit établie, deux conditions doivent être remplies : la participation personnelle de l'agent à l'un des aspects du but commun et l'intention, même en l'absence d'une participation personnelle, d'atteindre ce résultat¹⁴⁴⁹.

¹⁴⁴⁴ *Trial of Franz Schonfeld and others*, British Military Court, Essen, tenu du 11 au 26 juin 1946, *Law Reports*, vol. XI, p. 68, nous soulignons.

¹⁴⁴⁵ Cf. *Trial of Feurstein and others, Proceedings of a war crimes held at Hamburg, Germany*, du 4 au 24 août 1948, p.7.

¹⁴⁴⁶ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias « Dule »*, Arrêt, Ch. App. Affaire n°IT-94-1, *op. cit.*, para. 196.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, para. 202.

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, para. 204.

¹⁴⁴⁹ Cf. H. VAN DER WILT, « Joint criminal enterprise. Possibilities and limitations », *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, pp. 91-108; K. GUSTAFSON, « The 'requirement' of an express agreement for joint criminal enterprise liability. A critique of Brdanin », *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, pp. 134-158; K. AMBOS, « Joint criminal enterprise and command responsibility », *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, 159-153; R. PROVOST, « Amicus curiae brief on joint criminal enterprise in the matter of the co-perpetrators' appeal of the closing order against Kaing Guek EAV 'duch' dated 8 august 2008 », *Criminal Law Forum*, vol. 20, 2009, pp. 331-351.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

Sous cette présentation, la notion ne présente aucune spécificité au regard des modes classiques de participation collective à une entreprise criminelle. C'est ce qui a justifié la controverse ou mieux la critique qui a suivi le précédent *Tadic*. Celle-ci a principalement porté sur deux points : l'absence de fondement statutaire de la notion et l'imprécision de ses éléments constitutifs¹⁴⁵⁰. S'agissant précisément de l'absence de précision de ses éléments constitutifs, l'entreprise criminelle jointe a très vite été assimilée à la coaction¹⁴⁵¹. Plus précisément encore, le juge Lindholm, dans son opinion individuelle et partiellement dissidente jointe au jugement dans l'affaire *Simic* affirmait,

« que ce qu'on appelle la forme élémentaire de l'entreprise criminelle commune n'a pas de contenu propre. Ce n'est rien d'autre qu'une nouvelle étiquette qu'on accole à une notion ou une théorie connue depuis longtemps (...) à savoir la coaction »¹⁴⁵².

Malgré cette controverse, la jurisprudence est restée constante et ses défenseurs admettent qu'il s'agit d'un mode d'attribution de la responsabilité pénale adapté à la criminalité de système¹⁴⁵³ et parfaitement applicable lorsque les activités criminelles ont été portées par une pluralité de personnes¹⁴⁵⁴.

2- De la controverse à la consécration de la notion.

317. Après l'affaire *Tadic*, la notion d'entreprise criminelle commune a gagné en importance dans la jurisprudence internationale. Selon Danner et Martinez, 64% des actes d'accusations présentés devant le TPIY entre 25 juin 2001 et le 24 janvier 2004 se fondaient sur cette notion¹⁴⁵⁵. S'il en est ainsi, c'est parce que la notion a été précisée par la jurisprudence ultérieure des tribunaux *ad hoc*. Si elle suppose l'existence d'un plan commun, il n'est pas nécessaire qu'il soit formulé de manière expresse¹⁴⁵⁶. Le plan n'a pas non plus à être

¹⁴⁵⁰ V. HAAN, «The development of a concept of joint criminal enterprise at the international criminal tribunal for the former Yugoslavia», *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 167-201, spec. 190; A. V. SLIEDREGT, «Joint criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide», *op.cit.*, pp. 186-191. L'auteur évoque notamment une controverse autour de la notion d'entreprise criminelle commune à trois niveaux: au niveau de son étendue, au niveau de sa nature, au niveau de sa mise en œuvre. Pour une analyse de l'ensemble de ces critiques, voir, A. CASSESE, «The proper limits of individual responsibility under the doctrine of joint criminal enterprise», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 109-133.

¹⁴⁵¹ Cette assimilation avait été faite dans l'affaire, TPIY, *Procureur c. Stakic*, Jugement, Ch. Inst. II, Affaire n°IT-97-24, 31 juillet 2003, para. 438-439.

¹⁴⁵² TPIY, *Procureur c. Simic et consorts*, Opinion individuelle et partiellement dissidente, Affaire n° IT-95-9, 17 octobre 2003, para. 2.

¹⁴⁵³ H. VAN DER WILT, «Joint criminal enterprise. Possibilities and limitations», *op. cit.*

¹⁴⁵⁴ K. GUSTAFSON, «The 'requirement' of an express agreement for joint criminal enterprise liability. A critique of Brdanin », *op. cit.*

¹⁴⁵⁵ A. M. DANNER et J. S. MARTINEZ, «Guilty associations: Joint criminal enterprise, command responsibility and the development of international criminal law », *op. cit.*, p. 107.

¹⁴⁵⁶ TPIY, *Le Procureur c. Krnojelac*, Jugement, Ch. Inst. II, Affaire n° IT-97-25, 15 mars 2002, para. 80. Pour une analyse doctrinale, voir, K. GUSTAFSON, «The 'requirement' of an express agreement for joint criminal enterprise liability. A critique of Brdanin », *op. cit.*

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

préalablement organisé ou élaboré¹⁴⁵⁷. L'entreprise criminelle commune repose sur la preuve d'une action menée par une pluralité de personnes, étant donné qu'il n'est pas besoin que ces personnes soient formellement regroupées dans une structure militaire, politique ou administrative¹⁴⁵⁸. En 2006, le TPIY a indiqué dans l'affaire *Krajisnik* que,

« it is the common objective that beings to transform a plurality of persons into a group or enterprise, as this plurality has in common the particular objective. (...) It is the interaction or cooperation among persons – their joint action – in addition to their common objective that makes those persons a group »¹⁴⁵⁹.

Ainsi, le participant à une entreprise criminelle commune n'est pas un coauteur et doit être distingué d'un complice¹⁴⁶⁰

Cette tendance à la précision de la notion semble avoir été consacrée par le Statut de Rome de la CPI qui définit la norme attribuant la responsabilité pénale pour crimes relevant de la compétence de la Cour à l'article 25¹⁴⁶¹. Ce texte traite de la complicité au paragraphe 3 (c) et sous paragraphe (d) prévoit une responsabilité pour un mode de participation assimilable à une entreprise criminelle commune. En tout cas, en 2007 dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre préliminaire I a estimé que,

« l'article 25 -3-d du Statut prévoit une forme résiduelle de responsabilité du complice qui permet de sanctionner les contributions au crime ne pouvant pas être considérées comme des ordres, des sollicitations, des encouragements, une aide, un concours ou une assistance (...) en raison de l'état d'esprit dans lequel elles ont été apportées »¹⁴⁶².

Comme les tribunaux *ad hoc*, la Cour pénale internationale adopte une approche subjective de la notion en mettant l'accent sur l'état d'esprit de l'agent.

Aujourd'hui la notion semble systématisée en droit pénal international et parce qu'elle apparaît comme un mode de responsabilité principalement applicable dans les infractions internationales, elle émerge comme une composante d'un concept plus général de responsabilité pénale internationale. Dans une récente décision du 2 février 2012, la Chambre de première instance III du TPIR a réaffirmé que,

« [A]lthough article 6 (1) does not explicitly refer to “joint criminal enterprise”, the appeal chamber [in Tadic case] has held that participating in a joint criminal enterprise

¹⁴⁵⁷ TPIR, *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, Motifs de l'arrêt d'appel, Ch. App., 1^{er} juin 2001, para. 193.

¹⁴⁵⁸ TPIY, *Le Procureur c. Brdamin et Zupljanin*, Jugement, Ch. Inst. II, Affaire n° IT-96-36, 1^{er} septembre 2002, para. 261.

¹⁴⁵⁹ TPIY, *Le Procureur c. Krajisnik*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-00-39, 27 septembre 2006, para. 884 ; *Le Procureur c. Boskoski et Tarculovski*, Jugement, Ch. Inst. II, Affaire n° IT-04-82, 10 juillet 2008, para. 395.

¹⁴⁶⁰ TPIY, *Le Procureur c. Kvočka et consorts*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-98-30/1, 28 février 2005, para. 87-95.

¹⁴⁶¹ Pour une analyse de cette disposition cf. K. AMBOS, « Article 25 – Individual criminal responsibility », O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of International criminal court*, op. cit., pp. 476-492.

¹⁴⁶² CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision de confirmation des charges, op. cit., para. 337.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

is a form of liability which exists in customary international law and that it is a form of "commission" under article 6 (1) »¹⁴⁶³.

Ce même jugement réaffirme également la thèse prétorienne selon laquelle il existe trois formes d'entreprise criminelle commune : une forme élémentaire, une forme systémique et une forme élargie.

La première forme dite élémentaire est réalisée lorsque,

« des individus agissent de concert dans un but criminel commun et partagent l'intention spécifique requise pour la sous-infraction commise »¹⁴⁶⁴.

La seconde dite forme systémique,

« variante de la première catégorie (...) elle se caractérise par l'existence d'un système organisé de mauvais traitements »¹⁴⁶⁵.

La troisième forme dite forme élargie permet d'atteindre les leaders politiques et militaires qui ne sont pas des sujets-commettants¹⁴⁶⁶.

Toutefois, lorsque l'on considère en détail ces trois variantes de l'entreprise criminelle commune, il devient nécessaire et opportun de les envisager au regard des formes classiques de participation criminelle.

B- L'entreprise criminelle commune au regard des théories traditionnelles explicatives de la participation criminelle.

La participation criminelle suppose l'intention qui comprend la conscience de l'acte de participation et la *décision délibérée* de participer en planifiant, incitant, ordonnant, commettant, ou de toute autre manière aidant, encourageant, assistant la perpétration d'un crime. Les deux théories traditionnelles qui permettent d'en rendre compte sont la coaction (1) et la complicité (2). C'est donc à travers leur prisme que peut être appréciée la nouveauté introduite par la notion d'entreprise criminelle commune qui n'est ni coaction, ni complicité mais pourtant mode de participation criminelle.

¹⁴⁶³ TPIR, *Le Procureur c. Edourd Karemera et Matthieu Ngirumpatse*, Jugement, Ch. Inst. III, Affaire n° ICTR-98-44-T, 2 février 2012, para. 1433.

¹⁴⁶⁴ TPIY, *Le Procureur c. Boskoski et Tarculovski*, Jugement, Ch. Inst. II, Affaire n° IT-04-82, *op.cit.*, para. 396.

¹⁴⁶⁵ A. CASSESE, « The proper limits of individual responsibility under the doctrine of joint criminal enterprise », *op. cit.*, p. 112.

¹⁴⁶⁶ Pour plus de détails sur cette forme, cf. H. OLASOLO, « Joint criminal enterprise and its extended form: a theory of co-perpetration giving rise to principal liability, a notion of accessorial liability, or a form of partnership in crime? », *Criminal Law Forum*, vol. 20, 2009, pp. 263-287.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

1- L'entreprise criminelle commune, notion autonome ou forme renouvelée de la théorie de la coaction ?

318. La question se pose principalement se savoir, en quoi la notion d'entreprise criminelle commune se distingue-t-elle de la théorie de la coaction notamment lorsqu'il s'agit d'une criminalité de groupe ? Pour esquisser une réponse à cette question, l'on peut partir de l'approche exégétique de l'article 25 (3) (a) et (d) du Statut de Rome pour voir si oui ou non, ce texte, au regard de son articulation prévoit la frontière entre l'hypothèse d'entreprise criminelle et la théorie de la coaction.

Premièrement, il convient de relever que le fondement légal de la coaction dans le Statut de Rome se trouve dans l'article 25 (3) (a) qui dispose qu'une personne est pénalement responsable en vertu des crimes relevant de la compétence de la Cour si elle commet ces crimes,

« soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable ».

Le fondement légal de l'entreprise criminelle commune, quant à lui, semble être le sous paragraphe (d) du même aliéna qui prescrit qu'une personne peut également être pénalement responsable lorsqu'elle,

« contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par *un groupe de personnes agissant de concert*. Cette contribution doit être intentionnelle (...) ».

Pour la doctrine, notamment Philippe Currat, il n'y aurait pas de différence au niveau des réalités décrites dans les deux textes. Il considère en effet que, la commission d'un crime,

« au sein d'un groupe de personnes agissant de concert (*hypothèse du sous paragraphe (d)*) permet en fait de traiter tous les membres du groupe comme des acteurs principaux, comme des coauteurs plus nombreux (*cas du sous paragraphe (a)*) »¹⁴⁶⁷.

Mais la Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale a catégoriquement rejeté cette analyse, fait remarquer Mathieu Jacquelin dans sa thèse¹⁴⁶⁸. Selon lui, elle admet que la notion définie au sous paragraphe (d) de l'article 25 (3) « ressemble fortement à l'entreprise criminelle commune ou à la théorie du but commun retenue dans la jurisprudence du TPIY », elle considère que celle-ci n'aurait constitué le fondement de la théorie de la coaction que « si les auteurs du Statut avaient opté pour une approche subjective en vue de

¹⁴⁶⁷ Ph. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, op. cit., p. 612.

¹⁴⁶⁸ M. JACQUELIN, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, op.cit., pp. 511-512.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

distinguer les auteurs principaux du crime des complices »¹⁴⁶⁹. Même si cette position des juges internationaux paraît assez ambiguë, ils estiment, dans leur raisonnement, que la notion de coaction,

« prend sa source dans l'idée que, lorsque la somme des contributions individuelles coordonnée de plusieurs personnes aboutit à la réalisation de tous les éléments objectifs d'un crime, toute personne apportant une contribution peut se voir imputer les contributions des autres et, en conséquence être considérée comme un auteur principal du crime dans son ensemble. (...) Le point de départ de l'idée de coaction est donc la prise en compte d'une certaine *division fonctionnelle du travail* entre les différents acteurs d'un crime, le critère de la coaction devant par ailleurs permettre d'établir une distinction entre les auteurs principaux et les complices d'un crime dans l'hypothèse où ce crime est le fruit de l'activité de plusieurs personnes »¹⁴⁷⁰.

Ainsi, les juges de la Chambre préliminaire I déterminent trois approches distinctes de la théorie de la coaction. Une première approche dite *objective*, « place l'accent sur la réalisation d'un ou plusieurs éléments du crime ». Selon cette approche, seuls « ceux qui exécutent physiquement [ou matériellement] un ou plusieurs éléments objectifs de l'infraction peuvent être considérés comme des auteurs principaux du crime »¹⁴⁷¹. Une approche *subjective* ensuite qui correspond à la conception retenue par le TPIY par le biais de la notion d'entreprise criminelle commune ou théorie du but commun. Elle est ainsi qualifiée de subjective par les juges en ce que l'accent serait mis « sur l'état d'esprit dans lequel la contribution au crime a été apportée », indépendamment de « l'importance de la contribution à l'infraction », le critère décisif de la coaction reposant alors sur l'existence d'une « intention partagée de commettre l'infraction »¹⁴⁷². À côté de ces deux premières approches, les juges de la Cour identifient une troisième basée sur la notion de « contrôle exercé sur le crime »¹⁴⁷³.

Au regard de cette triple distinction opérée par la Chambre préliminaire I, il apparaît que la notion d'entreprise criminelle commune constitue moins une troisième catégorie de théories explicatives de la participation criminelle à côté des deux premières que sont la théorie de la coaction et la théorie de la complicité qu'une forme de développement subjectif de la théorie de la coaction (a) si l'on considère la difficile distinction qui pourrait exister entre cette notion et celle de « contrôle exercé sur le crime » (b).

¹⁴⁶⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, Ch. Pr. I, Affaire n° ICC-01/04-01/06, op. cit., para. 335.

¹⁴⁷⁰ *Ibid.*, para. 326-327.

¹⁴⁷¹ *Ibid.*, para. 328.

¹⁴⁷² *Ibid.*, para. 329.

¹⁴⁷³ *Ibid.*, para. 330.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

a- L' « entreprise criminelle commune », nouvelle forme de développement subjectif de la théorie de la coaction.

319. La définition la plus stable de la notion d'entreprise criminelle commune est celle qui s'appuie sur la notion de « *but commun* » en anglais « *common purpose* ». Celle-ci suppose que l'entreprise criminelle commune renvoie toujours à l'hypothèse d'un *groupe criminel* agissant à partir d'un *plan concerté*. Ainsi, ce n'est pas du point de vue matériel ou objectif que la notion prend tout sens, mais beaucoup plus du point de vue subjectif. Car elle introduit en matière de *participation criminelle* l'idée que *l'intention criminelle* est l'élément à partir duquel les participants à un projet criminel collectif vont acquérir la qualité d'auteurs principal indépendamment de la nature et du degré de leur participation dans la production du résultat criminel. C'est à ce niveau qu'elle se distingue de la théorie de la coaction dans la dimension classique. Dans ce dernier cas en effet, la théorie de la coaction suppose que les participants à une activité criminelle ne prendraient la qualité d'auteur principal que s'ils ont accompli l'un quelconque des actes constitutifs de l'infraction visé et non s'ils ont globalement atteint le résultat du projet criminel initial. Tel est notamment le cas du concept de *scène unique de violences* admis par la Cour de cassation française en matière de violence collective¹⁴⁷⁴. Dans cette perspective, la notion d'entreprise criminelle commune reprend l'hypothèse bien connue en droit interne à travers la notion de *criminalité organisée* et peut permettre de saisir l'intention criminelle dans toutes ses manifestations lorsqu'il s'agit par exemple de la participation à un mouvement terroriste ou à un mouvement insurrectionnel, phénomènes dans lesquels l'on suggère la validation de la théorie de la *responsabilité organisationnelle*¹⁴⁷⁵.

Eu égard à ce qui précède, l'intérêt de la notion d'entreprise criminelle commune pourrait être d'adapter la théorie de la coaction à la fois à la nature collective et à la structure hiérarchique des crimes internationaux comme le crime contre l'humanité. Il n'y a donc pas à vouloir établir une quelconque frontière entre les deux l'entreprise criminelle commune et la coaction. La première notion constitue une application spécifique de la seconde. Ainsi, *le développement de la notion d'entreprise criminelle commune dans la jurisprudence*

¹⁴⁷⁴ J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 370. La Chambre criminelle admet que « lorsqu'il est impossible de préciser la part individuellement prise par chacun des prévenus dans une scène unique de violences et la nature des coups portés par chacun, l'infraction est appréciée dans son ensemble : le fait que les violences ont entraîné chez la victime un délit ou un crime s'étend à tous les participants. Même si l'un des participants a frappé la victime de telle sorte qu'il y a délit ou crime, on retiendra cette infraction à la charge de tous les participants dès lors qu'il s'avère qu'il est impossible de savoir qui a fait quoi ». cf. Cass. Crim., 23 mars 1953, *Bull. crim.*, n° 103, 14 décembre 1955, *Bull. crim.*, n° 566, 22 mai 1957.

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*, pp. 407-409.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

internationale peut être considéré comme une option de politique criminelle judiciaire s'agissant de l'attribution de la responsabilité pénale lorsque des crimes contre l'humanité ont été commis.

b- Confusion entre la notion de « contrôle sur le crime » et la théorie de la coaction.

320. Dans l'affaire *Lubanga*, l'accusation soutient que,

« l'article 25 (3) (a) opte pour une coaction fondée sur l'exercice d'un contrôle sur le crime, en ce sens qu'une personne ne peut être coauteur d'un crime que si elle exerce un contrôle conjoint sur ce crime du fait de la contribution essentielle qui lui a été assignée ».

Reprenant cette position de l'accusation, la Chambre préliminaire I retient que,

« les auteurs principaux d'un crime ne se trouvent pas uniquement parmi ceux qui exécutent physiquement les éléments objectifs de l'infraction, mais également parmi ceux qui, en dépit de la distance qui les sépare du lieu du crime, contrôlent ou dirigent la commission de ce dernier parce qu'ils décident si l'infraction sera commise et comment » et que « cette approche comporte un élément objectif, constitué par des circonstances de fait qui permettent l'exercice d'un contrôle sur le crime, et un élément subjectif qui en la connaissance des dites circonstances »¹⁴⁷⁶.

Le professeur italien Antonio Cassese¹⁴⁷⁷, entend qu'*Amicus Curiae* devant les Chambres extraordinaires du Cambodge affirmait,

« when such crimes [crimes contre l'humanité] are committed, it is extremely difficult to point out the specific contribution made by each individual participant in the collective criminal enterprise, because (i) not all participants acted in the same manner, but rather each of them may have played a different role in planning, organizing, instigating, coordinating, executing, or otherwise contributing to the criminal conduct, and (ii) the evidence related to each individual's conduct may prove difficult if not possible to find (...) To obscure responsibility in the fog of collective criminality and let the crimes go unpunished would be immoral and contrary to the general purpose of criminal law of protecting the community from deviant behavior that causes serious damage to the general interest. This damage is all the more severe in the context of collective criminality»¹⁴⁷⁸.

A l'analyse, il apparaît que la notion de contrôle exercé sur le crime permet d'introduire dans la théorie de la coaction, les notions de « co-perpétrateur », de « partenaire à l'entreprise criminelle », de « perpétrateur indirect », de « perpétrateur principal », ou d'auteur intellectuel déjà bien connu dans les systèmes nationaux¹⁴⁷⁹.

¹⁴⁷⁶ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, Ch. Pr. I, Affaire n° ICC-01/04-01/06, *op. cit.*, para. 330.

¹⁴⁷⁷ Le professeur italien et juge international Antonio Cassese né le 1^{er} janvier 1937 est décédé le 21 octobre 2011.

¹⁴⁷⁸ *Duch Case* (Amicus Curiae Brief of Professor Antonio Cassese and members of the Journal of International Criminal Justice on joint criminal enterprise doctrine) 001-18-07-2007-ECCC/OCIJ (PTC02) D99-3-24, 27 octobre 2008, in *Criminal Law Forum*, vol. 20, 2009, pp. 289-330.

¹⁴⁷⁹ TPIY, *Le Procureur c. Radoslav Brdanin*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-99-36-A, 3 avril 2007, para. 362. Les juges distinguent notamment, 'direct perpetrators', 'principal perpetrators', 'material perpetrators', 'physical

2- L'entreprise criminelle commune, notion nouvelle ou forme éclatée de la théorie de la complicité ?

321. A priori il semble bien y avoir une différence entre le sous paragraphe (d) de l'article 25 (3) et les sous paragraphes (b) et (c) qui décrivent les deux grandes formes traditionnelles de complicité à savoir l'instigation (par ordre, sollicitation encouragement) et l'assistance (par aide ou fourniture des moyens). Mais à en croire la jurisprudence, cette différence n'est pas de nature mais simplement de degré. Tous ces sous paragraphes déterminent un même mode de *participation criminelle*. La Chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale admet, dans l'affaire Lubanga que, le sous paragraphe (d) constitue une,

«forme résiduelle de responsabilité du complice qui permet de sanctionner les contributions au crime ne pouvant pas être considérées comme des ordres, des sollicitations, des encouragements, une aide, un concours ou une assistance au sens des alinéas (b) ou (c) de l'article 25 (3) du Statut »¹⁴⁸⁰.

Cette thèse était déjà défendue en doctrine. En effet, l'internationaliste Kai Ambos estime qu'il s'agit d'une sorte d'expansion du régime classique de la complicité¹⁴⁸¹. Il écrit à cet effet que l'article 25 (3),

« contains, on the one hand, basic rules of individual criminal responsibility and, on the other, rules expanding attribution (which may or may not still be characterized as specific form of participation) »¹⁴⁸².

Dans le même sens, Albin Eser voit dans le sous paragraphe (d) une forme de complicité¹⁴⁸³.

Ces auteurs estiment que la notion de joint criminal enterprise n'est pas distincte de la théorie de la complicité. Au contraire, elle l'éclate même en l'étendant à de nouvelles catégories autre que l'instigation et l'assistance. Mais la jurisprudence ne semble pas admettre cette interprétation. Sous l'influence du droit anglo-saxon, elle distingue la complicité de toutes les autres formes de participation criminelle y compris de l'entreprise criminelle

perpetrators', 'relevant physical perpetrators', 'perpetrators behind the direct perpetrators/actors'. Pour une application comparée avec les systèmes nationaux, cf. K. HAMDORF, « The concept of a joint criminal enterprise and domestic mode of liability for parties to a crime : a comparison of German and English law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, 208-226.

¹⁴⁸⁰ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Décision sur la confirmation des charges, Ch. Pr. I, Affaire n° ICC-01/04-01/06, *op. cit.*, para. 337.

¹⁴⁸¹ K. AMBOS, « General principles of criminal law in the Rome Statute », *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, pp. 1-32, spec. 12-13.

¹⁴⁸² K. AMBOS, « Article 25 – Individual criminal responsibility », O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of International criminal court*, *op. cit.*, p. 477.

¹⁴⁸³ A. ESER, « Individual Criminal Responsibility », A. CASSESE, P. GAETA et J.R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, *op.cit.*, p. 803.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

commune¹⁴⁸⁴. Les juges internationaux admettent que la complicité « n'existe qu'à partir de l'existence d'un fait punissable, auquel le complice est venu s'associer »¹⁴⁸⁵. Les actes de complicités ne sont sanctionnés que sur la base de la théorie de l'emprunt de criminalité¹⁴⁸⁶. Mais les tribunaux internationaux ne suivent pas toujours cette logique d'une analyse duale de la complicité. Ils reconnaissent d'ailleurs que, « legal usage (...) so often inter-links the two terms that they are treated as a broad singular legal concept »¹⁴⁸⁷. Pour les juges en effet, l'emprunt de criminalité en matière de complicité n'est pas « required in terms of a '*condicio sine qua non*', that without the contribution of the participant the principal crime would not have occurred »¹⁴⁸⁸. Pour que la complicité soit sanctionnée, il suffit que les actes du complice aient eu « a substantial or significant effect »¹⁴⁸⁹. La *mens rea* du complice a clairement été expliquée dans la jurisprudence *Oric*,

« (i) aiding and abetting must be intentional; (ii) the aider and abettor must have 'double intent', namely both with regard to the furthering effect of his own contribution and the intentional completion of the crime by the principal perpetrator; (iii) the intention must contain a cognitive element of knowledge and a volitional element of acceptance (...), and (iv) with regard to the contents of his knowledge, the aider and abettor must at the least be aware of the type and the essential elements of the crime(s) to be committed»¹⁴⁹⁰.

Ce qui laisse supposer que si le complice doit être animé d'une intention criminelle, celle-ci n'est pas nécessairement identique à celle de l'auteur principal. En tout état de cause, la question de savoir si la notion de « join criminal enterprise » constitue une forme de participation criminelle distincte des théories classiques de la coaction et de la complicité n'est pas tranchée. Toute chose qui pourrait rendre difficile l'objectif de donner un contenu spécifique au concept de responsabilité pénale internationale si la seconde composante du concept manquait elle aussi de clarté.

¹⁴⁸⁴ G. METTRAUX, *International crimes and the ad hoc tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 284.

¹⁴⁸⁵ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement, Ch. Ins. I, Affaire n° ICTR-96-4, *op.cit.*, para. 526.

¹⁴⁸⁶ Cf. P. GULPHE, « La distinction entre coauteurs et complices », *Rev. sc. crim.*, 1948, pp. 665-692 ; A. H. CATSANTONIS, « L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction », *R.I.D.P.*, 1957, pp. 63-73 ; S. GLASER, *Infractions internationales. Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, *op. cit.*, pp. 188 ss ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, pp. 687 ss.

¹⁴⁸⁷ TPIY, *Le Procureur c. Oric*, Jugement, Affaire n° IT-03-68, Ch. Ins., *op. cit.*, para. 280 ; TPIR, *Le Procureur c. Kajelijeli*, Jugement, Ch. Ins. I, Affaire, n° ICTR-98-44A-T, *op. cit.*, para. 765.

¹⁴⁸⁸ Affaire *Oric*, *Ibid.*, para. 284. Repris par le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, *Le Procureur c. Fofana, Kondewa*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° SCSL-04-14, 28 mai 2008, para. 54, « unlike the *actus reus* of instigating, the *actus reus* of aiding and abetting does not require a casual link ».

¹⁴⁸⁹ *Ibid.*

¹⁴⁹⁰ Affaire *Oric*, *op. cit.*, para. 288.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

§2- La « doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique ».

322. La « doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique » connue dans la terminologie anglo-saxonne sous l'expression « doctrine of command responsibility »¹⁴⁹¹ ou mieux encore « superior responsibility »¹⁴⁹² est une composante clé du concept de responsabilité pénale internationale. D'ailleurs, la notion est généralement décrite comme « *an original creation of international criminal law for which there are no paradigms in national legal systems* »¹⁴⁹³. Forme la plus innovante de responsabilité pénale parce que suffisamment distante de la règle traditionnelle d'attribution de la responsabilité pénale dans

¹⁴⁹¹ Cf. notamment, C. N. CROWE, « Command responsibility in the former Yugoslavia: the chances for successful prosecutions », *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 191 ss; M. DAMASKA, « The shadow side of command responsibility », *American Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 455-596; J. S. MARTINEZ, « Understanding mens rea in command responsibility. From Yamashita to Blaskic and beyond », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 638-664. Cet auteur également aborde cette question de terminologie et estime que, « with the inclusion of civilian leaders as well as military commanders, the phrase 'superior responsibility' has come to be used along with the older terminology of 'command responsibility' ». Il poursuit en disant que tout au long de sa réflexion, les termes 'superior responsibility' et 'command responsibility' sont interchangeables, (p. 639, pas de page 1). Dans le même sens, lire G. METTRAUX, *The law of command responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

¹⁴⁹² C'est par exemple l'expression employée par le professeur Kai Ambos dans la présentation du chapitre 21 portant sur cette forme de responsabilité pénale internationale de l'ouvrage collectif, A. CASSESE, P. GAETA et J.R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, op.cit., « Superior responsibility », pp. 823-872. L'auteur fait observer à l'introduction de cet article que le terme 'command' est plus restrictif et renvoie davantage aux supérieurs militaires alors que le terme 'superior' paraît plus globalisant et inclut toute sorte de commandement. Il dit notamment que, « Whereas the term 'command' seems to limit the doctrine to a military context, 'superior' is a broader term extending to civilians as well ». Il conclut en affirmant que c'est la raison pour laquelle le terme 'superior' pour dire 'responsabilité du supérieur hiérarchique' a été privilégié par le Statut de Rome, « As such it was adopted by the Rome Statute » (p. 806). En effet, si le texte prévoit deux hypothèses de responsabilité du supérieur hiérarchique aux termes de l'article 28, c'est précisément pour distinguer entre le cas des supérieurs militaires et celui des autres catégories de supérieurs. L'intitulé de l'article se lit d'ailleurs comme suit, « Responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques » et dans la version anglaise du Statut, il se lit, « Responsibility of commanders and others superiors ». Même si malgré cette prémisse, l'auteur lui-même emploie encore le terme 'command' pour désigner cette forme de responsabilité, (K. AMBOS, « Joint criminal enterprise and command responsibility », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 159-183), c'est que sans doute aujourd'hui la doctrine considère les deux termes 'command' et 'superior' comme des termes synonymiques. Toutefois, nous adopterons l'expression responsabilité du supérieur hiérarchique pour désigner la forme de responsabilité contenue dans l'article 28 du Statut de Rome. Pour un examen de certains aspects de cette question, voir, W. J. FENRICK, « Some international law problems related to prosecutions before the international criminal tribunal for former Yugoslavia », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 6, 1995, pp. 110-21. On peut notamment citer, J. J. PAUST, « Superior orders and command responsibility », in Ch. BASSIOUNI (dir.), *International criminal law*, vol.1, New York, Transnational Publishers, 1999, pp. 223 ss; W. J. FENRICK, « Responsibility of commanders and others superiors », in O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observes' notes, article by article*, op.cit., pp. 515 ss; I. BANTEKAS, « The contemporary law of superior responsibility », *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 573 ss.

¹⁴⁹³ G. WERLE, *Principles of international criminal law*, The Hague, TMC Asser Press, 2005, p. 368. Dans le même sens voir, J. de preux, in Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, et B. ZIMMERMAN (dir.), *Commentary on additional protocols of 8 June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, p. 352, « We should, however, point out right from the start determining the limits of responsibility for acts of omission gives rise to a number of problems of criminal law which have not yet been resolved ».

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

les divers systèmes juridiques du monde donc, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique peut apparaître à première vue comme une question de logique normative dans l'ordre juridique internationale. Car si elle concerne précisément les supérieurs hiérarchiques, c'est qu'elle fait remonter la responsabilité jusqu'au haut sommet de l'échelle de commandement et touche alors les représentants de l'Etat tels que le chef de l'Etat, les gouvernants en général et les responsables militaires, dans un ordre juridique dont les instruments normatifs excluent formellement la responsabilité pénale de l'Etat¹⁴⁹⁴.

Mais, considérant d'une part la rationalité pénale classique et, d'autre part, le manque de clarté *ictu oculi* de l'étendue réelle du champ d'application de la norme attribuant la responsabilité pénale internationale, les auteurs se demandent légitimement, «[F]or what exactly is the superior held responsible ? »¹⁴⁹⁵. Responsabilité du fait personnel par omission, négligence ou abstention coupable ou responsabilité du fait d'autrui, forme spéciale de responsabilité accessoire et donc rattachée à la perpétration d'un acte principal ou forme de responsabilité résultant d'un crime distinct du supérieur ? Le débat est ouvert¹⁴⁹⁶ et il semble avoir pris une nouvelle dimension à la faveur de la décision relativement récente rendue par la première chambre d'instance du TPIY dans l'affaire *Hadzihasanovic et Kubura*. Dans cette affaire, les juges déclarant les deux accusés coupables sur le seul fondement de la responsabilité du supérieur hiérarchique, ont affirmé qu'il s'agissait d'une responsabilité *sui generis*¹⁴⁹⁷ est un terme parapluie. Mirjan Damaska écrivait avant ces décisions que la « command responsibility » est « an 'umbrella term' used in military and international law to cover a variety of ways in which individuals in positions of leadership may be held accountable »¹⁴⁹⁸. Logiquement donc, l'ensemble des contributions doctrinales tournent autour de la question de savoir quel est le fondement de la culpabilité du supérieur hiérarchique dans le cadre de la « doctrine of command responsibility ». Cette question est

¹⁴⁹⁴ On pourrait se demander si le chef de l'Etat et les autres gouvernants peuvent voir leur responsabilité pénale engagée alors qu'ils n'étaient pas et ne le seraient peut être presque jamais sur les lieux de commission des crimes, alors à quoi pourrait encore servir une responsabilité *pénale* de l'Etat ? cf. I. BANTEKAS, « The interest of the State versus the doctrine of superior responsibility », *International Review of Red Cross*, n°828, 2000, pp. 391 ss;

¹⁴⁹⁵ Sur cette interrogation cf. V. NERLICH, « Superior responsibility under article 28 ICC Statute. For what exactly is the superior held responsible? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 665-68

¹⁴⁹⁶ Pour un résumé de ces différentes interrogations, nous renvoyons à, B. B. JIA, « The doctrine of command responsibility revisited », *Chinese Journal of International Law*, 2004, pp. 1-42, spec. 13 ss.

¹⁴⁹⁷ TPIY, *Le Procureur c. Hadzihasanovic et Kubura*, Jugement, Affaire n° IT-01-07-T, Ch. Ins., 15 mars 2006, para. 2076, « The superior did not participate in the commission of the material elements of the subordinates' crimes, nor did the superior have the requisite mental element in respect of these crimes ». Cette décision a été suivie par celle, *Le Procureur c. Oric*, Jugement, Affaire n° IT-03-68, Ch. Ins., 30 juin 2006, para. 724.

¹⁴⁹⁸ M. DAMASKA, « The shadow side of command responsibility », *op.cit.*, p. 455.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

intéressante dans la mesure où, c'est la logique de cette forme de responsabilité qui semble guider le choix des Etats africains d'exercice indirecte de l'action publique.

Dans une étude de *law clinic* réalisée à partir des décisions des tribunaux *ad hoc*, l'italien Gaetano Carlizzi suggère que pour déterminer le sens d'un énoncé normatif qui n'est pas clair, la règle préférable est celle qui « prescrit de s'orienter immédiatement vers la dimension grammaticale ; non seulement parce qu'elle est celle qui offre (ou devrait offrir, selon la « qualité » du texte normatif) les points d'ancrage les plus solides ; mais avant tout, parce que la pensée en générale et la pensée juridique en particulier, naît et se structure linguistiquement »¹⁴⁹⁹. Bien que son raisonnement s'applique à l'article 7 (3) du Statut du TPIY, il peut être transposé au Statut dans la mesure où, l'auteur démontre par le recours à l'analyse grammaticale, qu'il est possible de constater que la norme contenant la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique porte en son sein plusieurs hypothèses pénales. Cherchant à déterminer si chaque hypothèse intègre simplement une incrimination autonome ou une norme autonome, c'est-à-dire si la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique décrit une seule règle de conduite exprimée en travers la description de plusieurs comportements ou bien, plus radicalement, si elle contient plusieurs règles de conduites autonomes les unes des autres¹⁵⁰⁰. En posant simplement la question de savoir à quelles conditions un commandant peut-il être reconnu coupable des crimes de ses soldats, ou un chef d'Etat des crimes de ses commettants, pour étudier cette forme spécifique de responsabilité, les professeurs canadiens Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert envisagent de répondre à la question plus théorique de savoir,

« comment circonscrire adéquatement en droit pénal international le phénomène d'une criminalité par omission ou abstention d'agir et indirecte des supérieurs »

¹⁴⁹⁹ G. CARLIZZI, « L'hypothèse spéciale de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », in E. FRONZA et S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des laws clinics en droit pénal international*, *op.cit.*, p. 148. L'auteur semble ici privilégier la méthode d'interprétation connue en droit sous l'appellation de l'interprétation exégétique en ce que pour déterminer l'esprit du texte, il part de sa lettre. Lettre et esprit apparaissant dès lors comme les deux composantes du raisonnement juridique choisi. Sur cette question voir notamment, V. J. BONNECASE, *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 2^{ème} éd., 1924 ; M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint Louis, 1978 ; Y. PADOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Thèse dactyl. Paris, 1988 ; Ch. PERELMAN, *Logique juridique – nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 1976 ; F. PEYCHERE (dir.), « La découverte du sens en droit », Actes du Colloque de l'Association française de philosophie du droit du 5 avril 1991, éd. F. Steiner Verlag, Stuttgart, 1992 ; P. AMSELEK et al. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles/Marseille, Bruyant/PUAM, 1995.

¹⁵⁰⁰ G. CARLIZZI, « L'hypothèse spéciale de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *op. cit.* L'auteur affirme que « l'alternative n'est pas sans importance si l'on considère que, lorsqu'un supérieur, par exemple, omet, de manière non intentionnelle, d'abord de prévenir, puis de punir l'acte criminel d'un subordonné, il sera accusé d'un seul fait si l'on suit la première alternative, alors que, si l'on suit la deuxième, les deux faits lui seront attribués ».

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

hiérarchiques qui soit opérationnelle et juste au regard d'une responsabilité pour une criminalité directe et par action des subordonnés »¹⁵⁰¹.

Ces auteurs opposent, on le voit, la criminalité directe du commettant à une sorte de criminalité indirecte du supérieur hiérarchique. Mais pour mieux cerner la substance de cette opposition et déterminer le sens réel de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit international, il importe de partir, sur les traces de la norme (A) afin d'analyser ses différentes articulation d'après le Statut de Rome (B).

A- Le développement international de la norme prescrivant la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique.

323. Comme pour de nombreux concepts juridiques, il est assez difficile de retracer l'origine exacte de la norme attribuant la responsabilité pénale au supérieur pour les crimes commis par ses subordonnés. Le principal élément de la genèse de la norme que nous livre son histoire est sa filiation naturelle avec les lois et coutumes de guerre depuis l'époque médiévale¹⁵⁰². La littérature rapporte en effet que, la norme aurait reçue une certaine reconnaissance internationale au procès de Peter Von Hagenbach en 1474. Un panel de huit juges suisses, allemands et alsaciens aurait condamné à mort Peter Von Hagenbach pour des meurtres, viols et autres atrocités commis à l'encontre des habitants de la ville de Breisach, des crimes qu'il avait le devoir de prévenir en sa qualité de gouverneur de la ville de l'époque¹⁵⁰³. On retrace aussi d'autres exemples de procès nationaux datant du XVIII^e siècle, qui se sont déroulés dans un contexte militaire, dans lesquels la norme attribuant la responsabilité du supérieur hiérarchique a été appliquée¹⁵⁰⁴. Ainsi, la norme attribuant la responsabilité pénale au supérieur hiérarchique apparaît comme une norme du droit militaire. En effet, c'est le 18 octobre 1907 à la faveur du *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la IV^e convention de La Haye* que la norme est codifiée en droit international¹⁵⁰⁵. Après la première guerre mondiale, une Commission internationale fut

¹⁵⁰¹ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, 96.

¹⁵⁰² Pour certains auteurs, les racines de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique remontent à l'époque médiévale. Sur ce point de vue cf. A. M. MAUGERI, « La responsabilité des supérieurs hiérarchiques et l'effet d'exonération de l'ordre du supérieur dans le Statut de la Cour pénale internationale », in M. CHIAVARI (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, *op.cit.*, p. 307.

¹⁵⁰³ W. H. PARKS, « Command responsibility for war crimes », *Military Law Review*, vol. 62, 1973, pp. 4-5.

¹⁵⁰⁴ G. COIL, « War crimes of the american revolution », *Military Law Review*, vol.82, 1978, pp. pp. 193-197.

¹⁵⁰⁵ Article 1 du *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la IV^e Convention de La Haye*, sur les lois et coutumes de la guerre sur terre du 18 octobre 1907. Selon l'article 43 de ce *Règlement*, la personne en charge d'un territoire occupé doit prendre « toutes les mesures qui dépendent d'elle en vue de

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

chargée de la rédaction d'un rapport sur la responsabilité des coupables de la guerre. Cette commission propose la création d'un tribunal pénal international compétent pour juger,

« (...) *all authorities, civil or military belonging to enemy countries, however high their position may have been, without distinction of rank, including the head of States who ordered or with knowledge thereof and with power to intervene, abstained from preventing or taking measures to prevent, putting an end to or repressing, violations of the laws or customs of war* »¹⁵⁰⁶.

Cette proposition de la commission rappelle le principe en vertu duquel, « dans un contexte de guerre, les personnes investies d'un pouvoir hiérarchique civil ou militaire sont garantes de la bonne conduite de leurs subordonnés et peuvent en courir une responsabilité pour les actes criminels de ces derniers »¹⁵⁰⁷. Mais comme on le sait fort bien aucun procès ne sera tenu contre les criminels de guerre de la première guerre mondiale¹⁵⁰⁸. Il faut donc attendre les précédents internationaux de Nuremberg et de Tokyo au lendemain de la seconde guerre mondiale pour voir une première forme de proclamation solennelle de la norme. Ceci nous amène à envisager deux moments « forts » du développement de la norme en ce qu'ils rappellent les principales phases de son articulation : depuis le précédent *Yamashita* (1) à la formulation actuelle de la norme en droit international (2).

1- La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique de *Yamashita* à *Blaskic* ou l'affirmation de l'origine militaire de la norme.

324. Envisager l'évolution de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique du jugement du général *Yamashita* au jugement du général *Blaskic*, c'est-à-dire d'une juridiction nationale, la Cour suprême des Etats-Unis, à un tribunal pénal international, le TPIY, revient à confirmer l'hypothèse de l'origine militaire de la norme au regard de son évolution en droit international. Les Statuts des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo bien que créé pour juger les grands criminels de guerre n'incriminent pas directement l'omission du commandant de prévenir ou de réprimer les crimes de ses subordonnés. Le

rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publique en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ».

¹⁵⁰⁶ Report of the international commission on the responsibility of the authors of the war and enforcement of penalties, présenté à la Conférence préliminaire de paix de Versailles, 29 mars 1919, reproduit in *American Journal of International Law*, vol. 95, 1920, p. 121.

¹⁵⁰⁷ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, p. 98.

¹⁵⁰⁸ Comme il a déjà été signalé, l'article 227 du Traité de Versailles prévoyait malgré tout le jugement de Guillaume II de Hohenzollern ex empereur d'Allemagne.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

principe est cependant appliqué de manière « ponctuelle et indirecte »¹⁵⁰⁹. Mais dans le contexte de Nuremberg, une juridiction nationale en l'occurrence, la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique s'illustre particulièrement sur la question dans le cadre du procès du général de l'armée japonaise *Yamashita*, qui prit les commandes de l'armée japonaise au Philippines le 9 octobre 1944¹⁵¹⁰. Détenu à l'issue du conflit par les forces américaines le 25 septembre 1945 il fut accusé d'avoir, « *unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of members of his command (...)* »¹⁵¹¹. Le procès ouvert devant la commission militaire des Etats unis instituée à cet effet le 29 octobre s'acheva le 7 décembre 1945.

Sur les charges portées contre lui, Yamashita fut déclaré coupable et condamné à mort. Les juges de cette commission admis que les crimes en question constituaient des violations des lois et coutumes de guerre imputables à l'accusé d'après la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique parce que :

« (...) *The law of war imposes on an army commander a duty to take such appropriate measures as are within his power to control the troops under his command for the prevention of the specified act (...) and (...) he may be charged with personal responsibility for his failure to take such measures when violations result (...). Hence the law of war presupposes that its violation is to be avoided through the control of the operation of war by commanders who are to some extent responsible for his subordinates* »¹⁵¹².

La Cour suprême des Etats Unis confirma le jugement¹⁵¹³.

Cette décision fut fortement critiquée par la doctrine de l'époque et même contemporaine¹⁵¹⁴. Prevost qui justifiait la position de la Cour suprême des Etats-Unis par des motifs raciaux estimait que,

¹⁵⁰⁹ Cf. E. DAVID, « L'actualité juridique de Nuremberg », in *Le procès de Nuremberg : conséquences et actualisation*, Actes du colloque de l'Université de Libre de Bruxelles, Bruylant/ULB, 1988, pp. 95 ss. Dans le même sens, lire aussi L. C. GREEN, « Command responsibility in international humanitarian law », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 5, 1995, p. 333.

¹⁵¹⁰ Pour des informations factuelles dans l'affaire Yamashita, cf. notamment, A. M. PREVOST, « Race and war crimes : the 1945 war crimes trial of general Tomoyuki Yamashita », *Human Right Quarterly*, vol. 14, 1992, pp. 309 ss ; B. D. LANDRUM, « The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now », *Military Law Review*, vol. 149, 1995, 293 ss.

¹⁵¹¹ Cf. 327 US 13-14 (1945) cité par K. AMBOS, « Superior responsibility », in A. CASSESE, P. GAETA et J.R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, op.cit. p.808.

¹⁵¹² United States of America v. Tomoyuki Yamashita, Military commission Appointed by paragraph 24, Special orders 110, Headquarters United State Army Forces Western Pacific, 1 oct 1945, publié in *Law reports of trial of war tribunals*, p. 34.

¹⁵¹³ *In re Yamashita* 327 US. I (1945) cité par K. AMBOS, « Superior responsibility », op.cit. p. 808. Sur le traitement de la responsabilité du supérieur hiérarchique par divers tribunaux et commissions nationaux depuis la seconde guerre mondiale, cf. R. LAEL, *The Yamashita precedent. War crimes and command responsibility*, Wilmington, Scholarly Resources, 1946.

¹⁵¹⁴ Cf. C. A. HESSLER, « Command responsibility for war crimes », *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973, p. 1283; W. O'BRIEN, « The law of war, command responsibility and Vietnam », *Georgetown Law Journal*, vol. 60,

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

« it is a basic rule of law that criminal sanctions should not be imposed on anyone without some showing of culpability on their part. However, Yamashita was convicted and hanged for a crime for which there was no showing of culpability (...) »¹⁵¹⁵.

S'agissant du rapport entre la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique et le principe de la culpabilité pour faute personnelle, il convient de relever la très critique opinion dissidente de Justice Murphy devant la Cour suprême américaine,

« there was no serious attempt to charge or to prove that he [Yamashita] committed a recognized violation of law of war. He was no charge with personally participating in the act of atrocity or with ordering or condoning their commission. Not even knowledge of these crimes was attributed to him. It was simply alleged that he unlawfully disregarded and failed to discharge his duty as commander to control the operations of the members of his command (...) »¹⁵¹⁶.

325. Après les procès du contexte de Nuremberg, des instruments juridiques précis ont été adoptés sur la question¹⁵¹⁷. La norme est aussi introduite à l'article 2 de la *Convention sur la non applicabilité des limitations statutaires aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité*¹⁵¹⁸. La norme est par la suite largement examinée par les juristes internationaux et

1972, p. 637; M. LIPPMAN, « Conundrums of armed conflict : criminal defenses of violations of the humanitarian law of war », *Dickinson Journal of International Law*, vol. 15, 1996, 1-111, spec. 75-76; W. A. SCHABAS, « The general principles of the Rome Statute », *European Journal for Crime Criminal Law, and Criminal Justice*, vol. 6, 1998, pp. 400-428, spec. 417.

¹⁵¹⁵ A. M. PREVOST, « Race and war crimes: the 1945 war crimes trial of general Tomoyuki Yamashita », *op. cit.*, p. 337.

¹⁵¹⁶ 327 US, p. 28, *op. cit.*

¹⁵¹⁷ Il s'agit notamment des quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, du Protocole additionnel aux quatre conventions relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) du 8 juin 1977. L'article 86 du protocole dispose, « Les Hautes parties contractantes et les Parties au conflit doivent réprimer les infractions graves et prendre les mesures nécessaires pour faire cesser toutes les autres infractions aux Conventions ou au présent Protocole qui résultent d'une omission contraire à un devoir d'agir » et établit que « le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'il savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ». L'article 87 traitant des Devoirs des combattants dispose, quant à lui,

- (1) « Les Hautes parties contractantes et les Parties au conflit doivent charger les commandants militaires, en ce qui concerne les membres des forces armées placées sous leur commandement et les autres personnes sous leur autorité, d'empêcher que soient commises des infractions aux présentes Conventions et au présent Protocole et, au besoin, de les réprimer et de les dénoncer aux autorités compétentes.
- (2) En vue d'empêcher que les infractions soient commises et de les réprimer, les Hautes parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger que les commandants, selon leur niveau de responsabilité, s'assurent que les membres des forces armées placés sous leur commandement connaissent leurs obligations aux termes des Conventions et du Protocole.
- (3) Les Hautes parties contractantes et les Parties au conflit doivent exiger de tout commandant qui a appris que des subordonnés ou d'autres personnes sous son autorité vont commettre ou ont commis une infraction aux Conventions ou au présent protocole qu'il mette en œuvre les mesures qui sont nécessaires pour empêcher de telles violations des Conventions ou du présent Protocole et, lorsqu'il conviendra, prenne l'initiative d'une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des auteurs des violations ».

¹⁵¹⁸ Convention des Nations Unies sur la non applicabilité des limitations statutaires aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, Doc. NU A/7218 (1968).

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

officiellement reconnue comme un principe fondamental du droit pénal international incorporé dans le projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission de droit international de l'ONU en 1996¹⁵¹⁹. Ce consensus des internationalistes sur l'existence d'un tel principe en droit international a conduit à sa formulation dans les Statuts respectifs des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*¹⁵²⁰. L'article 7 (3) du Statut du TPIY dispose à cet effet,

« [L]e fait que l'un quelconque des actes (...) a 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 ».

L'article 6 (3) du Statut du TPIR reprend littéralement cette disposition. Il ressort de cette longue évolution que, outre l'affirmation de l'origine militaire de la norme attribuant la responsabilité pénale au supérieur pour les crimes commis par ses subordonnés, celle-ci présente également le caractère d'une règle coutumière du droit internationale¹⁵²¹. Cette position a également été confirmée par la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* notamment dans l'affaire *Kordic et cerkez*¹⁵²². Le même tribunal l'avait déjà implicitement admis dans l'affaire *Blaskic* en affirmant que la source de l'obligation du supérieur militaire se trouve dans l'article 86, paragraphe 2, du Protocole additionnel I de 1977 en ces termes,

¹⁵¹⁹ L'article 6 du projet de Code prévoit une responsabilité pénale pour le supérieur hiérarchique qui n'a pas empêché ou réprimé les crimes commis par ses subordonnés.

¹⁵²⁰ Dans son rapport établi en vertu du paragraphe 2 de la Résolution 808 de 1993 du Conseil de sécurité, le Secrétaire général de l'ONU écrit que, « Toute personne en position d'autorité devrait donc être tenue individuellement responsable d'avoir donné l'ordre illégal de commettre ce crimes un sens du présent statut. Mais elle devrait aussi être tenue responsable de n'avoir pas empêché qu'un crime soit commis ou de ne pas s'être opposée au comportement illégal de ses subordonnés. Cette responsabilité implicite ou négligence criminelle existe dès lors que la personne en position d'autorité savait ou avait des raisons de savoir que ses subordonnés s'apprêtaient à commettre ou avaient commis des crimes et n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ces crimes soient commis ou punir ceux qui les avaient commis » (Doc. NU S/25704 1995, para. 56).

¹⁵²¹ Pour les détails sur cette évolution et de l'affirmation du caractère coutumier de la norme, cf. K. AMBOS, « Superior responsibility », *op. cit.*, pp. 806-830.

¹⁵²² TPIY, *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario cerkez*, *Décision relative à l'exception préjudicielle conjointe aux fins de rejet de l'acte d'accusation modifié en raison de la portée juridictionnelle limitée des articles 2 et 3 du Statut*, Ch. Ins. I, Affaire n° IT-95-14, 3 mars 1999, para. 30. Dans le même sens, l'avis consultatif de la CIJ dans l'affaire *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* du 8 juillet 1996, para. 84. Il peut également être souligné que même les Etats qui ne sont pas parties au Protocole additionnel I reconnaissent le principe énoncé à l'article 86 du Protocole en l'incorporant dans leurs législations nationales, c'est le cas notamment des Etats-Unis.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

« le protocole considère (...) que l'omission de punir constitue un manquement à une obligation qui engage la responsabilité hiérarchique »¹⁵²³. De manière plus explicite encore, la Chambre de première instance du TPIY affirme, dans l'affaire *Celebici*, que l'article 7 (3) du Statut du tribunal constitue un énoncé du concept coutumier de la responsabilité criminelle du supérieur hiérarchique¹⁵²⁴.

Mais dans sa formulation actuelle, la norme s'est totalement détachée de son origine militaire et s'est ouverte à toute catégorie de supérieur hiérarchique. Son énoncé dans le Statut de Rome, qui consacre explicitement cette ouverture confirme définitivement sa nature de principe de répression des crimes internationaux.

2- La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le Statut de Rome ou la démilitarisation formelle de la norme.

326. Si l'on considère l'évolution de la norme attribuant la responsabilité pénale au supérieur hiérarchique pour les crimes commis par ses subordonnés du point de vue de son champ d'application *rationae personae*, il apparaît que le Statut marque une incontestable avancée. Par rapport aux textes antérieurs à son adoption, la norme du 17 juillet 1998 dispose clairement que le principe de la responsabilité des supérieurs hiérarchiques concerne deux types de supérieurs : les supérieurs militaires et les non militaires ou civils. Mais pour autant, si le Statut de Rome systématisé l'extension *rationae personae* du principe, il n'en n'est pas fondamentalement la première forme d'expression.

En effet, déjà dans l'affaire *Mucic* il était admis que le droit international ne distingue pas selon que le supérieur en cause est un supérieur militaire ou un supérieur civil¹⁵²⁵. Cette position a également été adoptée par le TPIR dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana*¹⁵²⁶. La Commission du droit internationale précisait aussi que,

« le terme 'supérieur' est suffisamment large pour s'entendre des commandants militaires ainsi que des autorités civiles qui se trouvent dans une position de commandement analogue et exercent le même degré d'autorité à l'égard de leurs subordonnés »¹⁵²⁷.

¹⁵²³ TPIY, *Le Procureur c. Blaskic, Décision de rejet d'une exception préjudicielle soulevée par la défense aux fins de suppression de parties de l'acte d'accusation modifié alléguant la responsabilité pour « manquement à l'obligation de punir »*, Ch. Ins. I, 4 avril 1997, para. 12.

¹⁵²⁴ TPIY, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. In. I., Affaire n° IT-96-21, op. cit., para. 333-343.

¹⁵²⁵ *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. In. I., Affaire n° IT-96-21, op. cit., para. 355-363. Plus récemment, *Le Procureur c. Oric*, Jugement, Ch. In. I., Affaire n° IT-03-68, op. cit., para. 308 ; *Le Procureur c. Boskoski et Tarculovski*, Jugement, Ch. In. II, Affaire n° IT-04-82, 10 juillet 2008, para. 409.

¹⁵²⁶ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Jugement, Ch. In. I, Affaire n° ICTR-9561, op. cit., para. 213.

¹⁵²⁷ Rapport de la CDI sur les travaux de sa 48^{ème} session, [A/51/10], Ann. CDI, 1996, vol. II, 2^{ème} partie, commentaire de l'article 6 du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, para. 4, p. 26. Aussi, l'on peut lire, Y. SANDOZ, C. SWINARSKI, B. ZIMMERMANN (dir.), *Commentaire des Protocoles*

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

Autrement dit, « the category of superior can include political leaders, business leaders, and senior civil servants »¹⁵²⁸. Mais au-delà de cette évolution de la mise en forme normative du principe il est question à présent de savoir quel est le contenu effectif de la norme attribuant la responsabilité pénale aux supérieurs hiérarchiques selon le Statut de Rome.

B- Le contenu de la norme attribuant la responsabilité au supérieur hiérarchique.

327. Que prévoit la norme contenant la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique ? Quelle est la nature de la faute imputable au supérieur hiérarchique pour les crimes commis par ses subordonnés ? Le moment semble venu d'esquisser une réponse. Pour une part de la doctrine, les choses sont relativement claires au sujet du type de faute prévu par la norme : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique définit un régime de responsabilité pénal pour *omission*. Le principe incrimine la faute d'abstention du supérieur hiérarchique qui serait ainsi une abstention coupable¹⁵²⁹.

La jurisprudence *Blaskic* semble également l'avoir confirmé. D'abord le doute avait été introduit par la position adoptée par la Chambre de première instance du TPIR en 1999 dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana*. Les juges fondant leur raisonnement sur l'application de l'article 6 (3) du Statut – responsabilité du supérieur hiérarchique –, avait déclaré que,

« *Kayishéma* a également orchestré et invariablement dirigé la perpétration de ces crimes sanglants. La Chambre considère donc que pour rendre compte comme il se doit de sa culpabilité au regard de ces massacres, *Kayishema* doit être tenu responsable des actes et atrocités commis sous son commandement »¹⁵³⁰.

La confusion tient au fait que les juges applique ouvertement à des actes positifs l'article 6 (3) qui pourtant ne concerne que la responsabilité du supérieur hiérarchique qui est une responsabilité pour omission. Une telle application non seulement aurait pu conduire à terme à une assimilation entre le cas de responsabilité prévue à l'article 25 (3) du Statut de Rome et l'hypothèse de l'article 28, mais aussi et surtout, elle aurait pu vider de tout son sens, *la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique dont la véritable finalité se trouve*

additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, xxxv, p. 1034.

¹⁵²⁸ W. J. FENRICK, « Responsibility of commanders and others superiors », *op.cit.*, p. 521.

¹⁵²⁹ Il s'agit là du point de vue défendu notamment par les professeurs Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert dans leur article. cf. à cet effet, A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*

¹⁵³⁰ TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Jugement, Affaire n° ICTR-9561, *op.cit.*, para. 516, nous soulignons.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

dans la volonté d'atteindre pénalement le supérieur hiérarchique, qui loin du théâtre des opérations et informé ou supposé l'être du fait de sa position des crimes commis par ses subordonnés, adopte volontairement une attitude coupable en s'abstenant d'agir. Non seulement la norme attribuant cette forme de responsabilité ne contient pas un cas de criminalité d'emprunt comme en matière de complicité, « en aucun cas, le supérieur n'emprunte sa qualité d'auteur à celui qui de l'infraction principale »¹⁵³¹, mais aussi elle ne définit pas l'auteur intellectuel de l'acte qui aurait *orchestré* comme l'a admis le tribunal. Heureusement cette inquiétude a été rapidement anéantie par le TPIY dans le jugement *Blaskic*. Les juges dans cette affaire considèrent que l'article 7 (3) ne concerne que les *inactions fautives* du supérieur hiérarchique et non les actes d'instigation, de planification ou les ordres donnés¹⁵³². Cette distinction est clairement affirmée par le Statut de Rome¹⁵³³.

328. Mais, si l'unanimité semble faite au sujet de la nature de cette responsabilité et du type de faute commise par le supérieur, les lignes ne paraissent pas toujours aussi stables en ce qui concerne les conditions d'existence ou de mise en cause du supérieur hiérarchique en raison des crimes commis par ses subordonnés. De manière générale, les opinions doctrinales et les positions jurisprudentielles varient entre trois et quatre conditions nécessaires à l'exercice de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Pour le professeur Kai Ambos, la jurisprudence moderne « lists three requirements »¹⁵³⁴ comme tel est le cas des affaires *Delalic, Aleksovski, Blaskic, Halilovic* et bien d'autres¹⁵³⁵. Ce point de vue est appuyé par le professeur Antonio Cassese dont le raisonnement s'inspire de la position adoptée en droit allemand, « (...) It may however be helpful to set out the general conditions for all *three categories* »¹⁵³⁶. D'autres auteurs, se fondant sur d'autres décisions de justice admettent plutôt que la norme attribuant la responsabilité du supérieur hiérarchique contient quatre éléments

¹⁵³¹ A. DE ANDRADE, « Les supérieurs hiérarchiques », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit pénal international*, op.cit., pp. 201-210, spec. 205.

¹⁵³² TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, Affaire n° IT-95-14, Ch. Inst, op.cit., para. 337.

¹⁵³³ Cf. O. TRIFFTERER, « Command responsibility – crimen sui generis or participation as « otherwise provided » in article 28 of Rome Statute? », in A. ESER, V. C. H. BECK, *Menschengerechtes Strafrecht, festschrift für*, Fribourg, 2005, pp. 901-924, spec. p. 905; J. S. MARTINEZ, « Understanding mens rea in command responsibility. From Yamashita to Blaskic and beyond », op.cit.

¹⁵³⁴ K. AMBOS, « Join criminal enterprise and command responsibility », op.cit., p. 161.

¹⁵³⁵ TPIY, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. In. I, Affaire n° IT-96-21, op.cit., para. 346 ; *Le Procureur c. Aleksovski*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-95-14/1, 25 juin 1999, para. 69 ss et aussi la décision d'appel rendue le 24 mars 2000, para. 69-77 ; *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, Affaire n° IT-95-14, Ch. Inst, op.cit., para. 294 et la décision d'appel rendue le 29 juillet 2004, para. 484 ; *Le Procureur c. Halilovic*, Jugement, Ch. In. I, Affaire n° IT-01-48, 16 novembre 2005, para. 55 ss ; *Le Procureur c. Limaj et al.*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-03-66, 30 novembre 2005, para. 520 ss.

¹⁵³⁶ A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 207.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

constitutifs. Dans ce sens, les professeurs Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert, estiment qu'il faut,

*qu'un crime ait été commis par un subordonné ;
qu'il existe une relation de subordination entre l'accusé et le commettant ;
que la situation soit tel que le supérieur savait ou avait des raisons de savoir
qu'un crime avait été commis ou était sur le point d'être commis ;
que la situation soit telle que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires
et raisonnables pour prévenir le crime ou en punir l'auteur*¹⁵³⁷.

Un même point de vue est exprimé au sujet de l'article 28 du Statut de Rome¹⁵³⁸. Un autre point de vue est exprimé par l'italien Gaetano Carlizzi qui propose selon une approche structurelle des dispositions légales, les éléments suivants :

*« commission, imminente ou récente, d'un crime internationale par un subordonné ;
rapport de subordination hiérarchique entre le sujet commettant et le responsable hiérarchique ;
conduite omissive du supérieur »*¹⁵³⁹.

Allant plus en détails, cet auteur, de la norme attribuant la responsabilité au supérieur hiérarchique pour les crimes commis par leurs subordonnés, les figures suivantes émergent : «

*omission intentionnelle d'adoption de mesures d'empêchement ;
omission fautive d'adoption de mesures d'empêchement ;
omission non intentionnelle d'adoption de mesures punitives ;
omission fautive d'adoption de mesures punives »*¹⁵⁴⁰.

La Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale, juridiction interpellée pour la première fois au sujet de la responsabilité du supérieur, dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba* va plus loin et énumère cinq conditions d'existence de cette responsabilité. Elle considère en effet que pour prouver que la responsabilité du suspect est engagée aux termes de l'article 28 (a) du Statut, les éléments suivants doivent être réunis :

*« a) Le suspect doit être un chef militaire ou une personne faisant effectivement fonction de chef militaire ;
b) le suspect doit exercer un commandement et un contrôle effectifs, ou une autorité et un contrôle effectifs sur les forces (subordonnés) qui ont commis un ou plusieurs des crimes (...)* ;

¹⁵³⁷ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef: la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, pp. 103-104.

¹⁵³⁸ V. NERLICH, « Superior responsibility under article 28 ICC Statute. For what exactly is the superior held responsible? », *op.cit.*, p. 667. L'auteur parle notamment de "four forms of superior responsibility".

¹⁵³⁹ G. CARLIZZI, « L'hypothèse spéciale de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le statut du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *op.cit.*, p. 150.

¹⁵⁴⁰ *Ibid.*

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

- c) les crimes commis par les forces (subordonnés) résultent du fait que le suspect n'a pas exercé sur celles-ci le contrôle qui convenait ;
- d) le suspect savait ou en raison des circonstances, aurait dû savoir que les forces (subordonnés) commettaient ou allaient commettre un ou plusieurs des crimes (...);
- e) le suspect n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables qui étaient en son pouvoir pour empêcher ou réprimer l'exécution de ces crimes ou pour en référer aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites »¹⁵⁴¹.

En l'absence de précision par la Cour si ces éléments sont cumulatifs ou alternatifs et pour une analyse plus distincte des éléments constitutifs de l'incrimination de l'article 28, il semble opportun de revenir à une démarche classique en droit pénal qui permet de distinguer les éléments matériels de l'incrimination des éléments intellectuels. Mais, considérant que le Statut de Rome, a formellement distinguer entre la responsabilité des supérieurs militaires de celle des autres catégories de supérieur, la première règle de classification propre au raisonnement en droit pénal sera utilisée comme une sous-distinction dans la grande séparation envisagée par le Statut de Rome. Aussi, nous aurons d'une part l'analyse de la responsabilité des supérieurs militaires de l'article 28 (1) et d'autre part, dans la même logique argumentative, la responsabilité des autres responsables hiérarchiques (2).

1- L'articulation de la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire aux termes de l'article 28 (a) du Statut de Rome : l'affaire *Jean-Pierre Bemba Gombo*.

Comme nous l'avons annoncé, cette articulation pourrait être mieux envisagée si l'on distingue l'élément matériel (a) de l'élément intentionnel (b).

a)- L'*actus reus* de la responsabilité pour omission du chef militaire d'après le Statut de Rome.

Si l'on tente une synthèse à partir de l'analyse critique faite par le professeur Kai Ambos au sujet de l'élément matériel de cette responsabilité¹⁵⁴², il est possible d'admettre que l'élément matériel dont il s'agit se compose de deux branches : l'existence d'un rapport hiérarchique (i) et l'acte d'omission du supérieur (ii).

¹⁵⁴¹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision de confirmation des charges, Ch. Pr. II, Affaire n° ICC-01/05-01/08, *op.cit.*, para. 407.

¹⁵⁴² K. AMBOS, « Superior responsibility », *op. cit.*, pp. 832-845.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

i- L'existence d'une chaîne de commandement ou d'un rapport hiérarchique entre le sujet-commettant et le chef militaire.

Aux termes de l'article 28 (a) du Statut de Rome, un chef militaire est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des « *forces placés sous son commandement et son contrôle effectifs, ou sous son autorité et son contrôle effectifs (...)* ». Si l'on considère les règles grammaticales de l'interprétation normative, il apparaît que l'élément matériel constitué par le rapport hiérarchique tel qu'énoncé dans le présent article, suppose trois choses : qu'il y ait un supérieur hiérarchique (α), que celui-ci exerce un contrôle effectif sur le subordonné sujet-commettant (β) et que ce contrôle effectif découle d'un pouvoir *de facto* ou *de jure* qu'il exerce sur le subordonné (θ).

α . La notion de chef militaire.

329. La notion de chef militaire employée par le texte de Rome lui confère un contenu juridique certain. Elle ne s'applique pas d'office à tout haut gradé de l'armée et elle n'est pas non plus réservée au supérieur immédiat du sujet-commettant. La notion de chef militaire s'entend ici de toute personne qui, dans la chaîne de commandement militaire, exerce une autorité sur le sujet-commettant lui conférant une obligation légale d'agir envers ce dernier¹⁵⁴³. Ainsi, plusieurs personnes ayant la qualité de chef militaire peuvent être tenues responsables pour un seul et même crime commis par un subordonné¹⁵⁴⁴. En revanche, on refuse de tenir une personne pénalement responsable des actes d'une autre personne si les deux occupent la même position hiérarchique¹⁵⁴⁵ car la notion de chef militaire implique nécessairement que l'accusé ait un rang supérieur à celui du sujet-commettant¹⁵⁴⁶. La Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale admet qu'il peut s'agir d'un chef militaire proprement dit ou d'une personne assimilée à un chef militaire si l'on considère l'expression légale de « personne faisant effectivement fonction de chef militaire » inscrite à l'article 28 (a) *in limine*.

¹⁵⁴³ C'est dans ce sens que la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique avait été qualifiée de responsabilité ayant un caractère *exceptionnel* en ce sens qu'elle ne peut être imputée « *seulement quand il existe une obligation légale d'agir* », cf. TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. Inst. I., Affaire n° IT-96-21, op.cit., para. 333 ; *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, Affaire n° IT-95-14, Ch. Inst, op. cit., para. 290.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, para. 303.

¹⁵⁴⁵ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Arrêt d'appel, para. 303.

¹⁵⁴⁶ TPIY, *Le Procureur c. Mucic et consorts*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-96-21, 20 février 2001, para. 303.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

β. L'exercice d'un contrôle effectif sur le subordonné sujet-commettant.

340. Il suffit que le contrôle effectif existe au moment pertinent pour que la responsabilité du supérieur soit engagée. Ce qui suppose donc que la « position d'autorité est une appréciation factuelle qui transcende le seul lien formel »¹⁵⁴⁷. Pour le TPIY dans l'affaire *Celebici*, la Chambre de première formule l'exigence suivante,

« pour que le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique soit applicable, il faut que le supérieur contrôle effectivement les personnes qui violent le droit international humanitaire, autrement dit qu'il ait la capacité matérielle de prévenir et de sanctionner ces violations »¹⁵⁴⁸.

Il en ressort que la *capacité matérielle* du supérieur de prévenir ou de sanctionner les crimes commis est donc ce qui permet au tribunal de conclure que l'accusé exerçait un contrôle effectif sur les subordonnés commettants¹⁵⁴⁹. Et, poursuivent les juges dans une autre affaire, la preuve de la « supervisor-subordinate relationship ultimately depends on the existence of effective control which requires that the superior must have had the material ability to prevent or punish the commission of the principle crime »¹⁵⁵⁰. Cette position a également été adoptée par la Chambre de première instance du TPIR¹⁵⁵¹. Elle ajoute qu'il faut cependant apprécier la nature et la portée de l'autorité du supérieur et sa capacité de contrôler ses subordonnés dans le contexte des faits allégués dans l'acte d'accusation¹⁵⁵². Ainsi, la simple qualité de chef militaire n'est pas suffisante pour trouver une personne en position d'autorité coupable pour les crimes commis par ses subordonnés comme l'admet le jugement *Celebici*¹⁵⁵³. La Chambre d'appel dans l'affaire *Celibici* retient le critère du *contrôle effectif* mais s'abstient de définir avec précision les moyens par lesquels ce contrôle doit s'exercer. La jurisprudence est silencieuse sur ce qu'il faut vérifier pour conclure à un contrôle effectif. Par contre, elle

¹⁵⁴⁷ H. ASCENSIO et R. MAISON, « L'activité des pénaux internationaux (1998) », *A.F.D.I.*, 1998, pp. 370-411, spec. 406.

¹⁵⁴⁸ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-96-21, op.cit., para. 378. La Chambre de première instance dans l'affaire *Blaskic* souscrit à cette thèse. La chambre d'appel dans *Celibici* confirme la position (TPIY, *Le Procureur c. Delalic et al.*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-96-21, 20 février 2001, para. 196).

¹⁵⁴⁹ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, p. 106.

¹⁵⁵⁰ *Le Procureur c. Oric*, Jugement, Affaire n° IT-03-68, Ch. Ins., op. cit., para. 311.

¹⁵⁵¹ TPIR, *Le Procureur c. Alfred Musema*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° ICTR-96-13-T, 27 janvier 2000, para. 148. Dans le même sens, *Le Procureur c. Kamuhanda*, Jugement, Ch. Ins. II, Affaire n° ICTR-99-54, 22 janvier 2004, para. 605.

¹⁵⁵² *Ibid.*, para. 866-867.

¹⁵⁵³ Pour une analyse de ce jugement concernant ce point précis de la responsabilité du supérieur hiérarchique, cf. A. B. CHING, « Evolution of the command responsibility doctrine in the light of the *Celibici* decision of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 25, 1999, p. 203.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

estime que la notion d'*influence appréciable* sur les subordonnés ne constitue pas, à elle seule, un moyen de contrôle qui équivaut à un contrôle effectif sur eux, « rien (...) n'indique (...) que l'influence appréciable, en tant que moyen d'exercer des fonctions de commandement, aurait valeur de règle du droit coutumier, et notamment de règle susceptible de fonder la responsabilité pénale »¹⁵⁵⁴.

Pour identifier le pouvoir de contrôle effectif, les juges peuvent d'abord se référer à la position de l'accusé « dans l'organisation générale décrite, afin de mettre en évidence leurs fonctions institutionnelles et l'exercice de leurs pouvoirs »¹⁵⁵⁵. La détermination de l'organisation et de la nature du pouvoir de l'accusé au sein de la structure peut se faire à l'aune du droit interne¹⁵⁵⁶ étant entendu que si « le droit interne donne le cadre de la compétence attribuée au supérieur, (...) c'est à la lumière du droit international que les chambres apprécient le devoir d'agir qui découle de cette compétence »¹⁵⁵⁷. Un auteur, Bantekas, identifie quatre niveaux de responsabilité hiérarchique militaire :

« The first is *policy command*. That involves the power to determine policy objectives (...). The second is the phase of *strategic command*. The highest military authorities are responsible to produce a viable military plan (...). When the plan is finally authorized, it is passed down to claim of *command for implementation on the battlefield*. This is undertaken at the third operational level by senior military officers (...). At the end of the scale, *tactical commanders exercise direct command over troops* »¹⁵⁵⁸.

La Chambre préliminaire de la Cour pénale internationale indique que le,

« « contrôle effectif » est généralement la manifestation d'un lien de subordination entre le suspect et les forces ou subordonnés dans le cadre d'une hiérarchie de droit ou de fait (chaîne de commandement) »¹⁵⁵⁹. Après avoir admis, comme les tribunaux *ad hoc* que le « contrôle effectif » dénote également la capacité matérielle d'empêcher ou de réprimer l'exécution des crimes ou d'en référer aux autorités compétentes, la Chambre est d'avis « qu'il existe plusieurs éléments susceptibles d'indiquer qu'un supérieur détient une autorité et un contrôle effectifs. Il peut s'agir : i) de la position officielle du suspect ; ii) de son pouvoir d'émettre ou de donner des ordres ; iii) de sa capacité de se faire obéir ; iv) de la place qu'il occupe au sein de la hiérarchie militaire

¹⁵⁵⁴ TPIY, *Le Procureur c. Delalic et al.*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-96-21, *op.cit.*, para. 266.

¹⁵⁵⁵ TPIY, *Le Procureur c. Karadzic et Mladic*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-95-5, 11 juin 1996, para. 66.

¹⁵⁵⁶ Dans l'affaire Boskoski et tarculovski, la Chambre d'appel analyse la Loi sur l'organisation et le travail des organes gouvernementaux ainsi que la Loi du Gouvernement de la FYROM pour conclure que l'accusé exerçait un pouvoir de contrôle effectif et direct sur les forces de police. Voir TPIY, *Le Procureur c. Boskoski et tarculovski*, Jugement, Ch. Inst. II, Affaire n° IT-04-02, 10 juillet 2008, para. 508-513.

¹⁵⁵⁷ TPIR, *Le Procureur c. Hadzihasanovic et Kubura*, Jugement, Affaire n° IT-01-07-T, Ch. Ins., *op. cit.*, para. 138.

¹⁵⁵⁸ I. BANTEKAS, « The contemporary law of superior responsibility », *op.cit.*, pp. 578-579.

¹⁵⁵⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision de confirmation des charges, Ch. Pr. II, Affaire n° ICC-01/05-01/08, *op.cit.*, para. 414. Cette chambre cite notamment, les décisions rendues par les tribunaux pénaux internationaux notamment, TPIR, *Le Procureur c. Bagosora et autres*, Ch. Ins. I, Jugement, Affaire n° ICTR-98-41-T, 18 décembre 2008, para. 2012 ; *Le Procureur c. Kajelijeli*, Jugement, Ch. Ins. I., Affaire, n° TPIR-98-44A-T, 1^{er} décembre 2003, para. 773.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

et des tâches qu'il accomplit dans la réalité ; v) de sa capacité de donner des ordres de combat aux unités placées sous son commandement immédiat ainsi qu'à celles placées à des échelons inférieurs ; vi) de sa capacité à ordonner la resubordination d'unités ou de modifier la structure de commandement ; vii) de son pouvoir de promouvoir, remplacer et sanctionner les membres des forces, ainsi que de les démettre de leurs fonctions ; viii) de son autorité d'envoyer des forces là où se déroulent des combats et de les en retirer à tout moment »¹⁵⁶⁰.

0. L'exercice d'un pouvoir *de jure* ou *de facto* sur le subordonné.

331. La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique n'exige pas que le subordonné soit formellement et officiellement placé sous l'autorité du supérieur. Celui-ci peut exercer un pouvoir *de jure* ou *de facto* sur le subordonné. Ce qui compte, c'est que le pouvoir soit effectivement exercé. D'ailleurs, les tribunaux pénaux internationaux ont constaté que le pouvoir *de facto* d'un individu dépassait parfois son autorité *de jure*¹⁵⁶¹. La prise en compte du pouvoir *de facto* permet d'atteindre les supérieurs hiérarchiques des forces irrégulières ou des rebelles, des groupes paramilitaires ou les membres de gouvernements autoproclamés dont l'autorité ne présente ni légitimité ni légalité¹⁵⁶². L'article 28 (a) du Statut de Rome s'inscrit dans cette logique de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* en visant aussi les « personnes faisant effectivement fonction de (...) ». Cette tendance à la continuité est clairement affichée par la Chambre préliminaire dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba* lorsqu'elle reprend pour confirmer la décision rendue par une chambre de première instance du TPIY qui établissait que,

« les personnes investies d'une autorité, (...) dans le cadre de structures (...) militaires, peuvent être tenues pour pénalement responsables en vertu de la doctrine du supérieur hiérarchique eu égard à leur situation de *supérieur de droit ou de fait*. *Le défaut d'autorité sur les subordonnés au regard de la loi ne devrait donc pas empêcher d'engager cette responsabilité* »¹⁵⁶³.

Il en ressort que,

« le critère déterminant pour établir la qualité de supérieur hiérarchique ne réside pas uniquement dans le statut juridique formel de l'accusé, mais dans sa capacité de contrôle, telle que l'expriment ses attributions et ses compétences »¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁶⁰ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, op.cit., para. 417.

¹⁵⁶¹ TPIR, *Le Procureur c. Akayesu*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° ICTR-96-4, 2 septembre 1998, para. 77 ; TPIY, *Le Procureur c. Boskoski et Tarculovski*, Jugement, Ch. In. II, Affaire n° IT-04-82, op.cit., para. 410.

¹⁵⁶² TPIY, *Le Procureur c. Oric*, Jugement, Affaire n° IT-03-68, Ch. Ins., op. cit., para. 309. Dans le même sens, cf. Groupe de travail sur les principes généraux du droit pénal, document de l'ONU A/CONF. 183/C1/WGGP/L.7, 22 juin 1998, note de bas de page 1 ; W. J. FENRICK, « Responsibility of commanders and others superiors », in O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observes' notes, article by article*, op.cit., p. 518.

¹⁵⁶³ TPIY, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-96-21, 16 novembre 1998, para. 354, c'est la Chambre préliminaire qui souligne.

¹⁵⁶⁴ TPIY, *Le Procureur c. Aleksovski*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-95-14/1, op.cit., para. 76.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

Si ces trois facteurs constituent la première dimension de l'*actus reus* de la responsabilité du supérieur hiérarchique, quid de la seconde qui se réalise à travers l'omission du chef militaire.

ii- L'acte d'omission du chef militaire.

332. L'acte d'omission est l'élément clé de la norme attribuant la responsabilité pénale au chef militaire pour les crimes commis par ses subordonnés dans la mesure où il en constitue la substance, l'élément de qualification et la condition d'existence. En effet, ce type de responsabilité se comprend mieux « *lorsqu'on considère la règle qui veut qu'il ne peut y avoir de responsabilité pénale par omission que si la loi fait obligation d'agir* »¹⁵⁶⁵. Au regard de l'énoncé de l'acte d'omission du chef militaire, l'article 28(a) (ii) du Statut dispose que sa responsabilité pénale peut être engagée s'il est démontré que,

« le chef militaire ou cette personne *n'a pas pris toutes les mesures nécessaires et raisonnables* qui étaient en son pouvoir *pour en empêcher* ou *en réprimer* l'exécution ou *pour en déférer* aux autorités compétentes aux fins d'enquête et de poursuites (...) ».

333. D'après une analyse littérale de cette disposition, il apparaît que l'omission du chef militaire présente deux branches. La première branche est constituée par une omission d'agir pour « empêcher » et la seconde par une omission d'agir pour « sanctionner », soit une sanction directe et personnelle du chef militaire lui-même, « obligation de réprimer », soit une sanction par le recours aux autorités compétentes, « obligation de déférer ». La prise en compte de ces deux branches de l'acte d'omission du chef militaire conduit à distinguer, sur ce point, deux types de responsabilité du chef militaire : une « responsabilité pénale du chef militaire *avant* la commission des crimes » et une « responsabilité pénale du chef militaire *après* la commission des crimes »¹⁵⁶⁶. Mais aussi pertinente qu'elle puisse paraître, cette distinction ne présente aucun intérêt particulier dans la mesure où, que l'on situe la responsabilité avant ou après la commission des crimes, le contenu de l'omission du chef militaire est le même : « omission de prendre les mesures nécessaires et raisonnables ». Ainsi, c'est en parcourant la littérature et en retraçant l'évolution de la jurisprudence que l'on s'aperçoit que des questions plus subtiles encore se dégagent au sujet de cet élément matériel.

¹⁵⁶⁵ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. Inst. I., Affaire n° IT-96-21, *op.cit.*, para. 334.

¹⁵⁶⁶ Cette distinction a également été esquissée par la doctrine, cf. V. NERLICH, « Superior responsibility under article 28 ICC Statute. For what exactly is the superior held responsible? », *op.cit.*, pp. 667-668.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

D'abord, l'on cherche à savoir, si l'accusé est pénalement responsable de sa propre omission ou des crimes commis par ses subordonnés ou bien des deux ?

Le juge Shahabudeen de la Chambre d'appel du TPIY posait aussi la question dans les mêmes termes : « *Is the commander being punished for failing in his duty to exercise proper control over his subordinate ? Or, is the commander being punished for participating in the crime actually committed by his subordinate?* »¹⁵⁶⁷. Ensuite et corrélativement, l'on s'interroge sur le point de savoir si la mise en œuvre de cette responsabilité suppose l'établissement d'un lien de causalité entre l'omission du chef militaire de prendre les mesures nécessaires et raisonnables et la commission des crimes par les subordonnés ? A la lumière de cette double interrogation, l'analyse de l'acte d'omission du chef militaire commande que l'on détermine le caractère de la responsabilité du chef militaire : s'agit-il d'une responsabilité accessoire et donc inéluctablement rattachée à un fait principal qui serait la commission des crimes par les subordonnés (α) ou bien s'agit-il d'une responsabilité autonome qui toutefois exige comme condition préalable la commission des crimes par le subordonné (β) ? La distinction n'est pas seulement théorique, elle est pratique et semble jouer un rôle important dans le raisonnement des juges.

α . La responsabilité pénale du chef militaire pour omission : une responsabilité accessoire ou le nécessaire lien de causalité entre l'omission du chef militaire et la commission des crimes ?

334. Un principe traditionnel du droit pénal que ce soit dans sa version ancienne ou moderne, interne ou internationale, prévoit qu'« aucune peine ne peut être infligée, légitimement, à toute autre personne que le délinquant »¹⁵⁶⁸. La Cour de cassation française l'a clairement exprimé en 1948 dans les termes suivants, « nul n'est punissable qu'à raison de son fait personnel »¹⁵⁶⁹. Dans cette perspective, toute hypothèse de responsabilité pénale du « fait d'autrui » relève strictement du régime de l'exception. Dans les systèmes dits de *civil law*, elle se limite singulièrement à certains cas de responsabilité pénale du chef d'entreprise¹⁵⁷⁰ et dans ceux de *common law*, elle n'existe que dans le cadre de la théorie de la

¹⁵⁶⁷ TPIY, *Le Procureur c. Oric*, Déclaration du juge Shahabudeen, Ch. App., 3 juillet 2008, para. 18. Cette question de savoir si le chef militaire est pénalement responsable de son omission ou du crime commis par son subordonné a également été clairement posée dans l'affaire, TPIY, *Le Procureur c. Hadzihasanovic et Kubura*, Jugement, Affaire n° IT-01-07-T, Ch. Ins., op.cit., para.68.

¹⁵⁶⁸ Cf. M. COSTES, « De quelques considérations sur la responsabilité pénale dite « du fait d'autrui » », *Rev. sc. crim.*, 1939, pp. 632-648, spec. 632.

¹⁵⁶⁹ Cass. Crim., 16 décembre 1948, Bull. crim., n°291 ; 28 février 1956, *JCP*, 1956-II, 9304.

¹⁵⁷⁰ Sur les détails de cet élément, cf. B. BOULOC, G. LEVASSEUR, G. STEFANI, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 20^{ème} éd., 2007, pp. 307 ss ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, coll. « Droit privé », 3^{ème}

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

vicarious liability qui décrit un régime de responsabilité pénale indirecte¹⁵⁷¹. Dès lors, admettre que le chef militaire est pénalement responsable des crimes commis par ses subordonnés, c'est-à-dire « responsable du fait d'autrui » serait radicalement contraire au principe classique. Pourtant les tribunaux militaires d'occupation ont estimé, au lendemain de la seconde guerre mondiale que, le supérieur hiérarchique qui n'a ni empêché ni sanctionné la commission d'un crime par ses subordonnés est responsable du même crime. Le jugement *Yamashita* illustre bien cette option :

« It is absurd, however, to consider a commander a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or a rape. Nevertheless, where murder and rape and vicious revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, *such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops*»¹⁵⁷².

Cette position fut également celle retenue par les tribunaux français à l'occasion de l'application de l'article 4 de l'ordonnance du 18 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre qui disposait que, « lorsqu'un subordonné est poursuivi comme auteur principal d'un crime de guerre et que ses supérieurs hiérarchiques ne peuvent être recherchés comme co-auteurs, ils sont considérés comme complices dans la mesure où ils ont organisé ou toléré les agissements criminels de leurs subordonnés »¹⁵⁷³. En analysant ces éléments, le professeur Stefane Glaser a observé que, « le caractère de supérieur entraîne dans une certaine mesure la responsabilité des actes criminels commis par des subordonnés »¹⁵⁷⁴. Cette observation qui apparaît comme une sorte d'affirmation de la responsabilité pénale du fait d'autrui semble avoir largement influencé les premières décisions des tribunaux pénaux internationaux. Appelé à se prononcer pour la première fois sur la responsabilité de supérieurs hiérarchiques, en l'espèce des commandants *de facto* du camp de détention de *Celibici*, la Chambre de première instance du TPIY adopte la thèse de la responsabilité du fait d'autrui,

« la doctrine de la responsabilité du commandant s'articule et se fonde clairement sur la relation entre le supérieur et le subordonné et sur la responsabilité du commandant

éd., 2008, p. 118 ss. L'auteur relève notamment que des pays comme la Suisse ou encore le Brésil ne connaissent pas des hypothèses de responsabilité pénale du fait d'autrui. Dans le même sens, l'on peut l'indifférence ou la méfiance des systèmes pénaux africains à l'égard de cette forme de responsabilité.

¹⁵⁷¹ J. PRADEL, *op.cit.*, p. 119.

¹⁵⁷² Yamashita, Commission militaire des Etats-Unis de Manille, 7 décembre 1945, *I.L.R.*, vol. 13, Case n° 255, p. 257, nous soulignons.

¹⁵⁷³ Cette ordonnance est toujours en vigueur. Dans le même sens, l'on peut citer l'article IX de la Loi chinoise du 24 octobre 1946 régissant le procès des criminels de guerre cité par la Chambre de première instance II du TPIY dans l'affaire, *Le Procureur c. Mucic et consorts*, *op.cit.*, para. 337.

¹⁵⁷⁴ S. GLASER, *Infraction internationale – Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Paris, LGDJ, 1957, p. 21.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

pour les actes commis par des membres de ses troupes. C'est une sorte de responsabilité pour le fait d'autrui qui régit et assure la discipline militaire »¹⁵⁷⁵.

La Chambre d'appel du TPIR réaffirme cette position en 2002 dans l'affaire *Bagilishema*¹⁵⁷⁶. Elle a admis que les accusés, condamnés au titre d'une « imputed liability »¹⁵⁷⁷, sont reconnus coupables de crimes de droit international, ceux commis personnellement et matériellement par leurs subordonnés. Ce qui rappelle la conception française de la responsabilité pénale du fait d'autrui telle qu'elle est décrite par les professeurs André Vitu et Roger Merle, « c'est en fonction de la faute que l'on doit expliquer la responsabilité patronale et tous les cas similaires. S'il est vrai que la responsabilité pénale du chef d'entreprise (...) est en quelque sorte 'déclenchée' par l'acte matériel du préposé, elle n'en rend pas moins sa source directe dans la faute personnelle du patron »¹⁵⁷⁸.

335. Alors que, comme on le verra, cette position a été abandonnée par les juges des tribunaux pénaux internationaux, le Statut de Rome semble reprendre sa philosophie. Sans véritablement réaffirmer la thèse de la responsabilité du fait d'autrui, les juges de la Chambre préliminaire II exigent une sorte de « lien de causalité » entre l'omission du chef militaire et la commission des crimes par les subordonnés comme condition d'existence de la responsabilité du chef militaire. Ils estiment qu'il faut que « les crimes commis par les forces (subordonnés) résultent du fait que le suspect n'a pas exercé sur celles-ci le contrôle qui convenait »¹⁵⁷⁹. Pour analyser cet élément, la Chambre dit s'intéresser aux expressions, « contrôle effectif » et « exercé le contrôle qui convenait »¹⁵⁸⁰ et fait observer que l'article 28 (a) du Statut « établit un lien entre la commission des crimes visés et le fait que le supérieur n'a pas exercé le contrôle qui convenait ». Pour confirmer son jugement, elle tire son raisonnement d'une lecture de la version anglaise du Statut qui emploie l'expression « as a result of » qui pourtant ne figure pas dans la version française du Statut et considère par conséquent que l'article 28 (a) prévoit « un élément de causalité reliant le manquement par un supérieur à ses devoirs et les crimes visés »¹⁵⁸¹. Pour légitimer sa position après avoir reconnu que ce lien de causalité

¹⁵⁷⁵ TPIY, *Le Procureur c. Mucic et consorts*, Jugement, Ch. Inst. II, Affaire n°IT-96-21, du 16 novembre 1998, para. 331, 647.

¹⁵⁷⁶ TPIR, *Le Procureur c. Bagilishema*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° ICTR-95-1, 3 juillet 2002, para. 36.

¹⁵⁷⁷ I. BANTEKAS, « The contemporary law of superior responsibility », *American Journal of International Law*, 1999, pp. 573-595, spec. 577.

¹⁵⁷⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op.cit.*, p. 668. Dans le même sens, M. DELMAS-MARTY, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du « fait d'autrui » ou du décideur ? », *Semaine juridique Ed. Générale*, 1985, n°3218, para. 15.

¹⁵⁷⁹ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Décision de confirmation des charges, Ch. Pr. II, Affaire n° ICC-01/05-01/08, op.cit., para. 407, nous soulignons.

¹⁵⁸⁰ *Ibid.*, para. 422.

¹⁵⁸¹ *Ibid.* para. 423.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

n'est pas exigé par les tribunaux pénaux ad hoc, qui constituent en réalité la principale source d'inspiration de sa jurisprudence, elle estime qu'une telle interprétation est en phase avec le principe d'interprétation stricte consacré à l'article 22 (2) du Statut.

Pour la doctrine qui s'appuie également sur la version anglaise du Statut, « the requirement that the crimes of the subordinates be 'a result' of the superior's 'failure to exercise control properly' implies a causal relationship between the superior's failure and the subordinate's commission of crimes »¹⁵⁸². Le professeur Otto Triffterer s'interroge si la prise en compte de ce lien de causalité correspond à l'introduction d'un élément nouveau et distinct dans la mise en œuvre de la responsabilité du supérieur hiérarchique aux termes de l'article 28 du Statut ?¹⁵⁸³ Outre le fait que cette question soulève les problèmes liés à la traduction d'un texte juridique dans diverses langues, l'interprétation faite par la Cour paraît critiquable. En effet, si elle se systématisait, cette interprétation pourrait à terme aboutir à une dénaturation de la doctrine de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique. Car pour établir la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique, il ne suffirait plus d'établir son inaction qui pourtant résulte d'une obligation légale d'agir, mais de prouver que son inaction a augmenté le risque de commission des crimes invoqués¹⁵⁸⁴. Une telle interprétation pourrait faire basculer la doctrine de la responsabilité du supérieur dans l'une des hypothèses de la responsabilité de l'article 25 (3). Ce lien pouvant supposer la démonstration du degré de participation du supérieur dans la commission des crimes.

Si ce lien de causalité est définitivement retenu, la Cour pourrait modifier le mode d'établissement de l'omission du supérieur hiérarchique alors que comme l'a affirmé le TPIY dans l'affaire *Delalic*,

« l'existence même du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique pour omission [de punir] atteste de l'absence d'une condition de causalité comme élément distinct de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique »¹⁵⁸⁵.

Cette décision confirme donc la thèse selon laquelle, l'existence d'un lien de causalité direct entre l'inaction du supérieur et le crime commis par le subordonné¹⁵⁸⁶ n'est pas

¹⁵⁸² K. AMBOS, « Superior responsibility », *op. cit.* pp. 841-842.

¹⁵⁸³ Cf. O. TRIFFTERER, « Causality. A separate element of the doctrine of superior responsibility as expressed in article 28 Rome Statute? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 197ss.

¹⁵⁸⁴ Pour défendre cette position la Cour cite la jurisprudence du TPIY rendue dans l'affaire *Le Procureur c. Hadzihasanovic et Consorts* Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-01-47-A, 22 avril 2008, para. 3, dont la traduction française conclue que, « Lorsqu'un supérieur ne punit pas un crime dont il a effectivement connaissance, ses subordonnés sont portés à croire qu'il cautionne, voire qu'il encourage de tels agissements et (...) ils sont alors plus enclins à commettre d'autres crimes », souligné par la Cour.

¹⁵⁸⁵ TPIY, *Le Procureur c. Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. Inst. I., Affaire n° IT-96-21, *op.cit.*, para. 400, nous soulignons.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

nécessaire sinon la norme attribuant la responsabilité pénale au supérieur hiérarchique ne correspondrait plus à un régime de responsabilité pour omission. Même si la Chambre préliminaire II de la Cour tente de nuancer son interprétation en admettant que la condition du lien de causalité n'existerait que pour le cas de la responsabilité du supérieur hiérarchique après la commission des crimes, ou des premiers crimes pourrait-on préciser, elle crée un flou néfaste entre l'exigence d'un lien de causalité entre deux éléments constitutif d'une responsabilité, et la justification ou le fondement de l'incrimination de l'omission du supérieur hiérarchique. En générale, si ce lien de causalité introduit par la Cour ne constitue pas clairement un cas de responsabilité du fait d'autrui, il ne s'en émancipe pas totalement. Car même dans cette hypothèse, la responsabilité du supérieur hiérarchique n'est pas autonome.

β. La responsabilité pénale du chef militaire pour omission : une responsabilité autonome ou la commission du crime par le subordonné comme condition préalable ?

336. L'idée défendue ici est que dans le cadre de la doctrine du supérieur hiérarchique, l'accusé est responsable de sa propre omission. Cette idée, admise par la Chambre de première instance I du TPIY en 2005, tranche avec la position antérieure de la jurisprudence. Elle suppose que,

« that under article 7 (3) command responsibility is responsibility for an omission. The commander is responsible for the failure to perform an act required by international law. This omission is culpable because international law imposes an affirmative duty on superiors to prevent and punish crimes committed by their subordinates. Thus “for the acts of his subordinates” as generally referred to in the jurisprudence of the tribunal does not mean that the commander shares the same responsibility as the subordinates who committed the crimes, but rather that because of the crimes committed by his subordinates, the commander should bear responsibility for his failure to act. The imposition of responsibility upon a commander for breach of his duty is to be weighed against the crimes of his subordinates; a commander is responsible not as though he had committed the crime himself, but his responsibility is considered in proportion to the gravity of the offences committed»¹⁵⁸⁷.

Cette position est réaffirmée par la Chambre de première instance II dans l'affaire *Hadzihasanovic et Kubura* en mars 2006 puis dans celle *Oric* en juin 2006 et reprise dans une jurisprudence récente¹⁵⁸⁸. Ces différentes décisions supposent que la responsabilité du supérieur hiérarchique « est le corollaire de son obligation d'agir ce qui fait d'elle une

¹⁵⁸⁶ E. VAN SLIEDREGT, *The criminal responsibility of individual for violations of international of humanitarian law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003, p. 190.

¹⁵⁸⁷ TPIY, *Le Procureur c. Halilovic*, Jugement, Ch. Inst.I, Affaire n° IT-01-48, 16 novembre 2005, para. 54.

¹⁵⁸⁸ TPIY, *Le Procureur c. Delic*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-04-83, 15 septembre 2008, para. 55.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

responsabilité pour omission ». L'obligation d'agir du supérieur hiérarchique découle du contrôle exercé sur les subordonnés et porte sur des « mesures nécessaires et raisonnables » soit avant la commission des crimes *l'obligation de prévenir*, soit après la commission des crimes, *l'obligation de réprimer*. Cette manière d'appréhender la responsabilité du chef militaire permet clairement de la distinguer de celle du participant. En effet, le chef militaire est responsable d'une omission qui résulte d'un manquement à une obligation de faire. En raison de ses pouvoirs, il a des devoirs. Il doit non seulement,

« éviter la consommation complète d'une infraction en rompant sa phase d'exécution. Mais (...) aussi (...) empêcher des commissions à venir, des répétitions d'infractions »¹⁵⁸⁹.

Le TPIY a rappelé que l'obligation de prévenir et celle de réprimer constituent deux obligations distinctes et complémentaires,

« article 7 (3) does not provide a superior with two alternative options, but contains two distinct legal obligations to prevent de commission of the offence and to punish the perpetrators »¹⁵⁹⁰.

337. Relativement à l'obligation de réprimer, la Chambre de première instance du TPIY avance dans l'affaire *Kordic et cerkez* qu'un supérieur qui assume le commandement après la commission des crimes, a aussi un devoir d'en punir les auteurs,

« Le devoir de punir intervient bien évidemment après la commission du crime. Les personnes qui prennent le pouvoir après le commandement après la commission du crime ont la même obligation de punir. Cette obligation impose au moins d'enquêter sur les crimes, d'établir les faits et de transmettre un rapport aux autorités compétentes si le supérieur n'est pas habilité à prendre lui-même des sanctions. Les supérieurs hiérarchiques civils sont soumis aux mêmes obligations en fonction du pouvoir effectif qu'ils exercent et dans la mesure où ce pouvoir les autorise à en référer aux autorités compétentes pour qu'elles prennent des mesures »¹⁵⁹¹.

Mais quoi qu'il en soit, la responsabilité pénale du chef militaire pour omission ne peut être engagée que s'il savait ou avait des raisons de savoir que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre des crimes.

¹⁵⁸⁹ A. DE ANDRADE, « Les supérieurs hiérarchiques », *op.cit.*, p. 206.

¹⁵⁹⁰ Cf. O. TRIFFTERER, « Command responsibility – crimen sui generis or participation as « otherwise provided » in article 28 Rome State ? », *op.cit.*, p. 920.

¹⁵⁹¹ TPIY, *Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-95-14, 2- février 2001, para. 446.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

b)- La *mens rea* de la responsabilité pour omission du chef militaire d'après le Statut de Rome.

338. A la question de savoir,

« does the *mens rea* of the superior need to be established not only with regard to what he is omitting himself, but also with reference to the material and subjective side of the subordinates, the other persons acting or omitting in the context of the same crime? (...) has the mental element of the subordinates to be encompassed by the *mens rea* of the superior »¹⁵⁹²,

la jurisprudence répond négativement avec clarté. Elle estime que la *mens rea* du supérieur hiérarchique n'est pas établie eu égard aux crimes commis par les subordonnés. L'intention du supérieur hiérarchique concerne la connaissance qu'il avait du comportement de ses subordonnés, étant entendu que « knowledge of a crime and knowledge of a person's criminal conduct are, in law and in fact, distinct matters »¹⁵⁹³. Mais pour établir la responsabilité du supérieur hiérarchique, suite à cette omission, le seul constat de l'omission du chef militaire ne suffit pas à constituer la faute. Cette omission doit être caractérisée. La Chambre de première instance du TPIY semble explicite à ce propos. Elle affirme notamment dans l'affaire *Celibici* qu',

« un supérieur hiérarchique peut avoir l'intention coupable nécessaire pour engager sa responsabilité lorsque 1) il savait effectivement, compte tenu des preuves directes ou circonstanciées dont il disposait, que ses subordonnés commettaient ou s'apprêtaient à commettre des crimes [...] ou 2) qu'il avait en sa possession des informations de nature, pour le moins, à le mettre en garde contre de tels risques dans la mesure où elles appelaient des enquêtes complémentaires pour vérifier si de tels crimes avaient été ou non commis ou étaient sur le point de l'être »¹⁵⁹⁴.

C'est dans cette même perspective qu'est rédigé l'article 28 (a) (ii) du Statut de Rome qui prévoit que la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique ne peut exister que si, « le chef militaire ou [la personne assimilée] *savait*, ou, en raison des circonstances *aurait dû savoir* (...) ». Il en découle que la *mens rea* de la responsabilité du supérieur hiérarchique peut résulter soit d'une connaissance positive que les crimes étaient ou allaient être commis, le chef militaire savait (i) soit d'une présomption de connaissance que ces crimes avaient été ou allaient être commis, le chef militaire aurait dû savoir (ii).

¹⁵⁹² O. TRIFFTERER, « Command responsibility – *crimen sui generis* or participation as « otherwise provided » in article 28 Rome Statute ? », *op.cit.*, p. 909.

¹⁵⁹³ TPIY, *Le Procureur c. Oric*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-03-68, *op. cit.*, para. 59.

¹⁵⁹⁴ TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. Inst. I., Affaire n° IT-96-21, *op.cit.*, para. 383.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

i- L'imputation de la faute au chef militaire qui « savait ».

339. D'après la doctrine, le « savoir » du chef militaire peut être démontré soit par la preuve directe de cette connaissance, « actual knowledge », soit par des indices factuels de faits, « constructive knowledge »¹⁵⁹⁵. Dans certaines circonstances, la position d'autorité du supérieur peut, elle-même constituer une preuve de sa connaissance réelle des crimes commis par ses subordonnés mais les juges internationaux hésitent à en déduire une présomption de connaissance,

« La Chambre est réticente à reconnaître qu'il existe une « présomption » de connaissance à l'encontre du supérieur hiérarchique, laquelle entraînerait en quelque sorte automatiquement la culpabilité de ce supérieur dès lors qu'un crime aurait été commis. La Chambre considère, néanmoins, que la position de supérieur hiérarchique d'un individu constitue en soi un indice sérieux de ce que cet individu a connaissance des crimes commis par ses subordonnés. Le poids qu'il convient de conférer à cet indice dépend toutefois des circonstances, notamment de temps et de lieu. Ainsi, plus la commission des faits sera éloignée dans l'espace, plus il sera difficile d'établir leur connaissance par le supérieur en l'absence d'autres indices. A l'inverse, la commission d'un crime en un lieu immédiatement proche de celui où le supérieur exerce habituellement ses fonctions, suffirait à créer un indice sérieux de connaissance par le supérieur de ce crime, a fortiori dans l'hypothèse où les crimes seraient commis de manière répétée »¹⁵⁹⁶.

Dans les affaires *celibici et Blaskic*, la Chambre de première instance cite, en dehors de la position d'autorité, les preuves circonstanciées qui peuvent servir à établir la connaissance effective du supérieur. Il s'agit notamment,

« du nombre, du type et de la portée des actes illégaux, de la période durant laquelle ils se sont produits, du nombre et du type de soldats qui y ont participé, des moyens logistiques éventuellement mis en œuvre, du lieu géographique des actes, du caractère généralisé des actes, de la rapidité des opérations, du *modus operandi* d'actes illégaux similaires, des officiers et le personnel impliqués et du lieu où se trouvait le commandant au moment où les actes ont été accomplis »¹⁵⁹⁷.

En général, le procureur doit établir que le supérieur hiérarchique a réellement pris connaissance du fait que ses subordonnés ont commis ou s'appêtent à commettre des crimes.

¹⁵⁹⁵ Cf. K. M. F. KEITH, « The mens rea of superior responsibility as developed by ITCY jurisprudence », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 617-634.

¹⁵⁹⁶ TPIY, *Le Procureur c. Aleksovski*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-95-14/1, *op. cit.*, para. 80.

¹⁵⁹⁷ TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, Affaire n° IT-95-14, Ch. Inst. *op. cit.*, para. 307. Repris dans l'affaire, *Le Procureur c. Boskoski et Tarculovski*, Jugement, Ch. In. II, Affaire n° IT-04-82, *op. cit.*, para. 413 ; *Le Procureur c. Delic*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-04-83, *op. cit.*, para. 64.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

La Chambre préliminaire en s'appuyant sur des décisions des tribunaux *ad hoc* affirme que la connaissance du supérieur ne saurait être présumée¹⁵⁹⁸.

Mais à côté de cette exigence de connaissance, la norme attribuant la responsabilité pénale au supérieur hiérarchique suppose que le supérieur hiérarchique a le devoir de s'informer au sujet des agissements de ses subordonnés, c'est-à-dire qu'il « aurait du savoir ».

ii- L'imputation de la faute au chef militaire qui « aurait dû savoir ».

340. Pour une partie de la doctrine, l'expression « aurait dû savoir » ou « avait des raisons de savoir » évoque l'idée d'une connaissance imputée¹⁵⁹⁹. La première application de cet élément de la *mens rea* de la responsabilité du chef militaire depuis le tribunal de Tokyo a été faite par la première Chambre préliminaire du TPIR dans l'affaire *Akayesu*¹⁶⁰⁰. Elle a en effet décidé que,

« (...) pour les formes de participation prévues à l'article 6(1), leur auteur ne peut être tenu pénalement responsable s'il n'a pas agi en connaissance de cause, et cela même s'il aurait dû avoir cette connaissance. C'est là une grande différence avec l'article 6(3) (...) L'article 6 (3) *n'exige pas nécessairement que le supérieur ait su*, pour que sa responsabilité pénale soit engagée ; *il suffit seulement qu'il ait eu des raisons de savoir que ses subordonnés étaient sur le point de commettre un crime ou l'avaient commis (...)* »¹⁶⁰¹.

Au cours de la même année 1998, la Chambre de première instance du TPIY se prononce le 16 novembre dans l'affaire *Celibici*. En se penchant longuement sur la jurisprudence de la période de la seconde guerre mondiale, qui paraissait relativement sévère en matière de responsabilité du supérieur hiérarchique, la Chambre trouve,

« qu'un supérieur ne peut être tenu pour pénalement responsable que s'il avait à sa disposition des informations particulières l'avertissant des infractions commises par ses subordonnés. Ces informations ne doivent pas nécessairement être telles que, par elles-mêmes, elles suffisent à conclure à l'existence de tels crimes. Il suffit que le supérieur ait été poussé à demander un complément d'informations ou, en d'autres termes, qu'il ait paru nécessaire de demander un complément d'information pour

¹⁵⁹⁸ TPIY, *Le Procureur c. Braanin*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° IT-99-36-T, 1er septembre 2004, para. 278, remarquant qu' « [o]n peut présumer que le supérieur hiérarchique avait la connaissance requise s'il avait les moyens d'obtenir les informations pertinentes sur un crime et qu'il s'est délibérément abstenu de le faire ».

¹⁵⁹⁹ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, p. 116.

¹⁶⁰⁰ TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement, Ch. Inst. I, Affaire n° ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998. Pour une analyse de cette affaire, cf. W. SCHABAS, « Commentary to the case Prosecutor v. Akayesu, judgement », in A. KILP, G. SLUTTER (dir.), *Annotated leading cases of international criminal tribunals. The international criminal tribunal for Rwanda, 1994-1999*, Antwerp, Intersentia, 2001, pp. 539-554; A. ZAHAR, « Command responsibility of civilians superiors for genocide », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 591-616.

¹⁶⁰¹ Affaire *Jean-Paul Akayesu*, *Ibid.*, para. 479, nous soulignons.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

vérifier si les subordonnés commettaient ou s'apprêtaient à commettre des infractions »¹⁶⁰².

Elle poursuit en indiquant que l'article 7 (3) du Statut du tribunal doit être interprété comme incriminant un,

« (...) désintéret injustifiable pour des informations de caractère général portant à conclure que les subordonnés ont effectivement pu ou pourraient commettre de crimes ou (une) renonciation à les obtenir alors qu'elles étaient raisonnablement accessibles au supérieur. Et ainsi visée (selon l'accusation) l'ignorance qui résulte d'un manque de surveillance de ses subordonnés »¹⁶⁰³.

Il ressort de cette position du TPIY que le volet de la faute « avait des raisons de savoir » reste compatible avec une conception subjective de la faute et s'apparente à la notion d'aveuglement ou d'ignorance volontaire bien connue dans certaines législations nationales¹⁶⁰⁴.

Mais la deuxième Chambre va substantiellement s'éloigner de cette interprétation dans l'affaire *Blaskic*. Elle déclare que,

« (...) si un commandant a exercé la diligence due dans l'accomplissement de ses devoirs mais ignore pourtant que des crimes sont sur le point d'être commis ou l'ont été, cette ignorance ne peut être retenue contre lui. Cependant, lorsque compte tenu de sa position personnelle dans la hiérarchie et des circonstances du moment, l'ignorance résulte d'une négligence dans l'accomplissement de ses devoirs, elle ne saurait constituer un moyen de défense : ce commandant avait des raisons de savoir au sens du Statut »¹⁶⁰⁵.

Au regard de cette interprétation, l'expression « avait des raisons de savoir » renvoie à une obligation de savoir et le fondement de la responsabilité du supérieur résiderait dans la négligence pour des crimes très graves¹⁶⁰⁶. Une « négligence patente, au point qu'elle s'assimile à un consentement ou une intention délictueuse »¹⁶⁰⁷. Pour une partie de la doctrine, cette négligence peut s'analyser de deux façons : « soit le supérieur hiérarchique

¹⁶⁰² TPIY, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, et al.*, Jugement, Ch. Inst. I., Affaire n° IT-96-21, *op.cit.*, para. 307.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, para. 379.

¹⁶⁰⁴ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, p. 116.

¹⁶⁰⁵ TPIY, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, Jugement, Affaire n° IT-95-14, Ch. Inst, *op. cit.*, para. 332.

¹⁶⁰⁶ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, p. 117

¹⁶⁰⁷ N. ZAKR, « La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les Tribunaux pénaux internationaux », *R.I.D.P.*, vol. 1-2, 2002, p. 63.

Chapitre 5.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

aurait dû savoir que des crimes étaient commis par ses subordonnés, soit il possédait des informations lui permettant de parvenir à une telle conclusion »¹⁶⁰⁸.

Mais la Chambre d'appel a rejeté cette interprétation faite par la Chambre de première instance. Non seulement parce qu'elle estime que le devoir de savoir n'existe pas en droit international coutumier, mais aussi parce qu'à son avis, cette interprétation transformerait la responsabilité du supérieur hiérarchique en responsabilité stricte ou pour négligence. Elle précise dans ce sens que,

« L'article 7 (3) du Statut traite de la responsabilité du supérieur hiérarchique pour omission en connaissance de cause. Cependant, le fait de s'abstenir de s'informer n'apparaît pas dans cet article comme une infraction distincte. Un supérieur n'a dès lors pas, aux termes de cet article, à répondre de cette négligence, sa responsabilité ne pouvant être mise en cause que parce qu'il n'a pas pris des mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ou punir. La Chambre d'appel suppose que l'Accusation souhaite la voir conclure qu'un commandant a des « raisons de savoir » s'il se montre gravement négligent et se garde d'obtenir des informations voulues. *Il ne s'agit pas ici de présumer qu'une personne sait si elle renonce à obtenir les informations voulues sur un crime, mais de présumer qu'elle a les moyens de savoir, et qu'elle s'est délibérément abstenue d'en user. Si comme le soutient l'Accusation, le manquement à l'obligation qu'a un supérieur de toujours s'informer des actes de ses subordonnés engage nécessairement sa responsabilité pénale, on en vient quasiment à une responsabilité sans faute ou pour négligence.* Cela étant, s'il est vrai que le fait pour un commandant de ne pas se tenir constamment informé des faits et gestes de ses subordonnés ou de ne pas mettre en place un système contrôle peut constituer un manquement aux obligations de sa charge de nature à engager sa responsabilité disciplinaire, il n'engage pas forcément sa responsabilité pénale »¹⁶⁰⁹.

Ainsi, la Chambre d'appel confirme l'interprétation de l'expression « avait des raisons de savoir » adoptée dans par la Chambre de première instance dans la même affaire. Le standard applicable est celui de la possession d'informations par le supérieur l'avertissant des infractions commises par ses subordonnés¹⁶¹⁰.

Comme on le voit, cet élément de la *mens rea*, à la différence du premier basé sur une connaissance effective, « le supérieur savait », a fait l'objet d'une interprétation divergente dans la jurisprudence internationale et d'une analyse variée dans la doctrine¹⁶¹¹. Mais

¹⁶⁰⁸ A.-L. VAURS CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?* op.cit. pp. 472-473.

¹⁶⁰⁹ TPIY, *Le Procureur c. Delalic et al.*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-96-21, op.cit., para. 226, nous soulignons.

¹⁶¹⁰ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef: la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », op.cit., p. 117

¹⁶¹¹ Pour une étude spécifique de l'application de l'élément « aurait dû savoir » ou « avait des raisons de savoir », dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, cf. M. HENZELIN, « Les « raisons de savoir » du supérieur hiérarchique qu'un crime va être commis ou a été commis par un subordonné. Examen de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda », in P. TAVERNIER (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale*, op.cit., pp. 81-125. L'auteur dans son article que, « la

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

l'équilibre semble trouvée autour de l'idée que l'expression « aurait dû savoir » ou « avait des raisons de savoir » n'implique pas une présomption de faute de la part du supérieur hiérarchique entraînant un mécanisme de responsabilité objective. Dans ce sens, la Chambre préliminaire II de la CPI dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba* est d'avis que la norme « aurait dû savoir »,

« exige que le supérieur hiérarchique ait pris l'initiative de mettre en place les mesures nécessaires pour s'informer sur le comportement de ses troupes et de se renseigner, indépendamment de la disponibilité ou non d'informations à ce moment-là, sur la commission du crime »¹⁶¹².

Mais à l'analyse, la norme attribuant la responsabilité pénale au supérieur hiérarchique pour des crimes commis par ses subordonnés semble être plus rigoureuse lorsqu'il s'agit de la responsabilité d'un chef militaire et un peu moins lorsque le responsable en cause est non militaire.

2- L'articulation de la responsabilité du supérieur hiérarchique non militaire aux termes de l'article 28 (b) du Statut de Rome.

341. Bien la norme attribuant la responsabilité pénale au supérieur hiérarchique soit d'origine militaire les textes adoptés en la matière après la seconde guerre mondiale notamment n'opéraient aucune distinction selon que le supérieur en cause était un militaire ou un non militaire. Cette option normative a abouti à une uniformisation de la doctrine de la responsabilité du supérieur en droit pénal international. Uniformisation normative que la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux et les commentaires doctrinaux qui s'en sont suivis ont simplement appréhendé comme un phénomène ordinaire dès lors que la philosophie de la norme était de sanctionner le détenteur du pouvoir qui, loin du théâtre des opérations, avait la possibilité et les moyens matériels d'empêcher la commission des crimes ou de réprimer ceux-ci afin d'empêcher que de nouveaux ne soient commis¹⁶¹³. C'est également cette même logique de répression qui a conduit les textes d'abord et plus tard la jurisprudence à ne pas distinguer selon que le supérieur en cause exerçait un pouvoir *de jure* ou un pouvoir *de facto*. Dans un cas comme dans l'autre, il fallait sanctionner celui qui

doctrine qui s'est exprimée sur l'élément intentionnel de l'article 7 (3) du Statut du TPIY (6 (3) du Statut du TPIR varie également suivant qu'elle préfère la voie « uniforme » favorisée par le TPIY (jugement et arrêt Celibici) ou la voie « duale » du jugement *Kayishema et Ruzindana* du TPIR et de l'article 28 du Statut de la Cour pénale internationale. Dans le premier cas, elle privilégie la solution de la négligence grave pour tout supérieur. Dans le second cas, elle retient la négligence simple lorsque le supérieur hiérarchique est un militaire et la négligence aggravée ou le dol éventuel lorsqu'il est un civil » (p. 123).

¹⁶¹² CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, op.cit., para. 433.

¹⁶¹³ Cela peut être attesté en parcourant les décisions de justice citées et les travaux des auteurs mentionnés dans les paragraphes précédents.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

exerçait effectivement le pouvoir en tant qu'il était le destinataire réel de l'obligation d'agir, fondement de ladite responsabilité.

342. Mais depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome, l'uniformité semble à nouveau avoir cédé le pas à une dualité de régime comme si le texte de 1998, dernier état de la codification du droit pénal international, venait traduire de manière explicite une vieille idée jadis latente dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Toutefois en parcourant les quelques études ayant proposé une analyse détaillée de cette responsabilité dans le Statut de Rome, la distinction introduite par les deux aliéas de l'article 28 (a) et (b), supérieur hiérarchique militaire et supérieur hiérarchique civil respectivement, ne paraît pas retenir l'attention des auteurs¹⁶¹⁴. Seule une étude a semblé s'intéresser à la réflexion sur la nouvelle distinction¹⁶¹⁵. Alors, comment comprendre ce manque d'intérêt de la doctrine à l'égard de la nouvelle distinction introduite au sein de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique, qui pourtant paraît se démarquer du régime antérieur ? La distinction introduite aux termes de l'article 28 du Statut est-elle une simple clause de « style » ou une véritable modification substantielle ?

Dans une réflexion approfondie sur le sujet de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique, d'éminents pénalistes se posent la question de savoir, si « le Statut de la CPI s'écarte-t-il du concept coutumier de la responsabilité du supérieur hiérarchique ? »¹⁶¹⁶ Après avoir affirmé, comme nous l'avons dit, que l'article 28 peut être interprété comme « une codification des principes coutumiers relatifs à cette forme de responsabilité pénale qui ont déjà été énoncés et reconnus à différentes époques par différentes juridictions internationales et nationales », les auteurs estiment que la rédaction dudit article introduit une différenciation entre un régime principal (article 28 (a)) et un régime résiduel (article 28 (b)) de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Ils écrivent notamment que, « l'article 28 (b) du Statut se présente comme une norme résiduelle : il permet de poursuivre tous les supérieurs hiérarchiques qui ne sauraient être poursuivis en tant que chefs militaires selon l'alinéa

¹⁶¹⁴ Dans ce sens, cf. P. SALAND, « International criminal law principles », in R. S. LEE (dir.), *The international criminal court: the making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 189-216; K. AMBOS, « Superior responsibility », *op. cit.*; V. NERLICH, « Superior responsibility under article 28 ICC Statute. For what exactly is the superior held responsible? », *op. cit.*; W. J. FENRICK, « Responsibility of commanders and others superiors », *op. cit.*

¹⁶¹⁵ G. R. VETTER, « Command responsibility of non-military superiors in the international criminal court (ICC) », *Yale Journal of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 89-143.

¹⁶¹⁶ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op. cit.*, p. 124.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

(a) »¹⁶¹⁷. Mais une telle analyse qui suggère de distinguer entre un domaine principal et un domaine résiduel de la responsabilité du supérieur est-elle conforme à la logique argumentative de l'article 28 ?

343. Pour répondre à cette question deux postures sont possibles. Soit, l'on considère que la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique est par nature une forme de responsabilité pénale imputable aux militaires et assimilés et donc que toute extension de son champ d'application débouche sur une exception d'interprétation restrictive. Soit par contre l'on considère qu'il s'agit d'une forme de responsabilité pénale d'origine militaire certes, mais susceptible d'être appliquée à tout supérieur hiérarchique. Dans ce cas, la distinction introduite par l'article ne serait pas appréhendée comme traitant d'un cas principal et d'un autre résiduel, mais bien de deux cas principaux ne présentant pas les mêmes exigences au regard des contextes d'exercice du pouvoir et d'autorité en matière militaire ou en matière non militaire. Cette dernière interprétation nous paraît présenter plus d'intérêt dans la mesure où non seulement, l'article 28 (b) couvre un champ plus large que l'article 28 (a) limité au seul domaine militaire¹⁶¹⁸ mais aussi définit un régime plus strict de mise en œuvre de cette responsabilité dans le domaine non militaire.

La principale innovation de l'article 28 se trouve dans le sous-paragraphe ii) du Statut qui n'existe dans l'alinéa (a). Ce sous paragraphe énonce que le supérieur hiérarchique non militaire est pénalement responsable des crimes commis par ses subordonnés dans les cas où, « ces crimes étaient *liés* à des activités relevant de sa responsabilité et de son contrôle effectifs ». Il est clair que le texte exige d'établir un *lien ou une relation explicite* entre les crimes commis par les subordonnés et les activités contrôlées par le supérieur non militaire. Contrairement à l'opinion selon laquelle, « le sous-paragraphe ii) ne constitue qu'une description réaliste de la notion de d' « autorité et contrôle effectifs » dans un contexte non militaire », nous pensons plutôt que ce sous-paragraphe ii) ajoute un critère supplémentaire pour l'établissement de la responsabilité des supérieurs non militaires¹⁶¹⁹. Une spécification qui tient à la nature très large du pouvoir et du contrôle que peut exercer un supérieur sur ses subordonnés dans le domaine non militaire.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 129.

¹⁶¹⁸ L'article 28 (b) couvre le champ personnel constitué par les non militaires. Il ne concerne donc pas seulement les civils, d'ailleurs le texte du Statut de Rome n'emploie pas le mot « civil », encore moins les cas de hiérarchisation formelle, il n'utilise pas le terme « commandement ».

¹⁶¹⁹ Dans le même sens, voir, G. R. VETTER, « Command responsibility of non-military superiors in the international criminal court (ICC) », *op. cit.*, p. 115.

La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale.

C'est dans le même esprit qu'il convient de lire le sous-paragraphe i) in fine qui énonce le supérieur non militaire doit « *délibérément négligé* de tenir compte d'informations qui indiquaient » que les crimes étaient commis par ses subordonnés. Pour une partie de la doctrine,

« le Statut de la CPI semble exiger une moindre vigilance des supérieurs non militaires sur les gestes de leurs subordonnés ce qui rendrait la tâche de preuve du procureur plus difficile au moment du procès. Pour établir la responsabilité de tels chefs, celui-ci doit en effet prouver, dans chaque cas d'espèce, que le supérieur *disposait d'informations* qui indiquaient *clairement* que des crimes avaient été commis (ou étaient sur le point de l'être) et qu'il a délibérément choisi de ne pas en tenir compte. Manifestement, l'élément de faute est subjectivement apprécié »¹⁶²⁰.

Dans le même sens, d'autres auteurs considèrent qu'il s'agit d'un abaissement du standard existant en droit international voire la création d'un nouveau standard plus favorable aux supérieurs non militaires¹⁶²¹. Pour d'autres encore, il s'agit d'un nouveau standard qui reprend essentiellement le « 'wilfully blind' criterion known from common law and war crimes trials »¹⁶²². Mais à l'analyse, il ne semble pas que l'article 28 (b) corresponde à un affaiblissement du standard de l'établissement de la faute pénale dans le domaine de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Au contraire, il s'agit d'une distinction opportune au moment où se met progressivement en place une théorie générale de la responsabilité pénale des hauts responsables en matière de crimes de masse comme les crimes contre l'humanité. En effet, il est important de distinguer le régime de l'omission coupable du chef militaire de celle du chef non militaire. Car si dans le domaine militaire, le contrôle effectif du comportement des troupes est automatique et le respect des lois de la guerre un principe cardinal du droit militaire, la nature et l'étendue du pouvoir du supérieur non militaire ne présente pas la même spécificité.

Au terme de cette analyse, il apparaît que les notions d'entreprise criminelle commune et de responsabilité du supérieur hiérarchique apparaissent comme des composantes d'un nouveau concept pénal celui de « responsabilité pénale internationale » dont la philosophie est de participer à l'instauration d'un nouvel ordre public international opposable aux Etats.

¹⁶²⁰ A.-M. BOISVERT, H. DUMONT et M. PETROV, « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef: la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *op.cit.*, p. 131, les auteurs soulignent.

¹⁶²¹ G. R. VETTER, « Command responsibility of non-military superiors in the international criminal court (ICC) », *op. cit.*, p. 95.

¹⁶²² K. AMBOS, « Superior responsibility », *op. cit.*, p. 851; W. G. ECKHARDT, « Command criminal responsibility: a plea for a workable standard », *Military Law Review*, vol. 97, 1982, p. 14. L'auteur écrit notamment que, « no room ... for a « stick your head in the sand » approach ».

Conclusion du Chapitre 5.

La responsabilité pénale face aux crimes contre l'humanité : internationalisation du concept et renouvellement des théories de laparticipation criminelle.

Conclusion du chapitre 5. La responsabilité pénale face aux crimes contre l'humanité : internationalisation du concept et renouvellement des théories de laparticipation criminelle.

344. Le concept de responsabilité pénale internationale émerge dans la théorie et la pratique internationale au lendemain de la seconde guerre mondiale. Distinct de l'institution de la responsabilité internationale de l'Etat pour fait internationalement illicite ou pour violation grave du droit international humanitaire, ce concept s'applique aux individus et non aux Etats. C'est donc par confusion que la dynamique d'incrimination de l'individu en droit international a été appréhendée comme une manifestation du processus d'érection de l'individu au rang de sujet du droit international. Le développement du nouveau concept procède d'une autre problématique, celle de l'incapacité de la théorie pénale classique à réprimer les projets criminels collectifs tels le crime contre l'humanité.

En effet, tout droit pénal, pour reprendre l'opinion de la pénaliste canadienne Hélène Dumont, se détermine au moins par une théorie établie de la responsabilité pénale qui se manifeste par un degré de conceptualisation et de cohérence de ses principes généraux de détermination et d'imputation de la faute pénale. « Ces principes s'appellent *actus reus, mens rea*, règles de la complicité [théorie de la coaction] »¹⁶²³. Or, la théorie de la responsabilité pénale est fort mal équipée pour s'appliquer telle quelle aux crimes contre l'humanité par exemple. Le profane décrit généralement les caractéristiques matérielles de ce crime, comme d'ailleurs c'est le cas pour le génocide ou encore les crimes de guerre, en identifiant le caractère planifié et collectif des gestes répréhensibles, le nombre des exécutants et le caractère massif des préjudices qui en résultent¹⁶²⁴. Ce qui est vrai par ailleurs. Pourtant la jurisprudence internationale n'hésite pas à concevoir qu'un acte unique puisse être un crime contre l'humanité ou à affirmer l'idée que le plan n'est pas une composante matérielle du crime. Quoi qu'il en soit, si l'on fait recours à la théorie pénale classique, le crime contre l'humanité se décompose en une série d'actes individualisés appréhendés selon la détermination des culpabilités individuelles. Ce qui conduira à une fragmentation de son image globale, à la perte du plan d'ensemble et à la déconstruction du sens collectif de l'incrimination¹⁶²⁵.

¹⁶²³ H. DUMONT, « Quand l'international fait une alliance avec le pénal, assiste-t-on à la naissance d'un droit pénal international génétiquement modifié », *op. cit.*, pp. 147-148.

¹⁶²⁴ *Ibid.* Mais l'auteur parle précisément du crime de génocide et non du crime contre l'humanité.

¹⁶²⁵ *Ibid.*

Conclusion du Chapitre 5.

La responsabilité pénale face aux crimes contre l'humanité : internationalisation du concept et renouvellement des théories de laparticipation criminelle.

345. Face à ces limites de la théorie pénale classique issue de la *rationalité pénale étatique*, la dynamique de répression des crimes contre l'humanité a amorcé un mouvement d'ouverture du système pénal national à travers un renouvellement du concept de la responsabilité pénale. Cette ouverture ou ce renouvellement se sont opérés à travers deux phénomènes successifs *d'internormativité*. Le premier, plus ancien, tenant à la mise en communication des normes du droit pénal avec les normes du droit militaire, a abouti à une sorte de *militarisation* du droit pénal. En effet, le contexte qui sous-tend les crimes contre l'humanité a rarement été celui des affaires traitées par les tribunaux civils nationaux. Historiquement, quand ces questions se sont posées on était devant les tribunaux militaires ou cela donnait lieu à des procès politiques ou « dit de rupture » avec l'ordre juridique établi. Le second, plus récent et actuel, tenant à la mise en communication des normes du droit pénal avec les normes du droit international a abouti à une sorte d'*internationalisation* du droit de la responsabilité pénale. Ce sont en effet, les tribunaux internationaux qui ont dégagé avec clarté les deux composants du concept de responsabilité pénale internationale à savoir *la notion d'entreprise criminelle commune* et *la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique*. Ces deux composantes s'ajoutent aux règles classiques de détermination de la responsabilité pénale (théorie de l'action, de la complicité et de la coaction) en élargissent les perspectives, et en modifient même quelques données de base.

Au moment où le phénomène des crimes collectifs prend de l'ampleur, la philosophie ultime du concept de la responsabilité pénale internationale est double. D'une part, elle suggère de reconsidérer la définition de l'auteur d'une infraction à partir d'une nécessaire scission entre l'exécutant et le perpéteur qu'il convient prioritairement de toucher ; et d'autre part, elle tend à déterminer en quoi consiste exactement le caractère collectif des crimes tels le crime contre l'humanité. Issu d'un phénomène *d'internormativité* tel que ci-dessus décrit, le concept semble appelé à se développer à travers de nouvelles formes *d'internormativité* au regard de la mise en place de la Cour pénale internationale, juridiction permanente. En effet, les règles d'articulation des compétences entre la justice pénale internationale et la compétence universelle à l'aune de la complémentarité de la Cour pénale internationale postulent qu'il reviendra prioritairement aux Etats la compétence d'appliquer le nouveau concept. Donc saisi d'un cas de crime contre l'humanité, le juge pénal national devra faire application du concept de responsabilité pénale internationale. En clair, la répression des crimes contre l'humanité se fera devant les juridictions nationales mais par une application d'un concept international. Ce qui suppose que le lien entre le juge national et le droit

Conclusion du Chapitre 5.

La responsabilité pénale face aux crimes contre l'humanité : internationalisation du concept et renouvellement des théories de laparticipation criminelle.

international reste maintenu et la désétatisation du droit pénal constante. C'est du moins ce que laisse entrevoir la technique du recours à la logique répressive instauratrice d'un nouvel ordre public international.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre 6

**L'ARTICULATION DES COMPETENCES JURIDICTIONNELLES ENTRE LE
PRINCIPE DE COMPLEMENTARITE ET LA NOTION DE « JURIDICTION »
PENALE NATIONALE.**

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

« Le recours à la notion d'humanité incite en effet, ainsi que l'a suggéré Pierre-Marie Dupuy, à imaginer des formules juridiques et institutionnelles d'internationalisation positive », J.-A. CARRILLO-SALCEDO, « La Cour pénale internationale : l'humanité trouve sa place dans le droit international », *RGDIP*, n°1, 1999, p. 27.

346. La technique par laquelle l'Etat recourt à la logique répressive instauratrice d'un nouvel ordre public international conduit au débordement des frontières étatiques de la justice pénale. Elle se réalise par une double extension extraterritoriale des compétences juridictionnelles étatiques à l'aune du principe de la complémentarité. Une extension d'abord dans une perspective internationale et ensuite une extension dans une perspective universelle. C'est aux termes de l'article 1 *in medio* du Statut de Rome que cette idée de la double extension extraterritoriale des compétences juridictionnelles de l'Etat se dégage. Ce texte dispose, « (...) Elle [la compétence de la Cour] est complémentaire des juridictions pénales nationales (...) ». Il en ressort que la compétence de la Cour pénale internationale est complémentaire à la fois des instances pénales nationales et des aptitudes ou du pouvoir de ces instances à connaître d'un crime contre l'humanité. Ceci suppose que le terme *jurisdiction* contenu dans cet article recouvre au moins deux acceptions : une acception davantage *substantielle* et une acception davantage *processuelle*. Mais l'affirmer n'est pas en soi une innovation. Cela revient simplement à se référer à la polysémie du terme *jurisdiction*.

347. Dans son sens étymologique, le terme « juridiction » est une combinaison des racines latines *jus* ou *juris* et de *dicere* ou *dictio* et peut être traduit par *la diction, la lecture du droit*¹⁶²⁶. Le terme « juridiction » peut en français comme en anglais¹⁶²⁷ recouvrir une variété de signification. Il peut tout d'abord renvoyer soit au sens du pouvoir de l'Etat, soit de compétence *lato sensu*. Pour Blakesley, par exemple, le terme « jurisdiction » signifie « the authority to affect legal interests - to prescribe rules of law (legislative jurisdiction), to adjudicate legal questions (judicial jurisdiction) and to enforce judgements the judiciary made

¹⁶²⁶ S. SUCHARITKUL, « International terrorism and the problem of jurisdiction », *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 14, 1987, pp. 142-181, *spec.* 155-156, cité par, M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Bruxelles/Genève/Munich, Bruylant/Helbing & Lichtenahn, Faculté de droit de Genève, 2000, p. 12.

¹⁶²⁷ C. L. BLAKESLEY, « Jurisdictional issues and conflicts of jurisdiction », in Ch. BASSIOUNI (dir.), *Legal responses to international terrorism: United States procedural aspects*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 131-179.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

(enforcement jurisdiction) »¹⁶²⁸. Pour le *Havard Research* par exemple, « the term «jurisdiction» is used to describe *the competence of the State (...)* »¹⁶²⁹. On le voit, le terme «jurisdiction» est directement rattaché à celui de pouvoir ou de souveraineté. Marc Henzelin souligne en effet qu'en droit international, « on reconnaît aux termes *jurisdiction* et *jurisdiction* une signification de *pouvoir d'un Etat, par rapport à celui des autres Etats, voire par rapport à une éventuelle communauté internationale* »¹⁶³⁰. Sucharitkul écrit dans ce sens que, « in international law, even from the classics of the laws of nations, the term «jurisdiction» or «jurisdiction» has been equated with «imperium» or sovereignty, as in the maxim *par in parem non habet imperium or non habet jurisdictionem* »¹⁶³¹. Ce rapport entre juridiction et souveraineté est confirmé par un juge anglosaxon, le juge Marshall, dans l'affaire *Schooner Exchange c. M'Faddon et autres* qui affirma, « the jurisdiction of the nation within its own territory is necessarily exclusive and absolute »¹⁶³². On retrouve appliqué à la notion de «jurisdiction», les caractéristiques de la souveraineté que sont le caractère *exclusif* et le caractère *absolu*.

Mais le terme «jurisdiction» n'est pas seulement rapproché de celui de souveraineté, il est parfois aussi envisagé comme synonyme de compétence. Dans l'article 2 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, il est énoncé que, « Tout Etat partie prend des mesures (...) pour empêcher que des actes de torture soit commis *dans tout territoire sous sa jurisdiction* »¹⁶³³. Par contre dans l'alinéa 1 de l'article 2 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966, il est énoncé que, « Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et *relevant de leur compétence* (...) ». Le droit international des droits de l'homme semble donc admettre que «jurisdiction» et «compétence» sont des termes interchangeables. Cependant, la doctrine n'est pas unanime sur ce point.

¹⁶²⁸ C. L. BLAKESLEY, « United States jurisdiction over extraterritorial crime », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 1982, pp. 1109-1163.

¹⁶²⁹ ASIL (American Society of International Law), « Draft convention on jurisdiction with respect to crime », *American Journal of International Law*, vol. 29, 1935, pp. 439-651, spec. 467.

¹⁶³⁰ M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, op.cit., p. 13, c'est l'auteur qui souligne.

¹⁶³¹ S. SUCHARITKUL, « International terrorism and the problem of jurisdiction », op. cit., p. 156, c'est l'auteur qui souligne.

¹⁶³² Affaire *Schooner Exchange c. M'Faddon*, in Cranch, 1812, vol. 7, p. 116, cité par, D. J. HARRIS, *Cases and materials on international law*, Londres, Sweet & Maxwell, 4^{ème} éd., 1991, p. 289.

¹⁶³³ Il peut également être fait mention du préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, L'assemblée générale « (...) ayant cette déclaration constamment à l'esprit, [les peuples et toutes les nations] (...) s'efforcent (...) de développer le respect des droits et libertés (...) tant parmi les populations des Etats membres eux-mêmes que parmi celles des territoires placés sous leur *jurisdiction* ».

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

Pour l'internationaliste français, le professeur Dominique Carreau, il y aurait un certain degré de différence entre les deux termes. Pour lui, la « compétence » au sens *matériel* couvre « l'ensemble des compétences de l'Etat », et la juridiction, ou compétence au sens *formel* est « la capacité de l'Etat à agir » dans un cas particulier¹⁶³⁴. Cette volonté de distinction se retrouve également dans les travaux du professeur Fitzmaurice, pour qui « jurisdiction » serait, en droit international, « a general or abstract concept » alors que « competence » serait « a specific or concrete concept »¹⁶³⁵. Ainsi, la relation entre les deux concepts serait « asymmetric in the sense that while competence necessarily requires a preceding finding of jurisdiction, a finding of jurisdiction does not necessarily entail competence »¹⁶³⁶. Cette même distinction semble également être faite par la Cour internationale de justice. Sous réserve de certaines variantes, la Cour emploie le terme « jurisdiction » quant elle vise à considérer son pouvoir de juger de manière abstraite, dans sa généralité, dans sa source, par exemple quand elle a parlé de sa « juridiction obligatoire ». Elle aurait, au contraire, employé le terme « compétence » quand elle a examiné l'existence de son pouvoir de juger dans son application à une affaire déterminée ou à un aspect particulier de cette affaire de sorte que les contestations sur l'existence de ce pouvoir dans une affaire soumise à la Cour donnaient lieu à une exception d'incompétence et étaient terminées par une décision affirmant ou déniait une compétence de la Cour¹⁶³⁷.

Mais, au-delà de cette volonté de spécification terminologique à travers l'esquisse d'une distinction entre « jurisdiction » et « compétence », la plupart des dictionnaires juridiques assimilent en général, le terme « jurisdiction », pas avec la compétence au sens large, mais spécifiquement avec la « compétence des tribunaux ». Pour le *Black's law dictionary*, par exemple, la « jurisdiction » serait « the authority by which courts and judicial officers take cognizance of and decide cases »¹⁶³⁸. Dans le *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, le terme renvoie d'une part à *la mission de juger*, et d'autre part, à *l'organe institué pour exercer cette mission*¹⁶³⁹. En se fondant sur cette approche, Marc

¹⁶³⁴ D. CARREAU, *Droit international*, Paris, Pedone, 5^{ème} éd., 1997, n°818.

¹⁶³⁵ G. FITZMAURICE, « The law and procedure of the international court of justice, question of jurisdiction, competence, and procedure », *British Yearbook International Law*, vol. 34, 1958, pp. 1-161, spec. 8ss.

¹⁶³⁶ *Ibid.*

¹⁶³⁷ Cité par, M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, *op.cit.*, p. 13. L'auteur renvoie pour une étude plus approfondie aux travaux de V. HEISKANEN, « Jurisdiction v. competence : revisiting a frequently neglected distinction », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, pp. 1-5.

¹⁶³⁸ H.C. BLACK, *Black's law dictionary*, St Paul Minn, West Publishing, 5^{ème} éd., 1979, p. 776.

¹⁶³⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005, p. 517, entrée « jurisdiction ».

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

Henzelin emploie, dans son travail, le terme juridiction pour désigner « *la somme des compétences étatiques extérieures tirées directement de la souveraineté des Etats* »¹⁶⁴⁰. Ce qui l'a amené à opérer un distinguo entre principes de juridiction et principe de compétence, « qui sont reconnu par les Etats pour délimiter la sphère d'application de leur droit dans l'espace, et ainsi la compétence des tribunaux »¹⁶⁴¹.

348. En prenant appui sur ce qui précède, le terme « juridiction » nationale peut être entendu comme la souveraineté nationale, la compétence nationale, ou encore le pouvoir national. Ainsi, lorsque l'article 1 *in medio* du Statut de Rome dispose que « (...) [la Cour pénale internationale] est *complémentaire des juridictions pénales nationales* (...) », ce texte entend dire par là que *la Cour pénale internationale est complémentaire d'une part, des compétences pénales nationales et d'autre part, du pouvoir et/ou de la souveraineté des autorités pénales nationales à dire le droit en matière de crime contre l'humanité*. Dans le premier cas, la complémentarité avec *les compétences pénales nationales* s'entend de la complémentarité avec les critères traditionnels de compétence pénale tels que la compétence territoriale, la compétence personnelle ou encore la compétence matérielle. Dans cette hypothèse, la complémentarité s'établit entre les *compétences traditionnelles* (territoriale, personnelle, matérielle) et une nouvelle forme de compétence que l'on peut qualifier de *compétence internationale*. Dans le second cas, la complémentarité avec *le pouvoir des autorités pénales nationales à dire le droit* en matière de crime contre l'humanité s'entend de la complémentarité avec la *compétence universelle* des juridictions nationales.

Il peut être admis que l'article 1 du Statut de Rome appelle une articulation entre la *compétence internationale* des Etats et la Cour pénale internationale d'un côté, et la *compétence universelle* des autorités judiciaires des Etats et la Cour pénale internationale de l'autre. La *compétence pénale internationale* de l'Etat est par nature complémentaire aux critères traditionnels de compétence en ce sens que l'Etat l'exerce *indirectement* par le recours à la justice pénale internationale¹⁶⁴². En effet, cette compétence est mise en œuvre via l'habilitation d'une instance supranationale, en l'espèce la Cour pénale internationale, par les autorités étatiques. Ce processus d'habilitation peut s'opérer selon deux mécanismes distincts : soit par le *renvoi* de l'affaire, soit par une *déclaration de reconnaissance de*

¹⁶⁴⁰ M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, op.cit., p. 15, c'est l'auteur qui souligne.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*

¹⁶⁴² Comme tout critère de compétence, la *compétence internationale* est sanctionnée en cas de non exercice par l'Etat, soit à travers le mécanisme du renvoi, soit à travers celui de la déclaration de compétence. C'est dans une certaine mesure la substance des articles 17 et 19 du Statut de Rome.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

compétence. A titre d'illustration, trois pays africains ont, à ce jour, renvoyé des affaires à la Cour pénale internationale: l'Ouganda¹⁶⁴³, la République Démocratique du Congo¹⁶⁴⁴, la République Centrafricaine¹⁶⁴⁵. Dans le cadre du mécanisme du renvoi, l'article 14 (2) du Statut dispose que, « [L]'Etat qui procède au *renvoi* indique autant que possible les circonstances pertinentes de l'affaire et produit les pièces à l'appui dont il dispose ». Ce qui suppose que l'Etat ayant procédé à un *renvoi* doit au préalable avoir conduit une enquête préliminaire sur les faits à travers son système pénal national sur la base d'une compétence soit territoriale soit personnelle. A titre d'exemple, dans la demande de *renvoi* de l'affaire devant la Cour adressée par la République Centrafricaine le 18 décembre 2004, conformément aux articles 13 et 14 du Statut, on peut lire,

« Monsieur le Procureur, (...) compte tenu de l'urgence, je vous saisis en l'état et *vous propose de vous faire parvenir un mémoire ultérieurement*. D'ores et déjà, je produis les deux *rapports d'enquêtes* de la FIDH de 2002 et 2003, un *rapport d'enquête* de Amnesty International et un *extrait du plumitif de l'arrêt de la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Bangui* du 17 décembre 2004 (...) ».

A travers le mécanisme du *renvoi*, les compétences traditionnelles et la compétence internationale apparaissent effectivement comme complémentaires. Le *renvoi* réalise donc une mise en communication du système pénal national avec la justice pénale internationale en ce sens qu'il s'accompagne toujours d'un engagement de l'Etat requérant à coopérer pleinement avec la Cour¹⁶⁴⁶. Ainsi, le *renvoi* ouvre le système pénal national au jeu des *interactions judiciaires* entre le niveau national et le niveau supranational. De même que le second mécanisme de mise en œuvre de la compétence internationale à savoir la déclaration de reconnaissance de compétence. Un Etat, la Côte d'Ivoire, qui y a eu recours le 18 avril

¹⁶⁴³ L'Ouganda a ratifié le Statut de Rome le 14 juin 2002 et saisi le Procureur le 29 janvier 2004. Pour la situation de ce pays, la Chambre Préliminaire II est actuellement saisie de l'affaire *Le Procureur c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen*. Cinq mandats d'arrêts ont été délivrés dans le cadre de cette affaire à l'encontre de cinq principaux dirigeants de l'Armée de résistance du seigneur (LRA).

¹⁶⁴⁴ La République Démocratique du Congo a ratifié le Statut de Rome le 11 avril 2002 et a saisi le Procureur le 19 avril 2004. Pour la situation de cet pays, les quatre affaires suivantes sont en cours d'examen par les différentes Chambres préliminaires et d'instances de la Cour, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Le Procureur c. Bosco Ntaganda, Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngujolo Chui et Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*. Dans le procès de Thomas Lubanga ouvert le 12 mars 2012, la Chambre de première Instance I l'a déclaré coupable le 14 mars 2012. Le 16 décembre 2011, la Chambre préliminaire I a décidé à la majorité de ne pas confirmer les charges portées à l'encontre de Mbarushimana.

¹⁶⁴⁵ La République Centrafricaine a ratifié le Statut de Rome le 3 octobre 2002 et a saisi le Procureur le 7 janvier 2005. Dans la situation concernant ce pays, l'affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba* est actuellement en examen. Le procès a débuté le 22 novembre 2010.

¹⁶⁴⁶ Un tel engagement accompagne également les déclarations d'acceptation de compétence faites par les Etats. L'on peut citer à ce sujet, les deux déclarations faites par les autorités de Côte d'Ivoire, celle initiale et celle de confirmation.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

2003 et le 3 mai 2011¹⁶⁴⁷, a également entendu mettre en communication son système pénal avec la justice pénale internationale. Mais l'une des choses importantes de cette mise en communication entre le national et le supranational, si elle réalise une véritable ouverture du système pénale étatique, elle n'entraîne pas ou ne s'accompagne pas d'une logique de stricte hiérarchie des organes judiciaires. Les critères traditionnels conservent la primauté sur la compétence internationale, ce qui donne à penser à une primauté de l'ordre interne sur l'ordre international. Mais la compétence internationale, n'est pas une sous compétence, elle n'est pas une compétence secondaire. Elle est une compétence subsidiaire en vertu de laquelle, la Cour pénale internationale, son outil de mise en œuvre, exerce une sorte de contrôle sur les compétences classiques de l'Etat. Puisqu'il ne s'agit pas d'appliquer le droit national mais plutôt le droit international. Cette logique peut également donner à penser à une certaine primauté de l'ordre international sur l'ordre interne. Ce qui globalement donne l'image d'un système en boucle, sorte de « verticalité horizontalisée » (**Section 1**).

Par ailleurs, la Cour pénale internationale est complémentaire du pouvoir de toute autorité judiciaire nationale. Cette complémentarité s'entend de la complémentarité avec la compétence universelle qui laisse supposer qu'il existe une articulation entre la justice internationale et la justice universelle. Cette articulation a été mise en exergue par certains auteurs. L'ex procureur auprès des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, TPIY et TPIR, Louise Arbour en posant la question de savoir si la Cour pénale internationale aura un impact sur la compétence universelle¹⁶⁴⁸, affirme que,

« we should expect a continued growth in the reach of national courts for international crimes committed outside their territory, above and beyond any activities that the ICC may undertake in its own right in the foreseeable future »¹⁶⁴⁹.

Dans le même sens, Broomhall, qui fournit une large vue de la prolifération de la compétence universelle à l'ère post Cour pénale internationale estime que,

« with the movement towards the entry into force of the Rome Statute, however, a process of national law reform has begun which could develop into a *trend that would*

¹⁶⁴⁷ La Côte d'Ivoire qui n'est pas partie au Statut de Rome, avait, le 18 avril 2003, déclaré accepter la compétence de la Cour. La présidence de la République a confirmé cette déclaration les 14 décembre 2010 et les 3 mai 2011. Le 3 octobre 2011, la Chambre préliminaire III a autorisé le Procureur à ouvrir une enquête *proprio motu* pour les crimes présumés relevant de la Compétence de la Cour. Le 23 novembre 2011, la Chambre préliminaire III a émis un arrêt dans l'affaire *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, pour quatre chefs de crime contre l'humanité. L'audience sur la confirmation des charges doit s'ouvrir le 18 juin 2012.

¹⁶⁴⁸ L. ARBOUR, « Will the ICC have impact on universal jurisdiction? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, pp. 583-588

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 585.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

entrench universal jurisdiction as a more widely available means of accountability»¹⁶⁵⁰.

L'idée est donc bien que l'entrée en vigueur de la Cour pénale internationale donne une nouvelle dynamique à la compétence universelle (**Section 2**).

Section 1. La complémentarité entre les compétences étatiques traditionnelles et la « juridiction » internationale : l'articulation des compétences nationales et supranationales.

La règle est à présent bien connue : l'exercice de la compétence de la CPI est « complémentaire » des systèmes pénaux nationaux¹⁶⁵¹. Ses mécanismes de fonctionnement ont été bien étudiés. Du point de vue de sa finalité, elle établit une relation verticale entre les différents niveaux normatifs du système pénal. Le terme vertical dans ce sens, renvoie aux relations national/supranational (§1). Mais avec le projet de création d'une chambre criminelle au sein de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, la règle de la complémentarité conduit désormais à poser la question de savoir si des interactions verticales n'existeraient pas entre supranational et supranational (§2).

§1- De la complémentarité : des rapports entre le national et le supranational.

349. Si l'on admet une conception élargie de la complémentarité des rapports entre le national et le supranational, il apparaît qu'il existe deux schémas différents de complémentarité. Selon un premier schéma, est mise en cause la réalité du pouvoir d'un ordre judiciaire supranational s'exerçant sur un ensemble de juridictions étatiques subordonnés ou non. Ce schéma provoque un débat sur l'existence d'un mécanisme de construction d'un droit commun régional ou mondial et sur la puissance ou l'efficacité des instruments de convergence vers un ordre juridique globalisé¹⁶⁵². Il peut par exemple être existé, lorsque la juridiction supranationale est compétente, un recours international, après épuisement des voies de recours internes, pour sanctionner la violation d'un droit d'origine supranationale par le juge interne. On peut dans ce sens relever que des organisations régionales de marché se

¹⁶⁵⁰ B. BROOMHALL, « Towards the development of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law », *New England Law Review*, vol. 35, 2001, pp. 399-408, spec. 407.

¹⁶⁵¹ S. A. WILLIAMS, « Article 17: Issues of admissibility », in O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of International criminal court*, op. cit., pp. 383-394.

¹⁶⁵² Pour une étude détaillée de ce schéma, cf. G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la bénévolence des juges », op. cit.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

sont dotées d'un semblable dispositif qui, dans le champ d'application d'un traité, délèguent des pouvoirs de jugement aux juridictions internes mais, sous diverses formes, confèrent une autorité normative unificatrice à la juridiction supranationale qu'il crée¹⁶⁵³. Ce qui est en jeu ici, c'est l'influence croisée des jurisprudences¹⁶⁵⁴ et l'interaction du jeu de l'interprétation¹⁶⁵⁵. Le rapport systémique qui en découle généralement tient à une certaine idée de superposition hiérarchique par laquelle les juges supranationaux exercent un contrôle de conformité sur les juges nationaux selon la logique d'une communauté de droit. Cette forme de complémentarité n'a particulièrement rien d'innovant. Elle invite davantage à s'interroger s'il y a dialogue ou compétition entre les différentes juridictions¹⁶⁵⁶ et si la complémentarité ne débouche pas généralement sur une sorte d'affrontement¹⁶⁵⁷. Car, dans ce cas, le problème fondamental est souvent de savoir si l'autorité juridique des décisions d'une juridiction à l'égard d'une autre traduit une forme de soumission, de reconnaissance, d'incitation, de conviction, d'emprunt, de mimétisme ou d'imitation¹⁶⁵⁸.

Mais, à côté de ce schéma de la complémentarité aux relents hiérarchiques, il y a un second schéma dans lequel la complémentarité ne suppose pas une superposition hiérarchique de juridictions internationales et nationales. Mais plutôt une totale autonomie du national et du supranational avec des points d'articulation se fondant sur une obligation plus ou moins grande de coopération. En cela, ce schéma de la complémentarité débouche sur un *pluralisme judiciaire* du fait même de cette absence de *hiérarchie stricte* au profit du développement d'une *hiérarchie complémentaire*. C'est dans ce schéma qu'évolue les juridictions nationales et la Cour pénale internationale dans le rapport entre le national et le supranational. En effet, à

¹⁶⁵³ Sur le continent africain l'on peut citer, la Cour de Justice du marché commun de l'Est et Sud africain, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage instituée dans le cadre de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires qui, dans dimension contentieuse, remplit des fonctions de cour suprême ou de cour de cassation nationale dans le contentieux de certains Actes Uniformes OHADA. Pour plus de détails, Cf. L. BURGUORGUE-LARSEN, « Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit », in *La juridictionnalisation du droit international, op. cit.*, 2003, pp. 203-264 ; H. RUIZ-FABRI, « La juridictionnalisation du règlement des litiges économiques entre Etats », *Revue de l'arbitrage*, n°3, 2003 ; S. BOUIFFROR, « L'intervention du juge international dans le cadre des intégrations économiques régionales », in P. DAILLIER, G. DE LA PRADELLE, H. GUERARI (dir.), *Droit de l'économie internationale*, C.E.D.I.N., Paris, Pédone, 2004.

¹⁶⁵⁴ Cf. M. KAMTO, « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in *La juridictionnalisation du droit international, op. cit.*

¹⁶⁵⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions ». L'inévitable dialogue des juges ? », in *Le champ pénal. op.cit.*

¹⁶⁵⁶ A. DERRIEN, « Dialogue ou compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Revue Pouvoirs*, n° 105, 2003, pp. 41-52.

¹⁶⁵⁷ O. DORD, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité », *op. cit.*

¹⁶⁵⁸ Cf. G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la bénévolence des juges », *op. cit.*

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

la base des rapports entre les niveaux national et supranational du système de répression des crimes contre l'humanité, il y a une obligation de coopération des Etats avec les juridictions internationales¹⁶⁵⁹. Mais l'hétérogénéité de cette obligation semble intéressante.

Si l'on prend le cas des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* établis sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, les décisions judiciaires des tribunaux doivent être considérées comme des mesures adoptées par le Conseil de Sécurité en vertu du Chapitre VII qui, en vertu de l'article 25, lie tous les Etats membres. Cette obligation générale comporte une obligation de coopération avec les tribunaux qu'aucune législation nationale ne peut remettre en cause. Elles lient les Etats et par conséquent les juridictions nationales. Dans ce sens, l'« obligation de coopération est une obligation *erga omnes* (...) »¹⁶⁶⁰. Tel est également le cas du TPIR. Par contre, si l'on prend le cas de la Cour pénale internationale créée par un traité auquel les Etats doivent adhérer par des ratifications afin de l'incorporer dans leurs ordres juridiques internes, il apparaît que cette obligation présente un degré « d'obligatorité » moins élevé que s'agissant du cas des tribunaux. Cette variation de la forme et de l'autorité de l'obligation conduit à une variation des modes d'articulation entre le national et le supranational (A). Variation des modes d'articulation qui permet de voir la complémentarité comme un instrument de la répression des crimes graves (B).

A- Variation des modes d'articulation entre le national et le supranational dans la répression des crimes contre l'humanité à partir de certains aspects du principe de complémentarité.

Les modes d'articulation entre le national et le supranational dans la répression des crimes contre l'humanité varient selon que l'on considère l'articulation normative des compétences entre les juridictions nationales et les tribunaux pénaux internationaux (1) ou encore le rôle de la règle *ne bis in idem* (2).

¹⁶⁵⁹ Cf. A. PELLET, « Le projet de Statut de Cour criminelle internationale permanente. Vers la fin de l'impunité ? », in *Hector Gros Espiell Amicorum Liber. Personne humaine et droit international*, voll, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 1057 ss ; Ch. BASSIOUNI, « The Journey to a permanent international criminal court », in *Paix, développement, démocratie. Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 151-172 ; Cl. LOMBOIS, *Droit pénal international*, op. cit., pp. 54-96.

¹⁶⁶⁰ M. ITSOUHOU MBADINGA, « Variations des rapports entre les juridictions pénales internationales et les juridictions nationales dans la répression des crimes internationaux », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 53, 2003, pp. 1221-1246, spec. 1224.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

1- Primauté et compétences concurrentes entre les juridictions nationales et les tribunaux pénaux internationaux : une interprétation hiérarchique de la complémentarité.

350. L'article 9 du Statut du TPIY qui traite des questions d'articulation entre le tribunal international et les juridictions nationales et intitulé, « compétences concurrentes » dispose que,

- « 1. *Le Tribunal international et les juridictions nationales sont concurremment compétentes* pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1^{er} janvier 1991 ;
2. *Le Tribunal international a la primauté sur les juridictions nationales.* A tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se désister en sa faveur (...) ».

Cette même disposition, prévue à l'article 8 du Statut du TPIR, contient deux branches susceptibles de structurer le raisonnement de l'interprète.

La première branche est constituée par la reconnaissance d'une part des compétences *concurrentes* entre le national et le supranational et d'autre part, par l'admission de la *primauté* des tribunaux internationaux sur les juridictions nationales. Cette reconnaissance à la fois des compétences concurrentes et de la règle de primauté peut sembler paradoxale en ce qu'elle paraît viser la description d'une logique d'articulation contradictoire entre le national et le supranational. Mais l'admettre serait avoir une interprétation simpliste parce qu'en réalité, *concurrency et primauté* en tant que deux règles d'articulation de compétence ne peuvent être appréhendées ensemble que si l'on a une vision *complémentaire* des rapports entre les tribunaux internationaux et les juridictions nationales. Cette vision suppose que les deux niveaux national/supranational jugent, selon des normes qui leur sont propres, les crimes contre l'humanité dans une logique autonome. Donc, ni *superposition* entre les deux niveaux, il n'existe pas de recours devant les tribunaux internationaux contre les décisions rendues par les juridictions nationales, ni *exclusivité*, le TPIR n'a pas l'ambition de juger tous les crimes commis au Rwanda de même que les juridictions rwandaises n'ont pas la même prétention. Cette forme d'autonomie ou de séparation entre le national et le supranational rejette nécessairement toute forme de monisme au profit d'un *pluralisme judiciaire*. Mais ce pluralisme n'est pas un *pluralisme de séparation* mais plutôt un *pluralisme ordonné* parce que la complémentarité n'est pas horizontale, mais verticale et doit s'interpréter dans une perspective hiérarchique. A partir de cette interprétation *hiérarchique de la complémentarité*

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

le national et le supranational fonctionnent comme dans un réseau d'organes et d'acteurs mis en communication.

En effet, la seconde branche de l'article est constituée par la possibilité du dessaisissement des juridictions nationales au profit des tribunaux internationaux¹⁶⁶¹. Cette possibilité de dessaisissement, *élément normatif permettant d'ordonner le pluralisme*, traduit l'idée que l'effectivité de la primauté des tribunaux nationaux sur les juridictions nationales dépend de la réponse que ces dernières réservent à la demande officielle de leur dessaisissement et des circonstances de ladite demande¹⁶⁶². Dans la pratique cependant, l'attitude des Etats et des juridictions nationales n'est pas constante à l'égard de la règle de la primauté¹⁶⁶³. Dans l'affaire *Elizaphan Ntakirutimana* portée devant les juridictions américaines, le juge américain Marcel Notzon, avait remis en liberté l'accusé ressortissant rwandais résidant aux Texas, et refusé son transfert au TPIR pour se voir juger pour crimes contre l'humanité. Le juge américain évoquait deux principales raisons : l'absence d'un traité d'extradition autorisant le transfert ou l'extradition d'un individu du territoire des Etats-Unis vers un autre Etat ou le TPIR ; l'absence de production de preuves suffisantes attestant que l'accusé avait commis les crimes qui lui étaient reprochés¹⁶⁶⁴. D'autres juridictions nationales ont par contre reconnu la primauté des tribunaux internationaux sur les juridictions nationales. Ainsi, le juge pénal camerounais a, par trois décisions relatives à l'extradition des rwandais

¹⁶⁶¹ Pour une analyse spécifique de cette branche de la norme introduisant la règle de la primauté, cf. A. G. KARIBI-WHYTE, « The twin ad hoc tribunals and primacy over national courts », *Criminal Law Forum*, vol. 9, 1999, pp. 55-98 ; F. HARHOFF, « Consonance or rivalry ? Calibrating the efforts to prosecute war crimes in national and international tribunals », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1997, pp. 571-596 ; B. MUNA, « The Rwanda tribunal and its relationship to national trials in Rwanda », *American University International Law Review*, vol. 13 1998, pp. 1469-1493.

¹⁶⁶² M. ITSOUHOU MBADINGA, « Variations des rapports entre les juridictions pénales internationales et les juridictions nationales dans la répression des crimes internationaux », *op. cit.*, p. 1226.

¹⁶⁶³ Y. BEIGBEDER, *Judging war criminals. The politics of international justice*, New York, St Martin's Press, 1999, pp. 161-163 ; 177-178.

¹⁶⁶⁴ *In the matter of surrender of Elizaphan Ntakirutimana*, Misc. n° 1-96-5, United States District for the Southern District of Texas, Laredo Division, 1997, US Dist. Lexis 20714, 17 décembre 1997. Pour des analyses critiques de cette décision, cf. B. S. BROW, « Primacy of complementarity : reconciling the jurisdiction of national courts and international criminal courts », *Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998, pp. 411-413 ; J. J. PAUST, « The freeing of Ntakirutimana in the United States and 'extradition' to the ICTR », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, pp. 205-209. Il convient tout de même de relever qu'un juge fédéral avait finalement autorisé le transfert de Ntakirutimana vers le TPIR le 5 août 1998.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

réfugiés et arrêtés au Cameroun dans le sillage du génocide de 1994¹⁶⁶⁵, reconnu la primauté du TPIR sur les juridictions nationales¹⁶⁶⁶.

351. Pour la jurisprudence internationale, le bien fondé de la règle de la primauté réside dans la nécessité d'assurer une répression effective, efficace et impartiale qui échappe aux aléas d'une justice exclusivement nationale. Dans ce sens, la Chambre d'appel du TPIY, dans la célèbre affaire *Tadic*, affirmait que,

« [E]n fait, lorsqu'un tribunal international comme celui-ci est créé, il doit être doté de la primauté sur les juridictions nationales. Autrement, la nature humaine étant ce qu'elle est, on courrait constamment le risque que les crimes internationaux soient qualifiés de 'crimes de droit commun' (...) ou que les procédures visent 'à soustraire l'accusé' ou que les poursuites ne soient pas exercées avec diligence (...) S'ils ne sont pas effectivement contrôlés par le principe de la primauté, l'un quelconque de ces stratagèmes pourrait être utilisé pour faire échouer le but même de la création d'une juridiction répressive internationale (...) »¹⁶⁶⁷.

Par ailleurs, l'article 58 des deux Règlements de procédure et de preuve disposent que les obligations des Etats, parmi lesquelles l'obligation de transférer les personnes réclamées, « prévalent sur tous les obstacles juridiques que la législation nationale ou les traités d'extradition auxquels l'Etat intéressé est partie pourraient opposer à la remise ou au transfert de l'accusé ou d'un témoin au tribunal ». Dans la décision *Milan Kovacevic* du 29 mai 1998, la Chambre d'appel du TPIY a confirmé ce principe en jugeant que le principe de spécialité ne s'appliquait pas au TPIY et que les rapports entre un Etat requis et un Etat requérant n'avaient aucune contrepartie dans les règles applicables aux tribunaux internationaux¹⁶⁶⁸. Si cette règle de la primauté des tribunaux internationaux, qui se traduit notamment par une sorte de pouvoir d'évocation des juges internationaux et une faculté de désistement des juges nationaux, établit une certaine hiérarchie entre le national et le supranational, cette hiérarchie n'est pas stricte. Elle est plutôt complémentaire. En effet, l'article 11*bis* du règlement de preuve et de procédure du TPIY intitulé, « Suspension de l'acte d'accusation en cas de poursuites devant les juridictions internes », prévoit que,

¹⁶⁶⁵ Affaires *Ministère public c. Bagosora Théoneste*, C.A. du Centre, arrêt n° 433/COR, du 15 mars 1996 ; *Ministère public c. Ruzindana Augustin et autres*, C. A. du Centre, arrêt n° 615/COR, (ADD) du 31 mai 1996 ; *Ministère public c. Ruzindana Augustin et autres*, C. A. du Centre, arrêt n° 337/COR, du 21 février 1997.

¹⁶⁶⁶ Pour une analyse approfondie de ces décisions et une explication de la position du Cameroun cf. S. NGONO, « La participation du Cameroun à la répression internationale du génocide rwandais. Réflexions à propos des décisions de la Cour d'appel de Yaoundé », *op. cit.*

¹⁶⁶⁷ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Ch. App., Affaire n° IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, para. 58.

¹⁶⁶⁸ TPIY, *Le Procureur c. Milan Kovacevic*, Arrêt, Ch. App., Affaire n° IT-97-24. Pour une analyse de certains aspects de cette question, cf. A. BUCHET, « Le transfert devant les juridictions internationales », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, *op.cit.*, pp. 969-981.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

« Lorsque d'office ou sur demande du Procureur, la Chambre de première instance estime que :

- i) les autorités de l'Etat dans lequel l'accusé a été arrêté sont disposées à le poursuivre devant leurs propres juridictions ; et que
 - ii) il serait bon, compte tenu des circonstances, que les juridictions dudit Etat se saisissent de l'affaire ;
- la Chambre de première instance peut, (...) ordonner que l'acte d'accusation soit suspendue (...) ».

Cette règle relativise la faculté reconnue aux tribunaux internationaux de solliciter le désistement de l'affaire par les juridictions nationales et reconnaît implicitement une sorte de primauté de ces dernières sur les premières. C'est ce qui renforce la thèse de la complémentarité entre le national et le supranational.

2- Le jeu de la règle *ne bis in idem* entre le national et supranational ou une autre dimension de la complémentarité.

352. La règle *ne bis in idem* en vertu de laquelle, une personne ne peut être condamnée deux fois pour les mêmes faits, apparaît comme une figure paradigmatique du principe de complémentarité en ce qu'il constitue une règle de solution au problème d'articulation des compétences concurrentes entre deux juridictions ou deux ordres juridictionnels qui peuvent être national et supranational¹⁶⁶⁹. La règle, qui fonctionne d'abord comme un outil de politique criminelle, constitue au plan juridique, un principe général de droit bien connu et consacré dans de multiples législations internes et des traités¹⁶⁷⁰. Elle est énoncée par les articles 9 du Statut du TPIR, 10 du Statut du TPIY et 17 (1) (c) du Statut de la CPI. Ce texte prévoit que, l'affaire est jugée irrecevable par la Cour, lorsque « la personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20 paragraphe 3 ». Ce dernier texte précise à cet effet que,

¹⁶⁶⁹ F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op.cit., pp. 234-235.

¹⁶⁷⁰ Pour une analyse détaillée de ce principe, élément important de la détermination des rapports d'articulations entre ordres juridictionnels, cf. Ch. VAN DEN WYNGAERT et G. STESENS, « The international non bis in idem principle : resolving some of the unanswered questions », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, 779-804; Ch. VAN DEN WYNGAERT et T. ONGENA, « Ne bis in idem principle, including the issue of amnesty », in A. CASSESE, P. GAETA et J.R. W.D. JONES (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, op.cit., 705-729; G. CONWAY, « Ne bis in idem and international criminal tribunals », *Criminal Law Forum*, vol. 14, 2003, pp. 351-383; Id., « Ne bis in idem in international law », *International Criminal Law Review*, vol. 14, 2003, pp. 217-224; M. HENZELIN, « Ne bis in idem, un principe à géométrie variable », *Revue Pénale Suisse*, vol. 25, 2005, 354-382; S. JEGEDE, « Prohibition against subsequent prosecution: periscoping the non bis in idem principle », in E. DECAUX, A. DIENG et M. SOW (dir.), *From human rights to international criminal law. Studies in honour of an african jurist. The late judge Laïti Kama/Des droits de l'homme au droit international pénal. Etudes en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïti Kama*, op. cit., pp. 483-518.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

« quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8 ne peut être jugé par la Cour (...) ».

Même si la notion de jugement définitif évoqué lors des travaux préparatoires au Statut¹⁶⁷¹ n'a pas été retenue dans la version définitive du document, il n'est aucun doute que la règle *ne bis in idem* s'applique à cette catégorie de jugement. Pour que la règle s'applique, certains auteurs se sont demandés s'il fallait que la juridiction nationale notamment ait rendu un jugement de condamnation ou d'acquittement¹⁶⁷² ou si la règle a aussi vocation à s'appliquer lorsque la procédure a été abandonnée sans qu'il ne soit procédé à un constat de culpabilité ou d'acquittement, en raison notamment de l'absence de preuves suffisantes ou pour un autre motif de type procédural¹⁶⁷³. Mais quelle que soit la thèse admise, la règle est la traduction juridique de l'idée du respect par la juridiction supranational par exemple de l'autorité de la chose décidée par la juridiction nationale. En cela la règle participe d'une complémentarité hiérarchique entre le national et le supranational.

B- La complémentarité comme « principe organique du fonctionnement de la justice pénale internationale »¹⁶⁷⁴

Affirmer que la complémentarité joue le rôle de principe organique du fonctionnement de la justice pénale internationale, c'est reconnaître qu'elle constitue, dans ce champ juridique, la « pierre angulaire »¹⁶⁷⁵, le « pivot »¹⁶⁷⁶. En effet, située au cœur du Statut de Rome portant création de la Cour pénale internationale la complémentarité pourrait conduire à affirmer ici l'hypothèse de l'émergence d'un titre de compétence étatique(1), qui confère le caractère

¹⁶⁷¹ Rapport de la réunion intersession tenu du 19 au 30 janvier 1998 à Zutphen (Pays-Bas), A/A.C 249/1998/L13, (1998), pp. 55-56.

¹⁶⁷² Cf. S. MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale : le cas particulier des amnisties*, Lausanne, Editions Bis et Ter, Coll. « Quater », vol. 14, 2005, pp. 105-106.

¹⁶⁷³ Cf. I. TALLGREN, « Article 20 », in O. TRIFFTERER (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observes' notes, article by article, op.cit.*, p. 431; M. BENZING, « The complementarity regime of international criminal court : international criminal justice between State sovereignty and the fight against impunity », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, p. 618.

¹⁶⁷⁴ F. MEGRET, *L'articulation entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales : centralité et ambigüité dans l'ordre juridique international*, Thèse, Institut universitaire des hautes études internationales/Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2006, p. 152.

¹⁶⁷⁵ J. T. HOLMES, « Complementarity: national courts versus ICC, in the Rome Statute of international criminal court », *op. cit.*; E. LA HAYE, « The international criminal court and international criminal co-operation », in H. A. M. VON HEBEL, J. G. LAMMERS et J. SCHUKKING (dir.), *Reflections on the international criminal court*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 1999, p. 105; J. GURULE, « United States opposition to the 1998 Rome Statute establishing an international criminal court: is the court's truly complementary to national criminal jurisdictions? », *Cornell International Law Journal*, vol. 35, 2001-2002, p. 9.

¹⁶⁷⁶ M. A. NEWTON, « Comparative complementarity: domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court », *op. cit.*, p. 26.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

subsidaire à la juridiction internationale (2) et détermine le seuil d'intervention du niveau supranational (3).

1- La CPI juridiction auxiliaire de l'Etat ou le principe de complémentarité et l'hypothèse de l'émergence d'un nouveau « critère étatique de compétence internationale ».

353. La Cour pénale internationale est complémentaire des juridictions pénales internes. Cela a déjà été dit et largement présenté. Cette affirmation, résultat d'un compromis entre divers Etats¹⁶⁷⁷, repose sur deux idées. La première est que l'exercice du pouvoir de police et la répression des violations du droit international commises par des individus est une prérogative de l'Etat et la seconde stipule que la mise en branle du mécanisme de la CPI est manifestement un d'Etat, soit directement par le renvoi simple, soit indirectement par le renvoi à travers le Conseil de sécurité. Ces deux idées permettent comme le relevait Bernhard Graefrath,

« to get away from the sterile thoroughly unproductive approach of setting up an alternative between universal criminal jurisdiction of national courts and criminal jurisdiction of an international criminal court »¹⁶⁷⁸.

Le principe de complémentarité met en place un système complexe entre le national et le supranational. En rompant la chaîne verticale des rapports entre les deux niveaux, il fixe la Cour pénale internationale comme une juridiction auxiliaire des Etats. Non seulement le principe postule une sorte de prééminence de principe de la compétence des Etats dans la répression des crimes internationaux, il aménage des exceptions susceptibles de justifier l'intervention de la Cour pénale internationale lorsque ceux-ci se révèlent défaillants. Ainsi, la ratification par l'Etat du Statut de Rome laisse supposer que celui-ci possède en plus des titres de compétences classiques, compétence territoriale, personnelle, matérielle ou encore universelle, un cinquième titre de *compétence* que l'on pourrait qualifier de *compétence internationale que l'Etat exerce indirectement par le recours à une instance supranationale*. Puisque l'Etat met en œuvre cette « compétence » par le recours à une institution

¹⁶⁷⁷ J.-F. DOBELLE, « Positions des Etats dans la négociation », in *Droit et démocratie. La Cour pénale internationale*, Paris, La documentation française, 1999, pp. 20-21 ; Id., « La convention de Rome portant statut de la cour pénale internationale », *A.F.D.I.*, vol. xliv, 1998, p. 362 ; M. POLITI, « Le Statut de Rome de la cour pénale internationale : point de vue d'un négociateur », *R.G.D.I.P.*, n°4, 1999, pp. 841-843.

¹⁶⁷⁸ B. GRAEFRATH, « Universal criminal jurisdiction and an international criminal court », *J.E.D.I.*, vol. 1, 1990, p. 81.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

supranationale, elle serait privilégiée lorsque l'Etat est en proie à un conflit armé ou en sort à peine¹⁶⁷⁹.

354. En plus de marquer *l'ouverture* des systèmes pénaux nationaux, le principe de la complémentarité serait l'instrument qui détermine le fonctionnement du nouveau critère de compétence. Une telle interprétation du mode d'articulation des rapports entre le national et le supranational tel que prévu par le Statut de Rome participe d'une recherche de la portée réelle du principe de la complémentarité en tant qu'élément de rupture de la chaîne verticale et de la validation de la théorie du *pluralisme judiciaire*. Elle rejoint l'opinion défendue par la doctrine selon laquelle, les Etats constituent le *forum conveniens* où se trouvent les preuves et les personnes impliquées qu'ils s'agissent des victimes et des auteurs présumés.

En effet, un débat a eu cours sur le poids accordé aux Etats dans la répression des crimes internationaux. Certains ont ainsi estimé que le principe de la complémentarité ne constituait pas le moyen de répression le plus approprié pour la répression des crimes internationaux¹⁶⁸⁰, d'autres affirmaient qu'il s'agit même d'une « insulte au crime international »¹⁶⁸¹ en ne tenant pas compte des spécificités locales et de l'intérêt des victimes¹⁶⁸². Alors que d'autres avaient considérés que la complémentarité fut la seule « alternative politique viable »¹⁶⁸³ s'imposant comme une nécessité pratique¹⁶⁸⁴. Les Etats-Unis expliquent plus clairement cet argument,

« [N]ational prosecutions are preferable [since] the applicable law in a national prosecution will usually be clear; the prosecution will be less complicated, based on familiar precedents and rules (...) »¹⁶⁸⁵.

Même si ces différents arguments ne permettent pas de soutenir directement l'hypothèse de l'émergence d'un nouveau titre de « compétence pénale internationale » du système pénal

¹⁶⁷⁹ C'est d'ailleurs le cas de toutes les affaires actuellement pendantes devant la Cour pénale internationale.

¹⁶⁸⁰ L. CONDORELLI, « La Cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », *op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁸¹ J. J. LEWELLYN, « A comment on the complementary jurisdiction of the international criminal court : adding insult to injury in transitional context? », *Dalhousie Law Journal*, vol. 24, 2001, p. 192.

¹⁶⁸² M. MORRIS, « Complementarity and its discontents: states, victims, and the international criminal court », in D. SHELTON (dir.), *International crimes, peace and human rights: the role of international criminal court*, Ardsley/New York, Transnational Publishers, 2000, pp. 177-201.

¹⁶⁸³ M. A. NEWTON, « Comparative complementarity: domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court », *op. cit.*, pp. 67-68; F. RAZESBERGER, *The international criminal court. The principle of complementarity, op. cit.*, pp. 26-27.

¹⁶⁸⁴ J. E. ALVAREZ, « The new dispute settlers: (half) truths and consequences », *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, p. 437.

¹⁶⁸⁵ Cf. B. F. MACPHERSON, « Building an international criminal court for the 21st century », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 13, 1998, p. 35.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

étatique, ils permettent à tout le moins de reconnaître un caractère subsidiaire à la Cour pénale internationale au sein du système pénal étatique.

2- Le caractère subsidiaire de la Cour pénale internationale.

355. Admettre que la Cour pénale internationale présente un caractère subsidiaire dans ses rapports avec les juridictions nationales signifie le principe de complémentarité qui règle ici les rapports d'articulation entre le national et le supranational contient en lui un principe de subsidiarité. Ce dernier s'entend comme un principe qui règle l'exercice des compétences juridictionnelles dans un domaine, tel que la répression des crimes internationaux, qui ne relève pas de la compétence exclusive de la Cour. Le caractère de la juridiction internationale entend d'un côté, protéger la capacité d'action et de décision des juridictions nationales et, de l'autre côté, il légitime l'intervention de la Cour si les objectifs de lutte contre l'impunité ne peuvent être réalisés de manière satisfaisante au niveau national. La subsidiarité de la Cour n'est pas inscrite au Statut de Rome mais découle d'une interprétation constructive du type de complémentarité qui régit les rapports d'articulation entre le national et le supranational. Sa signification et sa finalité générales résident dans l'octroi d'un certain degré d'indépendance des juridictions nationales vis-à-vis de la Cour pénale internationale. Si elle participe d'un partage de pouvoir entre les différents échelons du système pénal, elle ne correspond pas à une structuration hiérarchique entre les organes. Elle sert de critère régulateur de l'exercice des compétences¹⁶⁸⁶.

Généralement, comme le relève le professeur Guillaume Drago¹⁶⁸⁷, quand on parle du principe de subsidiarité, on pense soit au droit constitutionnel des Etats fédéraux, soit aux principes de l'Europe communautaire exprimés récemment dans le Traité de l'Union européenne¹⁶⁸⁸. Mais, le lexème « subsidiarité » procède d'une origine étymologique latine

¹⁶⁸⁶ Pour une vue plus générale du principe de subsidiarité, cf. C. MILLON-DELSOL, *Le principe de subsidiarité*, Paris, PUF, 1993.

¹⁶⁸⁷ G. DRAGO, « Le principe de subsidiarité comme principe de droit constitutionnel », *R.I.D.C.*, vol. 2, 1994, p. 583.

¹⁶⁸⁸ Cf. V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », in *Mélanges Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 38. L'auteur fait notamment référence à trois fonctions du principe de subsidiarité : « Il est d'abord conçu comme *un principe d'éthique politique*, puisqu'il exprime une vision communautaire de la société : celle-ci n'est pas tant formée d'individus que de communautés diverses dans lesquelles l'individu se situe et qui en permettent l'épanouissement ». C'est aussi « *un principe de répartition des compétences* en ce sens que c'est selon l'idée de la subsidiarité que l'allocation de compétences entre les niveaux d'organisation publique doit être établie : chaque niveau de pouvoir ne doit alors se voir attribuer que des compétences qu'il est le mieux à même d'exercer (...) Il est enfin, un principe qui intervenant dans le domaine des concurrences concurrentes, permet *l'actualisation d'une compétence potentielle* de la Fédération (...) ».

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

double. D'une part, il provient du terme *subsidium* qui signifie « renfort, ressource » et donne aujourd'hui le terme « subside » qui implique une idée de secours ; d'autre part, il provient d'un terme dérivé du premier *subsidiarius*, signifiant « qui est en réserve ». Dans l'antiquité romaine, les troupes subsidiaires étaient des troupes de réserve, celles que l'on appelait en renfort en cas de nécessité¹⁶⁸⁹. Cette origine étymologique double inspire le sens qu'il faut attribuer au concept de « subsidiarité » et engendre ainsi une double dimension du principe de subsidiarité applicable à la Cour pénale internationale¹⁶⁹⁰. En effet, cette juridiction internationale remplit une double fonction de « renfort » et de « secours » à l'égard des juridictions nationales dans la répression des crimes internationaux. La subsidiarité de la Cour suppose que ce sont les Etats qui détiennent le pouvoir répressif initial qu'ils exercent selon une dynamique de lutte contre l'impunité que la Cour tente de systématiser. Cette dernière ne peut engager les poursuites que si les juridictions nationales n'ont pas elles-mêmes exercé leurs compétences à l'égard de ces faits. Dans cette perspective, la subsidiarité sert d'outil de mise en œuvre pour ordonner le multiple.

3- Détermination du seuil d'intervention du niveau supranational : le critère d'articulation des compétences fondé sur la notion de gravité des faits.

356. La notion de gravité des faits est un critère d'articulation des compétences entre le national et le supranational en ce qu'elle apparaît comme un élément du contenu du principe de la complémentarité. La notion est prévue à l'article 17 §2 (d) du Statut de Rome qui considère comme dernier motif d'irrecevabilité de l'affaire par la Cour, l'hypothèse dans laquelle « l'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite ». Bien que la notion constitue une ligne de partage traditionnelle entre les juridictions internes et les juridictions internationales, sa première forme d'expression dans le Statut de Rome est contenue à l'article 5 qui rappelle, « la compétence de la Cour est délimitée aux crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ». Trois arguments sont généralement évoqués pour justifier la pertinence de ce critère de répartition de compétence.

Le premier argument largement répandu affirme que la pertinence de la notion réside dans le risque d'engorgement de la Cour si elle était amenée à connaître de tout type d'affaire

¹⁶⁸⁹ J.-Ph. DEROSIER, « LA dialectique centralisation/décentralisation. Recherche sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *R.I.D.C.*, vol. 1, 2007, p. 125.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

indépendamment de leur gravité¹⁶⁹¹. Le second argument réside dans les effets préventifs que pourrait générer la poursuite des affaires graves¹⁶⁹². La Chambre préliminaire I de la Cour y a fortement fait référence dans l'affaire *Lubanga*,

« ce seuil supplémentaire de [gravité] est un élément clé, introduit par les auteurs du statut afin de maximiser l'effet dissuasif de la Cour. Par conséquent, la Chambre ne peut que conclure que la fonction de châtement de la Cour est nécessairement subordonnée à l'objectif supérieur de prévention »¹⁶⁹³.

Plus loin, elle ajoute,

« dans des circonstances similaires [à l'affaire examinée], d'autres hauts dirigeants sauront que c'est seulement en empêchant la perpétration systématique ou à grande échelle de crimes relevant de la compétence de la Cour qu'ils peuvent s'assurer qu'ils ne seront pas poursuivis par la Cour »¹⁶⁹⁴.

Le troisième argument réside dans les répercussions internationales inhérentes à la gravité de telles affaires¹⁶⁹⁵. Pour une meilleure appréhension de l'application de la notion, il convient, au-delà de l'énumération des arguments justificatifs de sa pertinence, de se demander ce qu'il faut entendre par une affaire suffisamment grave au sens de la justice pénale internationale. Cette notion admet-elle une conception objective ou subjective¹⁶⁹⁶ ?

357. Pour la Chambre préliminaire de la Cour par exemple,

« [le] seuil de gravité [de l'affaire] vient s'ajouter à la sélection soignée faite par les rédacteurs s'agissant des crimes compris aux articles 6 à 8 du Statut, sélection fondée sur la gravité et dont l'objectif est de limiter la compétence matérielle de la Cour aux 'crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale' [au sens de l'article 5]. Ainsi, le fait qu'une affaire vise l'un de ces crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale n'est pas suffisant pour qu'elle soit recevable devant la Cour »¹⁶⁹⁷.

¹⁶⁹¹ Pour cette opinion, cf. A. CASSESE, « The Statute of the international criminal court : some preliminary reflections », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, p. 158; P. BENVENUTI, « Complementarity of the international criminal court to national criminal jurisdictions », in F. LATTANZI et W. SCHABAS (dir.), *Essays on the Rome Statute of the international criminal court*, op. cit., p. 43; M. EL ZEIDY, « The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2002, p. 905; F. RAZESBERGER, *The international criminal court. The principle of complementarity*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, Peter Lang, 2006, p. 39; L. YANG, « On the principle of complementarity in the Rome statute of international criminal court », *Chinese Journal of International Law*, vol. 4, 2004, p. 125.

¹⁶⁹² Cf. S. A. WILLIAMS, « Article 17 », op. cit., p. 393.

¹⁶⁹³ CPI, Le Procureur c. Thomas Lubanga Diylo, Décision relative à la requête du procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58, Ch. Pr. I, Affaire n° ICC-01/04-01/06, 20 février 2006, para. 48.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*, para. 54 et 60.

¹⁶⁹⁵ Pour le développement de cet argument, voir, S. MOREL, *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale : le cas particulier des amnisties*, op. cit., p. 109.

¹⁶⁹⁶ Sur certains de cette question, cf. C. CARDENAS ARAVENA, « The admissibility test before the international criminal court under special consideration of amnesties and truth commissions », in J. K. KLEFFENER et G. KOR (dir.), *Complementarity views on complementarity*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 2006, p. 119.

¹⁶⁹⁷ Affaire *Lubanga*, op. cit., para. 41.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

Pour étayer son raisonnement, la Chambre fournit trois critères de définition de la notion de « crime suffisamment grave ». Elle retient à cet effet, que le comportement criminel visé doit être « systématique ou à grande échelle » ; l'on doit tenir compte de « l'indignation qu'un tel comportement doit avoir déclenché au sein de la communauté internationale » ; le critère de gravité serait destiné à se concentrer sur « les plus hauts dirigeants suspectés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de la compétence de la Cour »¹⁶⁹⁸.

A l'analyse, ces critères ne peuvent pas manqués de surprendre. Le premier qui fonde la gravité des faits sur la commission systématique et à grande échelle des crimes n'ajoute absolument rien dans l'analyse des juges. Au contraire, il fait double-emploi avec les éléments constitutifs des crimes relevant de la compétence de la Cour. Ce qui laisse supposer que la gravité des faits n'ajoutent rien de nouveau et que par conséquent, vérifier la gravité des faits reviendrait à vérifier si les faits portés devant la Cour correspondent à la définition fournit par le Statut. Dans cette perspective, la gravité des faits agit comme un élément de *qualification judiciaire des faits*. Quant au second critère, il peut être souligné qu'une affaire est grave indépendamment du fait qu'elle ait ou non suscité de l'indignation. C'est donc à bon droit que la Chambre d'appel a censuré cette décision de la Chambre préliminaire pour erreur de droit¹⁶⁹⁹. Toutefois, malgré la censure, elle n'a pas souhaité identifier des principes d'interprétation devant régir la détermination de la gravité de l'affaire, laissant ainsi la question en suspens¹⁷⁰⁰. Un tel malaise de la jurisprudence internationale rappelle fort bien le malaise de la doctrine à la fois juridique et criminologique dans la tentative de détermination du critère de gravité d'une infraction : sentiment de réprobation de la société, nature de la valeur offensée, moyens utilisés pour perpétrer l'acte ou encore douleur subie par la victime directe de l'acte.

Dans son opinion individuelle et partiellement dissidente, le juge Gerghios M. Pikis, s'est néanmoins risqué à l'exercice en se fondant sur une interprétation textuelle et contextuelle de l'article 17 §1 (d). Il admet que,

« [D]ans son sens ordinaire, le terme *gravity* utilisé dans la version anglaise de l'article 17-1-d dénote une certaine importance. La gravité d'une affaire n'est pas un postulat abstrait mais est ancrée dans les éléments dont les juges n'ont pas à connaître. En

¹⁶⁹⁸ *Ibid.*, para. 46 et 50.

¹⁶⁹⁹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Diylo*, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I, intitulée 'Décision relative à la requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt en vertu de l'article 58', Ch. App., Affaire n° ICC-10/04, 13 juillet 2006, para. 68-82.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, para. 89.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

outre, ce terme est nuancé par le mot *sufficient*, par lequel on entend 'assez, suffisant'. L'adjectif *sufficient* détermine un certain niveau, une certaine qualité ou quantité. Dans notre contexte, il signifie que qu'affaire doit avoir une importance suffisante pour justifier que la Cour l'examine. L'alinéa d) de l'article 17-1 n'établit ni lien ni corrélation entre l'importance d'une affaire et un quelconque critère objectif de gravité ou une quelconque échelle de gravité. Il ne vise que les affaires qui ne justifient pas 'que la Cour y donne suite' ('*further action by the Court*'). Dans son sens ordinaire, le mot *further* signifie in *addition to*, dénotant un ajout. Ce mot précède l'expression *action by the Court*, ce qui signifie que la Cour poursuit les démarches qu'elle a entamées ». Il conclue que, « à la question de savoir quelles affaires ne méritent pas d'être examinées par la Cour pénale internationale, on peut répondre, les affaires qui n'ont pas en elles-mêmes, l'importance requise, celles dans lesquelles les crimes commis restent tout à fait marginaux, les cas limites. Un crime n'a en soi l'importance requise lorsque, même s'il réunit les conditions légales formelles associées à ses éléments psychologique et matérielle, les actes qui le constituent sont totalement secondaires par rapport aux objectifs poursuivis par le législateur qui l'a érigé en crime. L'origine du crime comme ses conséquences doivent être négligeables. Dans ces circonstances la Cour n'a pas à en connaître, ni à exercer sa compétence en vue d'un procès si la juridiction nationale concernée ne le fait pas. Toute autre interprétation de l'article 17-1-d serait contraire à ses objets et buts avoués et le viderait dans une large mesure de sa substance »¹⁷⁰¹.

Au final, quels que soient les mérites de cette tentative de clarification, les contours de la notion demeurent assez imprécis. Il reste à espérer que les décisions avenir de la Cour permettront de lui donner un contenu précis.

§2- D'une complémentarité à l'autre : quelle « relevance juridique » entre le supranational et le supranational.

358. La « relevance », terme clé de la théorie du *pluralisme juridique* de l'italien Santi Romano, s'entend des rapports entre ordres juridiques. On sait que, de manière fondamentale, ce positiviste et publiciste italien a basé sa théorie du droit sur une analyse *institutionnelle* de l'ordre juridique dont l'école de Toulouse s'est fait subtilement l'écho en France grâce aux travaux du publiciste français Maurice Hauriou – Santi Romano a d'ailleurs avoué et revendiqué cette influence –¹⁷⁰². Mais on sait aussi que, de manière conceptuelle et

¹⁷⁰¹ CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Diylo*, Opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Gerghios M. Pikis relative à l'arrêt du 13 juillet 2006, para. 39-40.

¹⁷⁰² Pour une présentation de l'analyse institutionnelle en générale, cf. G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930 ; R. LOURAU, *L'analyse institutionnelle*, Paris, ed. Minuit, 1970. S'agissant spécifiquement de la présentation de la théorie institutionnelle du droit, cf. l'ouvrage de référence, N. MACCORMICK et O. WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992 ; E. MILLARD, *La famille et le droit public*, Paris, LGDJ, 1995. Pour une présentation de la théorie institutionnelle du droit dans les travaux de Maurice Hauriou, M. HAURIOU, « L'institution et le droit statutaire », in *Recueil de législation*, 1906, pp. 134-182 ; *Id.*, « Puissance publique et service public », in

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

méthodologique, l'italien a inscrit son raisonnement dans une toute autre perspective. *L'institutionnel*, qui constituait chez Maurice Hauriou et ce ceux qui l'ont suivi une identique démarche ontologique, une difficulté non conceptualisable, se réduit chez Romano à la question des rapports entre systèmes juridiques. Considérant qu'il y a « autant d'ordres juridiques que d'institutions »¹⁷⁰³, Santi Romano estime que l'élément intégrateur de ces ordres juridiques permettant de rendre compte des relations qui existent entre ceux-ci est la *relevance* : lorsque l'existence ou l'efficacité d'un ordre juridique est conforme aux conditions mises en place par un autre ordre juridique, il y a *relevance juridique*¹⁷⁰⁴. Pour l'auteur, les relations qui peuvent s'établir entre ordres juridiques sont de diverses natures : relation de supériorité et de dépendance entre deux ordres, relation dans laquelle un ordre est un présupposé d'un autre, ou encore celle dans laquelle plusieurs ordres indépendants entre eux dépendent d'un autre, *relevance* conférée unilatéralement par un ordre à un autre dont il est indépendant, etc.

359. En empruntant l'idée contenue dans le concept de Romano et non strictement le concept lui-même, il convient de s'interroger sur la *nature*, le cas échéant, de la *relevance juridique* qui existerait entre deux niveaux supranationaux distincts du système pénal étatique à savoir le niveau international déterminé par la Cour pénale internationale et le niveau régional déterminé par la future section criminelle de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme. En effet, alors que dans la répression des crimes internationaux, les juridictions nationales coexistent avec la CPI, avec comme *relevance juridique* le principe de la complémentarité, l'Union africaine a initié, le 9 novembre 2011, un projet d'amendement du Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. La principale innovation envisagée est l'extension des compétences de la Cour africaine de justice dans le champ pénal et plus précisément dans la répression des crimes internationaux. Le projet prévoit également que les rapports de cette section criminelle de la juridiction régionale africaine seront régis, comme c'est le cas avec la CPI, selon le principe de la complémentarité. Alors, il semble intéressant de se demander, dès lors que cette section

Précis de droit administratif et de droit public, Paris, Sirey, 11^{ème} éd., 1927 ; J.-A. MAZERES, « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 239-293 ; E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, vol. 30/31, 1995, pp. 381-412 ; *Id.*, « La théorie institutionnelle en France et en Italie », *op. cit.*

¹⁷⁰³ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, p. 106. Selon la théorie de Romano, le Statut et l'ensemble des normes qui le composent et le structurent constitue un ordre juridique à côté de l'ordre juridique constitué par les juridictions nationales et les normes qui déterminent leur régime de fonctionnement. Ainsi, le principe de la complémentarité paraît être considéré comme une *relevance juridique*.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

criminelle et la CPI constitueront deux niveaux de répression supranationale des crimes internationaux, quel sera la nature du rapport entre la CPI et cette future section criminelle : verticalité ou horizontalité ?

La question ne manque pas d'interpeller. Le projet de révision du Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme est, au regard de son texte, vecteur d'une complexification des rapports systémiques observables dans l'espace pénal africain (A). Et, au regard de son contexte d'émergence, ce projet annonce une perspective concurrentielle pour ne pas dire conflictuelle dans ses rapports avec la CPI du fait de l'accroissement du pluralisme judiciaire qu'il réalise (B).

A- L'évolution vers le projet de création d'une section criminelle au sein de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme.

L'évolution décrite est d'abord celle de la Cour elle-même (1) qui aujourd'hui tend à aboutir à l'introduction en son sein d'une section de droit pénal international (2).

1- Quelques données sur l'évolution de l'option juridictionnelle de protection des droits de l'homme dans le cadre de l'Union Africaine.

360. La mise en place, dans le domaine des droits de l'homme, d'un organe juridictionnel supranational à l'échelle régionale africaine correspond à l'histoire d'une évolution constante. En effet, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 3^{ème} instrument régional de promotion et de protection des droits de l'homme à l'instar des instruments européens et américains¹⁷⁰⁵, adoptée le 27 juin 1981 à Banjul prévoyait, aux termes de son article 30, la création d'une Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Contrairement aux systèmes européens et américains qui prévoyaient à la fois la mise en place d'une Commission et d'une Cour, le système africain envisageait uniquement la mise en place d'une Commission, investit aux termes de l'article 45 de la Charte de quatre principales fonctions¹⁷⁰⁶. Formellement installée le 2 novembre 1987 à Addis-Abeba en Ethiopie, après

¹⁷⁰⁵ A l'échelle européenne, la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été adoptée le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953. A l'échelle du continent américain, la Convention américaine des droits de l'homme ou Pacte de San José a été adoptée le 22 novembre 1969 et entrée en vigueur le 18 juillet 1978.

¹⁷⁰⁶ La Commission africaine était entre autre chargée de 1) la promotion des droits de l'homme et des peuples ; 2) leur protection ; 3) l'interprétation de toutes dispositions de la Charte africaine et 4) l'exécution de toutes tâches que la conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement pourrait lui confier.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

l'élection de ses premiers membres, le 29 juillet 1987, elle a inauguré son siège à Banjul en Gambie le 12 juin 1989 où se trouve son secrétariat permanent¹⁷⁰⁷.

Par la suite, un Protocole relatif à la Cour africaine des droits de l'homme fut adopté le 10 juin 1998 à Ouagadougou (Burkina-Faso) et ouvert à la signature en 1998¹⁷⁰⁸. Cette première évolution, qui marque formellement l'option juridictionnelle dans la protection des droits de l'homme en Afrique¹⁷⁰⁹, a été concrétisée le 25 janvier 2004 avec l'entrée en vigueur de la Cour¹⁷¹⁰. Les rapports entre la nouvelle Cour et la Commission à laquelle elle ne substitue pas sont régis par le principe de complémentarité¹⁷¹¹. Le 1^{er} juillet 2008, soit quatre ans après l'entrée en vigueur de la Cour, un nouveau Protocole est adopté A Sharm El-Sheikh en Egypte. Ce Protocole, qui abroge les Protocoles du 10 juin 1998 portant création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et celui du 11 juillet 2003 adopté à Maputo en (Mozambique) portant création de la Cour de justice de l'Union africaine, fusionnent la Cour africaine des droits de l'homme et la Cour africaine de Justice en une Cour unique. Son article 2 dispose à cet effet,

« [L]a Cour africaine des droits de l'homme et des peuples et la Cour de justice de l'Union africaine, (...) sont fusionnées en une unique instituée et dénommée « Cour africaine de justice et des droits de l'homme » ».

¹⁷⁰⁷ Pour une analyse de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « La commission africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droit Fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, www.droits-fondamentaux.org, consulté le 10 janvier 2012 ; G. BARICAKO, « La mise en œuvre des décisions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples par les autorités nationales », in J.-F. FLAUSS et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, *op. cit.*, pp. 207-234.

¹⁷⁰⁸ Le Protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples portant création d'une Cour africaine des droits de l'homme a été approuvé par le Conseil des Ministres de l'Organisation de l'Union Africaine (O.U.A.) en février 1998 (doc. CM/dec. 23 (LXVII), Rev. 1) et a été formellement adopté par la Conférence des Chefs d'Etats et de Gouvernements de l'O.U.A. le 9 juin 1998.

¹⁷⁰⁹ Sur la Cour africaine des droits de l'homme, cf. A. STEMMET, « A future african court for human and people's rights and domestic human right norms », *South African Yearbook of International Law*, vol. 23, 1998, pp. 233 ss ; F. QUILLERE-MAJZOUB, « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique. Etude comparée autour de la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *op.cit.* ; H. BOUKRIF, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : un organe judiciaire au service des droits de l'homme et des peuples en Afrique », *R.A.D.I.C.*, vol. 10, 1998, pp. 60-87 ; J.-L. ATANGANA AMOUGOU, « Avancées et limites du système africain de protection des droits de l'homme : la naissance de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits Fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003, www.droits-fondamentaux.org ; Ch. HEYNS, « Le rôle de la future Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », in J.-F. FLAUSS et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, *op. cit.*, pp. 235-246 ; S. KOWOUIH, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de « spécificité africaine » en matière de droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 59, 2004, pp. 757-790.

¹⁷¹⁰ La Cour africaine des droits de l'homme est entrée en vigueur le 25 janvier 2004 suite au dépôt le 26 décembre 2003 du 15^{ème} instrument de ratification du Protocole à la charte relatif à la création de a Cour par L'archipel des Comores et ce, conformément à l'article 34-3 dudit Protocole.

¹⁷¹¹ En vertu de l'article du Protocole à la Charte africaine, la Cour « complète les fonctions de protection [des droits de l'homme] » de la Commission.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

Aux termes de l'article 16 du Statut,

« [L]a Cour siège en deux (2) sections : La section des affaires générales composée de huit (8) juges et la section des droits de l'homme composée de huit (8) juges ».

2- L'introduction d'une section de droit pénal international au sein de la CAJDH.

361. S'il est admis que le système africain de protection des droits de l'homme s'est largement inspiré des systèmes européen et américain, il s'en démarque nettement à travers cette fusion des deux principales cours africaines¹⁷¹². Les principales raisons de cette fusion sont d'ordre pratique et pragmatique plutôt que d'ordre idéologique ou théorique en ce qu'elles sont liées aux difficultés à faire fonctionner deux cours différentes au sein d'une organisation régionale, en quête d'autonomie financière et d'autorité politique. Mais s'agissant de l'intégration au sein de la nouvelle institution d'une section criminelle, c'est la double attitude de *méfiance* d'abord et de *défiance* ensuite, de l'Union Africaine à l'égard de la Cour pénale internationale qui est à la base du projet. En effet, les Etats africains par la voix de l'organisation régionale dénoncent un traitement partial et partiel des atteintes graves aux droits de l'homme et donc, dénoncent la stratégie d'une répression ciblée, exclusivement centrée sur le continent africain.

Cette dynamique de répression de la CPI, qui prend l'Afrique comme un laboratoire d'expérimentation¹⁷¹³, confère à la CPI l'image d'une sorte de deux poids deux mesures, une justice à deux vitesses, un instrument de domination vecteur d'un néocolonialisme occidentale. En général, ces arguments paraissent peu fondés¹⁷¹⁴ et il n'est pas nécessaire de

¹⁷¹² Mention peut être faite ici dans l'espace européen des deux principales juridictions européennes de Luxembourg (Cour de Justice du Conseil de l'Europe CJCE) et de Strasbourg (Cour Européenne des Droits de l'Homme CEDH). Pour des rapports d'articulation entre ces deux juridictions, cf. le n° 96 de la *Revue française d'études constitutionnelles et politiques, Pouvoirs* portant spécialement sur « *Les cours européennes. Luxembourg et Strasbourg* ». Plus spécifiquement, lire, D. SIMON, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime, moi non plus » ? », *op. cit.*

¹⁷¹³ Comme il a été relevé, toutes les situations que connaît la Cour et surtout les différentes affaires qui en découlent concernent exclusivement le continent africain.

¹⁷¹⁴ Considérer la Cour pénale internationale en Afrique comme un instrument de néocolonialisme occidental serait perdre de vue au moins deux choses. La première, c'est l'œuvre de justice que la Cour est appelée à réaliser. Sur ce point, la Cour semble produire trois effets positifs. Premièrement, elle donne satisfaction aux millions de victimes des crimes graves insuffisamment prises en compte dans le cadre des procédures de pacification post conflit. Deuxièmement, la Cour par les poursuites qu'elle engage, bat en brèche le règne de l'impunité qui existe en Afrique et qui fait échapper les plus hauts responsables des crimes internationaux à la justice pénale. Troisièmement, il y a la dimension normative. En effet, les systèmes pénaux africains s'ouvrent progressivement à la répression des violations graves des droits de l'homme. Ainsi par exemple, même le Sénégal qui fait preuve d'un manque de volonté dans la répression du dictateur tchadien Hissène Habré, éprouve tout de même un malaise qui aboutira finalement à la mise en œuvre d'une action judiciaire. La seconde chose à

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

ne pas perdre de vue est le mécanisme même de fonctionnement de la Cour. Celle-ci, non seulement elle intervient en tant que juridiction auxiliaire de l'Etat, mais aussi et surtout, ne peut être saisie que si l'Etat ne peut pas ou ne veut pas du fait d'un appareil judiciaire défaillant par exemple. Or, précisément sur ce point, il apparaît que la Cour ne pourra agir que s'agissant des Etats dits « faibles » ou ceux constamment en proie aux conflits, comme tel est le cas pour les Etats africains. Au-delà des enjeux politiques, l'on imagine mal sur le terrain strictement juridique, une affaire mettant en cause la France, les Etats-Unis, le Canada, l'Angleterre ou encore l'Allemagne admissible devant la Cour. En clair, il est très difficile d'imaginer l'hypothèse que ces Etats soient juridiquement incapables tant volontairement qu'involontairement d'engager les poursuites en cas de graves violations des droits de l'homme. Toutefois, l'on peut tout de même s'interroger au regard de la stratégie adoptée par le bureau du Procureur dans certaines affaires pendantes à la Cour. Et à y regarder de près, c'est cette stratégie qui alimente l'opinion africaine. D'abord, dans l'affaire *Le procureur c. Jean-Pierre Bemba*, des interrogations existent sur le choix de limiter la poursuite au seul cas de Jean-Pierre Bemba, alors que de nombreux éléments de preuve exploités par le bureau du Procureur pour monter l'acte d'accusation, font référence à l'ex-chef d'Etat Centrafricain, Ange Félix Patassé. Il s'agit notamment des deux rapports d'enquête de la FIDH ou encore du rapport d'Amnesty international. Aussi, la requête de renvoi de l'affaire devant la Cour émanant des autorités centrafricaine mentionne d'abord le nom d'Ange Félix Patassé qui en effet, selon le scénario du déroulement des événements de Bangui avait invité Jean-Pierre et ses troupes à se battre aux côtés des siennes contre celles de l'actuel chef d'Etat le général François Bozizé. Dans la situation du Kenya, le Procureur, sur la base des informations reçues, a sollicité l'autorisation d'ouvrir une enquête *proprio motu*. Or, quelques temps avant, il avait reçu douze communications des ressortissants et des organisations de la société civile du Venezuela dénonçant des cas de crime contre l'humanité qui auraient été commis et l'invitant à enquêter. Mais, dans une réponse du 09 février 2006, le Procureur rejette la demande d'ouverture d'une enquête aux motifs que selon une analyse préliminaire, les crimes commis ne relèvent pas de la compétence de la Cour. Dans cette lettre en réponse, le Procureur fait une distinction assez critiquable entre le rôle du procureur international et le rôle du procureur national (la lettre est disponible à l'adresse : http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/4E2BC25-6A63-40B8-8CDC-ADBA7BCAA91F/14684/OTP_letter_to_senders_re_Venezuela_9_february_2006.pdf, consulté le 29 mars 2009). Comme l'a souligné le juge Hans-Peter Kaul, membre de la Chambre préliminaire II, statuant sur la situation au Kenya dans son opinion dissidente à la décision rendue par la Chambre accordant l'autorisation au Procureur d'ouvrir une enquête, la situation du Kenya n'était pas différente de celle du Venezuela. Il affirme notamment, « I wish to emphasize and stress in the clearest terms that my analysis, which is based on the supporting material submitted by the prosecutor and the victims' representations, does not mean that crimes have not occurred during the period in question in the Republic of Kenya. I strongly and unequivocally condemn any of those acts that have been described so elaborately in the reports of non-governmental organizations and others. The question is not whether or not those crimes have happened. *The issue is whether the ICC is the right forum before which to investigate and prosecute those crimes*», voir, CPI, Situation du Kenya, Chambre préliminaire II, *Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, Affaire n° ICC-01/09-Corr, 31 mars 2010, para. 6 ss. Enfin dans la situation en Côte d'Ivoire, l'on peut s'interroger sur l'attitude du Bureau du Procureur qui prévenait officiellement les autorités nationales, à l'époque de la crise politique, en leur indiquant de ne pas oublier que le Procureur « les a à l'œil ». Une telle attitude entame sérieusement la crédibilité de la Cour dès lors qu'elle lui confère l'image d'un acteur de gestion de la politique nationale des Etats avec un rôle proactif. Pourtant, ce n'est pas la caractéristique d'une juridiction pénale interne ou internationale, d'être proactive ou réactive. Par ailleurs, l'on peut s'interroger sur l'orientation de l'enquête ayant conduit à l'arrestation de Laurent Gbagbo, chef d'Etat déchu alors qu'avant sa déchéance, des rapports d'Amnesty international et de certaines organisations des Nations Unies montrent que des exactions ont également été perpétrées par les troupes alors sous le contrôle de l'actuel président de l'Assemblée Nationale à l'époque chef de la rébellion. Dans ce contexte, l'arrestation du président déchu n'est pas sans rappeler l'image d'une justice pénale internationale apparaissant toujours comme une justice des vainqueurs. A notre avis, la question n'est pas de savoir si la CPI est ou non une institution de domination occidentale parce qu'elle ne l'est pas ni politiquement, ni juridiquement. Aussi, le problème n'est pas de savoir si cette institution est uniquement orienté vers la répression des crimes en Afrique parce qu'il est établi qu'il existe des auteurs et des victimes des crimes contre l'humanité en Afrique. Et le fait qu'il en existe ailleurs n'enlève rien à cette réalité. Le vrai problème se situe au niveau de la *capacité* de la CPI en tant que première juridiction pénale internationale permanente à rendre son œuvre de justice crédible aux yeux de l'ensemble des Etats membres de la communauté internationale. En effet, la stratégie actuelle, pourrait à long terme entamer la crédibilité de l'institution. Impératif de crédibilité qui pourtant se trouve au cœur de toute instance juridictionnelle et plus encore des instances juridictionnelles supranationales. C'est donc au niveau des acteurs que la question devrait être abordée et non de l'institution elle-même.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

participer à ce débat qui au demeurant s'appuie, dans la plupart des cas, sur un sentiment de refoulement de l'ancienne figure de l'indigénat à travers le rejet avec véhémence de la figure du colonisateur. Dans cette perspective, l'Union Africaine a décidé de lier l'acte au discours. Suite au mandat d'arrêt délivré par la Chambre préliminaire I contre le président en exercice de la République Soudan, Omar Al Bashir le 4 mars 2009¹⁷¹⁵, l'organisation africaine a saisi le Conseil de sécurité de l'ONU sur le fondement de l'article 16 du Statut de Rome¹⁷¹⁶ pour que soit décidé un sursis à enquêter ou à poursuivre dès lors que l'affaire avait été renvoyée devant la Cour par le Conseil de sécurité lui-même conformément à l'article 13 (b) du Statut. Face au refus du Conseil de sécurité à solliciter le sursis de l'article, dont le fonctionnement ressemble à l'institution des procédures pénales nationales connue sous l'appellation de « nolle prosequi », l'organisation africaine a réitéré sa demande lors de la 14^{ème} session ordinaire de la Conférence des chefs d'Etats et de Gouvernements de l'Union africaine tenue à Addis-Abeba du 31 janvier au 2 février 2010. Elle a, à cet effet, rendu public un communiqué sur l'arrêt du 3 février 2010 de la Chambre d'appel de Cour pénale internationale, arrêt autorisant l'élargissement du mandat d'arrêt contre Omar Al Bashir au crime de génocide. Suite à ce quitus de la Chambre d'appel, un second mandat d'arrêt fut délivré par la Chambre préliminaire I le 12 juillet 2010. Mandat d'arrêt que l'Union africaine a formellement pris la décision de ne pas exécuter.

C'est dans ce climat que l'organisation africaine a initié, le 9 novembre 2011, un projet d'amendement du Protocole portant Statut de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. Le projet prévoit que l'article 16 traitant des sections de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme sera modifié en passant des deux sections actuelles à trois

¹⁷¹⁵ CPI, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, Ch. Pr. I, Affaire n° ICC-02/05-01/09 du 4 mars 2009. Il peut également être souligné que dans le cadre de la situation au Soudan, d'autres mandats d'arrêts avaient déjà été délivrés contre d'autres personnalités du pays. Il s'agit de, *Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun* (« Ahmad Harun ») et *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (« Ali Kushayb »), Ch. Pr. I, Affaire n° ICC-02/05-01/07 du 27 avril 2007 ; *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, Ch. Pr. I, Affaire n° ICC-02/05-02/09, 7 mai 2009. Le 8 février 2010, la Chambre préliminaire I a décidé de ne pas confirmer les charges contre l'accusé et le 23 avril 2010, elle a rejeté la requête du Procureur en vue d'obtenir l'autorisation d'interjeter appel contre la non confirmation des charges. *Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Ch. Pr. I, Décision sur la confirmation des Charges, Affaire n° ICC-02/05-03/09, 7 mai 2011 ; *Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, Ch. Pr. I, Mandat d'arrêt délivré le 1^{er} mars 2012, Affaire n° ICC-02/05-01/12.

¹⁷¹⁶ L'article 16 du Statut dispose qu', « [A]ucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; la demande peut être renouvelée par le Conseil de sécurité dans les mêmes conditions ».

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

sections¹⁷¹⁷. La troisième section appelée « section de droit pénal international » comporte un domaine de compétence plus élargi que celui de la Cour pénale internationale. D'une part, elle est élargie dans le champ *rationae materiae*¹⁷¹⁸, et d'autre part, elle l'est dans le champ *rationae personae* en ce sens que la section de droit pénal international de la Cour africaine étend la responsabilité pénale aux personnes morales autres que l'Etat. Mais de manière générale, cette section criminelle de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme est entièrement pensée selon le modèle d'organisation, de structuration et de fonctionnement de la CPI. Précisément, le projet de l'article 46 (h), intitulé « complementary jurisdiction » dispose,

« [T]he jurisdiction of the court shall be complementary to that of the national courts, and to the courts of the regional economic communities where specially provided for by the communities ».

On le voit, *la relevance juridique* entre cette section criminelle et les juridictions nationales se distinguent avec celle qui lie les juridictions nationales avec les autres sections notamment celle des affaires générales et celle des droits de l'homme dont la *relevance juridique* est tirée des conséquences découlant du double principe de *l'autorité de la chose jugée* et de *l'autorité de la chose interprétée*¹⁷¹⁹. En clair, alors que les deux premières sections tentent de réaliser une intégration systémique des juridictions par uniformisation des jurisprudences, la future section criminelle introduira dans les rapports entre la Cour africaine de justice et des droits de l'homme, l'hypothèse du pluralisme judiciaire faisant ainsi dépendre la nature du rapport entre les juridictions nationales et la Cour de l'objet du litige et du type de section saisie de l'affaire. Mais, plus intéressant encore au regard de la problématique de l'étude, il est question de savoir quel type d'articulation pourrait-il y avoir entre le deux niveaux supranational si l'on considère la double complémentarité prévue par la CPI à l'égard

¹⁷¹⁷ D'après le projet de l'article 16 (1) « The Court shall have three (3) sections: a general affairs section, a human rights and people section and an *international criminal law section* ». L'alinéa 2 dispose, « *The international criminal law section of the court shall have three (3) chambers: a pre-trial chamber, a trial chamber and an appellate chamber* ».

¹⁷¹⁸ En plus des infractions internationales telles que le génocide, le crime contre l'humanité, les crimes de guerre et du crime d'agression, qui relèvent de la compétence de la CPI, la section criminelle de la Cour africaine pourra entre autres être compétente aux termes du projet de l'article 28 (a) – 28 (n) pour terrorisme, corruption, mercenariat, trafic de personnes, trafic de stupéfiants, exploitation illicite des ressources naturelles etc. L'autre innovation qui mériterait analyses et précisions est que ce projet de l'organisation africaine d'une part, criminalise le « changement inconstitutionnel de gouvernement » et d'autre part, internationalise la nouvelle incrimination puisqu'elle relève de la compétence de la section de droit pénal international de la Cour africaine.

¹⁷¹⁹ Cf. sur ce point, G. CANIVET, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la bénévolence des juges », *op. cit.*

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

des juridictions nationales et de celle en cours d'élaboration entre la section criminelle de la Cour africaine et les juridictions nationales.

B- A la recherche d'une « *relevance juridique* » entre la future section criminelle de la CAJDH et la CPI.

362. Dans une étude portant sur le jeu de l'interprétation et les interactions normatives qui en découlent au regard du pluralisme judiciaire caractérisant le monde juridique actuel, le professeur Geneviève Giudicelli-Delage fait le constat de *relevance* entre espaces supranationaux.

« Certains de ces *relevances juridiques* peuvent être qualifiées de *directes* (la relation s'établit directement entre les espaces supranationaux), et l'on peut distinguer, parmi ces *relevances directes* à l'égard des cours, entre *relevance unilatérales* et *relevances imposées*. Les *relevances unilatérales* sont des *relevances volontaires* des cours (...). Les *relevances imposées* sont celles que prévoient les textes. Certaines sont normatives (...) Certaines sont jurisprudentielles (...)»¹⁷²⁰.

Elle poursuit en admettant que « d'autres *relevances* sont *indirectes*, en ce sens que la relation entre espaces supranationaux ne s'établit que par le biais des espaces internes »¹⁷²¹. L'intérêt d'appliquer cette classification des *relevances juridiques* aux types de rapports qui pourraient exister entre la future section criminelle de la Cour africaine de Justice et des droits de l'homme et la Cour pénale internationale tient au fait que, comme l'affirme l'auteur, ces *relevances* « *peuvent créer des relations de subordination, de concurrence ou de prééminence entre cours supranationales* »¹⁷²².

En recherchant quel type de *relevance juridique* va relier ces deux instances juridictionnelles, l'on souhaite déterminer comment le phénomène d'*internormativité* pourrait se déployer entre ces échelles supranationales qui marquent toutes deux l'ouverture des systèmes pénaux nationaux. Y aura-t-il spontanément *subordination* ou progressivement *concurrence en vue d'acquérir la prééminence* entre la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et la Cour pénale internationale dans la répression des crimes contre l'humanité ? Le contexte de *méfiance* et de *défiance* dans lequel intervient le projet juridictionnel de l'organisation africaine jouera-t-il un rôle dans la détermination de cette *relevance juridique* ?

¹⁷²⁰ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions ». L'inévitable dialogue des juges ? », in *Le champ pénal, op. cit.*, p. 29. Comme *relevance unilatérale*, elle cite le cas de la CJCE qui s'est volontairement mise en état de *relevance* à l'égard de la Convention européenne. C'est l'auteur qui souligne.

¹⁷²¹ *Ibid.*, c'est l'auteur qui souligne.

¹⁷²² *Ibid.*, p. 30, nous soulignons.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

La question semble difficile selon que l'on considère le caractère *direct* ou *indirect* (1) de la relevance juridique considérée ; surtout que la réflexion est davantage prospective que descriptive. Le projet africain n'ayant pas encore été adopté. Ce qui laisse peu de marge à la détermination de la portée des dites relevances (2).

1- La double nature des « relevances juridiques » pouvant exister entre la section criminelle de la CAJDH et la CPI.

Entre ces deux espaces supranationaux, il peut exister tantôt une *relevance juridique directe* (a) tantôt une *relevance juridique indirecte* (b).

a- Le développement certain d'une « relevance juridique » *directe* entre la future section criminelle de la CAJDH et la CPI.

363. Comme il a été admis, la *relevance juridique directe* s'établit directement entre espaces supranationales sans passer par le biais de l'espace national. Elle peut être unilatérale ou imposée. Lorsqu'elle est imposée, elle est soit normative soit jurisprudentielle alors qu'unilatérale, elle est nécessairement jurisprudentielle. Si l'on considère les rapports entre la future criminelle de la Cour africaine et la Cour pénale internationale il est difficile de déterminer la nature de la relevance parce que la section criminelle n'est pas encore entrée en vigueur et donc ne fonctionne pas pour l'instant. Mais si l'on prend en compte deux éléments d'analyse à savoir l'antériorité de la Cour pénale internationale par rapport au projet de section criminelle de la Cour africaine et le texte même dudit projet, il est possible de supposer que la *relevance juridique* à partir de laquelle les deux instances supranationales organiseront leurs rapports d'articulation sera de nature *directe*.

Selon l'élément basé sur l'*antériorité* de la Cour pénale internationale, la relevance juridique directe pourrait être unilatérale en ce sens que la section criminelle de la Cour africaine sera appelée à se référer spontanément à la jurisprudence dégagée par les différentes Chambres de la CPI. La *relevance juridique directe* est ici de nature *unilatérale*. Cette hypothèse s'est déjà produite dans les rapports d'articulation entre les tribunaux pénaux internationaux et la Cour européenne des droits de l'homme. Les premiers empruntant à la jurisprudence de la seconde aussi bien quant à la notion de « procès équitable » que quant au

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

contenu de certains droits fondamentaux¹⁷²³. En reprenant l'idée développée par le professeur italien, Antonio Cassese, qui a fait une analyse approfondie de cette hypothèse en commençant par faire une distinction entre deux formes d'emprunt « sage » et « sauvage »¹⁷²⁴ du recours d'une juridiction supranationale à la jurisprudence d'une autre instance supranationale, trois idées peuvent être avancées pour justifier cette possible relevance juridique directe. Tout d'abord, il admet que s'agissant de deux juridictions supranationales, les arrêts rendus appartiennent à la catégorie des décisions des tribunaux internationaux et ont donc une valeur et une portée beaucoup plus grandes que celle des tribunaux nationaux. Ensuite, la juridiction postérieure doit s'assurer qu'elle reprend le standard de protection des droits déjà établi et consolidé par la juridiction antérieure. Enfin, la Cour pénale internationale apparaissant comme la juridiction internationale permanente qui réalise le dernier état de la codification du droit des infractions internationales, a vocation à dégager des principes généraux dans cette matière et qui auraient vocation à être réceptionnés par l'ensemble des Etats et des autres systèmes juridictionnelles.

Selon l'élément fondé sur *le texte* même du projet de création de la future section criminelle au sein de la Cour africaine, il convient de relever que le projet est conçu selon le modèle type de la Cour pénale internationale que ce soit au niveau de la structure, de l'organisation, la répartition des pouvoirs et le droit applicable. Dans ce cas, la relevance juridique directe pourrait être non plus unilatérale, mais bien plutôt *imposée*. Parce qu'effectivement elle imposerait à la fois sur le plan normatif et sur le plan jurisprudentiel la section criminelle de la Cour africaine à se référer systématiquement à la Cour pénale internationale.

b- Le développement incertain d'une « relevance juridique » indirecte entre la future section criminelle de la CAJDH et la CPI.

364. La *relevance juridique* peut aussi être *indirecte*. Dans ce sens, comme il a été dit, la relation entre espaces supranationaux ne s'établit que par le biais des espaces internes. En effet,

¹⁷²³ A. CASSESE, « L'influence de la CEDH sur l'activité des tribunaux pénaux internationaux », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op.cit., pp. 143-182.

¹⁷²⁴ En opérant cette distinction, il faisait référence à l'article de R.-J. DUPUY, « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Ch. Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

« un Etat ne peut échapper à ses engagements internationaux au motif d'autres engagements internationaux. Une cour supranationale pourrait sanctionner un Etat pour avoir appliqué une norme d'un autre espace supranational qu'elle jugerait incompatible avec une norme de son propre espace. Une cour supranationale pourrait sanctionner un Etat pour ne pas avoir appliqué une norme ou une décision d'une cour d'un autre espace supranational, dès lors que ce refus pourrait être contraire à une norme de son propre espace »¹⁷²⁵.

Même si cette hypothèse n'est pas encore visible s'agissant de la relation étudiée, il convient néanmoins de relever que certains de ses éléments semblent découler de certaines données spécifiques. La première donnée est réalisée par le fait que les deux espaces supranationaux entendent s'articuler avec l'espace national selon le même modèle de complémentarité. Or, un tel mode d'articulation, on l'a vu reconnaît une sorte de primauté sous surveillance internationale aux Etats. Ainsi, en examinant notamment la question de l'admissibilité de l'affaire suite à la défaillance d'un Etat, les deux juridictions supranationales pourraient se trouver en situation de *relevance juridique indirecte*. La seconde donnée pourrait se dégager de l'article 21 du Statut de Rome traitant du droit applicable par la Cour pénale internationale. D'abord ce texte cite les lois nationales de l'Etat comme droit applicable par la Cour et dispose que l'application et l'interprétation du droit applicable doit être compatible les droits de l'homme internationalement reconnus que ce soit au niveau universel, régional ou national. Sur le fondement de ce texte, la Cour pénale internationale pourrait être amenée à sanctionner une décision rendue par la section criminelle de la Cour africaine.

Mais la caractérisation de la *relevance juridique* à elle seule ne suffit pas. Quelle soit directe unilatérale ou directe imposée, elle ne détermine pas pour autant le mode d'articulation entre les instances supranationales.

2- La portée des *relevances juridiques* décrits sur la détermination du mode d'articulation possible entre la future section criminelle de la CAJDH et la CPI.

365. Qu'advierait-il par exemple si en cas d'entrée en fonction de la section criminelle de la Cour africaine, un Etat partie à la fois au Statut de Rome et au Protocole relatif au Statut de la Cour africaine renvoie l'affaire devant cette dernière – puisque cette forme de saisine est

¹⁷²⁵ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions ». L'inévitable dialogue des juges ? », *op.cit.*, pp. 29-30. L'auteur cite deux décisions de la CEDH respectivement pour la première et la seconde branche ; CEDH, *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996 ; CEDH, *Frizt et Nana S. c. France*, 28 juin 1993.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

prévue – et qu'en même temps, le procureur de la Cour pénale internationale reçoit l'autorisation de la Chambre préliminaire d'enquêter *proprio motu* sur la même situation ? Pourra-t-on se référer, comme dans le contentieux du concours des demandes d'extradition, aux dates de l'une et l'autre action pour trancher ? Plus intéressant encore est la question de savoir si les articles 17 et 19 du Statut de Rome traitant globalement de la recevabilité de l'affaire de la Cour pénale internationale, qui n'ont été prévus que pour les Etats pourront-ils être étendus à la Cour africaine pour sanctionner soit un manque de volonté ou une incapacité de celle-ci après qu'elle ait pourtant été saisie par un Etat ? En clair, y aura-t-il concurrence, prééminence ou subordination entre la Cour africaine et la Cour pénale internationale dans la répression des crimes contre l'humanité ? La question est entièrement ouverte. L'effectivité de la compétence de la Cour africaine dans la répression des crimes internationaux les plus graves, si elle intervient, ouvrira sans doute une piste pour les analyses. Pour l'instant deux observations révélant un contraste peuvent être faites. Premièrement, au regard de la forte présence des hypothèses de *relevance juridique directe* aux termes desquelles, la Cour africaine pourrait se référer à la Cour pénale internationale, il peut être déduit que celle-ci évoluera dans un rapport de prééminence vis-à-vis de celle-là. Deuxièmement, il y a un élément d'ordre extrajuridique, tenant au contexte de *méfiance* et de *défiance* qui préside à la réalisation du projet de l'organisation africaine et, qu'il ne faudrait pas perdre de vue. Cette considération extrajuridique laisse supposer que ces deux instances supranationales évolueront selon une logique de concurrence voire d'affrontement. Mais reste encore à déterminer quelle sera la portée réelle de cette dimension sociopolitique du problème sur le comportement effectif des potentiels acteurs de cette future section criminelle, qui selon leur formation et leur trajectoire professionnelle sont généralement affranchis de telles considérations.

366. Au terme de cette analyse, une idée directrice émerge. Le principe de complémentarité introduit par la Cour pénale internationale, emporte une véritable ouverture des systèmes pénaux nationaux. Ouverture aux compétences extraterritoriales d'une part, et ouverture aux règles d'articulation des compétences juridictionnelles d'autre part. Cette idée appelle nécessairement un approfondissement puisque le paradigme du crime contre l'humanité à la base de son émergence provoque une sorte de restructuration de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme et une totale reconfiguration de l'espace pénal africain du fait du projet de l'organisation africaine de créer une section du droit pénal international au sein de la Cour africaine. Plus saisissant encore est le fait que la

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

multiplication des échelles juridictionnelles de répression des crimes contre l'humanité dans les systèmes pénaux africains ne supposent pas une superposition des dits niveaux selon la clause de la supériorité. En d'autres termes, le *pluralisme judiciaire* se met en place en l'absence de toute forme de hiérarchisation des pouvoirs. L'articulation des compétences juridictionnelles semble privilégier le mouvement horizontal qui est aussi celui à travers lequel, la compétence universelle évolue.

Section 2. La complémentarité entre la compétence universelle et la juridiction internationale : l'articulation des compétences entre le national et le national.

367. Que l'on considère la célèbre formule lancée par Grotius au XVIII^e siècle « aut dedere aut judicare », formule à partir de laquelle la règle de l'universalité du droit punir est entièrement organisée, ou que l'on se réfère à la qualification retenue par l'internationaliste Georges Scelle deux siècles plus tard à savoir le « dédoublement fonctionnel », qualification à partir de laquelle la philosophie de la même règle entièrement pensée¹⁷²⁶, il y a à la base de toute étude portant sur l'institution de la compétence universelle, la question de sa légalité internationale¹⁷²⁷. Légalité coutumière ou légalité conventionnelle ? Il s'agit de savoir si le droit international reconnaît-il aux Etats une compétence répressive universelle ? S'agissant précisément de cette question, l'arrêt de la Cour internationale de justice rendu le 14 février 2002¹⁷²⁸ « est venu relancer le débat voire la confusion. Tout en refusant de se prononcer sur la légalité de la compétence universelle, elle a donné un coup d'arrêt à la dynamique lancée par l'affaire Pinochet en réaffirmant l'immunité des représentants des Etats »¹⁷²⁹. Un tel coup

¹⁷²⁶ A. ROUSSY, « Le principe de l'universalité du droit de punir comme compétence juridictionnelle nationale des Etats », in L. MOREILLON, A. BICHOVSKY et M. MASSROURI (eds), *Droit pénal humanitaire*, op. cit., pp. 21-38.

¹⁷²⁷ Pour une étude théorique et historique du principe de l'universalité, cf. M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Bruxelles/Genève/Munich, Bruylant/Helbin & Lichtenhahn, Faculté de droit de Genève, 2000.

¹⁷²⁸ Il s'agit de l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République Démocratique du Congo c. Belgique) – RG n°121. L'arrêt ainsi que les opinions séparées et dissidentes de certains juges peuvent être consultés sur le site de la CIJ, <http://www.icj-cij.org>, au même titre que le compte rendu des débats, qui reproduit le texte des plaidoiries. L'arrêt a également été publié par extraits dans le *Journal des Tribunaux*, du 13 avril 2002, p. 282 avec une note de J. d'ASPERMONT LYNDEN et F. DOPPAGNE, « La loi de compétence universelle devant la Cour internationale de justice ».

¹⁷²⁹ D. VANDERMEERSCH, « La faisabilité de la règle de compétence universelle », in E. FRONZA et S. MANACORDA, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes de law clinics en droit pénal international*, op. cit., p. 223. Par ailleurs, il convient de relever que cet arrêt dit « Yerodia » rendu par la CIJ a principalement voire exclusivement traité la question des immunités des gouvernants devant les juridictions étrangères. Il a totalement remis en cause la théorie sur laquelle reposait l'article 5 §3 de la loi belge du 16 juin 1993 telle que modifiée le 10 février 1999 et qui déniait aux gouvernants toute immunité en cas de

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

d'arrêt emmène à s'interroger sur le point de savoir si la prise en compte de l'entrée en vigueur du Statut de Rome aurait pu influencer le raisonnement des juges ?¹⁷³⁰ Une pareille interrogation suppose que l'analyse du concept de compétence universelle soit conduite au regard du principe de complémentarité inscrit dans le Statut de Rome (§1), préalable nécessaire à l'examen de la possible existence d'une perspective africaine de la compétence universelle (§2).

§1- Esquisse d'une théorie de la compétence universelle à l'aune du principe de la complémentarité.

368. Le problème de la complémentarité envisagé dans la présente étude à la fois comme un principe d'articulation normative et juridictionnelle des ensembles juridiques structurant l'espace pénal africain a-t-il une influence sur la capacité des Etats à établir la règle de l'universalité du droit de punir, c'est-à-dire à définir un critère de compétence pénale qui déborde les frontières du système pénal national et réalise de ce fait une certaine désétatisation de la justice pénale ?¹⁷³¹ En effet, il convient de se poser cette question dans la mesure où, la compétence universelle apparue depuis fort longtemps ne visait, à ses origines, que des comportements prohibés par le droit pénal commun et ceux perpétrés sur des espaces sans territoire et sans souveraineté¹⁷³². Et, comme le fait remarquer Michel Cosnard, la compétence universelle dès son apparition n'a pas intrinsèquement pour objectif la punition

poursuites, fût-ce devant des juridictions nationales d'un autre pays, du chef de crimes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre. Pour des commentaires qui s'en sont suivis, P. MORLET, « Quelques considérations sur le statut pénal des gouvernants étrangers, d'après l'arrêt de la Cour internationale de justice », R.D.P.C., n°11, 2002, pp. 979-1003 ; J. VERHOEVEN, « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », *Journal des procès*, 19 avril 2002, pp. 20 ss ; M. SASSOLI, « L'arrêt yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *op. cit.* ; J-P. QUENEUDEC, « Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 », *op. cit.* Et de manière générale sur la question des immunités, voir le chap. §. Relatif aux immunités en matière de crimes internationaux.

¹⁷³⁰ Sur la compétence universelle depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome, cf. G. BOTTINI, « Universal jurisdiction after the creation of the international criminal court », *International Law and Politics*, vol.36, 2004, pp. 503-562.

¹⁷³¹ Pour certains aspects de cette question, cf. K. C. RANDALL, « Universal jurisdiction under international law », *Texas Law Review*, vol.66, 1988, pp. 785-845 ; R. O'KEEFE, « Universal jurisdiction. Clarifying the basic concept », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 735-760 ; G. ABI-SAAB, « The proper role of universal jurisdiction », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, 596-602 ; A. CASSESE, « Is the bell tolling for universality? A plea for sensible notion of universal jurisdiction », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, pp. 589-595.

¹⁷³² G. DE LAPRADELLE, « La compétence universelle », in H. ASCENSIO, E. DECAUX et A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 905-907 ; G. GUILLAUME, « La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles », in *Mélanges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, pp. 23-36 et l'actualisation de cet article, « La compétence universelle. Du code de justinien à l'affaire Yerodia », in *La cour internationale de justice à l'aube du XXI^{ème} siècle. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, pp. 219-237.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

des crimes ou offenses les plus graves¹⁷³³. Pourtant dans ses développements actuels, c'est précisément alors que l'ordre international se dotait d'institutions permettant la mise en œuvre effective au niveau international d'une répression pénale que certains Etats ont manifesté des vellétés de s'octroyer une compétence universelle en matière pénale afin de poursuivre les auteurs présumés de comportements interdits en droit international¹⁷³⁴. Michel Cosnard constate que c'est,

« un mouvement synergique proprement remarquable [que] les revendications de compétence universelle visaient à combler les lacunes mises en place de la Cour pénale internationale, afin de combattre l'impunité non seulement pour les crimes à venir que pour ceux du passé, et ce indépendamment du lien de commission et de la nationalité des auteurs »¹⁷³⁵.

Si la compétence universelle se lit dans cette perspective complémentaire avec le Statut de la CPI¹⁷³⁶, il convient de se demander s'il faut considérer que l'émergence du paradigme du crime contre l'humanité et le développement de la technique de la compétence

¹⁷³³ M. COSNARD, « La compétence universelle en matière pénale », in C. TOMUSCHAT et J-M. THOUVENIN (dir.), *The Fundamental rules of international legal order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, op. cit., p. 358. Pour un même point de vue, l'auteur cite, J. VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *A.F.D.I.*, 1999, pp.55-71.

¹⁷³⁴ M. COSNARD, *Ibid.*, p. 356.

¹⁷³⁵ *Ibid.*, pp. 356-357. L'auteur relève que c'est particulièrement le cas de l'expérience de la compétence universelle de la Belgique. En modifiant la loi de 1993, le 10 février 1999, les rapports parlementaires précisaient qu'il s'agissait de mettre en œuvre le Statut de Rome du 17 juillet 1998, en incorporant dans le droit pénal belge les incriminations de la convention, en plus des mécanismes de mise en œuvre, cf. P. D'ARGENT, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *Journal des Tribunaux*, n° 5935, 1999, pp. 459-455, avec des références des documents de discussion au sénat belge. Pour une étude détaillée et approfondie de cette loi belge modifiée le 10 février 1999 et finalement abrogée le 5 août 2003, cf. A. ANDRIES, E. DAVID, Ch. VAN DEN WYNGAERT et J. VERHAEGEN, « Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *RDPC*, 1994, pp. 1114 ss ; E. DAVID, « La loi belge sur les crimes de guerre », *R.B.D.I.*, 1995, pp. 668 ss ; A. ANDRIES, « De maximis non curat praetor. Le droit pénal des conflits armés : un droit sans tribunal », in *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys et Breesch, 1993, pp. 1 ss ; E. DAVID, « Le champ d'application de la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *Revue de droit militaire*, 1997, pp. 111 ss ; P. D'ARGENT, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *Journal des Tribunaux*, 1999, pp. 549 ss ; E. DAVID, « Les conséquences du statut de la Cour pénale internationale pour la répression en droit belge », *R.D.P.*, 2001, (dossier n° 6), pp. 73 ss ; J. D'ASPREMONT LYNDEN, et F. DOPAGNE, « La loi de compétence universelle devant la Cour internationale de justice », *Journal des Tribunaux*, 2002, pp. 284 ss ; P. D'ARGENT, et J. D'ASPREMONT LYNDEN, « La loi de compétence universelle revue mais pas corrigée », *Journal des Tribunaux*, 2003, pp. 480 ss ; E. DAVID, « Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003 ? », *Jura Falconis*, 40, n°1, pp. 55-72, 2003-2004 ; C. DENIS, « Il nous aura fallu près de cinquante ans : Quelques remarques sur la compétence universelle en droit belge », *Journal des Procès*, 2001, liv. 416, pp. 10 ss ; S. RATNER, « Belgium's War Crimes Statute : A Postmortem », *American Journal of International Law*, 2003, volume 97, n°4, p 888 ss ; A. DESTEXHE, « Justice internationale: les enjeux de la compétence universelle », *Journal des Procès*, 2001, liv. 417, pp. 17 ss ; A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale internationale*, op. cit.

¹⁷³⁶ La loi belge a suscité un réel espoir chez les victimes à en croire la liste des plaintes déposées auprès des juridictions belges. Dans cf. P. D'ARGENT, « L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien ? », *R.G.D.I.P.*, 2004, pp. 597-632, spec. p. 607.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

universelle sont une simple coïncidence, ou bien, au contraire, s'il s'agit d'un enchaînement logique, faisant de la mise en place de compétences universelles en matière pénale une conséquence irrépessible de l'existence de normes fondamentales ?

Face à cette question, si Michel Cosnard penche plutôt pour la première hypothèse¹⁷³⁷, nous nous privilégions la seconde. En effet, l'idée de base est que le principe de la complémentarité agit comme le catalyseur de la compétence universelle dans sa dimension contemporaine¹⁷³⁸. C'est dans son sillage qu'elle prend de l'ampleur à travers la prise en compte du lien établi entre normes impératives et compétence universelle (A). Mais cette hypothèse ne manque pas d'interpeller au sujet de la liberté des Etats à mettre en œuvre la compétence universelle à l'ère de la désétatisation du droit pénal (B).

A- Le lien entre normes impératives et compétence universelle.

369. Le lien entre norme impérative et compétence universelle semble trouver son fondement dans le principe de la complémentarité énoncé dans le Statut de Rome. En effet, le préambule de ce texte dispose que,

«[c]onscients que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que leurs cultures forment un patrimoine commun, et soucieux du fait que cette mosaïque délicate puisse être brisée à tout moment ;
[r]econnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde ;
[a]ffirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient restés impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national (...) ;
[d]éterminer à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes ;
[r]appelant qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux (...) ».

Ces dispositions préambulaires, qui consacrent l'idée que certains crimes de droit international ne sauraient plus rester impunis et que, dans ce cas, les juridictions nationales ont la primauté de compétence, contiennent des éléments de définition d'un ordre public

¹⁷³⁷ Il adopte cette position « non sans remarquer au préalable que l'analyse est brouillée par la fascination qu'exercent sur les esprits ces notions structurantes d'un ordre juridique, ayant pour résultat une assimilation quasi subliminale faite entre *jus cogens* et compétence universelle ». M. COSNARD, *op. cit.*, p. 358. Sur la fascination que suscite normes impératives et compétence universelle, cf. M. COSNARD, « Quelques observations sur les décisions des lords du 25 novembre 1998 et 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *R.G.D.I.P.*, 1999, pp. 309-328.

¹⁷³⁸ Cf. dans ce sens, D. CHILSTEIN, « Compétence universelle et justice pénale internationale. Observations sur les ressorts d'une articulation complexe », *Arch. phil. droit.*, t.ome 53, 2010, pp. 118-129.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

international¹⁷³⁹. Cette analyse inscrit le couple crimes internationaux et compétence universelle dans une même logique normative celle issue du paradigme du crime contre l'humanité. Dans une ordonnance, un juge d'instruction belge évoque le lien entre les normes impératives et le *ius cogens*. Il affirme à cet effet que le *ius cogens*,

« autorise les autorités étatiques nationales à poursuivre et à traduire en justice, en toutes circonstances, les personnes soupçonnées de crimes contre l'humanité »¹⁷⁴⁰.

Ce lien avait également été admis par la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*¹⁷⁴¹ et fut également réaffirmé par un juge d'instruction sénégalais qui inculpa l'ex-dictateur tchadien *Hissène Habré* pour crimes contre l'humanité sur le fondement de la compétence universelle, affaire qui fut qualifiée de « Pinochet africain »¹⁷⁴². Mais c'est le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, qui est plus clair sur les liens entre les normes impératives et la compétence universelle,

« il semblerait que l'une des conséquences de la valeur de *jus cogens* reconnue à l'interdiction de la torture par la communauté inter-nationale fait que tout Etat est en droit d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader les individus accusés de torture présents sur son territoire (...) Ce fondement juridique de la compétence universelle des Etats en matière de torture confirme et renforce celui qui, de l'avis d'autres juridictions, découle de l'essence universelle du crime. On a estimé que les crimes internationaux étant universellement condamnés quel que soit l'endroit où ils ont été commis, chaque Etat a le droit de poursuivre et punir les auteurs de ces crimes »¹⁷⁴³.

Au regard de cette tendance de la jurisprudence internationale, il peut être admis que la qualification d'un crime en norme de *ius cogens* semble emporter émergence d'une

¹⁷³⁹ Pour plus de détails sur cette question d'ordre public international et ses rapports avec les normes impératives et la justice internationale, cf. R. KOLB, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001 ; R. RIVIER, *Droit impératif et juridiction internationale*, Thèse, Université de Paris II-Panthéon Assas, 2001.

¹⁷⁴⁰ Cass. Civ., Bruxelles, ordonnance du 6 novembre 1998, *Augusto Pinochet Ugarte*. Pour une analyse de cette décision, cf. J. VERHOEVEN, « M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle », *J.T.*, 1999, pp. 311ss, nous soulignons. Pour d'autres y relatifs, P. D'ARGENT, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *Ibid.*, pp. 549 ss.

¹⁷⁴¹ N. ROHT-ARRIAZA, « The pinochet precedent and universal jurisdiction », *New England Law Review*, vol. 35, 2000-2001, pp. 311-319. Toutefois, il convient de souligner que dans cet arrêt, le *ius cogens* était davantage invoqué à l'appui de la non-immunité des anciens chefs d'Etat. Dans ce sens, cf. E. DECAUX, « Le statut du chef d'Etat déchu », *op.cit.* ; *Le chef d'Etat et le droit international*, SFDI, Colloque de Clermont-Ferrand, *op.cit.* ; A. BORGHI, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, *op.cit.*

¹⁷⁴² R. BRODY, « The prosecution of Hissène Habré. An "African Pinochet" », *New England Law Review*, vol. 35, 2000-2001, pp. 321- 336.

¹⁷⁴³ TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, Jugement, Affaire n°. IT-95-17/1-T, *op. cit.*, para. 156. Dans le même sens, lire, Ch. BASSIOUNI, « Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice », *Virginie Journal of International Law*, vol. 42, pp. 81ss; A. ZIMMERMANN, « Violation of fundamental norms of international law and the exercise of universal jurisdiction in criminal matters », Ch. TOMUSCHAT et J.M. THOUVENAIN (dir.), *The fundamental rules of the international legal order*, *op. cit.*, pp. 335-354.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

compétence universelle absolue (1) tout comme elle suppose absolument l'émergence d'une compétence universelle (2).

1- La qualification d'un crime international en crime de *ius cogens* emporte l'émergence d'une compétence universelle *absolue*.

370. Sous cette idée, il est admis que,

« les Etats interviennent pour poursuivre et juger, en tant qu'agents de la communauté, certaines infractions de droit des gens, selon le principe du dédoublement fonctionnel, dès lors que ces infractions peuvent être considérées comme attentatoires à l'ordre public ou à la morale commune de la communauté internationale (...) Avec la doctrine de l'universalité absolue, l'acceptation qu'une infraction est de droit des gens a pour conséquence une présomption qu'elle peut être jugée selon le principe de l'universalité (...) La seule qualification de ces infractions de *delicta juris gentium* suffit pour les rendre poursuivables et jugeables selon le principe d'universalité»¹⁷⁴⁴.

Les origines de cette compétence universelle absolue remonte aux tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo. Henry King, ancien procureur de Nuremberg témoigna avec cinquante ans de recul que, « Nuremberg penetrated the veil of national sovereignty to recognize individuals as having rights independent of nation-state recognition »¹⁷⁴⁵. Dans cette perspective, un certain nombre de cours nationales affirmèrent vouloir également appliquer directement le droit international¹⁷⁴⁶ selon le principe du dédoublement fonctionnel, le plus souvent du fait du défaut de leur propre législation nationale. Ainsi, dans l'affaire *Rauter*¹⁷⁴⁷, concernant le responsable de la SS et de la police de sécurité allemande aux Pays-Bas durant l'occupation, la Cour spéciale des Pays-Bas précisa que,

« when trying war crimes and other crimes treated on the same footing and committed by persons of ennemy nationality, the task of the Netherlands judicature is not confined to the punishment of infringements of Netherlands justice, but has rather the object of giving expression to the sense of justice of the community of Nations, which sense has been most deeply shocked by such crimes (...) If punishment of an offender on the basis of vicarious jurisdiction or universal jurisdiction is effected through national rather than not existent international criminal tribunals, *the national courts act in the interest of the international community or the respective treaty membership.* (...)

¹⁷⁴⁴ M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit international*, *op. cit.*, p. 381.

¹⁷⁴⁵ H.T. KING, « Nuremberg and sovereignty », *Case Western Journal of international law*, pp. 136-137

¹⁷⁴⁶ Cf. R. BAXTER, « The municipal and international law basis of jurisdiction over war crimes », *British Yearbook in International Law*, vol. 28, 1951, pp. 382-393.

¹⁷⁴⁷ Netherland special court, Affaire *Rauter*, 4 mai 1948, Netherlands special court of cassation, 12 janvier 1949, in UN war crimes commission, 1949, vol. XIV, p. 89.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

Seen in this light, these State courts act as instrument of the decentralized enforcement of international law »¹⁷⁴⁸.

Indépendamment de la question de la responsabilité pénale des individus selon le droit international, comme le souligne Marc Henzelin, la logique de Nuremberg consacra « l'idée que certaines infractions pouvaient être définies directement par le droit international et être jugées par tous les Etats »¹⁷⁴⁹. Ce raisonnement permettait ainsi de poursuivre et juger certains criminels alors même que les codes pénaux alliés ne le leur permettaient pas, du fait de la nationalité de leurs auteurs, du lieu de commission des faits, ou encore du fait que dans certains cas, les victimes étrangères n'étaient pas ressortissantes de puissances alliées¹⁷⁵⁰. Dans de l'après guerre, la doctrine de l'universalité absolue a connu un réel développement. Selon Lauterpacht notamment,

« it would be in accordance with an enlightened principle of justice – a principle which has not yet become part of the law of nations – if, in the absence of effective extradition, the courts of a State were to assume jurisdiction over common crimes, by whomsoever and wherever committed of a heinous character »¹⁷⁵¹.

De nos jours, de nombreux auteurs se réfèrent ainsi à la seule qualité « internationale » de certaines infractions pour en déduire qu'elles peuvent être poursuivies et jugées selon le principe de l'universalité. Selon cette thèse, il suffit que les crimes soient reconnus comme étant des crimes de portée internationale, qu'ils deviennent un sujet de préoccupation pour la communauté internationale, pour que tout Etat puisse poursuivre et juger leurs auteurs¹⁷⁵². Elle fut représentée notamment par Glaser, Blakesley ou encore Bassiouni.

Pour le professeur Stefane Glaser par exemple, il existerait une,

« règle attribuant un caractère criminel à certaines violations du droit international (qui) se contente pour être obligatoire, d'une conviction plus ou moins générale reconnaissant qu'elle est conforme à l'idée de justice et qu'elle repose sur la nécessité sociale »¹⁷⁵³.

¹⁷⁴⁸ L'extrait est tiré du cours de Roling dispensé à l'Académie de droit international de La Haye, cf. B. V. A. ROLING, « The law of war and the national jurisdiction since 1945 », *R.C.A.D.I.*, vol. 100, 1960, pp. 323-456, spec. 333.

¹⁷⁴⁹ M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit international*, op. cit., p. 387.

¹⁷⁵⁰ *Ibid.*, l'auteur cite R. BAXTER, « The municipal and international law basis of jurisdiction over war crimes », op. cit.

¹⁷⁵¹ H. LAUTERPACHT, « Allegiance, diplomatic protection and criminal jurisdiction over alien », *Cambridge Law Journal*, vol. 9, 1947, p. 348, cité par M. HENZELIN, op. cit., p. 401.

¹⁷⁵² L. HANNIKAINEN, *Peremptory norms (jus cogens) in international law : historical developments. Criteria, present status*, Helsinki, Finish Lawyers' Publishing Compagny, 1988; T. MERON, « The international criminalization of internal atrocities », *American Journal of International Law*, vol.89, 1995, pp. 554-577; G. PERRIN, *Droit international public. Sources, sujets, caractéristiques*, Zürich, Schulthess, 1999, pp. 704-708; L. REYDAMS, « Universal jurisdiction over atrocities in Rwanda : theory and practice », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol.4, 1996, pp. 18-47.

¹⁷⁵³ S. GLASER, *Le droit international pénal*, op. cit., Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 11.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

Le professeur Blakesley, pensait lui outre atlantique que,

« universality principle allows the assertion of jurisdiction over offenses even though the offenses have no direct effect on the territory, security of sovereignty of the asserting state, but only if the offenses are recognized as being so heinous as to allow any state jurisdiction over the person of the perpetrator to assert jurisdiction over the subject matters»¹⁷⁵⁴.

Pour le professeur Bassiouni, il y aurait un lien direct entre les crimes du droit international qui relève du *ius cogens* et leur répression universelle *erga omnes*¹⁷⁵⁵.

2- La qualification d'un crime international en crime de *ius cogens* emporte *absolument* établissement de la compétence universelle.

371. Il s'agit ici d'étudier le caractère *obligatoire* de la compétence universelle. Du point de vue du principe de la complémentarité, c'est ce caractère qui en fait un outil de lutte contre l'impunité¹⁷⁵⁶. En effet, on sait désormais que le principe de la complémentarité dans sa dimension juridictionnelle donne une certaine primauté à la compétence juridictionnelle des Etats. A priori, cette certitude s'applique à la juridiction du seul Etat sur le territoire duquel le crime a été commis. Ce qui suppose que l'articulation entre la justice pénale internationale et les juridictions nationales s'entend de l'articulation entre la compétence internationale et la compétence territoriale des juridictions nationales. Or, l'article 1 du Statut de Rome dispose *in medio*, « (...) Elle [la Cour] est complémentaire des juridictions pénales nationales », nous l'avons dit, doit être pris dans le sens plus large de compétences pénales nationales. Ce qui signifie qu'il y a complémentarité non seulement avec la compétence territoriale, mais aussi avec la compétence personnelle et surtout avec la compétence universelle. Aussi, cette disposition signifie que la complémentarité de la justice pénale internationale ne s'entend pas seulement de la complémentarité avec le seul Etat sur le territoire duquel le crime a été commis mais aussi de l'ensemble des Etats de la communauté internationale à même de mettre en œuvre un titre de compétence particulier y compris la compétence universelle.

En admettant cette interprétation, la compétence universelle acquiert donc la primauté par rapport à la juridiction pénale internationale. Une primauté qui crée à la charge des Etats une

¹⁷⁵⁴ C. L. BLAKESLEY, « Jurisdictional issues and conflicts of jurisdiction », in Ch. BASSIOUNI (dir.), 1988, pp. 131-179.

¹⁷⁵⁵ Ch. BASSIOUNI, « Réprimer les crimes internationaux : jus cogens et obligatio erga omnes »,

¹⁷⁵⁶ Pour des développements détaillés de cette idée, cf. Ch. C. JOYNER, « Arresting impunity: the case for universal jurisdiction in bringing war criminals to accountability », *Law and Contemporary Problems*, vol.59, 1996, pp. 153-172.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

obligation de réprimer puisque la Cour pénale internationale n'intervenant qu'à titre subsidiaire. Analyser le caractère obligatoire de la compétence universelle des juridictions nationales ne revient pas à dire si, oui ou non, cette compétence, a de manière abstraite, un fondement obligatoire. Une telle hypothèse ne présente aucun intérêt précis dès lors qu'il est admis qu'il ne saurait exister de clause générale de compétence universelle obligatoire¹⁷⁵⁷. Traiter de cet aspect de la question revient plutôt à se demander dans quel domaine ou dans quelle matière spécifique la norme habilitant le juge national à connaître des infractions commises en dehors des frontières de sa loi et de son territoire présente un fondement obligatoire ?

Pour répondre à cette question, il convient d'emblée de considérer la déclaration de la juge internationale Christine Van Den Wyngaert qui affirme qu'il existe un consensus au sein de la communauté internationale aux termes duquel, les crimes les plus graves du droit international, notamment les crimes de guerre, le génocide et le crime contre l'humanité ne doivent pas demeurer impunis¹⁷⁵⁸. Dans ce sens, il semble établi que la norme portant compétence universelle au profit d'un juge national présente un caractère obligatoire dans le domaine des *core crimes*. Il en est ainsi, parce que, si ces crimes ne doivent pas demeurer impunis, l'un des intérêts de la compétence universelle est d'éradiquer tout conflit négatif de compétence et d'obvier à tout déni de justice¹⁷⁵⁹. Il y a même en toile de fond de la relation entre les crimes internationaux et la compétence universelle, l'idée qu'à l'époque où le droit international était essentiellement coutumier, le seul crime international qualifié comme tel justifiant la compétence universelle des Etats fut la piraterie qui devint tout naturellement la source exclusive des infractions internationales.

¹⁷⁵⁷ L'un des spécialistes de la question de la compétence universelle, le juge belge Damien Vandermeersch admet notamment que, « la compétence universelle ne recèle pas une obligation générale de poursuites de toutes les violations graves du droit international des conflits armés perpétrés dans le monde mais elle offre aux autorités nationales une latitude d'action pour mener une politique criminelle responsable lorsque des éléments viennent justifier une intervention concrète des autorités judiciaires nationales », voir, « Compétence universelle et immunités en droit international humanitaire. La situation belge », in M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, op. cit., pp. 284-285. Pour d'autres travaux de l'auteur, l'on peut mentionner outre les études déjà citées, « Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge », *R.D.P.C.*, dossier n°6, « Actualité du droit international humanitaire », 2001, pp. 121-180 ; « La compétence universelle en droit belge : poursuites pénales et extraterritorialité », *R.D.P.*, n°8, 2002, pp. 39 ss ; « La répression en droit belge des crimes de droit international », *R.I.D.P.*, 1997, pp. 1092 ss ; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Chartre, 1999.

¹⁷⁵⁸ Déclaration de la juge *ad hoc* Van den Wyngaert, Cour internationale de justice, 8 décembre 2000, in <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoCKET>. Voir aussi de nombreux documents émanant des Nations Unies cités par la juge.

¹⁷⁵⁹ D. VANDERMEERSCH, « Compétence universelle et immunités en droit international humanitaire. La situation belge », op. cit., p. 285.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

372. En matière de crimes de droit international en effet, plusieurs conventions contiennent des dispositions expresses habilitant les juges nationaux à exercer leur compétence juridictionnelle indépendamment du lieu de commission de l'acte et/ou de la nationalité de son auteur. Peuvent être citées les Conventions de Genève du 12 août 1949 et le Protocole I additionnel à ces conventions (art. 49 Convention I, art. 50 Convention II, art. 129 Convention III, art. 146 Convention IV et art. 85 §1^{er} du Protocole I) dont les dispositions sont libellées comme suit :

« Les Hautes parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention (...)

Chaque Partie contractante aura *l'obligation* de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou ordonner de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et *elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité (...)* »¹⁷⁶⁰.

La particularité de ces conventions est que le principe de l'universalité de la poursuite s'applique seulement aux crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit international et non à ceux commis dans le cadre d'un conflit armé interne.

373. Peuvent également être mentionnés, l'article 5 (2) de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, signée à New York le 10 décembre 1984 qui dispose,

« Tout Etat Partie *prend également les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions* dans les où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des Etats visés au §1 du présent article ».

Au regard des ces différentes dispositions il apparait que les instruments internationaux imposent aux Etats l'obligation de doter leurs juridictions d'une compétence pour juger les auteurs présumés des infractions qu'elles visent, alors même que ces crimes auraient été commis à l'étranger et que ces auteurs ne seraient pas des nationaux de cet Etat. Au sujet de la portée de cette obligation, il importe de relever qu'en l'absence de traité spécifique, aucun principe de compétence universelle obligatoire n'est prévu en matière de crime contre l'humanité. Par ailleurs, la Convention du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide se limite à consacrer la compétence obligatoire des juridictions du pays

¹⁷⁶⁰ Nous soulignons.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

du lieu des faits (principe de la compétence territoriale)¹⁷⁶¹. Toutefois, cette lacune, qui suppose une application générale de l'obligation d'établir la compétence universelle en matière de core crimes, peut être relativisée d'abord par le fait que le crime de génocide, le crime contre l'humanité ou le crime de guerre sont constitués partiellement de tortures. Ce qui rend la convention de 1984 applicable s'agissant de ces crimes. Ensuite, le principe de la complémentarité contenu dans le Statut de Rome semble participer à cet élargissement de la portée de la compétence universelle obligatoire en matière de crimes internationaux. Dans la même perspective, les instruments internationaux cités ne sont pas seulement « permises » en ce qu'ils autorisent les Etats à exercer une compétence universelle pour réprimer les auteurs des crimes internationaux¹⁷⁶². Par ailleurs, sur la question de savoir si cette obligation conventionnelle d'établissement de la compétence universelle a ou non un caractère *self-executing* il convient de se référer aux législations nationales.

B- Principe de complémentarité, compétence universelle et désétatisation du droit pénal.

Deux idées peuvent être retenues ici : le renouvellement du paradigme juridique dans le champ pénal (1) et la question de l'unilatéralisation de la compétence universelle (2).

1- La compétence universelle, élément de renouvellement du paradigme juridique dans le champ pénal.

374. Certes, l'analyse de la compétence universelle conduit presque toujours, nous l'avons vu, à la question de la légalité internationale de ce critère de compétence. Mais au-delà de cette question relative à la recherche de la légalité internationale de la règle de l'universalité du droit de punir sous l'angle des rapports entre la compétence universelle et les crimes internationaux, il y a une autre lecture, qui semble de plus en plus s'imposer dans l'analyse du principe de l'universalité. Selon celle-ci, le développement actuel du principe suggère une sorte de renouvellement du paradigme juridique dans le champ pénal. Cette lecture adoptée par le professeur belge Antoine Bailleux¹⁷⁶³ suppose qu'en habilitant les juges à poursuivre et juger littéralement « tout le monde », « la loi de compétence universelle [leur] conférait une

¹⁷⁶¹ D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit., p. 592.

¹⁷⁶² D. CARREAU, « La compétence universelle au regard du droit international », in *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc. Les droits et le droit*, op. cit., pp. 93-94.

¹⁷⁶³ A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, op. cit.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

visibilité, un pouvoir et un statut qui cadrent mal avec la position subalterne qu'ils occupent dans la conception kelsenienne de l'ordre juridique »¹⁷⁶⁴. Si l'on prend le cas de la Belgique, c'est au prix d'une interprétation surprenante de la Cour d'appel de Bruxelles au sujet de l'article 12 du Code de procédure pénale, que la portée de la loi de compétence universelle fut radicalement limitée et suscita le dépôt de deux propositions de loi¹⁷⁶⁵. Ce fut encore le cas de la Cour de cassation belge qui, en rendant à la loi de compétence universelle sa portée originaire et en ignorant ses dispositions en matière d'immunités, entreprit à la fois d'apaiser les parlementaires et de restaurer la validité internationale de la loi¹⁷⁶⁶. Cette même lecture peut également être faite au sujet de l'affaire *Hissène Habré* devant les juridictions nationales sénégalaises¹⁷⁶⁷.

En réalité, cette lecture est guidée par le fait que la règle de la compétence universelle constitue une exception au principe de territorialité du droit pénal au terme duquel une personne qui commet une infraction sur le territoire d'un Etat déterminé est poursuivie par les autorités de cet Etat, sanctionné par ses juridictions suivant le droit qui y est en vigueur et y purge sa peine. Elle consiste en l'aptitude d'un juge à connaître d'une infraction indépendamment du lieu où elle a été commise et quelles que soient la nationalité de l'auteur et de celle de la victime¹⁷⁶⁸. Elle participe d'une forme assez achevée de désétatisation de la justice du fait du dépassement des frontières législatives, territoriales, personnelles qu'elle réalise. L'originalité de la règle est qu'elle trouve son fondement dans la nécessité de la protection d'un intérêt ou d'une valeur à caractère universel dont le respect relève de la responsabilité commune de l'ensemble des Etats.

Dans cette perspective, le principe de la compétence universelle entretient des rapports étroits avec celui de la complémentarité. Ce dernier ne s'entend plus uniquement dans un sens « verticale » entre le niveau national et le niveau supranational mais aussi et surtout dans un sens « horizontal » entre les niveaux nationaux.

¹⁷⁶⁴ A. BAILLEUX, « A la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *op. cit.*, p. 94, nous soulignons.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 95.

¹⁷⁶⁶ *Ibid.*, pp. 95-96.

¹⁷⁶⁷ Cf. A. CISSE, « Droit sénégalais », in M. DELMAS-MARTY et A. CASSESE (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op. cit.* ; Y. CARTYUVELS, « Le droit pénal et l'Etat : des frontières naturelles en question », in M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, *op. cit.*

¹⁷⁶⁸ D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, *op. cit.*, p. 588.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

2- La question de l'unilatéralisation de l'établissement de la compétence universelle

375. S'il est admis que certaines normes internationales présentant le caractère de *ius cogens* imposent aux Etats une obligation d'établir la compétence universelle, il reste la question, plus large, de savoir si un Etat peut, de son propre chef, habiliter ses juridictions nationales à juger des crimes commis en dehors de ses frontières par des personnes étrangères. Cette question, qui soulève le problème de la licéité de la compétence universelle sur base unilatérale ou volontaire a fait l'objet d'un litige entre la République Démocratique du Congo et la Belgique devant la Cour internationale de justice suite à un mandat d'arrêt délivré en Belgique à l'encontre d'un ministre congolais sur la base de la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire dite affaire « Yérodia ».

L'article 7 de cette loi reconnaissait aux juridictions belges une compétence universelle indépendamment de tout lien de rattachement avec la Belgique et indépendamment de toute obligation internationale. Dans sa requête, l'Etat congolais faisait grief au mandat d'arrêt international du juge belge de contrevenir au droit international et plus particulièrement au principe de souveraineté des Etats et aux règles en matière d'immunité diplomatique... Dans son arrêt du 14 février 2002, comme il a déjà été souligné, la Cour internationale de justice s'est limitée à l'examen de la question de l'immunité qui avait pourtant perdu de son actualité puisque la personne en cause n'avait pas la qualité de ministre au moment des faits et n'était plus ministre au moment où la Cour a été appelée à se prononcer. Par contre elle s'est abstenue de se prononcer sur la question de la *légitimité internationale* de la *compétence universelle unilatérale* qui conservait pourtant tout son caractère actuel.

Malgré cette esquivance de la Cour internationale de justice, il convient de relever que de nombreuses autres conventions internationales prévoient une simple *faculté* pour les Etats en matière de compétence universelle. Tel est notamment le cas de l'article 6 (2) de la Convention européenne du 27 janvier 1977 pour la répression du terrorisme qui dispose, « la présente convention n'exclut aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales ». Mais en réalité, la question de la licéité de la compétence universelle unilatérale remonte bien à l'arrêt rendu par la Cour permanente de justice internationale le 7 septembre 1927 dite affaire du *Lotus*¹⁷⁶⁹. Cet arrêt, typique de la pensée juridique dominante et

¹⁷⁶⁹ Affaire *Lotus*, CPJI, 7 septembre 1927, série A, n°10.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

largement commenté par la doctrine de l'époque¹⁷⁷⁰, a admis le principe que toute Etat est libre d'appliquer n'importe quel principe de compétences pénales y compris le principe de l'universalité.

Toutefois, l'arrêt du *Lotus* ne régla pas fondamentalement la question de la licéité internationale du principe de l'universalité en tranchant la question de savoir si ce principe a une base coutumière en droit international. De même qu'elle ne régla pas expressément le problème des conflits de compétences qui pourraient naître d'une unilatéralisation excessive du principe de l'universalité. Ainsi, plutôt que servir comme outil de lutte contre l'impunité, ce principe poserait d'énormes difficultés sur le terrain de la sécurité juridique. Mais, du point de vue du droit international, les principales limites au volontarisme des Etats furent le respect du principe de non ingérence et l'interdiction d'exercer une exécution sur un territoire étranger¹⁷⁷¹. Du point du droit pénal, il fut invoqué les principes de légalité, de prévisibilité et donc de garantie de des droits de la défense¹⁷⁷².

376. Si l'on se réfère à la pratique des Etats aujourd'hui, il en ressort que de nombreux Etats établissent dans leurs systèmes nationaux, et ce de manière autonome, la règle de l'universalité du droit de punir. A titre d'exemple, l'Espagne reconnaît le principe de l'universalité pour des matières particulières¹⁷⁷³. Le Code pénal allemand prévoit une compétence universelle de ses juridictions en matière de génocide (§6, chap.1 StGB). Le Code pénal international attribue une compétence universelle au juge allemand pour tous les crimes internationaux au sens étroit, y compris les crimes contre l'humanité¹⁷⁷⁴. Il ressort de ces exemples que, la tendance en droit comparé semble bien être que l'application unilatérale du principe de l'universalité ne saurait plus être regardée comme a priori illégale au regard de l'impératif de lutte contre l'impunité et des conséquences issues du principe de la

¹⁷⁷⁰ Cf. les références citées par, M. HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit international*, op. cit., p. 138.

¹⁷⁷¹ *Ibid.*, pp. 162 ss.

¹⁷⁷² Cf. notamment, A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, coll. «Thémis », 1993, pp. 191-192.

¹⁷⁷³ Art. 23-4 LOPJ, « Sera également compétente la juridiction pénale espagnole pour connaître des faits commis par des espagnols ou des étrangers hors du territoire susceptibles d'être qualifiés, selon la loi espagnole, comme des délits suivants : génocide, terrorisme, piraterie et appropriation illicite d'aéronef, falsification de monnaie étrangère, prostitution et corruption de mineurs et incapables, trafic illégal de stupéfiant », cité par D. VANDERMEERSCH, « La compétence universelle », op. cit., pp. 602-603. Voir aussi, V. BUCK, « Droit espagnol », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.) *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit., pp. 121-158.

¹⁷⁷⁴ Cf. R. ROTH et Y. JAENNERET, « Droit allemand », in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.) *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit., pp. 7-29.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

complémentarité contenu dans le Statut de Rome. D'où par exemple l'intérêt de s'interroger sur la possibilité d'existence d'une perspective africaine de la compétence africaine.

§2. Y a-t-il une perspective africaine de la compétence universelle ?

Y a-t-il effectivement ou peut-on réellement parler d'une perspective africaine de la compétence universelle ? Cette question peut a priori sembler curieuse. Car si l'on admet des colorations géographiques à la règle de l'universalité, précisément elle perd sa dimension universelle. Pourtant certains auteurs envisagent bien l'hypothèse d'une perspective africaine de la compétence universelle¹⁷⁷⁵. Sans doute, l'on entend par là, non pas une redéfinition « à l'africaine » de la compétence universelle mais plutôt une certaine considération locale dans le déploiement du principe de l'universalité. En effet, lors de la quatorzième session ordinaire de la Conférence de l'Union Africaine tenue du 31 janvier au 2 février 2010 à Addis-Abeba en Ethiopie, les Etats parties ont adopté une décision portant dénonciation d'une utilisation abusive de la compétence universelle¹⁷⁷⁶ (A). La réflexion engagée depuis cette période semble conduire à la proposition de faire adopter un modèle de loi nationale sur la compétence universelle au sein de l'Union Africaine (B).

A- La dénonciation par l'Union Africaine d'une utilisation abusive de la compétence universelle.

377. D'abord, qu'est-ce que c'est qu'une utilisation *abuse* de la compétence universelle ?

Dans une déclaration faite par le chef d'Etat rwandais,

« [L]ately, some in the more powerful parts of the world has given themselves the right to extend their national jurisdiction to indict weaker nations. This is total disregard of international justice and order. Where those rights come from? Would the reverse apply such that a judgment from less powerful nations indicts those from the more powerful? »¹⁷⁷⁷

Cette déclaration du président Paul Kagamé devant la communauté des Etats soulève le problème, déjà abordé, de la licéité internationale du principe de l'universalité établi de manière unilatérale par les Etats. En soulevant ce problème, il suggère qu'une utilisation

¹⁷⁷⁵ Ch. CHERNOR JALLOH, « Universal jurisdiction, universal prescription? A preliminary assessment of the African Union perspective on universal jurisdiction », *Criminal Law Forum*, vol. 21, 2010, pp. 1-65.

¹⁷⁷⁶ Voir, Assembly/AU/Dec. 271(XIV), Rev.1, *Décision sur l'utilisation abusive du principe de compétence universelle*, Doc, EX.CL/540 (XVI).

¹⁷⁷⁷ Propos prononcés lors du discours de Paul Kagamé, Président de la République du Rwanda, in 'Facing Tomorrow Conference' Presidents Discussing Tomorrow, Jerusalem, Israel, 13 mai 2008.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

abuse de la compétence universelle s'entend d'une certaine conception pyramidale de la compétence universelle (1). Conception qui peut être évaluée à partir de l'étude d'un cas spécifique celui de l'*Hissène Habré* (2).

1- Le rejet d'une conception pyramidale de la compétence universelle, facteur de l'abus.

378. La conception pyramidale de la compétence universelle est celle qui sous-entend une hiérarchie entre les niveaux nationaux de répression (hiérarchie entre les juridictions nationales) alors que ceux-ci se situent sur un plan horizontal selon le principe de l'égalité souveraineté. Il ne s'agit pas de revenir sur les difficultés inhérentes à la mise en œuvre de la compétence universelle, mais de faire remarquer que dans son application actuelle, la compétence universelle semble s'assimiler à une sorte d'« impérialisme judiciaire ». La plupart des cas de compétence universelle mis en œuvre ces dernières années sont le fait des anciennes puissances coloniales telles que la Belgique, la France, l'Angleterre, l'Allemagne, l'Espagne. Ce qui donne au principe de l'universalité, l'image d'un instrument de néocolonialisme¹⁷⁷⁸ dans la mesure où, les poursuites engagées par ces Etats le sont en direction des pays du Sud¹⁷⁷⁹. Cet argument fondé sur la dimension impériale de la tendance actuelle de la compétence entraîne une perte de légitimité et de crédibilité à l'œuvre de justice sensée être accomplie à travers le mécanisme de la compétence universelle¹⁷⁸⁰.

Du point de vue de l'articulation des ordres et des systèmes normatifs, cette tendance de la compétence universelle rappelle le modèle pyramidale *kelsenien* de la hiérarchie des normes. Cette approche fut notamment défendue par le professeur Antoine Bailleux au sujet de l'expérience belge de la compétence universelle¹⁷⁸¹. Repérant, dans la trajectoire de la loi belge adoptée en 1993 jusqu'à son abrogation en 2003, la trace d'une confrontation aigüe entre les deux modèles conceptuels de la pyramide et du réseau¹⁷⁸², il souligne que,

¹⁷⁷⁸ Cf. Ch. L. SRIRAM, « Revolution in accountability: new approaches to past abuses », *American University International Law Review*, vol. 19, 2003, pp.

¹⁷⁷⁹ Si l'on considère les plaintes déposées devant les juridictions belges, les poursuites pourraient être engagées notamment contre des hauts des pays du Sud tels que le Tchad, Cuba, Irak, République Démocratique du Congo ou encore Côte d'Ivoire.

¹⁷⁸⁰ T. MOGHADAM, « Revitalizing universal jurisdiction: lessons from hybrid tribunals applied to the case of Hissène Habré », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 39, 2007-2008, pp. 471-521, spec. pp. 484-486.

¹⁷⁸¹ A. BAILLEUX, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, op. cit.

¹⁷⁸² Cf. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

« la mise en œuvre de la loi de compétence universelle révéla rapidement son potentiel dévastateur et fit surgir le spectre d'une pyramide boulimique, cherchant à faire toute seule ce que les autres ne réussissaient pas ensemble »¹⁷⁸³.

Selon cet auteur, la loi de la compétence universelle belge – le raisonnement peut être étendu aux différentes autres initiatives européennes de compétence universelle – interpelle le théoricien du droit en ce qu'elle met clairement en lumière une « anomalie » du paradigme de la pyramide qui, faut-il le dire, peine à rendre compte de la fonction nouvelle qu'est appelé à remplir l'Etat dans le contexte mondial ou global que nous connaissons de production du droit.

« Notre système juridique pyramidal [écrit-il], caractérisé par une production hiérarchisée et 'monologique' du droit, s'ouvre aujourd'hui aux réalités complexes d'un monde en évolution »¹⁷⁸⁴.

L'auteur fait l'hypothèse, comme nous l'avons dit,

« que la loi belge de compétence universelle s'apparenta à une tentative de l'Etat belge – pyramidal – de s'arroger une place de premier rang dans l'ordre juridique mondialisé – réticulaire- qui se développe autour de lui » et souligne que « l'abrogation progressive de cette loi témoigne aujourd'hui de la volonté de la Belgique de s'insérer plus modestement dans un réseau pénal transnational en devenir, où la souveraineté intransigeante des Etats a laissé la place à la coopération entre les nouveaux acteurs de l'ordre mondial »¹⁷⁸⁵.

Ces arguments sont également ceux évoqués dans le cadre de la dénonciation d'une utilisation abusive de la compétence universelle dans la répression des atteintes graves au droit international humanitaire en Afrique. Même si l'on peut regretter, ici, que les arguments politiques prennent le pas sur le raisonnement juridique¹⁷⁸⁶.

2- Un cas de mise à l'épreuve de l'ouverture des systèmes pénaux africains à partir du mécanisme de compétence universelle : l'affaire *Hissène Habré* devant le système pénal sénégalais.

379. L'affaire Hissène Habré est incontestablement celle qui confirme la thèse d'une mise en transition des systèmes pénaux africains, évoluant des modèles clos et simples, vers des modèles ouverts et complexes, en ce que cette affaire suggère sérieusement l'hypothèse d'une renaissance du pluralisme juridique – normatif et judiciaire – dans les droits pénaux africains.

¹⁷⁸³ A. BAILLEUX, *op. cit.*, p. 71.

¹⁷⁸⁴ *Ibid.*, p. 9.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, pp. 4-5.

¹⁷⁸⁶ T. MOGHADAM, « Revitalizing universal jurisdiction: lessons from hybrid tribunals applied to the case of Hissène Habré », *op. cit.*, pp. 486-488; Ch. CHERNOR JALLOH, « Universal jurisdiction, universal prescription? A preliminary assessment of the African Union perspective on universal jurisdiction », *op. cit.*

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

D'une part, elle réalise effectivement une sorte de désétatisation du droit pénal et d'autre part elle emporte l'internationalisation du droit pénal sénégalais. Ce faisant, elle redessine la structure du système pénal africain et rend fécond la théorie de l'*internormativité* pour le renouvellement de son analyse. L'affaire *Hissène Habré* témoigne de la complexité croissante des systèmes pénaux africains au regard de la *qualité* et de la *quantité* de *relevances juridiques* qui existent entre les diverses composantes. Elle réalise ce que Marc Henzelin a qualifié de « choc des cultures »¹⁷⁸⁷.

Du point de vue normatif, l'affaire illustre les *relevances juridiques* qui rattachent l'ordre normatif national avec l'ordre normatif international, entre l'ordre normatif national et l'ordre normatif communautaire, entre l'ordre normatif communautaire et l'ordre normatif international. De ce point de vue trois ensembles normatifs structurent le système pénal africain (ensemble national, communautaire et international). Du point de vue judiciaire, elle illustre les *relevances juridiques* qui relient les différents niveaux nationaux et supranationaux. Elle relie ainsi, les juridictions sénégalaises aux juridictions belges, les juridictions sénégalaises aux à une juridiction communautaire, la Cour de justice de la communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest¹⁷⁸⁸, les juridictions sénégalaises et la Cour internationale de justice. Et aujourd'hui, l'actualité est à la création d'une juridiction *ad hoc, hybride* au sein du système sénégalais et qui sans doute établira de nouvelles formes de *relevances* avec les autres composantes tant normatives qu'institutionnelles.

L'affaire *Hissène Habré* commence avec la plainte avec constitution de partie civile déposée par les victimes en janvier 2000 devant les autorités sénégalaises¹⁷⁸⁹. Le parquet suivi les plaignants et saisi le juge d'instruction, qui inculpa très rapidement Hissène Habré pour crimes contre l'humanité, actes de torture et de barbarie¹⁷⁹⁰. Le 18 février 2000, les avocats d'*Hissène Habré* déposèrent une requête en annulation de l'inculpation à la Chambre d'accusation de la Cour d'appel de Dakar en arguant notamment, de l'incompétence des pouvoirs judiciaires sénégalais¹⁷⁹¹, l'absence de base légale pour poursuivre¹⁷⁹², et l'exception

¹⁷⁸⁷ L'ensemble de ces arguments ont servi de base à la contribution de Marc Henzelin dans une étude globale portant sur le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation, « Droit international et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », *op. cit.*

¹⁷⁸⁸ Dite encore Cour de justice de la CEDEAO

¹⁷⁸⁹ Plainte avec constitution de partie civile, Guengueng et autres c. Habré, disponible sur, <http://hrw.org/french/themes/habre-plainte.html>, consulté le 14 mars 2009.

¹⁷⁹⁰ L'acte d'inculpation d'Hissène Habré est également disponible sur <http://www.hrw.org/french/themes/habre-inculpation.html>, consulté le 14 mars 2009.

¹⁷⁹¹ Cet argument se basait sur l'idée que le Sénégal ne connaissait pas le principe de l'universalité.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

de prescription. Par arrêt rendu par la Chambre d'accusation, la Cour d'appel donna raison aux avocats d'*Hissène Habré* et conclut que le crime contre l'humanité n'avait pas été incorporé dans le droit sénégalais et ne pouvait de ce fait être retenu sans violer le principe de la légalité. Elle conclut également que le Sénégal n'était pas compétent pour des crimes de meurtre commis au Tchad par un tchadien au préjudice des victimes tchadiennes. Le 20 mars 2001, la Cour de cassation du Sénégal confirma l'arrêt rendu par la Chambre d'accusation¹⁷⁹³. Suite à une certaine politisation de l'affaire¹⁷⁹⁴, la procédure n'a plus évolué devant les juridictions sénégalaises¹⁷⁹⁵. Le comité des Nations Unies contre la torture, saisi, demande aux autorités sénégalaises de ne pas laisser *Hissène Habré* sortir du territoire. Le 19 septembre 2005, l'affaire s'internationalise. Après quatre années d'instruction, un juge belge délivre un mandat d'arrêt international contre *Hissène Habré* pour crimes contre l'humanité, crimes de guerre et actes de torture. L'affaire devient un différend entre le Sénégal et la Belgique qui demande son extradition¹⁷⁹⁶. Le 24 novembre 2005, le procureur de la République demande à la Cour d'appel de Dakar de se déclarer incompétente pour statuer sur la demande d'extradition. Le 31 janvier 2007, l'Assemblée nationale sénégalaise adopte la loi internalisant le Statut de Rome, mais après de nouvelles plaintes des victimes, les autorités ne souhaitent pas faire avancer le dossier. Le 19 février 2009, la Belgique saisit la Cour internationale de justice et lui demande d'ordonner au Sénégal de poursuivre ou d'extrader *Hissène Habré* et d'indiquer des mesures conservatoires¹⁷⁹⁷. Au sujet des nouvelles plaintes déposées après l'adoption de la loi de 2007, *Hissène Habré* et ses avocats saisissent la Cour de justice de la communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest, sur le fondement du non respect de principe non-retroactivité en matière pénale. Le 10 novembre 2010, cette

¹⁷⁹² Cet argument se fondait sur les dispositions du Code pénal sénégalais qui n'avait pas incorporé le crime de torture qu'en 1996, soit bien après que les faits reprochés à Habré aient été commis, et que le crime contre l'humanité n'existait pas dans l'arsenal pénal du Sénégal.

¹⁷⁹³ Cour de cassation du Sénégal, première chambre statuant en matière pénale, Arrêt n°14, Guengueng et autres c. Habré, 20 mars 2001, http://www.hrw.org/french/themes/habre-cour_de_cass.html, consulté le 14 mars 2009.

¹⁷⁹⁴ L'on peut entre autres évoquer les faits suivants : le 7 mai 2001, l'ex-président sénégalais Abdoulaye Wade demande à Hissène Habré de quitter le Sénégal. Déjà le 30 juin 2000 après qu'Hissène Habré ait été inculpé, le président sénégalais préside le Conseil supérieur de la magistrature et mute le juge Kandji, lui retirant ainsi l'enquête d'Habré. Le président de la Cour d'appel de Dakar est promu et c'est lui qui annulera plus tard l'acte d'inculpation. Pour une analyse de ces éléments politiques, cf. Pour une analyse des enjeux politiques de l'affaire, A. CISSE, « A. CISSE, « Droit sénégalais », in M. DELMAS-MARTY et A. CASSESE (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, op. cit. pp. 445-446 ; P. MARKS, « The Hissène Habré case : the law and politics of universal jurisdiction », in S. MACEDO, *Universal jurisdiction : national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, 2003, pp. 131 ss.

¹⁷⁹⁵ .
¹⁷⁹⁶ Sur l'analyse de ce différend, cf. P.-M. MARTIN, « Un différend entre la Belgique et le Sénégal : l'affaire Habré », *Recueil Dalloz*, n°31, 2009, pp. 2125-2127.

¹⁷⁹⁷ Pour une analyse de cette décision, *Ibid.* Le 28 mai 2009, la CIJ accepte l'engagement du Sénégal d'empêcher qu'Habré ne quitte le territoire.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

juridiction rend un arrêt décidant que l'Etat sénégalais n'est pas en droit de faire juger le concerné par ses tribunaux, au risque de violer le principe de la non-retroactivité de la loi pénale inscrit dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹⁷⁹⁸.

Cette description de la procédure dans l'affaire *Habré* conduit à s'interroger sur le projet de l'Union Africaine d'élaboration d'une législation modèle en matière de compétence universelle en Afrique.

B- Vers une nouvelle conception de la compétence universelle dans les systèmes pénaux africains ?

380. Peut-on envisager une nouvelle conception du principe de l'universalité dans les systèmes pénaux africains si l'on considère d'une part que l'organisation africaine prépare un modèle de législation nationale en matière de compétence universelle destinée aux systèmes pénaux africains et d'autre part que le Sénégal sans remettre en cause sa compétence universelle, semble vouloir juger *Habré* selon la technique des juridictions *ad hoc* ? Il est assez difficile d'y apporter une réponse claire.

En effet, sur le premier point, il convient de relever que le modèle de législation en préparation dans le cadre de l'Union Africaine serait pour les Etats africains une sorte de *soft law* qui permettrait davantage une harmonisation des législations nationales en matière de compétence universelle et non un élément de reconceptualisation du principe de l'universalité. Car, il serait difficile pour les Etats africains de revenir sur certains acquis fondamentaux du paradigme du crime contre l'humanité tels que l'échec des immunités ou de la qualité officielle. Sur le second point, il y a peut être une possibilité pour une adaptation du principe de l'universalité à l'ambiguïté de la relation entre le pouvoir et le droit en Afrique. Cette possibilité se trouve dans le mandat donné par la Cour de justice de la CEDEAO au gouvernement sénégalais de mettre en place un processus juridictionnel hybride pour juger *Hissène Habré*. Cette proposition soutenue par d'autres auteurs présente l'avantage de combiner l'universel à l'international¹⁷⁹⁹. Il y aurait ainsi, un mélange de juges locaux et de

¹⁷⁹⁸ Pour une analyse de cet arrêt dont le raisonnement est manifestement incohérent, cf. A.-D. OLINGA, « Les droits de l'homme peuvent-ils soustraire un ex-dictateur à la justice ? L'affaire Hissène Habré devant la Cour de justice de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest », *Rev. trim. dr. h.*, n°87, 2011, pp. 735-746 ; V. SPIGA, « Non-retroactivity in criminal law. A new chapter in the Hissène Habré saga », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 1ss.

¹⁷⁹⁹ T. MOGHADAM, « Revitalizing universal jurisdiction: lessons from hybrid tribunals applied to the case of Hissène Habré », *op. cit.*, pp. 490-495.

Chapitre 6.

L'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de juridiction pénale nationale

juges « internationaux », mélange qui serait une manifestation effective du principe de l'universalité du droit de punir reconnu à tout juge en cas de commission des core crimes. L'enjeu d'une telle conception étant, comme le souligne Dickinson, « [to] gain greater sensitivity to local issues, local culture, and local approaches to justice »¹⁸⁰⁰. Les juridictions sénégalaises resteraient compétentes sur la base du principe de l'universalité et les juges belges, appelés à siéger dans la juridiction hybride, seraient également compétents sur la base de l'universalité.

Dans cette perspective, la compétence universelle se détacherait de la logique pyramidale ou hiérarchique, pour s'inscrire dans un modèle réticulaire, celui du réseau. Le principe de l'universalité établirait donc un réseau entre juges universellement compétents. Aussi, le principe de la compétence universelle, ne s'entendrait plus seulement de l'universalité des juridictions étatiques mais aussi, et peut être même d'abord, de l'universalité du juge dans un contexte de désétatisation du droit pénal et donc de perte des frontières et du débordement de la souveraineté classique et de l'émergence de la souveraineté partagée. Cette conception de la compétence universelle s'inscrit dans la logique de la montée en puissance des juges.

¹⁸⁰⁰ L. DICKINSON, « The promise of hybrid courts », *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, p. 307.

Conclusion du chapitre 6. Montée en puissance des juges et absence de hiérarchie judiciaire.

381. L'idée directrice de ce chapitre est celle de la montée en puissance des juges, nationaux et/ou internationaux, les deux pouvant être cumulatifs ou alternatifs. C'est précisément ce que le professeur Mireille Delmas-Marty qualifiait de « mondialisation des juges ». Une montée en puissance ou une mondialisation qui résulte de l'inévitable articulation entre compétence internationale et compétence universelle sur base du principe de la complémentarité. La première, la compétence internationale, s'exerçant indirectement par le biais d'une instance supranationale, crée des *relevances juridiques* entre les niveaux nationaux et supranationaux d'une part, et les niveaux supranationaux entre eux d'autre part. Même si elle est conçue selon le modèle de structuration organique verticale, sa mise en œuvre effective fait penser à ce que le professeur Geneviève Giudicelli-Delage nommait la « verticalité horizontalisée ». Horizontalisé en raison de la complémentarité nécessaire, mais verticalité toujours, parce que, si l'office du juge interne doit être renforcé, cela ne doit pas conduire à des nationalisations pures et simples de la compétence internationale mais bien à la répression d'un crime internationale¹⁸⁰¹. La seconde, la compétence universelle, s'exerçant directement par les instances nationales, s'inscrit directement dans une complémentarité horizontale avec les autres juridictions nationales.

Ainsi ce qu'il convient aussi de retenir au terme de ce chapitre est que le phénomène de la montée en puissance des juges, qui se réalise par l'articulation complémentaire des compétences internationale et universelle, produit deux conséquences. La première est l'ouverture des systèmes pénaux et donc la désétatisation du droit pénal. La seconde est l'absence de hiérarchie *stricte* entre les ordres juridictionnels. En effet, il est difficile voire juridiquement impossible d'établir une quelconque forme de hiérarchie *stricte* entre les niveaux national et supranational de répression des crimes contre l'humanité. De même, le principe de l'universalité ne s'accompagne pas d'une clause de hiérarchie entre les systèmes nationaux en concours. Si les hiérarchies ne sont pas strictes, c'est parce qu'elles sont complémentaires. Ni ordre superposé, ni désordre juxtaposé, la montée en puissance des juges correspond à une nouvelle sorte de pluralisme judiciaire dont l'équilibre reste assez instable. Par exemple, le projet de section criminelle à la Cour africaine de justice et des droits

¹⁸⁰¹ G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions. L'inévitable dialogue des juges ? », in *Le champ pénal, op. cit.*, p. 31.

Conclusion du Chapitre 6.

Montée en puissance des juges et absence de hiérarchie judiciaire.

de l'homme tendra, s'il se concrétise, à rompre la chaîne verticale entre les juridictions nationales et la Cour pénale internationale.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Conclusion du titre 3.

L'affirmation constante du développement d'un modèle de justice pénale institutionnelle.

Conclusion du titre 3. L'affirmation constante du développement d'un modèle de justice pénale institutionnelle.

382. La première logique répressive qui caractérise le contentieux des infractions internationales par nature se traduit par la systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale, qui semble de plus découler d'une certaine « conscience collective » mondiale, et par un important mouvement d'articulation de compétences juridictionnelles entre le national et le supranational à partir du principe de la complémentarité. Cette logique répressive, apparue depuis les procès de Nuremberg et qui se confirme aujourd'hui dans le cadre de la mise en place de la Cour pénale internationale, tend à instituer voire instaurer un nouvel ordre public mondial. D'une part, elle suppose qu'un ordre public supranational s'élabore au-dessus des Etats et d'autre part, que cette évolution emporte une certaine mondialisation des juges en seraient les gardiens.

A l'analyse, ce qui caractérise cette logique répressive est l'accent mis sur l'auteur de l'acte. Il faut l'identifier, déterminer sa faute, évaluer son degré de participation à l'activité criminelle et enfin lui infliger une sanction. Pour y parvenir, la prise en compte du paradigme du crime contre l'humanité révèle le recours à deux procédés distincts. Le premier est l'extension de la responsabilité pénale à travers une mise en communication du pénal et de l'international. Dans cette perspective, c'est à travers les prismes d' « individu », de « responsabilité », de « peine » qu'est élaborée la réponse juridique « internationale » face aux crimes contre l'humanité. A ce titre, les propos du Procureur général du TPIY, publiés par le quotidien français *Libération*, le 8 novembre 1994, sont assez significatifs:

« les personnes inculpées seront celles qui apparaissent les plus coupables sur la base des preuves disponibles. (...) étant donné la gravité des crimes, les plus coupables sont ceux qui ont donné les ordres. Mais tous les efforts seront également entrepris pour que ceux qui les ont exécutés soient retenus dans les filets de la justice ».

Le second est l'attribution de la compétence d'action à *tout* juge, national et/ou supranational pour toucher l'auteur du crime où qu'il soit et qui qu'il soit.

Dans cette dynamique, le territoire ne saurait plus être un sanctuaire ni la souveraineté un écran. Ce phénomène a été qualifié de perte des « frontières naturelles » du pénal. Confronté à la répression des crimes contre l'humanité, le système pénal semble condamné à l'ouverture, phénomène qui s'entend aussi de sa mise en transition. Cette transition peut être interprétée comme une marche vers l' « universalisation ». Le processus d'une désétatisation du droit pénal signifiant qu'à tout moment et en tout endroit du globe des droits puissent être

Conclusion du titre 3.

L'affirmation constante du développement d'un modèle de justice pénale institutionnelle.

exigibles par tout membre de la communauté humaine. Cette interprétation, qui nous semble la plus largement partagée et qui se reflète particulièrement dans la littérature juridique, incite à relever les défis de la construction d'un ordre public international.

383. Cependant, considérant que la transition des systèmes pénaux nationaux est un mouvement qui tend vers l'universalisation, vers la construction en commun d'un droit commun, aucune culture ne doit être privilégiée et la logique répressive doit être légitime aux yeux de ses destinataires. Dans cette perspective, la force agissante du paradigme du crime contre l'humanité sur les systèmes pénaux nationaux les inscrits dans une perspective pluraliste, un pluralisme ni de séparation, ni de fusion, mais un pluralisme ordonné. En renouvelant la perspective du principe de la complémentarité, ce paradigme a permis de constater que la logique répressive ne met pas exclusivement l'accent sur *l'auteur* de l'acte. Elle s'accompagne d'une seconde logique dont le but est de mettre l'accent sur *l'acte* de l'auteur. Pour cela, le paradigme du crime contre l'humanité érige en modèle de solution, l'emprunt à la culture locale afin que la logique répressive *instauratrice* d'un nouvel ordre soit complétée par la logique répressive *restauratrice* du lien social rompu. C'est donc à une sorte de retour aux sources de l'expérience juridique traditionnelle qu'invite le besoin de légitimation de la répression des crimes contre l'humanité envisagée dans la mesure où, ces crimes, qu'ils soient internationaux par nature, demeurent toujours liés au contexte spécifique de leur commission. Contexte qu'aucune dynamique de répression ne peut ignorer pour rendre légitime son œuvre de justice.

Titre 4

**LE DEVELOPPEMENT PROGRESSIF D'UNE LOGIQUE REPRESSIVE
AXEE SUR L'ACTE DE L'AUTEUR ET LA RESTAURATION D'UNE
RATIONALITE PENALE « PERDUE ».**

Titre 4.

Le développement progressif d'une logique répressive axée sur l'acte de l'auteur et la restauration d'une rationalité pénale « perdue ».

« En Afrique, le droit est rarement la revendication légitime soutenue par une règle préétablie. Il est plutôt, il est surtout, la possibilité offerte à tous, de vivre sous la protection de la communauté formée par les hommes et les esprits », K. M'BAYE, « Le droit africain. Ses voies et ses vertus », *Revue Sénégalaise de Droit*, n°7, 1970, p. 8.

384. Au regard de la double acception admise au sujet de la définition de *l'humanité*, le modèle *institutionnel* de justice pénale, étudié au titre premier de cette partie, présente des limites lorsqu'il s'agit de rendre justice au nom de l'humanité ou plus précisément de réprimer les crimes contre l'humanité. En effet, si ce modèle permet de saisir la dimension de l'humanité entendue comme la qualité de genre humain reconnue à tout individu en tant que tel – ce modèle vise essentiellement à punir tout individu qui de par son comportement ou ses agissements nie ou méprise cette qualité¹⁸⁰² – il ne permet par contre pas de saisir l'autre dimension de *l'humanité*. Cette dimension qui l'appréhende comme un lien qui unit tous les individus et en vertu duquel ceux-ci nourrissent le sentiment d'appartenir à une même famille, à une même communauté, à la communauté humaine. Dimension la plus répandue dans la culture et les traditions africaines, elle est notamment appréhendée à partir du concept *d'Ubuntu* qui signifie,

« mon humanité est liée inextricablement à la vôtre... nous appartenons au même faisceau de vies »¹⁸⁰³.

L'*Ubuntu*, souvent lié au proverbe « Umuntu ngumuntu ngabantu »¹⁸⁰⁴, est généralement présenté comme une réponse africaine aux crimes contre l'humanité¹⁸⁰⁵.

Ainsi, pour saisir cette seconde dimension, les systèmes pénaux nationaux procèdent à une seconde ouverture. Cette fois-ci non pas vers l'international, mais vers le local. Ces systèmes s'ouvrent vers l'*Ubuntu* et de manière plus précise, ils s'ouvrent aux *voies* et aux *vertus* du

¹⁸⁰² Comme nous l'avons vu dans le titre premier, cette idée résume en quelque sorte toute la philosophie du concept de responsabilité pénale internationale.

¹⁸⁰³ L'*Ubuntu* est une notion venant de l'Afrique subsaharienne et qui trouve son origine dans les langues bantoues de l'Afrique du Sud et qui depuis a été liée à l'histoire de l'apartheid. En *Zulu* une langue sud africaine, *Ubuntu* peut être traduit par « humanité ». En swahili, on peut étymologiquement rapproché *Ubuntu* du verbe « buni » qui signifie inventé, construire, mettre ensemble. Pour plus de détails sur les implications juridiques, sociales et politiques du concept, cf. Ph.-J. SALAZAR (dir.), *Amnistier l'apartheid*, Paris, Le Seuil, coll. « Séries : l'ordre philosophique », 2004 ; B. CASSIN, O. CAYLA, Ph.-J. SALAZAR, *Vérité, réconciliation, réparation*, Paris, Le Genre Humain, vol. 43, 2004.

¹⁸⁰⁴ Ce proverbe signifie approximativement, « Je suis ce que je suis parce que vous êtes ce que êtes », ou plus littéralement, « je suis ce que je suis grâce à ce que nous sommes tous ».

¹⁸⁰⁵ P. TRUCHE, « Deux réponses africaines à des crimes contre l'humanité », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit, op. cit.*, pp. 775-780.

Titre 4.

Le développement progressif d'une logique répressive axée sur l'acte de l'auteur et la restauration d'une rationalité pénale « perdue ».

droit africain¹⁸⁰⁶. Ces voies sont celles du *rétablissement* ou de la *réparation* du *lien social* rompu par la commission du crime contre l'humanité. Et ces vertus sont celles de la *réconciliation* entre les individus. Ces voies et ces vertus sont celles qui mettent *l'accent sur l'acte de l'auteur* à la différence du modèle institutionnel qui met l'accent sur *l'auteur de l'acte*. Du point de vue de la théorie pénale, ces voies et ces vertus émergent et se développent à travers la figure de la « justice restaurative ». Cette nouvelle ouverture des systèmes pénaux africains à une nouvelle logique répressive d'inspiration locale et qui tend à se combiner avec la logique dite institutionnelle, provoque une transition desdits systèmes pénaux vers une nouvelle forme de pluralisme juridique dont la nature complémentaire des relations et l'absence de clause de hiérarchie donne l'image de la mise en place d'un modèle complexe. Mais avant de présenter sous quelles formes les systèmes pénaux nationaux s'ouvrent à l'*Ubuntu*, il y a un impératif besoin de clarification terminologique au sujet du concept de « justice restaurative » car il serait erroné de croire qu'il existe en la matière une définition et une vision de ce que recouvre ce concept.

385. Situé au confluent du politique, du juridique, de l'éthique, de l'anthropologie et dans une certaine mesure, du psychologique, le modèle de justice pénale nommé ici modèle « relationnel », invite d'abord à s'interroger, sur un plan conceptuel, sur les différentes terminologies adoptées par les auteurs pour l'appréhender. Depuis une trentaine d'années, parallèlement au développement des alternatives à la justice analysées dans la théorie générale du procès¹⁸⁰⁷, on assiste à des glissements conceptuels dont une analyse comparée des notions

¹⁸⁰⁶ L'expression « voies et vertus du droit africain » est empruntée à l'un des puissants juristes africains de ce siècle, le sénégalais Kéba M'Baye. Voir article précité, « Le droit africain. Ses voies et ses vertus ».

¹⁸⁰⁷ Le contexte contemporain en matière de théorie générale et de techniques générales du procès et de la procédure est marqué par un engouement de plus en plus systématique pour les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) selon la terminologie des pays appartenant au système de droit romano germanique ou les *Alternative Dispute Resolution* (ADR) selon une terminologie partagée par les pays appartenant au système de *Common Law*. Ce mouvement vaste et général dont l'un des objectifs est d'accélérer la résolution des conflits et *a posteriori*, d'améliorer en diminuant le contentieux qui demeure étatique, dans l'intérêt des parties, fait l'objet d'une littérature très abondante tant dans les pays francophones notamment la France que dans les pays anglophones comme l'Angleterre et les Etats-Unis. Actuellement, presque tous les pays ont intégré, en matière civile comme en matière pénale, dans leur législation ou dans leur pratique judiciaire, une certaine part de justice privée. Une telle évolution ne se justifie pas toujours par les mêmes impératifs, puisque l'on ne reproche pas partout la même chose à la justice étatique. Dans les pays de *Common Law*, les ADR permettent de faire face dans une certaine mesure au problème d'accès à la justice. Dans les pays appartenant au système romano-germanique, les MARC cherchent à contourner les lenteurs de la justice étatique. Cf. C. ETRILLARD, « Les modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et pénale : état des lieux », *RRJ*, 2003, n°3, pp.1927-1937. En Afrique, plus précisément dans l'espace OHADA cristallisé par le droit OHADA, c'est à l'occasion de l'harmonisation du droit des affaires, donc matière extra pénale *a priori*, que cette forme de privatisation de la justice a connu un réel essor. Et, vu l'enthousiasme qu'elle a suscité, il semble de plus en plus nécessaire et opportun d'entreprendre une réflexion en terme de rapprochement entre ces MARC appliqués aux matières civiles et commerciales et les techniques constituant le grand ensemble de la « *restorative justice* » en matière pénale et qui sont ici envisagées.

Titre 4.

Le développement progressif d'une logique répressive axée sur l'acte de l'auteur et la restauration d'une rationalité pénale « perdue ».

utilisées selon les pays et les auteurs démontre que leur formulation et leur évolution ne sont pas neutres et reflètent l'existence des modèles différents¹⁸⁰⁸. Mais dans la perspective de la présente étude, le modèle pénal dit « relationnel » sera situé entre les deux principaux concepts admis doctrine sous la catégorie d'alternative aux mécanismes de justice classique : la « *restorative justice* » et la « *transitional justice* ».

386. D'abord le concept de « *restorative justice* », on le voit, d'origine anglo-saxonne¹⁸⁰⁹ est resté longtemps inconnu en dans la littérature francophone¹⁸¹⁰ et sa traduction en « *justice restaurative* » ou « *justice réparatrice* » reste bien approximative dans la mesure où elle ne rend pas exactement compte du contenu du concept tel qu'entendu à son origine¹⁸¹¹. En parcourant la littérature américaine et anglaise ayant construit théoriquement le mouvement actuel de la « *restorative justice* », l'œuvre d'Howard Zehr apparaît, à bien des égards, comme fondatrice dudit mouvement¹⁸¹². Certains auteurs, lui reconnaissent même la

¹⁸⁰⁸ J-P. BANAFE-SCHMITT, « Justice réparatrice et médiation pénale : vers de nouveaux modèles de régulation sociale ? », in M. JACCOUD (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences*, Paris, L'Harmattan, coll. « Sciences criminelles », 2003, pp. 17-49.

¹⁸⁰⁹ La tradition anglo-saxonne d'intervention des communautés dans la gestion de la cité explique que, dans ces pays, les initiatives viennent de la société civile. A l'initiative de juges, de médiateurs, de travailleurs sociaux, de criminologues ou même de citoyens, un certain nombre d'expériences visent à mobiliser toutes les parties prenantes d'un conflit dans la perspective d'une restauration du lien social endommagé par l'acte. La forme de justice qu'ils mettent en œuvre se nomme « conférence », « cercle » ou « médiation ».

¹⁸¹⁰ D. SALAS, « Introduction : qu'est-ce que la justice « réparatrice » ? », *Les cahiers de la justice*, n°1, 2006, pp. 021-025.

¹⁸¹¹ En France, certains auteurs préfèrent l'expression justice réparatrice alors que d'autres optent pour celle de justice restaurative. Sur ces différents emplois, l'on peut citer : D. MIERS, « La justice réparatrice en Europe : état des développements et de la recherche », *Les cahiers de la justice*, n°1, 2006, pp.095-111 ; A. GAUDREAU, « Les limites de la justice réparatrice », *Ibid.*, pp.071-081 ; R. CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJDP*, n°9, 2007, pp. 372-375 ; « La justice restaurative : promesses et principes (A propos de l'œuvre d'Howard Zehr) », *Les Petites affiches*, n°204, 2004, pp.5-10. Par ailleurs, l'un des problèmes en France, a été de savoir si certaines techniques positives du système pénal classique telle que la médiation pouvaient être considérées comme des applications en Europe des formes de « *restorative justice* » développées dans les systèmes anglo-saxons. Voir dans ce sens, M. JACCOUD (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences*, op.cit.

¹⁸¹² H. ZEHR, *Changing lenses. A new focus for crime and justice*, Herald Press, 1990, 280 p; *The little book of restorative justice*, Good Books Ed., 2002, 72 p; H. ZEHR et B. TOEWS (dir.), *Critical issues in restorative justice*, Criminal Justice Press NY, 2004.

Mais, d'autres auteurs ont également développé des théories sur la « *restorative justice* ». Sans prétendre à l'exhaustivité l'on peut citer, A.VON HIRSH, J. ROBERTS, A.E. BOTTOMS, K. ROACH et M. SCHIFF (dir.), *Restorative Justice & criminal justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002 ; G. JOHNSTONE, *Restorative justice reader : texts, sources, context*, Willan, 2003 ; B. GALAWAY et J. HUDSON (dir.), *Restorative justice : International Perspectives*, N.Y., Monsey, Criminal Justice Press, 1990 ; D. M. MIERS, S. MAGUIRE, K. GOLDIE, *An exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, London, UK Home Office, 2001. Dans la littérature francophone, l'on peut citer à titre principal, J.P. BANAFE-SCHMITT, *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998 ; R. CARIO, *Justice restaurative. Principes et promesse*, Paris, L'Harmattan, 2005 ; *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, L'Harmattan, coll. Traité de sciences criminelles, Vol 1-2, 2001 ; *Victimes : du traumatisme à la restauration*, Paris, L'Harmattan, 2002 ; *La médiation pénale : entre répression et réparation*, Paris, L'Harmattan, 2002 ; R. CARIO et D. SALAS (dir.),

Titre 4.

Le développement progressif d'une logique répressive axée sur l'acte de l'auteur et la restauration d'une rationalité pénale « perdue ».

paternité de l'expression « *restorative justice* ». Partant d'une analyse sociologique et critique du fonctionnement du système pénal classique, cet auteur propose un « *changing lenses* », changement d'objectif dans le traitement de la criminalité. Il propose deux clés essentielles pour la réalisation d'un tel changement : la place centrale qui doit être offerte à la victime et la participation de la communauté. Si une telle posture n'a rien de révolutionnaire *a priori*, elle offre, à bien y regarder, des potentialités en ce qu'elle réconcilie les pénologues autour du sens de la peine et rassemble les criminologues et victimologues dans une approche véritablement globale du phénomène criminel. Elle apparaît comme un modèle de justice promettant le « *retrecotage* » harmonieux du lien social blessé par l'infraction¹⁸¹³. La « *restorative justice* » se concentre sur la resocialisation du délinquant, la réparation intégrale de la victime et de la communauté et, enfin, sur le rétablissement – la restauration – de la paix sociale¹⁸¹⁴. Selon Vanfraechem et Walgrave, la « *restorative justice* » désigne un projet collectif qui vise avant tout à « réparer tous les dommages causés par un acte criminel afin d'obtenir une compensation raisonnable des préjudices » qui concerne les victimes mais aussi le groupe social et l'auteur des faits¹⁸¹⁵. Howard Zehr précise qu'il s'agit d' « un processus impliquant, dans la mesure du possible, tous ceux qui sont concernés par la commission d'une infraction et visant à identifier et prendre en charge tous les torts, besoins et obligations afin de guérir les blessures nées de l'infraction et rétablir l'harmonie sociale »¹⁸¹⁶. Ainsi défini, la « *restorative justice* » a vocation à se substituer au vocabulaire et institutions pénales classiques. Alors que la justice pénale classique inflige une peine proportionnelle à la violation d'une loi, la « *restorative justice* » prend en compte la totalité des dommages subis par la victime, la communauté et l'auteur de l'acte.

Galaway et Hudson résument assez bien l'économie de la « *restorative justice* » dans la définition qu'ils en donnent. En effet, selon eux, dans ce modèle, *le crime est avant tout considéré comme un conflit entre individus* et seulement secondairement comme un conflit envers l'Etat ; le but du processus de justice pénale est de *réparer le dommage causé par*

Œuvre de justice et victimes, Paris, L'Harmattan, Vol. 1, Coll. « Traité de sciences criminelles », 2001 ; J. FAGET, *La médiation. Essai de politique pénale*, Ramonville Saint-Agne, Erès, 1997.

¹⁸¹³ R.CARIO, « « Changing lenses ». Autour de l'œuvre d'Howard ZEHR », *Les cahiers de la justice*, n°1, 2006, pp. 045-057.

¹⁸¹⁴ L. CARPENTIERI, *La justice restaurative : analyse critique d'un modèle américain de règlement alternatif des conflits*, Thèse Université Panthéon-Assas Paris II, 2007, p. 4.

¹⁸¹⁵ I.VANFRAECHEM et L. WALGRAVE, « Les conférences de groupe familial », *Les cahiers de la justice*, n°1, 2006, pp. 153-173

¹⁸¹⁶ H. ZEHR, *The little book of restorative justice*, op.cit., p.37: "Restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense and to collectivity identify and address harms, needs and obligations, in order to heal and put things as right as possible".

Titre 4.

Le développement progressif d'une logique répressive axée sur l'acte de l'auteur et la restauration d'une rationalité pénale « perdue ».

l'infraction, et non de punir ou de traiter le délinquant ; enfin, *le système de justice pénale est censé promouvoir la participation de la victime, du délinquant et de la communauté à la résolution du conflit*, plutôt que de laisser la décision à un juge ou un expert¹⁸¹⁷. Malgré l'apparente clarté de ces définitions, le débat sur la définition de ce modèle de justice n'est pas clos. Parmi les différentes opinions admises, il en est une qui oppose deux tendances au sein du mouvement : une tendance dite *puriste*¹⁸¹⁸ et une autre dite *maximaliste*¹⁸¹⁹. Mais quelle que soit les tendances, l'expansion générale du mouvement de la justice restauratrice suggère que l'on s'interroge opportunément sur le point de savoir si ce modèle de justice forme un duo ou si elle livre un duel avec le modèle pénal institutionnel dominé par le paradigme de l'étatisation du droit pénal¹⁸²⁰.

387. A côté du concept de « restaurative justice », il y a de « *transitional justice* ». D'origine anglosaxonne également sa traduction française semble plus aisée¹⁸²¹. Le terme apparaît pour la première fois sous la plume de la juriste Ruti Teitel¹⁸²² en 1992. De prime abord, la notion de justice transitionnelle, porte en elle un malentendu et semble contenir un paradoxe dans sa formulation car ce n'est pas la justice, mais les sociétés qui sont en transition après avoir connus d'évènements tragiques au cours de leur existence. Le concept lui-même consacre un changement de perspective dans les normes et pratiques de la communauté internationale en matière de gestion des conflits¹⁸²³. A travers une trentaine

¹⁸¹⁷ B. GALAWAY et J. HUDSON (dir.), *Restorative justice : international perspectives*, Amsterdam, Kugler Publications, 1996, p. 2.

¹⁸¹⁸ D'après cette tendance dite *puriste*, défendue par T. MARSHALL, « The evolution of restorative justice in Britain », *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol.4, 1996, pp. 21-43, la « restorative justice » s'entend comme le « process whereby the parties with a stake in a particular offence try to deal collectively with the aftermath of the offence ».

¹⁸¹⁹ Selon les partisans de la tendance *maximaliste*, la « restorative justice » telle qu'elle est définie par le courant puriste, offre le risque d'occasionner, sur le long terme, une large application de ces programmes pour les infractions mineures, alors que les crimes graves continueront, quant à eux, à être traités exclusivement par le système traditionnel d'une manière de plus en plus punitive. S'agissant de ce courant, nous renvoyons à, L. WALGRAVE, « How pure can a maximalist approach to restorative justice remain? Or can a purist model of restorative justice become maximalist? », *Contemporary Justice Review*, vol.4, 2000, pp. 415-432; *Id.*, « Extending the victim perspective towards a systemic restorative justice alternative », in A. CRAWFORD et J. GOODEY (dir.), *Integrating a victim perspective within criminal justice*, London, Ashgate, 2000, pp. 253-283.

¹⁸²⁰ Cf. A. LEMONNE, « A propos de la 5^e conférence internationale sur la justice restauratrice. Accord ou contradiction au sein d'un mouvement en expansion ? », *R.D.P.C.*, n°4, *Chronique de criminologie*, 2002, pp. 411-422.

¹⁸²¹ Cf. P. HAZAN, *Juger la guerre, juger l'Histoire. Du bon usage des commissions vérité et de la justice internationale*, Paris, PUF, 2007.

¹⁸²² Cf. D. LABAN dans son commentaire sur le livre de J. ELSTER, *Closing the Books : Transitional justice in Historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, in *Ethics*, January 2006, p. 406.

¹⁸²³ A. COLONOMOS, *La morale dans les relations internationales*, Paris, Odile Jacob, 2005, p. 71. Le président américain Woodrow Wilson, dans ses quatorze points énoncés devant le Statut le 8 janvier 1918, affirme sa volonté de rompre avec les travers de la diplomatie européenne traditionnelle – diplomatie secrète, directoire des grandes puissances, refus du principe des nationalité... –, et une paix fondé quant à elle sur la

Titre 4.

Le développement progressif d'une logique répressive axée sur l'acte de l'auteur et la restauration d'une rationalité pénale « perdue ».

d'expériences de justice transitionnelle recensée à travers le monde¹⁸²⁴, de la Colombie au Timor, du Pérou à l'Afghanistan, de la Bosnie-Herzégovine au Ghana en passant par l'Irak ou le Maroc¹⁸²⁵, il est certes possible de mettre en évidence un *corpus* de principes et règles, pouvant être soumis à interprétation ; mais la notion reste assez fluide et son contenu très varié. Même la définition des Nations Unies n'apporte pas plus d'éclairage. En effet, pour l'organisation internationale, « *la justice transitionnelle est l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation* »¹⁸²⁶. De manière générale, la justice transitionnelle peut se réaliser à travers cinq axes majeures mis en évidence par Alex Boraine, ancien président du Centre international pour la justice transitionnelle : les poursuites pénales, l'exigence de la recherche de la vérité, la réconciliation, les réparations accordées aux victimes, la soumission des mécanismes de réponse aux exactions au respect de l'Etat de droit¹⁸²⁷. A la lumière de ces cinq axes, la « *restorative justice* » apparaît comme une modalité ou un versant de la justice transitionnelle. D'ailleurs, ceux qui ont une conception extensive de l'un des deux concepts, considèrent l'autre comme l'une de ses dimensions. Par contre ceux qui admettent une conception restrictive, tendent beaucoup plus à reconnaître une certaine spécificité tant à la « *restorative justice* » qu'à la « *transitional justice* ».

388. Eu égard à ce qui précède, le modèle pénal dit « relationnel » se rapproche davantage de la « *restorative justice* » et que de la « justice transitionnelle » en ce qu'il vise la restauration du lien social rompu. En effet, le concept de « justice transitionnelle » est intimement lié d'une part, aux théories du droit constitutionnel prolongeant, en la matière, la problématique de la « justice dans l'Etat » en période exceptionnelle¹⁸²⁸, et d'autre part, aux

démocratie, l'« autodétermination des peuples, le multilatéralisme et le libéralisme. Ce sont ces valeurs qui seront réactivées dans l'après-guerre froide.

¹⁸²⁴ X. PHILIPPE, « Brèves réflexions sur les relations entre justice transitionnelle et constitution », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU.*, Paris, Dalloz, 2007, p.373.

¹⁸²⁵ Sur l'actualité des expériences de Justice transitionnelle, voir en ligne les rapports annuels du Centre International pour la Justice Transitionnelle, <http://www.ictj.org>.

¹⁸²⁶ Pour plus de détails, voir le deuxième rapport de l'Observatoire à l'attention du secrétariat générale de la francophonie, Etat des pratiques, de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone, organisation de la francophonie, 2006, pp. 614-634.

¹⁸²⁷ A. BORAINÉ, La justice transitionnelle : un nouveau domaine, in Réparer les effets du passé : réparation et transition vers la démocratie, Colloque Ottawa, 11 mars 2004, in [http:// www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131](http://www.idrc.ca/uploads/user-S/10899187131) Discours_d'Alex_Boraine.doc.

¹⁸²⁸ F. HOURQUEBIE, « La notion de « justice transitionnelle » a-t-elle un sens ? », *Les Petites affiches*, n°90, 2009, pp.6-8. L'auteur partant du fait que la justice est de plus en plus inhérente au concept de démocratie, la multiplication des Etats en crise ou en sortie de crise, conduit à s'interroger sur l'émergence d'une justice transitionnelle à côté de la justice traditionnelle sanctionnatrice au quotidien.

Titre 4.

Le développement progressif d'une logique répressive axée sur l'acte de l'auteur et la restauration d'une rationalité pénale « perdue ».

théories de la science politique, plus précisément de la géostratégie qui l'envisage beaucoup plus comme une stratégie parmi d'autres de résolution des conflits ou de sortie définitive de crise politique¹⁸²⁹. Si l'on envisage la question du point de vue anthropologique, il apparaît que le modèle de justice pénale dit « relationnel » dont la finalité est la *restauration* de l'ordre social troublé semble intégrer les voies et les vertus du droit africain. Dans sa présentation, ce modèle est souvent associé à l'étude des modalités très anciennes voire archaïques de résolution des conflits¹⁸³⁰. Mais s'agissant de la répression des crimes contre l'humanité, l'ouverture des systèmes pénaux à ce modèle de justice pénale s'opère selon deux procédés distincts : le premier découle de la captation supranationale de la philosophie normative du droit africain (**Chapitre 7**) et le second se réalise par l'emprunt officiel à la culture africaine dans la répression des crimes contre l'humanité (**Chapitre 8**).

¹⁸²⁹ Cf. sur ce point, A. FOGUE TEDOM, *Histoire diplomatique, extraversion étatique et conflits politiques en Afrique noire. Approche stratégique des conflits politiques africains et analyse des enjeux autour de la sécurité en Afrique noire*, Thèse Sciences politiques, Université Robert Schuman Strasbourg III, 2002.

¹⁸³⁰ E. JEULAND, *Droit processuel*, Paris, LGDJ, 2007, n°27.

Chapitre 7

**LE MOUVEMENT DE CAPTATION SUPRANATIONALE DE LA
PHILOSOPHIE PENALE AFRICAINE POUR UNE
RECENTRALISATION DU PROCES PENAL INTERNATIONAL.**

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

« De nombreuses sociétés s'intéressent plus au désordre qu'à son auteur et de ce fait ignorent les catégories de la culpabilité et de la responsabilité », M. ALLIOT, « Hâtives réflexions sur l'avant-projet de symposium 'le droit de punir' », *Bulletin de Liaison du LAJP*, n°2, 1980, p. 72.

389. Envisager une *captation supranationale* de la norme originellement africaine, c'est-à-dire sa captation par les instances pénales supranationales, juge et législateur supra étatique, suppose deux principales choses. La première tient à l'idée que la répression entant que phénomène juridique est dominée par un pluralisme des philosophies pénales. La seconde résulte de l'idée que le processus de *captation* de la norme originellement africaine par des instances officielles n'est plus le procédé par lequel elle acquiert sa *juridicité*, mais plutôt, la dynamique au terme de laquelle l'on peut déduire sa *juridicité* préalable. D'une part donc, cette *captation* signifie qu'il existe à la fois du point logique et axiologique, un concept de « droit africain » et d'autre part, que ce concept offre des solutions qui orientent la répression des crimes contre l'humanité vers de nouvelles perspectives par une sorte de diversification de la politique criminelle en la matière.

On sait que le concept de « droit africain » demeure problématique en ce sens que le débat sur *l'unité* du droit africain dans la *diversité* des droits africains n'a presque jamais été approfondi. Toutefois, les approches anthropologique, ethnologique, voire ethnosociologique, généralement privilégiées chaque fois qu'il s'est agi d'analyser la normativité dans les sociétés dites traditionnelles¹⁸³¹, – les sociétés africaines ont toujours été appréhendées comme telles – enseignent que le droit africain constitue, selon l'expression du comparatiste René David, « une famille de droits »¹⁸³² regroupés en institutions et normes, en principes et solutions normatives spécifiques¹⁸³³. Ce qui caractérise ce droit c'est sans doute son oralité

¹⁸³¹ En général, l'étude du phénomène juridique dans les sociétés anciennes, traditionnelles ou encore primitives sont dominées par des analyses anthropologique, ethnologique, voire ethnosociologique. Ce qui est normal dans la mesure où, ces différentes approches éclairent sur les l'origine, l'histoire, la genèse et la réalité du phénomène juridique dans ces sociétés. Cependant, ce qui paraît saisissant est la place mineure qu'occupent ces démarches dans l'analyse du phénomène juridique dans les sociétés dites « modernes ». Comme si le phénomène juridique avait cessé d'être un phénomène humain et social lorsque la société se « modernise ». Plus saisissant encore est le fait que cette posture épistémologique non seulement résultait de la négation de la *juridicité* du droit dans ces sociétés, mais aujourd'hui encore, continue de produire cette image. De la sorte, il n'existe presque plus de réflexion théorique sur le droit africain ou sur le phénomène juridique dans les sociétés traditionnelles. Les quelques études contemporaines se limitent à la thématique de la part de la coutume dans les codifications en Afrique aujourd'hui. Peut être ce phénomène s'explique davantage par le recours à la thèse évolutionniste dès lors que ces sociétés seraient devenues de moins en moins traditionnelles et de plus en plus modernes.

¹⁸³² R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 1966, p. 18.

¹⁸³³ Cf. A. L. ALLOTT, « African law », in J.D.M. DERRETT (dir.), *An introduction to legal system*, Londres, 1968, p. 131. L'auteur nous enseigne que, les droits africains ont une ressemblance suffisante dans les

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

conséquence de sa perméabilité vis-à-vis du sacré et de l'influence du surnaturelle¹⁸³⁴. Mais sans chercher à aborder la thématique de l'originalité ou de la spécificité du phénomène et de l'expérience juridique en Afrique, il s'agit dans le cadre de la présente étude de tirer l'idée qui en découle. En effet, il s'agit d'admettre que la caractéristique du phénomène juridique dans une culture donnée singularise la pensée sur les rapports entre l'homme et le droit dans cette région et plus particulièrement la philosophie pénale du peuple concerné.

S'agissant de la philosophie, il nous semble instructif de tirer des leçons du traitement juridique du génocide rwandais pour souligner l'importance de s'engager petit à petit sur les voies du diatopisme (démarche qui traverse *dia* les différents sites culturels *topoi*) et qui est la précondition à toute démarche « dialogale »¹⁸³⁵. En effet, il semble primordial de commencer à sérieusement prendre en compte les différents *topoi* culturels lorsqu'il s'agit de vouloir "rendre la justice" ou contribuer à la pacification d'une société. Car si la conscience d'une humanité partagée se reflétant dans la mise en place de juridictions internationales pour répondre aux crimes contre l'humanité perpétrés en Afrique, semble légitime et importante, il ne s'agit pas d'oublier qu'avant tout ce sont les populations directement concernées qui doivent pouvoir réunir des conditions pour surpasser leurs traumatismes et réinventer à nouveau

procédures, dans les principes, dans les solutions et dans les techniques, pour qu'il soit possible d'en parler d'une façon globale ; on peut donc les considérer comme une famille, même si on ne peut isoler un ancêtre commun.

¹⁸³⁴ Un colloque organisé à Paris par le Laboratoire d'anthropologie juridique dès 1978 portait principalement sur le thème « sacralité, pouvoir et droit en Afrique ». La problématique générale du colloque, dont les actes ont été publiés, (in *Sacralité, pouvoir et droit en Afrique. Table ronde préparatoire au 4^{ème} colloque du Centre d'Etudes Juridiques Comparatives*, Paris, Ed. C.N.R.S., 1979, 228 p.), visait à démontrer que la sacralité était une dimension du droit en Afrique. Pour les rapports du colloque l'on peut citer, M. NIANG (sur le sacré et la conception du pouvoir et du droit), A. N. ALLOTT (sur le surnaturel et le droit), Oumar BA (sur le sacré et les conceptions du pouvoir et du droit), Assane SYLLA (le sacré dans les philosophies africaines), M. B. TRAORE (sur les Madingues du Mali), Prince DIKA AKAWA (La sacralité du pouvoir et le droit africain de la succession), E. MVENG (sur la manducation du pouvoir au Cameroun). On y retrouve également les rapports de, Ahou ANGAN FAGLA, NTONE KOUO, BRETON, P.-F. GONIDEC, F. SYNDER, qui traitent du sacré dans les stratégies et les techniques du pouvoir et du droit, et celle de, E. LE ROY, C. COULON, qui traitent du sacré vis-à-vis du pouvoir et du droit. Largement inspiré et presque entièrement déterminé et guidé par les rapports et conclusions des travaux de ce colloque, le professeur Maurice Kamto a fait une application spécifique des rapports entre le sacré, le pouvoir et droit dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone. Cf. M. KAMTO, *Pouvoir et droit en Afrique noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone*, op. cit. Au sujet du surnaturel dans la vie de l'Afrique, cf. la thèse du Prince DIKA AKWA NYA BONAMBELA, *La sphère du sacré en Afrique noire*, Paris VII, 1972. A titre d'illustration, l'on peut mentionner que les communautés africaines possédant des systèmes juridiques plus élémentaires (par exemple les pygmées et les Bochimans), tout en ayant à disposition un monde surnaturel de grand intérêt, ne l'utilisent pas jusqu'au bout pour les besoins du droit. Auprès des pygmées, l'adultère peut attirer les foudres des maladies ou un accouchement des jumeaux sur les coupables. Pour de plus amples détails, cf. R. SACCO, M. GUADAGNI et L. CASTELLANI, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009.

¹⁸³⁵ Cf. R. VACHON, « L'étude du pluralisme juridique – une approche diatopique et dialogale », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n°29, 1990, pp. 163-173. Aussi, *Id.*, « Le mythe émergent du pluralisme et de l'interculturalisme de la réalité », Conférence donnée au séminaire *Pluralisme et société. Discours alternatif à la culture dominante*, organisé par l'Institut interculturel de Montréal, 15 février 1997, 34p.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

ensemble un futur partagé¹⁸³⁶. Ceci suppose qu'il y a à la base de cette démarche « dialogale », une norme originellement africaine dont la détermination préalable (**Section 1**) permettra d'identifier par le biais de quels mécanismes juridiques elle a été captée par les instances supranationales (**Section 2**).

Section 1. Détermination de la norme pénale originellement africaine captée par les instances pénales supranationales.

La détermination de la norme pénale originellement africaine de plus en plus proclamée par les instances supranationales suppose que soit pris en compte l'existence d'une philosophie pénale africaine (§1) aux termes de laquelle émerge une norme pénale originellement africaine (§2).

§1- Quelques données d'appréhension de la philosophie pénale africaine.

La philosophie pénale peut s'entendre « des principes sur lesquels reposent ou sur lesquels devrait reposer la justice criminelle et les règles qu'elle est tenue de suivre dans l'accomplissement de sa douloureuse mission »¹⁸³⁷. Dans une perspective simple et opératoire, la philosophie pénale africaine peut être appréhendée à partir des principes qui régissent la perception du crime en Afrique (A) et des principes qui permettent de faire un rapprochement entre la dimension collective de la responsabilité dans le droit pénal africain et la forme collective des crimes collectifs tel le crime contre l'humanité (B).

A- Conception du crime et perception de la justice pénale dans les sociétés africaines.

La conception du crime en Afrique (1) influence logiquement la perception de la justice pénale dans les sociétés africaines (2).

1- La conception du crime en Afrique.

390. Dans la société africaine authentique, est considéré comme crime tout ce qui perturbe les forces vitales et tout acte qui porte atteinte à la sûreté publique. Dans son sens large, « le

¹⁸³⁶ J.-P. GETTI, « Un tribunal pour quoi faire ? Le tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et la poursuite des crimes contre l'humanité », *Politique africaine*, n°68, 1997, pp. 51-59.

¹⁸³⁷ A. FRANCK, *Philosophie du droit pénal*, Paris, Librairie Germer Baillière et C., coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 2^{ème} éd., 1880, p. 2.

Chapitre 7.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

crime revêt donc une double nature [en Afrique] : physique et mystique »¹⁸³⁸. D'une part, le crime lèse matériellement un individu et le groupe auquel il appartient et d'autre part, il constitue un évènement qui trouble l'ordre naturel, l'environnement cosmogonique. Ainsi, la mort¹⁸³⁹, la maladie sont des phénomènes qui du fait de leur anormalité troublent l'ordre social et l'ordre divin et par conséquent sont attribuées à des crimes (de sorcellerie par exemple). Le crime est à l'origine de tout désordre ontologique et du crime découle la naissance de relations sociales et d'obligations entre l'auteur et la victime et entre les groupes auxquels ils appartiennent. Par son acte, l'auteur a amoindri les forces vitales de la victime ou les a détruites. Mais étant donné que l'individu est fondu dans le groupe, l'auteur de l'acte criminel engage la responsabilité de son groupe et provoque un déséquilibre des forces vitales du groupe de la victime¹⁸⁴⁰. Dans le même sens, les relations délictuelles provoquées par l'acte supposent une intervention mystique¹⁸⁴¹. Cette emprise du sacré entraîne une double conséquence : au niveau de la preuve et de la sanction.

En somme, il apparaît que le crime, dans les sociétés africaines authentiques, se caractérise par deux traits distincts : d'abord par l'idée de sacralité qu'il invoque et ensuite par la nature de la responsabilité qu'il implique. Responsabilité du groupe et non responsabilité individuelle. Ce sont ces différents traits de la criminalité qui influence aussi la perception de la justice pénale dans ces sociétés¹⁸⁴².

¹⁸³⁸ M. RAYNAL, *Justice traditionnelle. Justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1994, p. 29.

¹⁸³⁹ Il existe une relation particulière entre la mort et la criminalité dans les sociétés africaines authentiques. En effet, la mort y est perçue comme un évènement anormal n'ayant pas de causes naturelles. Il n'existe pas de « bonne mort », entendue comme des morts pouvant être expliquée logiquement et qui de ce fait puisse être maîtrisée. Toute mort est nécessairement mauvaise dans la mesure où elle constitue un amenuisement des forces vitales du groupe, une rupture et donc l'amorce d'un désordre. Même une mort comme celle d'un vieillard qui peut paraître une « mort naturelle » pour un esprit occidental, n'est jamais perçue comme telle par l'indigène. Elle est toujours manifestation des ancêtres, des mauvais génies, d'un esprit malin. Ainsi, la mort est un scandale inacceptable qui oblige le groupe « frappé » à rechercher le plus rapidement possible un « coupable » pour que les esprits s'apaisent et recouvrent la sérénité, cf. M. RAYNAL, *Justice traditionnelle. Justice moderne, op.cit.*, p. 27.

¹⁸⁴⁰ M. RAYNAL, *Ibid.*, p. 29.

¹⁸⁴¹ Les infractions qui continuent de marquer une certaine originalité du droit pénal africain concernent les atteintes à la sacralité (souillure de la terre, violation des interdits, violation des objets sacrés ou encore pratiques ancestrales), les atteintes liées à la sorcellerie (sorcellerie, anthropophagie, sociétés secrètes d'hommes-animaux).

¹⁸⁴² Sur la thématique des spécificités de la criminalité en Afrique, cf. les travaux du centre international de criminologie, Premier colloque de criminologie comparée d'Afrique occidentale, Montréal. Abidjan, Université de Montréal, 1972, 148 p ; Troisième colloque de criminologie comparée d'Afrique occidentale. Montréal. Abidjan. Université de Montréal, 1973, 225 p ; Quatrième colloque de criminologie comparée d'Afrique occidentale. Montréal. Abidjan, Université de Montréal, 1974.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

2- La perception de la justice pénale dans les sociétés africaines.

391. La manière de concevoir le crime en Afrique influence largement la perception africaine de la justice pénale. En effet, la justice pénale en Afrique est dominée par une sorte de « précondition nécessaire à la pacification de la société ». François-Xavier Nsanzuwera, ancien procureur de la République du Rwanda, réfléchissant à l'impunité comme source de violations des droits de l'homme et comme obstacle à l'émergence d'un Etat de droit au Rwanda, écrit que,

« (...) nous concevons la justice comme un préalable nécessaire à la réconciliation nationale et au pardon. (...) Mais comme nous avons eu souvent l'occasion de le souligner, la justice n'est pas la panacée des maux dont souffre la société rwandaise. Il ne suffira pas de juger les cent vingt mille personnes détenues et poursuivies de génocide pour dire que la justice est rendue au Rwanda. Les Rwandais ont plus besoin d'une justice sociale. (...) Il nous semble aujourd'hui que les Rwandais, tout en faisant part de leur revendication légitime de justice, semblent ignorer toutes les dimensions de la justice. Ils ignorent ou font semblant d'ignorer que la question de la justice est intrinsèquement liée à l'altérité, à la présence d'un autre et avec lequel il faut composer et vivre dans un cadre spatio-temporel déterminé. Parler de justice sociale nous amène à poser la question du concept de justice et de la conception de la justice. »¹⁸⁴³.

Il apparaît ainsi que la perception de la justice pénale en Afrique se distingue fortement de la vision dominante dans la théorie pénale de culture juridique occidentale. Alors qu'ici, la justice pénale constitue un processus axé sur le procès pénal et dont l'aboutissement se manifeste par la terminaison de l'action publique (prononcé de la sanction et parfois exécution de la peine), là-bas, la justice pénale n'est pas une fin en soi. Elle constitue un élément qui s'inscrit de manière plus générale dans un processus de pacification de la société dont l'ordre a été troublé. C'est dans ce sens que l'un des spécialistes français de l'anthropologie juridique issu de l'école de Paris dirigé par Michel Alliot¹⁸⁴⁴, Etienne Le Roy relève un impensé voir un impensable pour la communauté internationale dans la réflexion sur l'impunité en matière de crimes contre l'humanité et génocide au Rwanda : « que l'impunité des crimes contre l'humanité soit déterminée non seulement par des considérations politiques (internes ou internationales) ou par des insuffisances de la réglementation mais aussi par la conception du Droit qui est invoquée pour assurer la sanction-punition des génocidaires. »¹⁸⁴⁵. Cette différence dans la manière de penser le droit est particulièrement analysée par Michel

¹⁸⁴³ F.-X. NSANZUWERA, *L'impunité : source de violation des droits de l'homme et obstacle à l'émergence d'un Etat de droit au Rwanda*, Mémoire de DEA à l'Académie européenne de théorie du droit, 1997, pp. 62-64.

¹⁸⁴⁴ Cette école fonda le Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris (à compléter)

¹⁸⁴⁵ E. LE ROY, La « boîte noire » de l'impunité en matière de crimes contre l'humanité en Afrique, spécialement dans le cas du génocide rwandais, 1996, 24 p.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

Alliot, qui affirme que,

« [L]a vie juridique en Afrique, c'est-à-dire l'existence de la société est (...) la plupart du temps de la responsabilité des hommes. (...) Non seulement de soi-même, mais plus encore du groupe ou des groupes auxquels on appartient, non seulement du temps présent mais surtout de l'avenir. Non seulement du monde visible immédiat, mais du monde lointain et du monde invisible car l'univers issu d'une même origine est un écosystème dont tous les éléments sont en résonance : l'invisible pèse constamment sur le visible et réciproquement, les morts protègent ou attaquent les vivants mais en dépendent, chaque groupe est soumis aux influences de tous les autres et le bien lui-même sort souvent du mal. Le Droit est fortement marqué par cette interdépendance qui pèse sur les hommes et par le sentiment de très grande responsabilité qui en découle et dont ne les décharge vraiment aucun système de règles préétablies. »¹⁸⁴⁶

Concernant plus particulièrement le domaine de la justice pénale, Michel Alliot note que,

« Dans beaucoup de sociétés, la transgression fait plutôt changer de statut (comme en passant la frontière de son pays le national devient étranger). *Celui qui transgresse les interdits les plus graves entre dans un monde surhumain* (il fait la preuve qu'il est de destin royal) *ou tombe au contraire dans un monde inférieur et par là souille la communauté* ; mais dans cette communauté il joue encore un rôle important. Nul ne peut se définir par rapport à lui-même, on ne se définit que par rapport à autrui, en se distinguant de lui. Les interdits alimentaires, les prohibitions de mariage permettent au groupe de s'identifier par rapport à l'étranger qui n'a pas les mêmes interdits. *De même la déviance permet au groupe de se reconnaître dans ses normes en se distinguant du déviant dont l'exemple est utile à l'enseignement des jeunes et à la conscience de tous.* (...) En bref, dans beaucoup de sociétés la perspective occidentale est inversée : *c'est le désordre qui retient l'attention plus que son auteur ou sa victime.* »¹⁸⁴⁷

En définitive, la perception de la justice pénale en Afrique se résume dans cette dernière phrase de Michel Alliot, c'est-à-dire dans la perspective qui met l'accent sur l'acte de l'auteur plutôt que sur l'auteur lui-même, une perspective qui retient prioritairement le trouble causé par le comportement incriminé et qui laisse donc entrevoir une vision collective du crime plutôt qu'une vision individualiste de l'infraction¹⁸⁴⁸.

B- Quelques éléments d'une théorie de la responsabilité pénale dans les droits pénaux africains.

Les éléments permettant une certaine théorisation de la responsabilité pénale dans les droits pénaux africains en rapport avec la problématique du présent travail concernent le principe à la base de la théorie (1) et la distinction entre la dimension collective de la

¹⁸⁴⁶ M. ALLIOT, « Anthropologie juridique et juridique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de Liaison du LAJP*, n°6, 1983, pp. 83-117, spec. 96-98.

¹⁸⁴⁷ M. ALLIOT, « Hâtives réflexions sur l'avant-projet de symposium 'le droit de punir' », *Bulletin de Liaison du LAJP*, n°2, 1980, pp. 69-73, spec. 72-73.

¹⁸⁴⁸ Pour l'analyse d'autres aspects de cette thématique, cf. M. ALLIOT, « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de Liaison du LAJP*, n°7-8, 1985, pp. 79-100.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

responsabilité pénale dans les droits africains et la théorie de la collectivisation de la faute pénale appliquée dans les crimes collectifs comme le crime contre l'humanité (2).

1- Le « principe du retour à l'équilibre » comme fondement de la théorie de la responsabilité pénale dans les droits pénaux africains.

392. A travers une démarche ethno criminologique des sociétés africaines prenant en considération la norme originellement africaine, il ne s'agit pas de tenter une reconstitution de la genèse, l'histoire et l'évolution de cette norme, mais simplement de déterminer notamment la conception originelle de la responsabilité qui préexista avant l'influence « civilisatrice » du développement et qui aujourd'hui, semble à nouveau proclamé par des instances pénales supranationales¹⁸⁴⁹. En effet, il est généralement admis que la responsabilité pénale est fonction d'un certain nombre d'éléments : définition de l'infraction, structure de la société, place de l'homme dans la société, théorie de la faute, conception de l'ordre établi, etc. En raison de ces éléments, il apparaît que la manière de concevoir la responsabilité pour commission d'une infraction n'est pas partout la même. Si l'on considère le droit pénal africain, la responsabilité pénale tient ici, comme nous l'avons dit, d'une part à la nature sacrée ou à la part du surnaturel de la société et d'autre part, à la conception du crime qui entraîne une sorte de déséquilibre entre les forces surnaturelles et les hommes¹⁸⁵⁰. Ainsi, la théorie de la responsabilité pénale en droit pénal africain était basée sur *le principe du retour à l'équilibre rompu*. A travers ce principe, précisément, « l'indemnisation de la victime est au centre « du procès », quelle que soit l'intention du coupable il demeure responsable de sa faute. *La responsabilité est fonction de l'acte, de l'objet, plutôt que de la personne, du sujet* »¹⁸⁵¹.

393. *Le principe du retour à l'équilibre* comme fondement d'une théorie de la responsabilité pénale dans les droits africains, présente trois principales caractéristiques s'inscrivant dans un même mouvement de la pensée. *La première caractéristique concerne le déplacement du pôle de la responsabilité pénale de l'auteur de l'acte vers l'acte de l'auteur. La deuxième caractéristique corollaire de la première est le processus d'objectivation de la responsabilité pénale.* Celle-ci découle aussi parfois de la nature religieuse des normes légales. Un interdit peut être violé inconsciemment (comme c'est souvent le cas de la

¹⁸⁴⁹ Cf. Y. BRILLON, *Ethno criminologie de l'Afrique noire, op. cit.*, p. 50.

¹⁸⁵⁰ M. RAYNAL, *Justice traditionnelle. Justice moderne, op.cit.*, p. 30.

¹⁸⁵¹ Y. BRILLON, *Ethno criminologie de l'Afrique noire, op. cit.*, p. 48, nous soulignons.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

sorcellerie) mais la non intentionnalité n'excuse pas toujours une infraction et ne dispense presque jamais de la réparation du trouble fait à l'équilibre cosmogonique (par un rituel, un sacrifice...). Cette seconde caractéristique fait de la réparation l'axe primordial de la responsabilité pénale dans les sociétés africaines. Dans cette perspective, Henri-Philippe Junod écrit, dans le cadre d'une étude réalisée dans la société sud-africaine que, « dans le domaine pénal, ce qui importe au délinquant, au criminel, c'est une vraie *possibilité de réparation du crime* »¹⁸⁵². La troisième caractéristique qui résulte de la prise en compte des deux premières est *la conception collective de la responsabilité pénale*¹⁸⁵³.

Comme cela a été dit, la responsabilité n'est pas seulement *individuelle* mais aussi *collective*, c'est-à-dire qu'elle repose sur le groupe parental. La solidarité, la cohésion des lignages et des clans se prolongent au niveau des actes posés par leurs membres. Ceux-ci sont tenus, par exemple, à aider l'un des leurs au rachat de la vengeance. D'après A. P. Robert, le droit coutumier africain étend largement la responsabilité dans le temps et dans l'espace :

« l'africain peut se voir reconnu responsable d'un acte commis par un de ses ancêtres : la prescription n'existe pas, et il est parfois plus sûr de ne pas s'attaquer directement à l'auteur du dommage, surtout si c'est un personnage puissant. De même la responsabilité peut s'étendre aux conséquences les plus indirectes de l'action néfaste : l'homme est responsable même s'il n'a pas eu de faute de sa part. Le droit coutumier ne connaît pas de force majeure : si les éléments se sont déchaînés et ont ravagé la concession du voisin, c'est que quelqu'un a du mériter le châtement »¹⁸⁵⁴.

La prise en compte du principe du retour à l'équilibre permet de distinguer la responsabilité collective dans les droits africains des formes de collectivisation de la faute pénale dans les crimes de masse.

2- Distinction entre la responsabilité collective issue des droits africains et le processus normatif de collectivisation de la faute pénale dans les crimes de masse.

394. La dimension collective de la responsabilité pénale dans les droits africains résulte de l'idée que l'individu est confondu avec le groupe, et « *celui-ci est responsable collectivement*

¹⁸⁵² H.-Ph. JUNOD, « Le droit pénal et la réparation du crime », *R.I.C.P.T.*, vol. 18, n°3, 1964, pp. 205-215, *spec.* 207, c'est l'auteur qui souligne.

¹⁸⁵³ Certains de ces aspects sont développés in J. GRAVEN, « Vers un nouveau droit pénal éthiopien. De la plus ancienne à la plus récente législation du monde », *R.I.C.P.T.*, vol. VIII, n°4, 1954, pp. 200-278 ; J.-M. GUTH, « Le code pénal malgache de 1962 et les problèmes posés par sa réforme. Esquisse d'une évolution du droit pénal malgache des origines à nos jours. II^{ème} partie », *R.I.C.P.T.*, vol. XXIII, n°3, 1969, pp. 195-210.

¹⁸⁵⁴ A. P. ROBERT, *L'évolution des coutumes de l'Ouest africain et la législation française*, Paris, Encyclopédie d'Outre-Mer, 1975, pp. 157-158.

Chapitre 7.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

des dommages causés par l'un de ses membres à des étrangers »¹⁸⁵⁵. Le groupe répare tous les torts imputables à l'individu et répond de toutes les infractions à l'ordre public. Dans ce sens, la responsabilité collective dans les droits africains est basée sur « *le principe de la solidarité de groupe* »¹⁸⁵⁶. Ainsi, l'on pourrait croire que cette forme de responsabilité collective semble se rapprocher de la théorie du droit pénal moderne de la responsabilité pénale des personnes morales, théorie qui s'applique à tous les groupements pourvus d'une possibilité d'expression collective. Mais la similitude est seulement apparente en ce sens que la théorie de la responsabilité pénale des personnes morales s'appuie principalement sur le fait que la personne morale est parfaitement capable de volonté et que cette volonté qui l'anime n'est pas un mythe¹⁸⁵⁷. De ce fait, la responsabilité collective dans les droits africains ne résulte pas, comme c'est le cas pour les personnes morales, de la prise en compte du rôle de plus en plus actif des groupements dans le processus du passage à l'acte au regard des dynamiques criminelles contemporaines¹⁸⁵⁸.

L'approche collective de la responsabilité dans le droit africain tient à la conception holiste de la société largement décrite par les auteurs. Il s'ensuit que tout crime commis par l'un des membres du groupe contre un autre ne concerne que le groupe. Le sociologue français Emile Durkheim se déclare convaincu que toutes les réactions juridiques, comme la responsabilité collective ou la vengeance, trouvent leur origine dans la psychologie du groupe et non dans celle de l'individu qui est une simple unité de l'ensemble¹⁸⁵⁹. Il admet que si X membre du groupe A, est tué par Y membre du groupe B, l'ensemble du groupe A décide de venger X en tuant Z, membre du groupe B, s'il ne peut s'emparer de Y. Parfois le groupe A peut accepter, en compensation du bétail ou toute autre monnaie tribale, parfois aussi, le groupe A se saisit purement et simplement de Y ou de Z pour remplacer l'infortuné X. puisque l'équilibre social est rétabli du fait que l'unité économique perdue est automatiquement remplacée par une autre ou que dans le cas où le meurtre est vengé, les deux groupes ont subi une égale diminution, il ne reste plus rien d'autre à faire¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁵ T. OLAWALE ELIAS, *La nature du droit coutumier africain*, trad. franç. DECOUFLE et DESSAU, Paris, Présence africaine, 1954, p. 107, nous soulignons.

¹⁸⁵⁶ *Ibid.*

¹⁸⁵⁷ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., pp. 777 ss.

¹⁸⁵⁸ Cf. pour des développements concernant cet aspect de la question, G. NTONO TSIMI, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal camerounais. Des dispositions spéciales vers un énoncé général ? », *op.cit.*

¹⁸⁵⁹ E. DURKHEIM, *L'année sociologique* vol. 1, Paris, Librairie Félix Alcan, 1896, pp. 353ss.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

Par contre, le processus de collectivisation de la faute pénale dans les crimes de masse n'implique pas que l'agent soit confondu au groupe ou même qu'il appartienne à un groupe. Comme nous l'avons vu s'agissant de la culpabilité pénale internationale, il n'y a pas responsabilité collective mais plutôt responsabilité individuelle pour participation à un projet collectif, à une entreprise criminelle commune. Ce qui suppose en matière de crime contre l'humanité notamment, l'adoption d'un comportement criminel par tous les agents participant à la commission du crime. L'attaque, élément spécifique du crime contre l'humanité, ne pouvant être lancée par un seul individu. Alors que l'idée défendue dans le cadre du droit africain concerne l'agissement d'un individu et l'obligation de répondre du groupe auquel il appartient. En tout état de cause, cette mise en avant du groupe auquel appartient l'individu semble être le sous-bassement philosophique aux mécanismes alternatifs de résolution des conflits qui empruntent ses procédés à la culture africaine.

§2- Une norme pénale africaine émergente : la notion de réconciliation nationale.

395. La réconciliation « nationale » – il peut aussi s'agir de réconciliation internationale ou même communautaire car tout est fonction du degré d'intensité du lien existant entre les composantes d'une société à reconcilier peut-elle apparaître comme une norme émergente du droit de la répression des crimes de masse comme le crime contre l'humanité ou le crime de génocide ? A priori, il n'y a rien de simple dans cette interrogation. D'un côté, la réconciliation « nationale » se présente généralement moins comme une norme au sens d'une prescription juridique, morale ou politique, que comme un processus tendant vers l'objectif de retisser *le lien social déchiré* par la commission d'un crime de masse comme le crime contre l'humanité¹⁸⁶¹. Ce processus étant lui-même associé à une quête de vérité. C'est d'ailleurs pour cette raison que les commissions mises sur pied pour conduire le mouvement de pacification des sociétés, associent presque toujours la vérité à la réconciliation. D'un autre côté, la réconciliation semble relever de la catégorie des notions juridiques, que l'on retrouve même dans le droit privé. On la caractérise classiquement par un

¹⁸⁶¹ La réconciliation nationale s'inscrit dans un vaste mouvement de pacification des sociétés meurtries par des crimes commis à grande échelle. Elle est le résultat d'une pluralité d'actions et tient à une action pluri-acteurs. L'ensemble des auteurs qui en parlent admettent que la justice constitue le préalable indispensable à sa réalisation. Il faut donc d'abord lutter contre l'impunité afin d'initier un mouvement de pacification de la société. la réconciliation nationale suppose également l'engagement des différents secteurs de la vie nationale par rapport à un véritable projet collectif de « vivre ensemble ».

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

élément matériel et un élément intentionnel. L'élément décisif est la volonté de reprendre la vie ensemble.

Mais au-delà de cette caractérisation générale, la question que suscite le phénomène de réconciliation précisément en matière de crimes contre l'humanité, est celle de savoir quelle est la place du droit et de la justice dans ce mouvement de pacification de la société ? S'agit-il d'un mouvement judiciaire qui suppose une judiciarisation des mécanismes et procédés par lequel il opère ?

Lorsqu'elle est invoquée dans la justice pénale internationale, on le verra, la réconciliation agit comme un complément de la sanction pénale et fait naître un nouveau couple en droit pénal : le couple sanction-réconciliation. Dans ce sens, elle relie l'aveu, mode de preuve et institution classique de la procédure pénale, non plus à la sanction ni à la culpabilité, mais à la grande figure énigmatique du pardon. Ce faisant, elle fait sortir le crime du champ strictement juridique et provoque une tension entre punir et pardonner. En tout état de cause, la réconciliation nationale n'émerge pas à proprement parlé comme une norme juridique, mais elle se développe comme un processus à force normative certaine. Elle procède de certains éléments pénaux tel le droit à la réparation des victimes et extra pénaux comme le devoir de mémoire. La question posée est souvent de savoir si face à l'horreur, la réconciliation est possible¹⁸⁶² ?

¹⁸⁶² Cf. S. GABORIAU et H. PAULIAT (dri.), *La justice pénale internationale, op. cit.* Dans cet ouvrage, une table a porté sur le thème, « Face à l'horreur, la réconciliation est-elle possible ? », pp. 259-274. A l'occasion de cette table, François-Xavier Nsanzuwera ancien procureur de la République du Rwanda faisait le témoignage suivant : « (...) je vous prie de m'excuser de vous raconter encore une histoire, pour que ces choses-là soient vivantes. Il y a trois semaines, j'étais en Tanzanie, au siège du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Je n'étais pas là pour témoigner, j'étais là pour animer un séminaire de journalistes de la région des Grands Lacs ; donc, j'avais un groupe de dix journalistes : des rwandais, des burundais, des congolais. (...) Au cours de mon séjour, un condamné du Tribunal, qui a plaidé et a été condamné, il me semble à quatorze ans d'emprisonnement (...) a demandé à me voir. Et, au mois d'avril, alors que j'avais été témoigné dans le procès « des médias », il avait encore demandé à me voir. J'avais refusé, parce que je ne le connais pas (...) IL me connaissait, moi je ne le connaissais pas. Il avait insisté pour me voir ; j'avais refusé en disant aux gens du parquet, auxquels il avait transmis le message, que je ne le connaissais et que je n'avais pas envie de rencontrer un bourreau qui avait reconnu avoir tué beaucoup de gens, qui avait plaidé coupable devant le tribunal. Je ne me sentais pas capable de rester cinq minutes avec un tueur, avec un assassin en oubliant le sort de ma famille, de ma belle-famille, et de mes amis. Récemment au cours de ce deuxième voyage, il a insisté. Je me suis dit alors, je vais le voir je vais savoir pourquoi, il va m'en parler. Je suis allé le voir dans sa prison, une maison spéciale, parce que les condamnés qui ont plaidé coupable ne sont pas avec les autres prisonniers ; ils risqueraient d'être lynchés par leurs camarades. Quand il m'a vu, et que je l'ai vu, je l'ai reconnu (...). Il a ouvert les bras et, inconsciemment, je l'ai embrassé à la rwandaise, sans penser à ce geste. Nous sommes restés ensemble pendant deux heures à discuter. Il m'a parlé de son aveu de culpabilité et de sa demande de pardon. (...) Après deux heures, il ne m'a pas demandé si je l'avais pardonné. Nous n'avons pas pensé à cela. Je ne pense pas lui avoir pardonné. Il m'a simplement demandé : « est-ce qu'entrant à Bruxelles, vous pouvez téléphoner à ma femme et à mes filles ? » (...) Je ne connais pas sa femme, je ne l'ai jamais vue. Il m'a donné des photos d'elle et de ses trois filles. [il termine son témoignage en admettant que], *le pardon est impossible, mais la réconciliation, ou même la*

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

Section 2. La captation de la philosophie pénale africaine par les instances pénales supranationales.

L'analyse des procédés de captation de la philosophie pénale africaine par les instances pénales internationales, processus marquant l'amorce d'une nouvelle dimension d'internationalisation pénale des systèmes nationaux en Afrique, permet d'abord d'aborder la problématique du juge et de la « fabrication » du droit pénal internationale (§1) pour ensuite examiner les procédés utilisés par les instances pénales supranationales (§2).

§1- Le préalable au processus de captation : la problématique de la « fabrication » du droit pénal international et la posture épistémologique du juge.

396. La « fabrique » du droit qui se dit aussi souvent de la fabrique de la loi, est un thème souvent abordé par la doctrine¹⁸⁶³. Mais en droit pénal international, la problématique du juge et de la fabrique du droit, qui intègre et dépasse la problématique du juge et de la création des normes juridiques, déjà bien connue par la doctrine, prend ici un relief très particulier. Comme cela est démontré tout au long de ce travail, les premières manifestations de la justice pénale internationale ne peuvent que susciter un certain malaise chez le pénaliste mordu par le paradigme classique de l'étatisation du droit pénal. Observé à l'aune du paradigme moderne de la désétatisation du droit pénal, le champ pénal international apparaît perturbé par une série d'importantes anomalies : diffraction de la figure unitaire de l'auteur, juges législateurs, texture ouverte des normes, notions floues, hiérarchie des sources faible et incertaine¹⁸⁶⁴. Ces caractéristiques, qui selon le théoricien italien le professeur Massimo Vigliotti, ne doivent pas être interprétées comme une pathologie qu'il faut soigner sans conteste ou bien fastidieusement tolérer comme au nom de la nature *sui generis* de cette branche du droit, méritent d'être appréhendées comme une réponse rationnelle à la *complexité* et à la nouveauté de cette forme de justice¹⁸⁶⁵. On sait en effet qu'en droit pénal international la figure unitaire

compréhension l'est. Humainement il existe entre lui et moi une sorte de communication, mais ce n'est pas du pardon.», pp. 262-263, nous soulignons.

¹⁸⁶³ Cf. notamment, B. LATOUR, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004 ; P. MBONGO et A. VAUCHEZ (dir.), *Dans la fabrique du droit européen. Sciences, acteurs et publics de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

¹⁸⁶⁴ Pour une analyse approfondie de ces différents aspects de la question, cf. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*

¹⁸⁶⁵ Cf. en général sur les thèmes évoqués, M. VIGLIOTTI, « « La rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal », *op.*

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

de l'auteur du droit pénal se dissout. A côté du « législateur », se développe la figure du juge. Celui-ci se voit confier un véritable pouvoir normatif *in abstracto* (A) ce qui a conduit certains auteurs à le qualifier de *juge tisseur* (B).

A- Le pouvoir normatif *in abstracto* du juge en droit pénal international ou la théorie du juge « autonome ».

La théorie du juge « autonome » ou la reconnaissance du pouvoir normatif *in abstracto* du juge en droit pénal international, suppose que celui-ci exerce effectivement un pouvoir normatif qui ne résulte pas seulement d'une interprétation des normes du droit pénal international, quelle soit extensive, *supra* ou *contra legem*, mais tient d'une part à une véritable habilitation qui lui est reconnue de créer des normes (1) et d'autre part à certaine attitude d'« auto-habilitation » tenant à la qualité de la structure de la justice pénale internationale (2).

1- Le premier élément de « l'autonomie » du juge en droit pénal international : le « particularisme de la posture » du juge pénal international.

397. L'habilitation du juge à créer *in abstracto* des normes au même titre que le législateur apparait principalement dans les systèmes des tribunaux *ad hoc* où celui-ci est chargé par exemple de la rédaction du règlement de procédure et de preuve. Attitude qui n'est pas sans rappeler la réédition des arrêts de règlement de l'ancien régime et des édits du préteur romain¹⁸⁶⁶. Outre ce pouvoir *para-législatif*, les juges jouent un rôle fondamental de co-auteurs du droit dans leur activité quotidienne de « dire le droit ». « Loin de se borner à spécifier le contenu sémantique des règles pour les appliquer au cas concret, les juges métabolisent les textes, redéfinissant, à l'occasion de chaque application de la règle, les confins normatifs de celles-ci »¹⁸⁶⁷. La doctrine relève là une forme d'écriture diffuse et

cit. ; *Id.*, « Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau », *op. cit.*, *Id.*, « De l'auteur « rhapsode » ou le retour de l'oralité dans le droit contemporain », *op. cit.*

¹⁸⁶⁶ Par contre, les juges de la CPI n'ont pas ce pouvoir législatif. Néanmoins, Aux termes de l'article 51 alinéa 2 et 3 de la Convention de Rome, le Statut prévoit que les juges peuvent proposer, à la majorité absolue, des amendements au Règlement de procédure et de preuve ainsi qu'établir – « dans les cas urgents où la situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement » – des règles provisoires qui s'appliquent jusqu'à ce que l'Assemblée des Etats parties les adopte, les modifie ou les rejette

¹⁸⁶⁷ M. VIGLIOTTI, « Production du droit en réseau et juge « tisseur ». De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, *op.cit.*, p. 363. Par ailleurs, ce rôle du juge en droit pénal international a largement été analysé

Chapitre 7.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

contextuelle du droit, qui rappelle la notion médiévale *d'interpretatio* et met en crise la dichotomie moderne création/application du droit dont le fondement philosophique de la doctrine de la séparation des pouvoirs est particulièrement évidente ici à cause de la texture ouverte des normes pénales internationales¹⁸⁶⁸.

A côté de cette texture ouverte des normes qui fonde le particularisme du juge en droit pénal international et justifie son pouvoir normatif *in abstracto*, il convient également de relever comme fondement de ce particularisme, le fait que les juges dans cette matière sont souvent des représentants prestigieux de la doctrine, qui par ailleurs, intervient implicitement dans le processus de formation du droit pénal international à travers la citation de ses opinions dans les jugements. Ensuite, la production du droit via le procès ne se fait de façon solipsiste, mais à travers la collaboration des procureurs, des experts et, grâce au mécanisme de l'*amicus curiae*, de la société civile internationale¹⁸⁶⁹.

En clair, le particularisme du juge pénal international tient au rôle qu'il joue dans un système pluri acteurs de production du droit pénal international. Ainsi, le rôle fondamental du procès suggère que les différents *contextes* d'application jouent un rôle productif et non seulement exécutif du droit « législatif ». De même, la production judiciaire du droit met en évidence la nature *progressive* (herméneutique) de la formation du droit. Il en ressort que si,

« le paradigme moderne [de l'étatisation] du droit pénal concevait le droit comme un « objet » entièrement défini par l'acte de langage du législateur, la justice pénale internationale suggère de concevoir le droit comme un « projet » qui se définit progressivement et auquel participe une pluralité d'acteurs. Dans cette production du droit en *réseau*, l'identité et la cohérence du système ne sont pas fixées *a priori* dans les textes, mais seulement amorcées et proposées en guise d'hypothèse qui doit être soumise à l'épreuve des faits (...) En vertu de cette logique, sensible aux différents contextes dans lesquels le droit se dit, l'identité du droit pénal international ne peut qu'être le résultat, toujours provisoire, de son *histoire* »¹⁸⁷⁰.

C'est précisément cette logique qui valide l'hypothèse de la mise en transition des systèmes pénaux nationaux africains au contact ou sous la force agissante du paradigme juridique émergent, du crime contre l'humanité.

dans la première partie du présent travail, notamment au sujet de la définition de l'infraction de crime contre l'humanité, qui comme on l'a vu, a évolué avec l'histoire de la jurisprudence internationale.

¹⁸⁶⁸ La texture ouverte de l'incrimination de crime contre l'humanité été abordée dans le titre second de la première partie du présent travail.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 363.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, pp. 363-364, c'est l'auteur qui souligne.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

2- Le second élément de l'autonomie du juge en droit pénal international : l'« auto-habilitation » des juges pénaux internationaux par le recours à la théorie des pouvoirs implicites.

398. L'auto-habilitation dont il s'agit concerne celle des juges d'appel des Tribunaux pénaux internationaux. En effet, au moment de la création du TPIY, le professeur Alain Pellet soulignait que ce tribunal « ne saurait certainement se dérober si, à l'occasion d'un procès, un accusé conteste la validité des résolutions 808 et 827 l'instituant ». Il ajouta même qu'une telle démarche serait « conforme aux principes les plus élémentaires d'une bonne administration de la justice »¹⁸⁷¹. La situation envisagée se produisit dans l'affaire *Tadic* (premier accusé devant le TPIY), dans le cadre de laquelle, la défense souleva dès le 23 juin 1995 des exceptions préliminaires relatives à la compétence du Tribunal. Deux décisions, largement commentées par la doctrine¹⁸⁷², en furent rendues respectivement par la Chambre de première instance, le 10 août 1995¹⁸⁷³ et la Chambre d'appel le 2 octobre 1995¹⁸⁷⁴. La Chambre de première instance rejette l'exception préjudicielle d'incompétence et refuse d'effectuer un contrôle de validité des résolutions 808 et 827 aux motifs suivants : d'abord, il ne s'agirait pas d'une question de compétence à proprement parlé, le Statut du TPIY ne comprenant aucune norme d'habilitation permettant un tel contrôle¹⁸⁷⁵ ; ensuite, une telle question d'ordre strictement politique, ne serait de toute manière pas susceptible d'un recours judiciaire. Par contre, la Chambre d'appel décide de mettre en œuvre une procédure de *contrôle par voie d'exception*, ce qui constitue une première, au contentieux, devant une juridiction internationale.

¹⁸⁷¹ A. PELLET, « Peut-on et doit-on contrôler les actes du Conseil de sécurité ? », in *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Pedone, Paris, 1995, p. 227.

¹⁸⁷² Cf. pour certaines analyses, H. ASCENSIO et A. PELLET, « L'activité du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *op. cit.*, p. 115 ; P.-M. MARTIN, « La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt *Tadic*, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 octobre 1995) », *Dalloz*, 1996, p. 158 ; G. H. ALDRICH, « Jurisdiction of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia », *American Journal of International Law*, 1996, pp. 64-69.

¹⁸⁷³ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Décision Ch. Inst. II, Affaire n° IT-94-1, 10 août 1995.

¹⁸⁷⁴ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Décision Ch. App., Affaire n° IT-94-1, 2 octobre 1995.

¹⁸⁷⁵ TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Décision Ch. Inst. II, *op. cit.*, para. 4 et 8. Il convient de relever que le juge Li de la Chambre d'appel adoptera le même raisonnement que celui adopté par la Chambre de première instance (cf. Arrêt d'appel, opinion individuelle du juge Li, para. 2). Dans la doctrine, cf. J. O'BRIEN, « The international tribunal for violation of international humanitarian law in former Yugoslavia », *op. cit.*, p. 643. Cet auteur opte pour une interprétation étroite de la compétence.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

Pour ce faire, les juges d'appel adoptent d'abord une conception large du concept de compétence¹⁸⁷⁶ en se fondant *la théorie des pouvoirs implicites*¹⁸⁷⁷. Ils estiment, en effet, que le fait que le Statut du TPIY ne contienne pas d'habilitation expresse, n'empêche en rien le Tribunal de se prononcer en s'appuyant sur la spécificité de la fonction d'où découle, nécessairement, des compétences implicites (*inhérent jurisdiction*)¹⁸⁷⁸. Le Tribunal ajoute que l'un des éléments majeurs de ces compétences implicites ou *inhérente power of the jurisdiction* est, précisément, la « compétence de la compétence »¹⁸⁷⁹. Cette compétence de la compétence est entendue ici au sens d'une « auto-habilitation », expression employée par Guillaume Tusseau, pour désigner le phénomène selon lequel un acteur détermine lui-même une habilitation dont il est destinataire, se dotant ainsi de la norme d'habilitation désirée pour atteindre certaines fins¹⁸⁸⁰. Formule proche de celle issue de la notion reconnue en droit administratif français, de pouvoir discrétionnaire d'une autorité, la « compétence des compétences » entendue comme une « auto-habilitation », ne semble pas admise par la doctrine interniste qui rejette d'ordinaire l'idée qu'une autorité puisse s'auto-habiller¹⁸⁸¹.

¹⁸⁷⁶ La Chambre d'appel précise que le raisonnement de la Chambre de première instance « implique un concept étroit de la compétence ramené à des exceptions fondées sur les limites de sa portée vis-à-vis du temps, de l'espace, des personnes et de la matière (*rationae temporis, loci, personae et materiae*). Mais la « juridiction » (compétence en français) – n'est pas simplement un domaine ou une sphère (mieux décrite dans ce cas par le terme « compétence » - sens anglais du terme) ; il s'agit fondamentalement – ainsi qu'il ressort de l'origine latine du terme lui-même, *jurisdictio* – d'un pouvoir juridique et donc, nécessairement, d'un pouvoir légitime de « dire le droit » dans ce domaine, de manière définitive et faisant autorité », (Arrêt d'appel, *Tadic*, para. 10).

¹⁸⁷⁷ La théorie des *pouvoirs implicites* a pour origine une jurisprudence ancienne de la Cour suprême des Etats-Unis, élaborée sus l'impulsion du juge Marshall, à propos de la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés : la Cour suprême avait alors reconnu à l'Etat fédéral le droit d'adopter des actes qui n'étaient pas expressément prévus par la constitution fédérale, « pourvu que les fins soient légitimes, et qu'elles soient dans la sphère de la constitution » (*McCulloch v. Maryland*, 1819). La théorie fut transposée dans les relations internationales par la CPJI dans son avis du 23 juillet 1926 (*Compétence de l'OIT pour régler le travail personnel du patron*). Elle fut ensuite développée par la CIJ dans son avis consultatif du 11 avril 1949, où la Cour estimait que les membres de l'ONU, en lui assignant certaines fonctions l'avaient revêtu de la « compétence nécessaire pour s'acquitter effectivement de ces fonctions » : « selon le droit international, l'Organisation doit être considérée comme possédant ces pouvoirs qui, s'ils ne sont pas expressément énoncés par la Charte, sont par une conséquence nécessaire, conférés à l'Organisation en tant qu'essentiels à l'exercice des fonctions de celle-ci » (CIJ, AC, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*), cf. D. NGUYEN QUOC, P. DAILLER et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 604. Les auteurs soulignent par ailleurs que, depuis son avis du 11 avril 1949, « la CIJ fait de la théorie des compétences implicites, une application constante, qu'il s'agisse de problèmes propres à l'ONU, ou qu'il s'agisse d'elle-même en tant qu'institution juridictionnelle ».

¹⁸⁷⁸ Arrêt d'appel *Tadic*, para. 14.

¹⁸⁷⁹ Cf. D. NGUYEN QUOC, P. DAILLER et A. PELLET, *Droit international public*, op. cit., p. 903. Toutefois, le juge Sidhwa souligne dans opinion individuelle annexée à l'arrêt d'appel *Tadic* que, « toute instance judiciaire opérant dans le cadre d'un Statut est dotée de la compétence implicite de se pencher sur les objections relatives à sa compétence de traiter les questions prévues dans le Statut. Si ce pouvoir est spécifié dans ce dernier, il ne fait rien de plus que d'exprimer ce qui est implicite », (para. 33).

¹⁸⁸⁰ Cf. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Thèse, Paris X, 2004, pp. 440 ss.

¹⁸⁸¹ Ibid. Pour d'autres développements, cf. J. E. ALVAREZ, « Nuremberg revisited : the *Tadic* case », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 254-255.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

Mais ce qui retient l'attention à travers cette évolution est l'idée que le recours à la *théorie des compétences implicites* permet au juge international de s'autodéterminer, c'est-à-dire, d'être autonome. Une autonomie qui nécessairement joue un rôle considérable dans la fabrique du droit pénal international dès lors qu'elle change le rapport du juge à la loi. D'une simple bouche de la loi, il se mue en droit pénal international en co-auteur de son écriture.

B- Le concept de juge « tisseur » de Massimo Vigliotti.

399. Le théoricien italien Massimo Vigliotti qui a largement étudié les transformations affectant le champ pénal postmoderne et la complexité qui l'accompagne, suggère pour une analyse du rôle de la figure du juge dans la « fabrique » ou la production des normes en droit pénal international, le concept de juge « tisseur ». Un juge qui suppose, comme il le dit lui-même dans le titre de sa contribution, une production du droit en réseau et rappelle de ce fait l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale¹⁸⁸². Après avoir analysé la première caractéristique du juge pénal international dans la création des normes, ce second concept fournit la seconde caractéristique de ce juge qui serait d'un juge « tisseur ».

A travers ce concept, l'auteur affirme que contrairement au juge du paradigme juridique moderne – paradigme que l'on a qualifié de paradigme de l'étatisation du droit pénal –, le juge – du paradigme juridique émergent du crime contre l'humanité – « ne se limite pas à dégager, de la pyramide des sources, la norme sous laquelle subsumer le cas concret. Il ne dévoile pas un droit déjà là, bien structuré et hiérarchisé, mais cherche dans le réseau des sources les directives normatives pour constituer équitablement le fait »¹⁸⁸³. Il explique ce concept en affirmant que,

« le point de départ de son itinéraire n'est pas la norme générale et abstraite, mais le cas. *Il n'agit pas comme un « vecteur » qui transporte les substances normatives d'un niveau supérieur à un niveau inférieur de la pyramide des sources, mais comme un « tisseur » qui part d'une question problématique (qui est déjà un hybride droit/fait, un fait éclairci par une précompréhension juridique), parcourt le réseau des sources et revient à la quaestio de départ (...)* »¹⁸⁸⁴.

Il poursuit en disant que,

¹⁸⁸² M. VIGLIOTTI, « Production du droit en réseau et juge « tisseur ». De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale », in M. DELMAS-MARTY, E. FRONZA, E. LAMERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des tribunaux pénaux internationaux*, op.cit.

¹⁸⁸³ *Ibid.*, p. 365.

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, nous soulignons.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

« [D]evant le juge ne se dresse plus de corps solide et rassurant des sources, émanation du pouvoir souverain de l'Etat. De même qu'à l'époque des « Tribunaux suprêmes » de l'ancien régime, la hiérarchie des normes est rudimentaire et faible. L'article 21 du Statut de la Cour pénale internationale essaie de mieux définir les échelons de son droit, mais le caractère souple et fragmenté des normes du *jus commune* (le droit international écrit et non écrit) et l'hétérogénéité des *iura propria* (les droits étatiques du monde) laissent au juge des marges d'appréciation assez larges qui enchevêtrent la hiérarchie formelle des sources. Le nombre réduit de « casus legis » (dans le langage des juristes médiévaux, la présence d'une « loi » qui décide directement le cas sans besoin de *l'interpretatio*) fait du droit pénal international un droit essentiellement *jurisprudenciel*, métabolisé par la doctrine et, notamment, par les « Grands tribunaux ». L'absence d'une norme précise (« *casus omisus* ») ou le caractère flou des textes (« *casus dubius* ») oblige le juge à s'engager dans un travail patient et prudent, de tissage de la norme à travers les instruments médiévaux des « *auctoritates* » et des « *rationes* ». La solution de la question problématique peut être considérée, en effet comme le résultat du jeu entre les arguments d'autorité (les « *leges* » internationales – statuts, règlement, traités, coutume – et nationales ; les jugements des « Grands tribunaux » internationaux et nationaux et les « *opinionesi* » des docteurs) et les arguments de raison (analogie, équité et les autres arguments de la raison pratique) »¹⁸⁸⁵.

Comme l'admet le professeur Massimo Vigliotti, il s'ensuit que le postulat positiviste, d'origine hobbesienne, « *auctoritas non ratio facit legem* » n'est plus pertinent pour expliquer l'expérience des tribunaux pénaux internationaux. Toutefois, souligne-t-il, le processus de tissage du droit par le juge n'est pas libre. Il est enveloppé dans une série de contraintes qui le limitent. D'abord le juge est pris dans un réseau d'autorités qui le guide et le conditionne. Ensuite, les « coups » du juge sont limités par la « communauté interprétative » (les professionnels du droit, mais aussi, en général, la société internationale), qui trace un horizon d'attente au-delà duquel l'écriture du juge ne peut être acceptée comme un développement légitime du *projet* de la justice pénale internationale. Aussi, l'écriture du juge n'est pas l'effet d'une activité solitaire, mais le résultat d'un processus argumentatif pluraliste qui se développe à l'intérieur des règles du procès équitable. Enfin, la nécessité de garder sa légitimité contraint le juge à exercer son pouvoir d'*interpretatio* de manière raisonnable, prudente et transparente¹⁸⁸⁶.

400. A l'analyse, de juge « autonome » d'une part et de juge « tisseur » d'autre part, ce qui nous semble intéressant, eu égard à ce qui précède, est la *posture épistémologique du juge dans la « fabrique » des normes du droit pénal international*. Une posture qui met en évidence une production *pluraliste*, progressive et contextualisée du droit au travers de

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, p. 367.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

laquelle, le rôle du juge se trouve transformé de simple « vecteur » en véritable « tisseur ». Le juge ne subit plus passivement la norme – comme un acte d'autorité *protesta*. En tant que résultat d'une œuvre rationnelle et prudente de tissage, la norme est plutôt acceptée par le juge comme un acte d'autorité et de raison. En fonction de la marge d'appréciation dont il dispose dans les deux cas, qu'il soit « autonome » ou « tisseur », le juge facilite la collaboration du point de vue normatif entre le « global » et le « local » ce qui lui permet d'ouvrir et de s'ouvrir aux dynamiques de *l'internormativité*. Ainsi, c'est sur le fondement épistémologique que le juge pénal international tentera de *capter* la philosophie pénale africaine.

§2- Les procédés de captation de la philosophie pénale africaine par les instances pénales supranationales.

Les démarches d'anthropologie juridique et ethno criminologique enseignent que la philosophie pénale africaine est dominée par *le principe du retour à l'équilibre rompu*. Ce principe qui peut être considéré comme un principe directeur de résolution des conflits dans les sociétés authentiquement africaines présente une double implication dans l'orientation du « procès » pénal africain. La première concerne l'approche participative qui suppose une scène *collective* ou *communautaire* du procès dans laquelle toutes les parties en présence cherchent une solution au conflit : la victime, le délinquant et la communauté. La seconde concerne l'orientation de l' « action publique » vers la recherche de la *réconciliation*. Ainsi, envisager les procédés par lesquels les instances pénales supranationales captent la philosophie pénale africaine, c'est-à-dire assurent une collaboration entre le « global » et le « local » revient à analyser d'une part, la mise en scène du procès pénal international (A) et d'autre la propension du juge international à s'emparer de la réconciliation nationale (B).

A- L'approche collective de la production de la décision judiciaire dans la justice pénale internationale.

401. La dimension collectiviste du procès pénal international correspond à l'approche participative du procès admise dans la philosophie pénale africaine. Une approche basée sur le principe du retour à l'équilibre rompu qui suppose que *toute la communauté* menacée par l'infraction participe à la répression du phénomène. Décision qui une fois rendue, devra permettre le retour à cet équilibre. Lorsqu'il s'agit d'un crime contre l'humanité comme tel est le cas dans la présente étude, l'ensemble de la communauté représente l'humanité. Ainsi, non seulement l'action publique est organisée par un ministère public international ou interne, la

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

prise de décision est administrée par un juge, la victime est représentée de manière principale dans le procès et des tiers qui ont un intérêt à la procédure et qui représente le « reste de l'humanité » interviennent en qualité d'*amicus curiae*. L'ensemble de ces acteurs, dont la prise en compte renforce l'idée de la production d'un droit en réseau en droit pénal international, fonde la dimension collectiviste du procès pénal international. Face à un crime collectif, le droit tente donc d'élaborer collectivement une décision collective. Mais à côté des fonctions classiques de procureur et de juge, propres à tout procès pénal interne ou international, deux composantes de la dimension collective méritent d'être présentées. Il s'agit précisément de l'intervention d'*amicus curiae* (1) et de la place des victimes (2) dans le procès pénal international.

1- Admission et participation de l'*amicus curiae* dans le procès pénal international.

402. Il est difficile d'engager une réflexion globale sur le mécanisme et la pratique de l'*amicus curiae* au sein des processus judiciaires. D'ailleurs, la difficulté s'accroît à mesure que les procédures judiciaires se diversifient, notamment en s'internationalisant à l'extrême. En plus, l'expression est largement utilisée sans qu'il n'existe de définition précise et achevée du concept. Aucun ouvrage général portant sur la justice pénale internationale n'évoque, même si c'est simplement pour exclure de son champ d'analyse cette institution procédurale. Seule l'étude de Séverine Menétréy tente de dépasser les clivages juridiques pour comprendre la nature et les fondements de l'*amicus curiae*, et de proposer des lignes directrices encadrant son admission et sa participation¹⁸⁸⁷.

Si l'on considère les définitions fournies par les dictionnaires juridiques, l'*amicus curiae* désigne des pratiques différentes d'une juridiction à l'autre. Selon le *Jowitt's of English Law*, il est,

« a friend of the court, that is to say a person, whether a member of the bar non engaged in the case or any other bystander who calls the attention of the court to some decisions whether reported or unreported or some point of law which would appear to have been overlooked »¹⁸⁸⁸.

D'après le dictionnaire juridique bilingue anglais-français, l'*amicus curiae* représente « un tiers admis à faire valoir dans un procès l'*intérêt public* ou l'intérêt d'un groupe social

¹⁸⁸⁷ S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun du droit procédural ?*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2010.

¹⁸⁸⁸ *Jowitt's Dictionary of English Law*, London, Sweet & Maxwell, 1977.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

important »¹⁸⁸⁹. En droit comparé, notamment en droit canadien, l'institution désigne « une personne qui est admise à faire valoir dans un procès, même si elle n'a aucun intérêt direct et personnel dans le litige, soit *l'intérêt public* ou celui d'un groupe social important, soit une question de droit ou de fait susceptible d'éclairer le tribunal »¹⁸⁹⁰. L'institution désigne également un avocat qui assiste la cour dans une procédure donnée à la demande de celle-ci, « a barrister who assists the court during the course of hearing, usually at the court request »¹⁸⁹¹. En droit américain, l'*amicus curiae* désigne une personne qui n'est pas partie à la procédure mais qui demande au tribunal l'autorisation de déposer un mémoire dans l'affaire qui lui est soumise en raison de l'intérêt qu'elle présente pour lui¹⁸⁹². En droit français, elle désigne le mécanisme procédural le quel,

« la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir en présence de tous les intéressés « toute observation propres à éclairer le juge »¹⁸⁹³.

Le dictionnaire de droit international public indique que l'*amicus curiae* est une « notion du droit interne anglo-américain désignant la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer e tribunal sur des questions de droit ou de fait »¹⁸⁹⁴.

Il ressort de ces différentes acceptions de l'institution d'*amicus curiae* une unité dans la diversité. L'unité tient à l'idée que l'*amicus curiae* englobe divers modes d'intervention permettant à des tiers de faire valoir leur point de vue dans une procédure sans y devenir partie¹⁸⁹⁵. La diversité découle du fait que l'expression désigne elle-même, tout à la fois, le mécanisme, la fonction, la pratique, son pratiquant¹⁸⁹⁶. Toutefois, l'on peut s'accorder sur une conception minimale selon laquelle, l'*amicus curiae*, littéralement « *l'ami de la cour* » est un mécanisme procédural par lequel un tribunal invite ou autorise une personne ou une entité à participer à une instance existante entre des parties afin qu'elle lui fournisse des informations susceptibles d'éclairer son raisonnement. A partir de cette conception le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie affirme que l'*amicus curiae* désigne,

¹⁸⁸⁹ Th. A. GUENMER (dir.), *Dictionnaire juridique français-anglais*, Paris, Edition de Navarre, 1977.

¹⁸⁹⁰ H. REID (dri.), *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Wilson et Lafleur, 2^{ème} éd., 2001.

¹⁸⁹¹ *The dictionary of canadian law*, Scarborough, Thomson, Carswell, 3^{ème} éd., 2004, nous soulignons.

¹⁸⁹² Cf. *Black's Law Dictionnary*, St-Paul, Minn, West group, 7th éd., 1999.

¹⁸⁹³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, op. cit. Le dictionnaire précise que, « l'opinion de l'*amicus curiae* invité ne lie pas le juge, à l'instar de l'avis de l'expert ou du consultant (article 246 NCPC), mais peut à la différence de cet avis (article 238) porter sur des questions de droit (...). Cette mission peut s'appliquer à des pratiques et interprétations professionnelles, à des règles de déontologie (...) ».

¹⁸⁹⁴ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit.,

¹⁸⁹⁵ Cf. C. SANTULLI, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005, p. 304.

¹⁸⁹⁶ S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun du droit procédural ?*, op.cit., p. 3.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

« tout Etat, toute organisation ou toute personne invitée ou autorisée à faire un exposé orale ou écrit devant la Chambre sur toute question que celle-ci jugera utile à la résolution de l'affaire dont elle est saisie »¹⁸⁹⁷

Cette définition du TPIY reconnaît la possibilité d'intervenir dans un procès international en qualité d'*amicus curiae* à tout Etat, à toute organisation, et à toute personne physique. Une conception extensive donc, qui ouvre les procédures internationales à la pratique de l'*amicus curiae*. Il se produit ainsi un mouvement d'internationalisation d'une pratique à l'origine propre au droit interne¹⁸⁹⁸. Internationalisation dont les fondements et la portée ont amené Séverine Menétray à s'interroger sur la possibilité de l'émergence d'un principe commun du droit procédural¹⁸⁹⁹.

403. Mais au-delà de cette appréhension terminologique, ce qui nous intéresse dans le cadre de la présente étude, c'est le rôle joué par l'institution d'*amicus curiae* dans de crime contre l'humanité. Ce rôle peut d'abord être considéré sous l'angle de la « gouvernance normative »¹⁹⁰⁰. En effet, le souhait des tiers de participer en qualité d'*amicus curiae* et leur accueil dans les prétoires confirment l'extension du rôle du juge dans l'élaboration du droit et renforcent ainsi l'hypothèse de l'existence d'un juge « tisseur » dans le procès pénal international¹⁹⁰¹. Brigitte Stern fait sensiblement la même observation dans le domaine du contentieux de l'arbitrage en relevant que¹⁹⁰²,

« toute la subtilité de la création normative au sein de la société internationale est ainsi mise en lumière [par la participation de l'*amicus curiae*], avec ses multiples

¹⁸⁹⁷ Cf. Le lexique du TPIY, accessible en ligne sur [http :www.un.org/icty/BL/01act3.htm](http://www.un.org/icty/BL/01act3.htm), consulté le 10 juillet 2011.

¹⁸⁹⁸ Cf. H. ASCENSIO, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *R.G.D.I.P.*, n°4, 2001, pp. 897-930.

¹⁸⁹⁹ Il s'agit précisément du titre de sa recherche qui illustre la problématique centrale du travail. Dans le même sens, l'auteur relève que, les internationalistes privatistes s'interrogent sur l'émergence d'un principe de droit international tandis que les internationalistes publicistes s'interrogent sur l'émergence d'une règle de droit international coutumier. Cf. E. TEYNIER, « L'*amicus curiae* dans l'arbitrage CIRDI », *Les Cahiers de l'Arbitrage, Gaz. Pal.*, 15 déc. 2005, p. 20. Dans le même sens, McKenzie estime que « there is already significant evidence of elements of common approaches in the procedure of international courts and tribunals relating to *amicus curiae* submissions. They have borrowed from each other and from national courts ». cf. R. MCKENZIE, « The *amicus curiae* in international courts: towards procedural approaches? », in T. TREVES, *Civil society, international courts and compliance bodies*, La Haye, TMC Asser Press, 2005, p. 310. L'on peut également citer, E. JOUANNET, « Quelques perspectives théoriques: incertitudes sur le tiers et désordre de la justice internationale », in H. RUIZ-FABRI et J.-M. SOREL (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, p. 261.

¹⁹⁰⁰ Cf. sur cette question de gouvernance normative, C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *R.C.A.D.I.*, tome 300, 2002, pp. 79-308.

¹⁹⁰¹ Comme cela a déjà été dit tout au long de ce travail et comme le font fort bien remarquer François Ost et Michel Van de Kerchove, « les pouvoirs interagissent, les juges deviennent co-auteurs de la loi et les sub-délégation du pouvoir normatif se multiplient », in *De la pyramide au réseau, op.cit.*, p. 14.

¹⁹⁰² Pour les développements de la même question, cf. M. ZAMBELLI, « L'*amicus curiae* dans le règlement des différends de l'OMC : état des lieux et perspective », *R.I.D.E.*, vol. 2, 2005, pp. 197-218.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

interaction dues à la mondialisation : interaction entre les ordres internes et l'ordre internationale ; interaction entre les différentes institutions au sein desquels se règlent des différends économiques internationaux – OMC, ALENA, CIRDI ; interaction entre les sentences arbitrales rendues, la doctrine, et la réglementation internationale, celle-ci ayant clairement, pour ce qui est de l'acceptation des *amici curiae* codifié ce que les arbitres avaient antérieurement décidé »¹⁹⁰³.

A partir des interactions qu'elles réalisent, l'admission et la participation de l'*amicus curiae* dans le procès pénal international notamment, facilitent la communication entre les ordres et les systèmes juridiques et renforcent par là même l'hypothèse de la complémentarité entre les différents acteurs de la communauté internationale dans la production des normes pénales internationales. Il se dégage ainsi un lien important entre le rôle du juge dans le processus normatif et la reconnaissance de l'*amicus curiae* comme principe procédural.

404. A côté de ce rôle caractéristique d'une sorte de gouvernance normative, il y a un second qui joue l'institution de l'*amicus curiae* et qui peut être recherché dans l'approche collective et participative qu'induit l'intervention des tiers au procès sans en être des parties. Ce rôle est celui qui contient en toile de fond l'idée que la répression d'un crime collectif comme le crime l'humanité suppose que la décision judiciaire soit prise ou du moins recherchée collectivement. Pour conduire ce raisonnement, l'on peut convoquer la Règle 103 du Règlement de procédure et de preuve devant la Cour pénale internationale qui dispose,

« (1) A n'importe quelle phase de la procédure, toute chambre de la Cour peut, si elle le juge souhaitable en l'espèce pour la bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout Etat, toute organisation ou toute personne à présenter par écrit ou oralement des observations sur toute question estimée appropriée ».

Aux termes de cette disposition, la Cour justifie l'admission de l'*amicus curiae* par l'intérêt de la justice qu'il faut sauvegarder. Ce faisant, la Cour laisse entendre que l'ouverture du procès à la communauté peut constituer une garantie d'une bonne administration de la justice¹⁹⁰⁴. Sans être partie au procès les tiers intervenant participent activement à l'élaboration de la décision. D'ailleurs, c'est, à certains égards là, le fondement même de l'institution d'*amicus curiae* en effet, l'alinéa 2 de la même Règle 103 dispose que,

« [L]e Procureur et la défense ont la possibilité de répondre aux observations présentées en vertu de la disposition 1 ci-dessus ».

Il en ressort que, l'*amicus curiae* n'agit pas ou n'intervient pas nécessairement dans le sens de l'orientation de l'action pénale par le procureur, tout comme, il ne suit pas la défense des intérêts des victimes. Mais agit en tant qu'il est considéré comme ami de la Cour. On peut

¹⁹⁰³ B. STERN, « Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur », *Revue Arbitrage*, vol.1, 2007, p. 42.

¹⁹⁰⁴ Dans ce sens, cf. M. LUCE PAVIA, « Amicus curiae du TPI pour l'ex-Yougoslavie »

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

à cet effet, citer l'intervention de la Belgique dans l'affaire *Bagosora* comme *amicus curiae* (représentée par le professeur Eric David) qui a permis une forme de participation au procès de l'Etat de nationalité des victimes¹⁹⁰⁵. Dans cette perspective, « l'Aprodec asbl » entendue, l'association pour la promotion de la démocratie et le développement de la République Démocratique du Congo a introduit une requête devant la Chambre préliminaire II de la Cour pénale internationale aux fins d'intervenir comme *amicus curiae* dans l'affaire *Le procureur c. Jean-Pierre Bemba* et dont l'objet portait sur « l'évaluation de la pertinence, la validation et l'admissibilité des éléments de preuve par la Cour au regard de l'impartialité de la politique de poursuite pénale du bureau du procureur »¹⁹⁰⁶.

Partant de cette ouverture du procès pénal international aux acteurs non étatiques tels que des associations, des ONG, se confirme l'émergence d'un nouveau paradigme juridique par lequel se produit un phénomène de désétatisation du droit pénal. Toutefois, le professeur Mireille Delmas-Marty, conclue dans son cours au collège de France en 2006 que cette ouverture du procès aux acteurs non-étatiques exige que soit précisées les conditions et les limites d'une telle participation des acteurs-non étatiques à l'exercice du pouvoir législatif et parfois judiciaire¹⁹⁰⁷. Ce besoin de précision est d'autant plus important que contrairement à la position des juges du TPIY dans l'affaire *Milosevic* qui ont lié l'*amicus curiae* à la question du droit à un procès équitable¹⁹⁰⁸, il convient de relever que cette institution est d'abord un problème de tradition juridique. C'est en ce sens que nous estimons qu'elle permet à certains égards l'introduction de la tradition juridique africaine dans le procès pénal international. Même si en réalité le mécanisme en lui-même ne s'inaugure pas devant les juridictions internationales avec le contentieux des crimes de masse¹⁹⁰⁹, ce dernier pourrait bien lui donner une nouvelle dimension.

¹⁹⁰⁵ Cf. H. ASCENSIO et R. MAISON, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux 1998 », *A.F.D.I.*, 1998, pp. 370-411, spec. 384.

¹⁹⁰⁶ CPI, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Demande d'autorisation d'intervenir comme *amicus curiae* dans l'affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, en vertu de la Règle 103 du Règlement de procédure et de preuve de la Cour, Ch. Pr. II, Affaire n° ICC-01/05-01/08-450, 15 juillet 2009, para. 30.

¹⁹⁰⁷ Cf. M. DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs*, Paris, Le Seuil, 2007, p. 269.

¹⁹⁰⁸ Dans l'affaire *Milosevic*, (Affaire *Milosevic* IT-02-54, Kosovo, Croatie et Bosnie-Herzégovine, Ordonnance invitant à la désignation de l'*Amicus curiae*, 30 août 2001), les juges ont invité le Greffier à désigner un conseil qui comparaitra en qualité d'*amicus curiae* puisque disaient-ils, l'article 20 leur prescrit de veiller à ce que le procès soit équitable et rapide et qu'il respecte pleinement les droits de l'accusé. Toutefois, cette position du Tribunal s'expliquait en l'espèce par le fait que *Milosevic* fut parmi les seuls accusés du TPI à avoir choisi de se défendre par lui-même, et donc ne pas bénéficier de l'assistance d'un conseil. Trois spécialistes du droit pénal international lui ont été assignés à ce titre : Me Steven Kay du barreau d'Angleterre et du Pays de Galles, Me Michail Wladimiroff du barreau des Pays-Bas, et de Me Branislav Tapuskovic du barreau de Yougoslavie.

¹⁹⁰⁹ Cf. sur cet aspect, S. MENETREY, *L'amicus curiae, vers un principe commun du droit procédural ?*, *op.cit.*, notamment lorsque l'auteur analyse la pratique internationalisée de l'*amicus curiae*.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

2- L'institutionnalisation de la participation des victimes au procès pénal international devant la Cour pénale internationale.

405. Sans vouloir aborder le droit à la réparation des victimes dans la justice pénale internationale – cette dimension de la question largement étudiée par la doctrine ne présente en réalité aucune particularité dès lors qu'elle est propre à toute instance judiciaire¹⁹¹⁰ – il s'agit plutôt de considérer la place des victimes dans le procès pénal internationale¹⁹¹¹. Cette place qui connaît une institutionnalisation croissante si l'on considère la distinction clarifiée par le professeur Roger Merle entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction¹⁹¹². Le présent propos concerne davantage la question de la constitution de partie civile qui selon le pénaliste français, « a une finalité pénale spécifique »¹⁹¹³ en ce sens qu'elle fait de la victime un agent de la répression pénale. Cette finalité est importante dans la mesure où, victime d'une infraction, la victime est très souvent victime d'un système dans lequel une autorité, le ministère public, lui vole son action officiellement dans l'intérêt de tous¹⁹¹⁴. Cette question de la place de la victime dans le procès pénal international revêt une dimension particulière ici dans la mesure où le crime contre l'humanité fait une double victime : une victime directe, celle atteinte dans son intégrité et dans sa dignité et une victime indirecte, celle provoquée et choquée par le comportement de l'agent. Or, si les choses sont généralement plus simples pour la victime directe, « en se constituant partie civile, la victime demande à la justice pénale de rechercher la vérité et de condamner les coupables, ainsi que d'évaluer l'indemnisation de tous ses préjudices, indemnisation qui devra être payée par l'auteur responsable (ou par son assureur de

¹⁹¹⁰ Pour quelques références cf. Y. DUBUIS, « La réparation au profit des victimes en droit pénal humanitaire », in L. MOREILLON, A. BICHOVSKY et M. MASSROURI (dir.), *Droit pénal humanitaire*, op. cit., pp. 421-436 ; P. LEWIS, H. FRIMAN, « Reparations to victims », in R. S. LEE (dir.), *The international criminal court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ardsley, Transnational Publishers, 2001, pp. 474-491. En dehors de ces travaux, l'on peut également citer, Les principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à la réparation des victimes de violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit humanitaire, Principes Bassiouni, doc. ONU E/CN. 4/2000/62, 18 janvier 2000.

¹⁹¹¹ Cf. sur cet aspect, C. JORDA et J. DE HEMPTINNE, « The status and the role of the victim », in A. CASSESE, P. GAETA et J. R. W. D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the international criminal court*, op. cit., pp. 1387-1419.

¹⁹¹² Cf. R. MERLE, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point, ou fluctuations ?) », in *Mélanges André Vitu, Droit pénal contemporain*, Paris, éd. Cujas, 1989, pp. 397-404.

¹⁹¹³ *Ibid.*, p. 397.

¹⁹¹⁴ Sur les termes de cette analyse, cf. M. DELMAS-MARTY, « Des victimes : repères pour une approche comparative », *Rev. sc. crim.*, 1984, pp. 209-223. Pour une étude plus globale de la problématique de la place de la victime sur la scène pénale, nous renvoyons utilement à l'étude comparée, limitée à l'échelle européenne, dirigée par les professeurs Geneviève Giudicelli-Delage et Christine Lazerges, *La place de la victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 2008.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

responsabilité, ou par le fonds de garantie des victimes) »¹⁹¹⁵ ; la question sur la place et le rôle de la victime indirecte, l'humanité, n'est pas sans susciter quelques interrogations à la fois du point de vue technique et philosophique¹⁹¹⁶.

S'agissant justement de la question de savoir si la victime est une partie à part entière du procès pénal international, question qui validerait l'hypothèse de l'approche collective dans la production de la décision judiciaire dans la justice pénale internationale, la situation a évolué depuis les tribunaux militaires de Nuremberg. En effet, c'est progressivement, que « la victime acquiert à l'intérieur de la juridiction pénale internationale un rôle qui commence à la rapprocher de celle d'un véritable sujet du procès »¹⁹¹⁷. A l'origine, au sein des TMI, logique reprise par les TPI, seule le procureur est compétent pour ouvrir une enquête et déclencher les poursuites. Reprenant le modèle du Tribunal de Nuremberg lors de la création des TPI,

« the security council has not given individual victims – or, as the case may be, classes of persons deputed to represent victims collectively – any personal right to set a prosecution in motion »¹⁹¹⁸.

Devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, la victime n'intervient pas en tant que partie à la procédure, mais seulement en tant que témoin¹⁹¹⁹. Ce système qui ne fait pas intervenir la victime dans le déclenchement des poursuites se rapproche du modèle pénal rétributif tel que décrit par le professeur Mireille Delmas-Marty¹⁹²⁰. L'infraction est avant tout appréhendée comme un trouble à l'ordre public, une atteinte à l'intérêt général. En ce sens, « le châtement légal constitue la compensation du crime »¹⁹²¹. Le droit de punir n'appartient

¹⁹¹⁵ A. D'HAUTEVILLE, « Les droits des victimes », *Rev. sc. crim.*, 2001, pp. 107-116, p. 107.

¹⁹¹⁶ En effet, la question de la représentation de la victime indirecte soulève des interrogations au regard de la présence et du rôle du procureur représentant de la société toute entière dans le procès. Mais justement, la victime indirecte qu'est l'humanité n'existe pas dans les infractions de droit commun pourtant, le procureur existe pour tout type d'infraction. Alors, soit cette victime doit être représentée dans le procès autrement que par la voie du procureur, soit la fonction du procureur se dédouble lorsque l'infraction commise est par exemple un crime contre l'humanité. Dans ce cas, il agit d'abord dans ses fonctions ordinaires de procureur représentant de la société, et s'ajoute aussi une nouvelle fonction celle de représentant de l'humanité. Si une telle hypothèse était admise, resterait alors à déterminer le sens et la portée de cette autre fonction. En tout état de cause, elle n'apparaît pas encore dans les procès internationaux de crime contre l'humanité tenus depuis Nuremberg. Par ailleurs, la constitution de partie civile au procès n'existe pas dans la procédure pénale internationale.

¹⁹¹⁷ L. SCOMPARIN, « La victime du crime et la juridiction pénale internationale », in M. CHIAVORIO (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, *op. cit.*, pp. 335-352, spec. 338-339.

¹⁹¹⁸ C. JORDA, J. DE HEMPTINNE, « The status and role of victims », *op. cit.* p. 1392.

¹⁹¹⁹ Cf. M.-B. DEMBOUR et E. HASLAM, « Silencing hearing? Victim-witness at war crimes trials », *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, p. 158.

¹⁹²⁰ M. DELMAS-MARTY, « Des victimes : repères pour une approche comparée », *op. cit.*

¹⁹²¹ M. ANCEL, « La défense sociale devant le problème de la victime », *Rev. sc. crim.*, 1978, pp. 179-187, spec. 183.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

pas à la victime. Cette philosophie domine d'ailleurs l'ensemble des systèmes pénaux nationaux¹⁹²². Il apparaît ainsi que dans les premières juridictions pénales,

« the victim appears to be extraneous to the conduct of the proceedings, which are entirely confined to a contest between the Prosecutor and the defense » si bien que les textes créant ces premières juridictions, « does not afford him any personal right to intervene in the case with a view to ensuring the protection of his legitimate interests »¹⁹²³.

A l'analyse, cette absence d'un statut propre à la victime dans la procédure devant les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* pose problème à plusieurs égards. Tout d'abord, la participation des victimes à la procédure pénale internationale, si une telle procédure existe, contribue fortement à l'établissement de la vérité sur les crimes commis. Elle constitue une condition *sine qua none* de poursuite de ces crimes par la communauté internationale. Elle peut également être considérée comme un début de réparation morale du préjudice subi. Elle peut en outre être considérée comme une exclusion de la victime dans le processus de prise de décision contre l'agent pénal. Mais cette situation d'origine a évolué avec la création de la Cour pénale internationale¹⁹²⁴. Devant cette institution, les victimes ont acquis un nouveau statut leur permettant de participer à l'élaboration collective de la décision du juge¹⁹²⁵. Aux termes de l'article 68 (3) du Statut et de la Règle 89 du Règlement de procédure et de preuve¹⁹²⁶, les victimes doivent être *représentées* devant la Cour. Cette représentation est assurée par l'institution d'un représentant légal que « la victime est libre de choisir »¹⁹²⁷. La représentation de la victime suppose que celle-ci participe à tous les stades du procès et donc,

¹⁹²² Au Cameroun, au Sénégal, en RDC ou encore en RCA, la victime ne peut exceptionnellement déclencher les poursuites qu'en cas d'infractions moins graves (notamment en cas de délit lorsque l'information judiciaire n'est pas obligatoire), ou lorsque l'infraction est considérée comme étant purement une atteinte privée (comme ce pourrait être le cas en matière d'adultère). Aux Etats-Unis par exemple, « the powers of the US attorney to decide whether or not to prosecute are almost unlimited and not under judicial control », in A. ORIE, « Accusatorial v. inquisitorial approach in international criminal proceedings prior to the establishment of the ICC and in the proceedings before the ICC », in A. CASSESE, P. GAETA et J. R. W. D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the international criminal court*, *op. cit.*, pp. 1439-1495.

¹⁹²³ C. JORDA, J. DE HEMPTINNE, « The status and role of victims », *op. cit.* p. 1390.

¹⁹²⁴ T. VAN BOVEN, « The position of the victim in the statute of the international criminal court », *Reflections on the ICC, Essays in Honour of Adriaan Bos*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 1999, pp.83-84; E. HALSAM, « Victim participation at the international criminal court: a triumph of hope over experience? », in D. MCGOLDRICK, P. J. ROWE, E. DONNELLY (dir.), *The permanent international criminal court. Legal and policy issues*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 315-334.

¹⁹²⁵ Cf. A. ASHWORTH, « Victim impact statements and sentencing », *Criminal Law Review*, 1993, pp. 498-509.

¹⁹²⁶ Pour une application de cette disposition, cf. CPI, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the applications by victims to participate in the proceedings, Ch. Inst. I, Affaire n° ICC-01/04-01/06, 15 décembre 2008, para. 67.

¹⁹²⁷ Règle 90 (1), du Règlement de procédure et de preuve.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

participe à la prise de la décision par le juge¹⁹²⁸. Décision dont l'élaboration collective laisse présager une portée elle aussi collective.

B- La portée « collective » de la décision sur la peine rendue par le juge pénal international : « la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale »¹⁹²⁹

406. S'il y a une question du droit pénal international qui demeure encore assez aride malgré les efforts des pénalistes pour l'éclairer, c'est sans doute celle de la peine en droit des infractions internationales : sa mesure, sa détermination, sa motivation et, dans une certaine mesure, son exécution¹⁹³⁰. Ces quatre temps irréductibles dans une réflexion sur la peine que le pénaliste comparatiste italien Stefano Manacorda a identifié comme « les quatre moments de la sanction : le moment *fonctionnel* de la rationalité punitive, le moment *normatif* de sa prévision abstraite, le moment *décisionnel* de l'appréciation judiciaire, le moment *opérationnel* de son exécution »¹⁹³¹. Il apparaît donc nécessaire voire indispensable d'engager une réflexion globale sur cette pierre de touche du droit pénal qu'est la peine surtout au moment où, l'instrument pénal passe du niveau national au niveau international entraînant au passage, un effort d'adaptation dont le résultat reste malgré tout fortement incertain. En effet, comme le souligne fort bien, le professeur Manacorda, « paradoxalement, alors que la sanction pénale constitue l'aboutissement du procès pénal international (...), le questionnement autour de [ses quatre moments] constitue un véritable préalable à toute analyse (...) susceptible d'éclaircir le programme de politique criminelle que vise à accomplir [la justice pénale internationale] »¹⁹³². Mais une telle approche globale ne sera pas abordée ici. Non seulement à cause des limites inhérentes au présent travail, mais aussi et surtout compte

¹⁹²⁸ Sur la présentation de l'évolution du statut des victimes devant les juridictions pénales internationales, cf. G. DE BECO, « La participation des victimes à la procédure devant la Cour pénale internationale », *R.D.P.C.*, n°9-10, 2008, pp. 787-815.

¹⁹²⁹ L'essentiel des développements à suivre est largement inspiré de la pénétrante contribution de, l'ethno criminologue française, Sarah Liwerant Odile à la revue *Droit et Cultures* sur le thème, « Quand la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale », vol.56, 2008, pp. 147-175. Et plus largement encore des développements faites dans sa thèse de doctorat, *L'aporie du droit face à la logique meurtrière des crimes contre l'humanité et des génocides. Approches criminologique et anthropologique*, Thèse, Paris X-Nanterre, 2004.

¹⁹³⁰ Cf. notamment, R. E. FIFE, « Penalties », in R. S. LEE (dir.), *The International criminal. The making of the of the Rome Statute*, op. cit. pp. 319 ss; O. TRIFFTERRER, « The preventive and the repressive function of the international criminal court », in M. POLITI, G. NESI (dir.),

¹⁹³¹ S. MANACORDA, « Les peines dans la pratique du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : l'affaiblissement des principes et la quête des contrepoids », in E. FRONZA et S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des law clinics en droit pénal international*, op. cit., p. 173, c'est l'auteur qui souligne.

¹⁹³² *Ibid.*, p. 170.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

tenu de « l'indifférence – voire son mépris – pour les *Grundprinzipien* de la sanction pénale »¹⁹³³. En effet, l'extrême concision des références normatives sur la peine dans la législation pénale internationale témoigne de l'incapacité d'une peine individualisée à pouvoir sanctionner des violences collectives (1). Prenant en compte cette double limite à l'engagement d'une réflexion globale, reste alors à analyser la captation de la philosophie pénale que tente de systématiser le juge international (2).

1- L'incapacité d'une peine individualisée à sanctionner des violences collectives.

407. Le philosophe Michel Foucault observait déjà que dans nos sociétés contemporaines,

« on ne sait plus exactement ce qu'on fait quand on punit et ce qui peut, au fond, en principe, justifier la punition ; tout se passe comme si nous pratiquions une punition en laissant voir, sédimentées un peu les unes sur les autres, un certain nombre d'idées hétérogènes, qui relèvent d'histoires différentes, de moments distincts, de rationalités divergentes »¹⁹³⁴.

Plus récemment, indique la pénologue française Pierrette Poncela, Guy Casadamont rappelle cette observation et plaide pour une absence de définition de la peine, ou plutôt l'absence de philosophie de la peine¹⁹³⁵. Alors, point de théorie édifiante de la peine, juste une peine : « la peine n'est qu'un non », négation de la négation selon Hegel¹⁹³⁶.

S'inscrivant dans cette logique, les Statuts des tribunaux pénaux internationaux ne prévoient aucune théorie ou élément théorique sur la peine. Les articles 23 et 24 du TPIY par exemple, dressent le cadre du prononcé des peines et apportent quelques précisions générales. D'abord, les peines encourues sont uniquement des peines d'emprisonnement ; elles sont ensuite fixées, dans chacune des affaires soumises au tribunal en ayant recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquées par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie. L'article 77 du Statut de la Cour pénale internationale se démarque quelque peu de celui des tribunaux *ad hoc*. Aux termes du sous paragraphe (a), la Cour peut appliquer une peine d'emprisonnement à temps de 30 ans au plus. Alors que le sous paragraphe (b) prévoit que la Cour peut également appliquer « une peine d'emprisonnement à perpétuité, si l'extrême

¹⁹³³ *Ibid.*, p. 172.

¹⁹³⁴ Cité par, P. PONCELA, « Mesure et motivation de la peine dans les jugements des TPIY », in M. HENZELIN et R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, *op.cit.*, p. 325.

¹⁹³⁵ *Ibid.*, G. CASADOMONT, « Pénalité et modernité, Foucault en éclaircisseur », Textes repris et amplifié d'une intervention au forum de la Direction de l'administration pénitentiaire, Ministère de la justice, Paris, 9 janvier 2001.

¹⁹³⁶ P. PONCELA, *ibid.*, p. 326.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient ». A travers cette disposition, ce texte reprend une question qui s'était déjà posée dans l'affaire *Tadic* et reprise dans celle *Blaskic* relative à la hiérarchisation des infractions internationales : crime contre l'humanité, génocide, crimes de guerre¹⁹³⁷. Car on sait généralement en droit interne que la peine demeure l'élément formel d'hiérarchisation des infractions. Un autre élément de distanciation entre le Statut de la CPI avec les textes créateurs des tribunaux pénaux internationaux se trouve à l'alinéa 2 qui ajoute à la peine d'emprisonnement une peine d'amende et la confiscation des profits et biens tirés directement ou indirectement du crime.

Mais quelque soit l'évolution réalisée par le Statut de Rome, il demeure que la sanction prévue n'échappe pas au principe de l'individualisation de la sanction pénale. D'où l'interrogation sur son aptitude à sanctionner les crimes collectifs. Interrogation qui sans doute amène le juge à procéder à des emprunts de philosophie pénale.

2- Le juge « tisseur » combine sanction pénale et réconciliation nationale.

408. La justice pénale internationale est de plus en plus appréhendée comme le préalable indispensable à la pacification des sociétés déchirées par les crimes de masse. Dans cette perspective, elle contribue à la paix, entendue comme l'arrêt des massacres et la réconciliation nationale. L'urgence de considérer un lien social à pacifier, ou à réconcilier, émerge comme un enjeu au nom duquel des expériences juridiques et sociales contemporaines sont de plus en plus tentées. Dans ce contexte, la lutte contre l'impunité et la réconciliation nationale apparaissent comme les deux principales orientations du discours de politique criminelle supranationale en même temps que ces deux éléments tendent à devenir de véritables catégories juridiques du droit pénal international. Ainsi, il se produit dans cette nouvelle discipline juridique comme un « *changement profond de la justice pénale et des missions du droit : justice, paix et réconciliation semblent aujourd'hui indissociables* »¹⁹³⁸. L'analyse peut donc s'articuler autour de l'idéologie sous-jacente à l'appropriation par le juge « tisseur » de la réconciliation nationale (a) et de sa dynamique normative dans la prise en compte des impératifs collectifs (b).

¹⁹³⁷ P. PONCELA, *op. cit.*, p. 328.

¹⁹³⁸ S. LIWERANT, « Quand la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale », *Droit et cultures, op.cit.*, p. 148, nous soulignons.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

a)- Les deux étapes de l'idéologie sous-jacente du discours de politique criminelle du juge « tisseur ».

409. Comme le souligne la criminologue française Sarah Liwerant, l'introduction de la notion de « réconciliation nationale » dans le vocabulaire de la justice internationale nécessite d'examiner les fonctions et significations attribuées à la notion par les juges internationaux. Sur ce point les lieux des occurrences de cette notion au sein des jugements et des arrêts des TPI – [La CPI n'ayant pas encore rendu de décision sur la peine, l'analyse sera consacrée exclusivement aux décisions des TPIR et Y] – éclairent les logiques de son usage. En effet, la filiation des concepts utilisés, les associations de références, l'exigence de construction d'une nouvelle échelle, les expériences humaines et juridiques des juges internationaux, la confrontation du droit pénal international aux crimes [de masse] qui viennent à déconstruire les nations sont autant d'éléments susceptibles de comprendre la récurrence de la notion de « réconciliation nationale » au sein des décisions judiciaires »¹⁹³⁹. Les points de vue admis par Sarah Liwerant tendent à mettre en exergue comment le juge des TPI tente de tisser sa toile pénale internationale à travers une dynamique d'adaptation d'une rationalité pénale individuelle aux impératifs collectifs. Pour ce faire, son discours s'appuie sur une idéologie élaborée en deux temps : d'une association entre paix et justice (i) à une mission de réconciliation nationale (ii).

i- Le juge « tisseur » associant justice et paix.

410. Le Pape Paul VI disait, « si on veut la paix, il faut œuvrer pour la justice ». Mise en perspective historique, l'association « justice et paix » rappelle les bases normatives du phénomène qui s'est produit dans le champ pénal et qui est à l'origine de l'émergence du paradigme juridique du crime contre l'humanité à savoir, le rapport entre le droit et la guerre. Aussi est-il logique que ce soit le juge « tisseur », juge du droit pénal international, matière génétiquement liée aux théories du droit militaire, qui tente aujourd'hui l'association entre « justice et paix ». La référence à la paix puise ses origines dans la doctrine de la guerre juste. Cette doctrine sera développée par les juristes internationalistes à partir du XVI^e siècle et le mouvement tendant à incriminer le recours à la guerre se développe au cours du XIX^e siècle. La guerre d'agression est condamnée par le Traité de Versailles et devient un crime international en 1928 avec la signature du Pacte Briand-Kellog. Parallèlement aux discussions

¹⁹³⁹ *Ibid.*, p. 148.

Chapitre 7.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

sur le recours à la guerre, s'élabore un droit coutumier de la guerre et, dans la seconde moitié du XIX^e siècle, une réglementation conventionnelle de la guerre et des conflits armés s'élabore.

Malgré une activité doctrinale intense, la discussion sur la volonté de saisir la guerre par le droit sera à nouveau d'actualité en 1945. En effet, « l'indignation » devant les crimes commis a donné lieu à la création de nouvelles incriminations et l'élaboration de ce que l'on appellera le « droit de Nuremberg »¹⁹⁴⁰. La référence à la guerre juste réapparaît lors des procès de Nuremberg et de Tokyo afin d'asseoir la légitimité des tribunaux militaires internationaux et le droit qu'ils ébauchaient. Les juges de Nuremberg, premières figures des juges « tisseurs » ont démilitarisé la guerre pour la faire entrer dans la catégorie plus large de conflit. Ils estimaient que pour associer la justice et la paix, il fallait juger la guerre qui fut donc deux fois : d'abord la guerre est juger pour les raisons qui amènent les Etats à faire la guerre, ensuite la guerre est juger au regard des moyens que les Etats utilisent pour faire la guerre. Invoquant à plusieurs reprises Grotius, ils ont ainsi affiné la distinction entre le *jus ad bellum* et le *jus in bellum*. La dynamique déclenchée en 1945 pour juger la guerre a donné au droit une mission de protection de la paix que la justice pénale internationale tente soit de restaurer soit de maintenir. Le glissement du droit à faire la guerre à un droit dans la guerre est particulièrement visible à travers l'évolution des missions proclamées et inscrites dans le préambule des Statuts des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* que ne cessent de rappeler dans leurs décisions la mission de restauration de la paix.

Juridiquement donc, la paix devient un nouveau fondement du droit à l'origine de la création des deux tribunaux pénaux internationaux. En effet, le TPIY et le TPIR ont été créés en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, intitulé « *Actions en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et l'acte d'agression* ». Les Résolutions 827 et 955 de l'ONU instaurant respectivement le TPIY et le TPIR affirment que la création d'un tribunal « *contribuerait à la restauration et au maintien de la paix* » pour l'ex-Yougoslavie, et pour le Rwanda participerait « *au processus de réconciliation nationale ainsi qu'au rétablissement et au maintien de la paix* ». Cette même logique a présidé à la création de la Cour pénale internationale et il apparaît que l'association justice et paix, tend à « glisser » vers la prise en compte de la réconciliation nationale dans le discours par les juges internationaux.

¹⁹⁴⁰ H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *op.cit.*, pp. 481-582.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

ii- Le juge « tisseur » ouvert à la mission de réconciliation nationale lors de la motivation de la peine.

411. Un nouveau vocable s'installe au sein du droit pénal international : celui de la réconciliation nationale. Sarah Liwerant affirme que « *l'existence de juridictions internationales, nouvelles garantes de la paix, ou tout au moins favorisant la restauration de la paix, attribue au droit un rôle dans la réconciliation nationale. Les juges internationaux proclament l'application du droit comme facteur de réconciliation* »¹⁹⁴¹. Dans ce sens, la présentation du TPIY par son président, Antonio Cassese, lors de la conclusion des accords de paix de Dayton en novembre 1995 est éloquente,

« La justice est un élément indispensable du processus de réconciliation nationale. Elle est essentielle au rétablissement de relations harmonieuses et pacifiques entre les hommes et les femmes qui ont dû vivre sous le règne de la terreur. Elle interrompt le cycle de violence, de la haine et prévient la vengeance illégale. Ainsi la paix et la justice vont-elles de pair ».

La présentation du TPIR emprunte à cette argumentation,

« Je suis sûr de parler au nom de la communauté internationale toute entière en exprimant l'espoir que ce jugement contribuera au processus durable de réconciliation nationale au Rwanda. Car il ne peut y avoir de guérison en l'absence de paix, et il ne peut y avoir de paix en l'absence de justice, tout comme il ne peut y avoir de justice lorsque les droit de l'homme et la primauté du droit ne sont pas respectées ».

Ainsi, dès les premières affaires, le TPIR affirma qu'il a été,

*« institué à la demande du Gouvernement rwandais et que la mission qui lui est assignée est de traduire en justice les personnes responsables de crimes au nom de la communauté internationale, de contribuer de manière efficace à la répression de la violence et à l'éradication de la culture de l'impunité ainsi que de promouvoir la réconciliation de la paix au Rwanda »*¹⁹⁴².

Dans le même sens, le TPIY affirma qu'il,

*« contribue au règlement des questions plus vastes qui sous-tendent les méfaits perpétrés en ex-Yougoslavie, telles que la responsabilité, la réconciliation et l'établissement de la vérité »*¹⁹⁴³.

Chronologiquement, on observe que la réconciliation nationale apparaît en premier lieu à travers la mission poursuivie par les tribunaux pénaux internationaux, énoncée lors de la détermination de la peine. L'entrée de la « réconciliation nationale » dans la justice internationale s'effectue ainsi au travers de la sanction. Il n'est pas étonnant que la motivation

¹⁹⁴¹ S. LIWERANT, « Quand la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale », *op.cit.*, p. 152.

¹⁹⁴² TPIR, affaire *Le Procureur c. Jean Kambanda*, Jugement, *op.cit.*

¹⁹⁴³ TPIY, affaire *Le Procureur c. Erdemovic*, Jugement, *op.cit.*

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

de la peine soit le lieu où le juge tisse la philosophie pénale et donc la politique criminelle internationale. En effet, c'est en réfléchissant à la question de la finalité de la peine que le juge, en droit pénal international, détermine les fonctions de la peine en soulignant notamment la portée relative des questions terminologiques et en mettant en exergue les enjeux sous-jacents. Ce faisant, le juge « tisseur » élabore un programme entier de politique criminelle destiné à dessiner les options idéologiques et axiologiques et à dégager une rationalité pénale adaptée à la logique des crimes de masse¹⁹⁴⁴. Les tribunaux mentionnent les objectifs pour lesquels ils ont été créés et se réfèrent aux missions imparties par l'ONU à savoir éradiquer la culture de l'impunité au Rwanda ou encore à montrer aux populations d'ex-Yougoslavie et du monde entier que ces crimes ne restent pas impunis. Ainsi, le TPIY affirme qu'une,

« peine infligée par un tribunal international a également pour but essentiel de favoriser la prise de conscience des accusés, des victimes qui ont survécu, de leurs familles, des témoins et de l'opinion publique, et de les conforter dans l'idée que le droit est effectivement appliqué. Une condamnation vise aussi à rappeler à tout un chacun qu'il doit se plier aux lois et aux règles universellement acceptées »¹⁹⁴⁵.

b)- Le juge « tisseur » saisi par les intérêts collectifs.

412. Progressivement dans la jurisprudence internationale, la réconciliation nationale va non seulement fonder la mission des juridictions internationales mais cette référence va s'installer au sein même du régime de la peine privative de liberté et devenir un des critères de sa détermination. Le juge « tisseur » va progressivement affirmer que la réconciliation nationale procède de la fixation d'une « peine juste »¹⁹⁴⁶. Le juge en droit pénal international va sanctionner pour réconcilier. Après une jurisprudence divergente, les tribunaux pénaux internationaux reconnaissent aujourd'hui deux fonctions principales de la « peine internationale » : la rétribution et la dissuasion. Certes, elles répondent toutes deux à la philosophie classique du droit pénal, mais sont justifiées au regard de l'expérience d'une réconciliation nationale¹⁹⁴⁷. Les juges font apparaître la réconciliation nationale comme un argument de légitimation dans la mesure où il vise à s'opposer à la vengeance. La

¹⁹⁴⁴ Cf. dans le même sens, S. MANACORDA, « Les peines dans la pratique du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : l'affaiblissement des principes et la quête des contrepois », in E. FRONZA et S. MANACORDA (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des law clinics en droit pénal international*, op.cit., pp. 173-174.

¹⁹⁴⁵ TPIY, affaire *Le Procureur c. Nikolic*, Jugement, op. cit.

¹⁹⁴⁶ TPIY, affaire *Le Procureur c. Stakic*, Jugement, op.cit.

¹⁹⁴⁷ S. LIWERANT, « Quand la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale », op.cit., pp. 156-158.

Chapitre 7.

Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du procès pénal international.

réconciliation est l'horizon obligé de la justice internationale qui vient se substituer à la vengeance privée. Dans l'affaire *Erdemovic* le Tribunal déclare que,

« l'impunité des coupables ne ferait qu'attiser le désir de vengeance en ex-Yougoslavie, rendant précaire le retour à la « légalité », la « réconciliation » et le rétablissement « d'une paix digne de ce nom » »¹⁹⁴⁸.

Il ressort de cette analyse que l'approche collective dans la production de la décision judiciaire prend de plus en plus corps dans la justice pénale internationale. Le préalable à cette nouvelle dynamique est fonction de la posture à la fois organique et épistémologique du juge. Dans le premier cas, le juge à travers son *autonomie*, souvent donnée souvent conquise, est affranchi des textes qui en générale sont incomplets au sujet de la philosophie pénale. Dans le second cas, le juge qualifié de « tisseur », tente d'adapter une peine par essence individualiste, la peine privative de liberté, à la sanction des crimes par nature collectif comme le crime contre l'humanité. Pour lui permettre d'y parvenir, la scène pénale internationale conçoit le procès dans une perspective holiste c'est-à-dire du procès et donc participative et le juge « tisseur » s'empare d'un processus extra-pénal voire extra-juridique, celui de la réconciliation nationale qu'il juridicise par la même occasion en faisant émerger un nouveau couple dans la justice pénale internationale : le couple *sanction-réconciliation*.

¹⁹⁴⁸ TPIY, affaire *Le Procureur c. Erdemovic*, Jugement, *op.cit.*

Conclusion du Chapitre 7.

L'ouverture des systèmes pénaux nationaux par la proclamation de la philosophie pénale locale au niveau global.

Conclusion du chapitre 7. L'ouverture des systèmes pénaux nationaux par la proclamation de la philosophie pénale locale au niveau global.

413. En partant de l'hypothèse que la norme vecteur de la philosophie pénale originellement africaine, ou du moins ce qui en tient lieu, est caractérisée par *le principe du retour à l'équilibre rompu*, il a été démontré que celle-ci appartenant au niveau local, intègre progressivement le système juridique officiel à travers un phénomène d'*internormativité ascendante* qui se réalise par une captation (judiciarisation) par les instances pénales supranationales. Ainsi articulé, le présent chapitre soulève une interrogation fondamentale déjà perçue par la doctrine¹⁹⁴⁹ : la validation du concept de juge « tisseur » des normes et de son rôle au regard du phénomène d'internormativité emporte-t-elle une nouvelle centralité de la répression des crimes contre l'humanité ? Y aurait-il évolution vers une nouvelle forme de procès dont l'épicentre ne serait plus la mise en scène du rapport de force entre l'accusation (et/ou la victime) et la défense (toujours le délinquant) mais plutôt l'humanité sans nom et sans localisation ?

La question mérite d'être posée. En effet, outre la construction de la légitimité de la justice pénale internationale, l'appel à la réconciliation nationale paraît bien illustrer les modifications observées au sein du procès pénal international, et en premier lieu une conception pluri acteurs dudit procès. En toile de fond, admettre la réconciliation nationale au sein d'un processus judiciaire conçu selon le modèle occidental classique est guidé par le projet *de juger au nom de l'humanité et pour la paix*. La prise en compte de l'humanité dans le procès pénal à travers sa double dimension d'abord comme humanité valeur et ensuite comme humanité victime, constitue, à plusieurs égards, le pivot de l'émergence d'une nouvelle conception du procès. En ce sens, l'introduction de la réconciliation nationale et la référence à l'humanité dans le procès pénal s'inscrivent dans cette perspective visant à construire de nouvelles fictions juridiques. La modification du rôle du juge de *conservateur* de l'ordre établi (bouche de la loi) à *tisseur* de normes de différents ordres juridiques (autorité investie d'un pouvoir normatif certain) permet de relever qu'en introduisant la réconciliation dans le discours sur la sanction des crimes contre l'humanité, il s'agit de tenter de retisser le lien social. Quoiqu'il en soit, la réception de la réconciliation nationale par des instances pénales supranationales emporte une certitude, celle de l'ouverture du système pénal classique

¹⁹⁴⁹ S. LIWERANT, « Quand la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale », *op.cit.*, p. 160.

Conclusion du Chapitre 7.

L'ouverture des systèmes pénaux nationaux par la proclamation de la philosophie pénale locale au niveau global.

vers plus d'hybridation. Phénomène dont le prolongement se trouve désormais dans la coexistence avec les modes a priori non juridictionnels de règlement des conflits qui relèvent de la culture juridique africaine.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Chapitre 8.

**LA DYNAMIQUE DES EMPRUNTS OFFICIELS A LA CULTURE
JURIDIQUE AFRICAINE POUR UNE LEGITIMATION DE LA
REPRESSION DES CRIMES DE MASSE.**

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

« *Le droit s'inscrit infailliblement dans une langue, participe inévitablement d'une culture et relève invariablement d'une tradition* », P. LEGRAND, « *La leçon d'Apollinaire* », Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 38.

414. C'est aux confins des limites d'une approche monoculturelle résultant d'une prise de conscience de l'enracinement culturel du droit pénal international et des juridictions qui l'accompagnent que se développe la présente alternative. Car si la conscience d'une humanité partagée se reflétant dans la mise en place de juridictions internationales pour répondre aux crimes contre l'humanité perpétrés au préjudice des populations africaines, semble légitime et importante, il ne s'agit pas d'oublier qu'avant tout ce sont les populations directement concernées qui doivent pouvoir réunir des conditions pour surpasser leurs traumatismes et réinventer à nouveau ensemble un futur partagé. Les pénalistes canadiens Murielle Paradelle, Hélène Dumont et Anne-Marie Boisvert, en abordant une interrogation fondamentale sur la *légitimité* du Tribunal pénal international pour le Rwanda, soulignent dans ce sens que,

« [P]our qu'une justice soit entendue, pour qu'elle ait un impact sur le groupe social auquel elle s'adresse, quelle que soit par ailleurs la fonction qu'elle entend poursuivre – rétribution, prévention, réconciliation, resocialisation –, il faut non seulement qu'elle soit reconnue de ce groupe, mais plus encore que celui-ci se reconnaisse en elle. Pour cela, cette justice doit être visible, elle doit être intelligible, elle doit pouvoir s'inscrire dans leur vécu »¹⁹⁵⁰.

Ainsi faut-il se demander si la Justice proposée sous la forme du droit pénal international remplit bien la précondition nécessaire à toute pacification qui est celle de faire sens pour les populations concernées en s'inscrivant dans leur vécu et en puisant dans leur expérience¹⁹⁵¹.

A parcourir de nombreuses analyses et multiples rapports consacrés notamment au tribunal pénal international pour le Rwanda, de même qu'à entendre les commentaires des rwandais, le constat est doublement négatif. Il concerne d'une part, l'éloignement – pas seulement géographique – de la juridiction et de la justice pénale internationale de la société rwandaise et d'autre part son inadaptation à la nature du conflit¹⁹⁵². Un diplomate rwandais reprochait déjà au Conseil de sécurité de s'être « contenté d'écrire partout « Rwanda » sous le

¹⁹⁵⁰ M. PARADELLE, H. DUMONT et A.-M. BOISVERT, « Quelle justice pour quelle réconciliation ? Le tribunal pénal international pour le Rwanda et le jugement du génocide », *op.cit.*, p. 406.

¹⁹⁵¹ Cf. J.-P. GETTI, « Un tribunal pour quoi faire ? Le tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et la poursuite des crimes contre l'humanité », *Politique africaine*, n°68, 1997, pp. 51-59.

¹⁹⁵² M. PARADELLE, H. DUMONT et A.-M. BOISVERT, *Ibid.*

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

nom de Yougoslavie »¹⁹⁵³. La justice mise en place au Rwanda pour juger les crimes contre l'humanité commis est une justice dans laquelle les rwandais ne se reconnaissent pas culturellement. Raison pour laquelle elle est isolée de la société rwandaise et déconnectée des réalités d'une société africaine que constitue la société rwandaise. Pourtant, souligne la doctrine, aucune entreprise de justice ne peut faire l'économie d'une analyse préalable sur la différence des contextes, sur la spécificité du crime en jeu et sur ses causes profondes¹⁹⁵⁴.

Il y a d'abord une distance juridique entre la justice pénale internationale conçue selon le modèle de Nuremberg et mise en œuvre au Rwanda et la société rwandaise. En effet, alors que le droit pénal appliqué par les juridictions rwandaises est davantage de nature civiliste – déjà produit du phénomène de colonisation –, les normes mobilisées par les juges internationaux pour asseoir en droit leurs décisions puisent à une diversité presque surréaliste des sources. Ainsi trouve-t-on dans jugements des Chambres de première instance non seulement les dispositions des instruments internationaux – signé ou non par le Rwanda – mais également des règles de droit issues des législations nationales des pays de common law, pour apprécier par exemple, le rattachement de la notion d'incitation à celle de participation criminelle¹⁹⁵⁵. Egalement, l'on peut citer le fait que la possibilité pour les victimes de se constituer partie civile devant le TPIR n'est pas reconnue alors que ce droit leur est reconnu dans la procédure devant les juridictions rwandaises, qui pourtant sont également compétentes pour juger des mêmes infractions.

Ensuite la distance est culturelle. Ici, il y a des distorsions introduites par des comportements, des façons d'être, d'agir, de parler qui renvoient la culture que ni les juges, ni les avocats du TPIR ne maîtrisent même s'ils en sont avertis¹⁹⁵⁶. La prise de parole obéit à des règles différentes en Afrique tant du côté locuteur que de l'auditeur, du contenu de son propos que de la manière avec laquelle il est livré. Certaines choses ne se disent pas ouvertement¹⁹⁵⁷, ou bien se disent à travers des proverbes et des paraboles. Il a notamment été remarqué qu'une,

¹⁹⁵³ Témoignage recueilli par Philippe Gourevitch, *Nous avons le plaisir de vous annoncer que, demain nous serons tués avec nos familles : chronique rwandaise*, Paris, Folio/Document, 1998, p. 350.

¹⁹⁵⁴ M. PARADELLE, H. DUMONT et A.-M. BOISVERT, *op.cit.*, p. 406.

¹⁹⁵⁵ Cf. notamment TPIR, *Le Procureur c. Akayesu*, Jugement, *op.cit.*, para. 552, où il est fait référence aux lois nationales d'Espagne, de l'Argentine, de l'Uruguay, du Chili, du Venezuela, du Pérou et de la Bolivie.

¹⁹⁵⁶ M. PARADELLE, H. DUMONT et A.-M. BOISVERT, *Ibid.*, p. 409.

¹⁹⁵⁷ L'on peut citer tout ce qui a trait au sexe par exemple et qui n'a pas été sans soulever des difficultés lorsqu'il a fallu recueillir les témoignages des victimes de violence sexuelle. Difficultés qui ne sont pas allés sans susciter des interrogations dans la tête des juges et ont ainsi largement influencé leur conviction dans un sens comme dans l'autre.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

« singularité de la culture rwandaise résidait dans le fait que ses membres ne répondent pas toujours directement à une question, en particulier si elle est délicate. Dans ce cas, pour bien saisir ce que le locuteur veut dire, bien souvent, il faut « décoder » son message. Pour réussir un tel exercice d'interprétation, il faut se référer au contexte de la discussion, au parler propre du groupe auquel appartient le locuteur, à l'identité de celui-ci et de son interlocuteur, à la nature du rapport qui existe entre les deux ainsi qu'au sujet de la conversation »¹⁹⁵⁸.

Face à ce double décalage juridique et culturel de la justice pénale internationale vis-à-vis de la société rwandaise, les autorités nationales se sont engagées dans une voie alternative, une alternative au mécanisme judiciaire internationale tendant à ouvrir le système pénal national aux modes originels de règlement des conflits traditionnels et familiaux en Afrique. Cette alternative a consisté en un emprunt à la « culture juridique » africaine pour élaborer et proposer une « réponse africaine » à la répression des crimes contre l'humanité. Mais l'initiative rwandaise n'est ni isolée ni neutre. D'un côté, elle s'inscrit dans une pratique générale véritablement inaugurée en Afrique du Sud lors de la répression du crime d'apartheid à travers la mise en place de la Commission Vérité Réconciliation (CVR) et qui tend de plus en plus à se propager à l'ensemble de l'Afrique. De l'autre, elle vise à s'appuyer sur les traditions locales pour rendre légitime l'offre de justice. La prise en compte de la généralité et de la philosophie de la pratique exige que l'on s'interroge au préalable de l'analyse sur la validité du concept de « culture juridique » africaine. Que faut-il entendre par là ?

415. La « culture juridique » ne recouvre pas l'aspect du droit concernant les droits culturels. Elle résulte dans une certaine mesure de la juxtaposition des termes « droit » et « culture ». S'agissant de la définition du terme l'on peut retenir la position proclamée par l'UNESCO selon laquelle,

« [D]ans son sens le plus large, la culture peut aujourd'hui être considérée comme *l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs*, qui caractérise une société ou un groupe social. Elle englobe, (...) *les modes de vie (...) les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances* »¹⁹⁵⁹.

A cette position de l'UNESCO, l'on peut également ajouter la conception admise par le professeur Christian Atias pour qui,

« [L]a culture, c'est un ensemble de connaissances disponibles, d'informations et *de façons de penser et d'agir* »¹⁹⁶⁰.

¹⁹⁵⁸ Cf. TPIR, *Le Procureur c. Akayesu*, Jugement, *op.cit.*, para. 156.

¹⁹⁵⁹ *Rapport final : Conférence mondiale sur les politiques culturelles*, « Déclaration de Mexico sur les politiques culturelles », 1982, Unesco, Mexico, nous soulignons.

¹⁹⁶⁰ Ch. ATIAS, « Savoir des juges et savoirs des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise », McGill Legal Studies, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990, p. 3, nous soulignons.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

En combinant ces deux approches, « il n'y a pas de doute que le droit d'une société fait partie de sa culture. De plus, *cette culture explique et façonne le droit, l'engendre dans une grande mesure et en est le reflet (...)* »¹⁹⁶¹. C'est ce qui justifie précisément l'hypothèse au terme de laquelle la réception d'un droit étranger dans une société est un phénomène *d'acculturation juridique*. Toutefois, il y a une très grande différence entre le champ plus vaste de la « culture juridique » et la notion plus étroite de « droit positif »¹⁹⁶² 1963. Et lorsque nous parlons de *culture juridique africaine* nous ne parlons pas spécifiquement de *droit positif africain*. Selon Antoine Garapon,

« « la culture juridique » est « un ensemble de présupposés partagés qui orientent le raisonnement, les valeurs et les perspectives [du droit au sein] d'un groupe social »¹⁹⁶⁴. En effet, « chaque système juridique énonce avec force détails certains points de droit tandis que qu'il laisse certains autres dans l'implicite »¹⁹⁶⁵. Ainsi, « saisir une culture [juridique] revient (...) à s'efforcer de formuler ce qui est *évident* pour les acteurs du droit d'une société, ce qui va sans dire »¹⁹⁶⁶.

Ainsi, la culture juridique d'un groupe, peut être appréhendée comme l'ensemble dont le socle est constitué des traditions, des croyances et de l'expérience normative des membres de ce groupe. Elle concerne aussi bien les symboles comme le « code civil »¹⁹⁶⁷ en France ou

¹⁹⁶¹ A. POPOVICI, « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui se rétrécit », *McGill. L. J.*, vol. 54, n°2, 2009, pp. 223-236, *spec.* 223, nous soulignons.

¹⁹⁶² Pour des développements pertinents sur cette distinction, l'on peut citer la contribution du professeur, Mathias Reimann au sujet de l'américanisation du droit européen. Ce comparatiste américain, affirme que « [P]our observer, analyser et chercher à évaluer l'américanisation du droit européen, il faut l'envisager selon deux perspectives : son impact sur le droit positif et son effet sur la culture juridique. Au premier plan, on découvre le droit comme un système de règles juridiques créées par le législateur, les juges et les professeurs. (...) Elles forment le « droit » au sens étroit. (...) Au second plan, on observe la culture juridique qui entoure ces règles et leur donne un sens. Cet environnement est constitué d'institutions et de professions, de processus et de pratiques, de traditions et de mentalités. (...) », in « Droit positif et culture juridique. L'américanisation du droit européen par réception », *Arch. phil. droit.*, vol. 45, 2001, pp. 61-75, *spec.* 63.

¹⁹⁶³ Pour des développements pertinents sur cette distinction, l'on peut citer la contribution du professeur, Mathias Reimann au sujet de l'américanisation du droit européen. Ce comparatiste américain, affirme que « [P]our observer, analyser et chercher à évaluer l'américanisation du droit européen, il faut l'envisager selon deux perspectives : son impact sur le droit positif et son effet sur la culture juridique. Au premier plan, on découvre le droit comme un système de règles juridiques créées par le législateur, les juges et les professeurs. (...) Elles forment le « droit » au sens étroit. (...) Au second plan, on observe la culture juridique qui entoure ces règles et leur donne un sens. Cet environnement est constitué d'institutions et de professions, de processus et de pratiques, de traditions et de mentalités. (...) », in « Droit positif et culture juridique. L'américanisation du droit européen par réception », *Arch. phil. droit.*, vol. 45, 2001, pp. 61-75, *spec.* 63.

¹⁹⁶⁴ A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 149.

¹⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 150

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁹⁶⁷ Pour illustrer en quoi est-ce que le « code civil » constitue le symbole de la culture juridique civiliste, l'on peut remarquer que sous le terme « code civil », la création n'a pas eu seulement pour effet de devenir la « constitution civile des français ». Elle a, en poussant à la multiplication des codes civils à travers le monde, engendré la caractéristique d'un système juridique, à savoir *celui fondé sur l'existence des lois écrites*. De sorte qu'aujourd'hui, on en est arrivé à dénommer universellement ce système sous l'expression de « *système juridique civiliste* », que les anglo-saxons appellent « *civil law* » par opposition à leur système dit « *common*

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

l'Habeas Corpus au Royaume-Uni, que tout le poids des non-dits sous-jacents de la vie juridique du groupe¹⁹⁶⁸. Envisagé dans cette perspective, le concept de « culture juridique » est pris dans un sens plus anthropologique¹⁹⁶⁹ qui, appliqué à la société africaine, permet d'appréhender l'ensemble de traditions, de croyances et l'expérience juridique caractéristique de la société africaine. Mais la présente réflexion ne vise pas une appréhension de toute la « culture juridique africaine ». Un tel exercice, lorsqu'il serait possible, croiserait les problèmes plutôt que de les creuser. Aussi l'étude se limitera-t-elle à un seul chapitre de cette culture juridique, celui concernant la résolution des conflits – et encore ! – à certains aspects seulement de ce chapitre, ceux rentrant dans la problématique générale de notre thèse et donc concernant la matière criminelle.

416. Lors de l'élaboration des premiers codes pénaux africains au lendemain des indépendances, la « culture juridique africaine » fut rejetée au profit de la culture juridique occidentale, et s'agissant des pays africains francophones, au profit de la culture juridique civiliste. Du point de vue formel, ce phénomène qui s'est réalisé à travers la réception des droits pénaux des puissances coloniales dans les jeunes Etats indépendants a entraîné, comme nous l'avons dit une superposition des modèles de résolution des conflits pénaux d'inégale importance¹⁹⁷⁰. L'un, celui relevant de la culture juridique civiliste, a fonctionné comme le sous-système « officiel » du système pénal positif. L'autre, celui relevant de la culture juridique africaine, a fonctionné comme le sous-système « non officiel » du système pénal étatique entraînant par là même, une totale clôture du système pénal sur la culture juridique civiliste c'est-à-dire, une totale clôture sur l'Etat. Même si dans la pratique cette inégale importance semblait globalement s'inverser¹⁹⁷¹ elle a conduit la doctrine africaine à orienter une grande partie des études sur le droit africain au sens étroit du terme vers la problématique

law », (les deux tendent aujourd'hui à se partager le monde). Pour plus de détails, cf. les travaux réalisés dans le but de présenter le code civil comme un modèle ayant largement influencé l'élaboration des modèles de code.

¹⁹⁶⁸ Sur le poids du non-droit dans une société et son influence dans la détermination d'une culture juridique, cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit, op.cit.*, spec. « Scolie sur le non-droit », pp. 45-48 ; E. CEREXHE, « Réflexions sur le droit et le non-droit », *Revue Juridique et Politique*, n°3, 2009, pp. 342-346.

¹⁹⁶⁹ Dans cette perspective, cf. C. J. GREENHOUSE, « Perspectives anthropologiques sur l'américanisation du droit », *Arch. phil. droit.*, vol. 45, 2001, pp. 43-59 ; P. LEGRAND, *Fragments on law-as-culture*, Deventer, choordijk Institute, 1999 ; J. H. MERRYMAN, *The civil law tradition. An introduction to the legal system of Europe and Latine America, à compléter*

¹⁹⁷⁰ Pour une approche théorique de ce phénomène, cf. R.RODIERE, « Approche d'un phénomène : les migrations de systèmes juridiques », in *Mélanges G. Marty*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 947 ss.

¹⁹⁷¹ Malgré les prescriptions normatives des codes et autres instruments normatifs de l'Etat, la culture juridique africaine a continué et continue d'ailleurs encore aujourd'hui à dominer les modes de résolution des conflits dans les zones rurales qui couvrent des vastes espaces géographiques et bonne partie de la population. Sur ce point cf. J. VANDERLINDEN, « Villes africaines et pluralisme juridique », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 24, 1998, pp. 245-274.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

de la détermination de la part de la culture juridique africaine dans le droit positif, ou en d'autres termes, autour de la question du poids de la tradition le système juridique officiel de l'Etat en Afrique¹⁹⁷².

Mais aujourd'hui avec l'émergence du paradigme juridique du crime contre l'humanité, la « culture juridique africaine » connaît une nouvelle actualité. Celle-ci consiste en son *retour* dans le système juridique « officiel » étatique au travers d'une dynamique croissante d'emprunt de ses institutions de résolution des conflits les plus fondamentales. Le mouvement emporte donc une ouverture des systèmes pénaux vers des modèles traditionnels qui constituent, à n'en point douté, une alternative au modèle classique. Une telle évolution, par laquelle les autorités africaines semblent trouver un véritable support et secours dans la tradition africaine pour répondre à un phénomène criminel, démontre, si besoin en était encore que, la culture juridique africaine n'a véritablement jamais été mobilisée en profondeur lors de l'élaboration du discours juridique en Afrique. La doctrine arborant toujours ou presque le masque du formalisme kelsénien et le mythe de sa pureté pour appréhender une réalité juridique éminemment plus complexe¹⁹⁷³.

Le phénomène d'emprunt à la culture qui sera analysé dans le présent chapitre, semble servir de base de légitimation étatique de la répression des crimes contre l'humanité. Ainsi, c'est en termes d'« atout » dans la dynamique de répression des crimes contre l'humanité en Afrique que l'ouverture du système pénal à la « culture juridique africaine » devrait être appréhendée¹⁹⁷⁴. Mais au-delà de cette perspective d'analyse, il convient de relever que le retour de la tradition africaine dans le système pénal « officiel » ne correspond ni à un phénomène linéaire, ni à un phénomène uniforme. Un regard panoramique de la dynamique d'emprunt à la « culture juridique africaine » dévoile un phénomène à plusieurs variantes qui

¹⁹⁷² Sur cet aspect de l'étude des droits africains, cf. J. COSTA, « La nouvelle famille africaine dans les droits de l'indépendance », *L'année Sociologique*, vol. 22, 1971, pp. 153-180 ; S. MELONE, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain », *Penant*, n°734, 1971, pp. 421 ss ; P. LAMPUE, « Droit coutumier et droit écrit en Afrique francophone », *Penant*, n°765, 1979, pp. 243-285 ; E. LE ROY, « La vie du droit en Afrique : diversité et originalité des expériences juridiques contemporaines », *Penant*, n°761, 1978, pp. 315-323 ; P. LAMPUE, « L'influence du droit français et du droit coutumier sur les lois civiles africaines », in G. CONAC (dir.), *Dynamiques et finalités des droits africains, op.cit.*, pp. 14 ss ; D. ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, 842, 2003, pp. 88-105 ; M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *R.I.D.C.*, vol.2, 2005, pp. 345-397.

¹⁹⁷³ Sur la critique de cette approche, cf. P.-E. KENFACK, « Doctrine et création du privé au Cameroun », *RRJ*, vol. 4, 2005, pp. 2455-2464 ; X. DIJON, « Les masques du droit en Afrique. Une lecture européenne des sources de la norme », *R.I.D.C.*, n°4, 2009, pp. 567-601.

¹⁹⁷⁴ Cette perspective d'analyse a été abordée sous une forme interrogative par les pénalistes canadiennes Muriel Paradelle et Hélène Dumont dans le cadre de l'étude des juridictions *Gacaca* du Rwanda, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide ? Etude de cas à partir des juridictionnelles Gacaca du Rwanda saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », *Criminologie*, vol. 39, n°2, 2006, pp. 97-135.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

peuvent néanmoins être classés en deux groupes. Dans le premier groupe, l'on retrouve des Etats, comme l'Afrique du Sud, la RDC, la Côte d'Ivoire, le Burundi ou encore la RCA qui empruntent purement et simplement la tradition africaine et ouvrent leurs systèmes pénaux aux alternatives non juridictionnelles de résolution des conflits ce qui les conduit à réinvestir une sorte de justice de proximité (Section 1). Dans le second groupe, l'on retrouve des Etats comme le Rwanda, qui n'empruntent pas purement et simplement la tradition africaine, mieux la réinventent. Dans cette perspective, la « culture juridique africaine » subit de profondes altérations à son fonctionnement originel et débouche sur l'adoption de modèles judiciaires voire juridictionnels parfaitement hybrides (section 2).

Section 1- La « culture juridique africaine » redécouverte et la superposition des modèles de justice pénale: l'ouverture des systèmes pénaux à l'option non juridictionnelle des CVR.

On sait aujourd'hui qu'à côté de la modalité judiciaire quelle soit internationale, internationalisée ou nationale, l'objectif de légitimation de la répression des crimes contre l'humanité conduit en Afrique et ailleurs au développement d'une modalité non judiciaire connue sous la forme des Commissions Vérité Réconciliation. Elles constituent une modalité homogène de gestion des crimes de masse dont la particularité est que le procès et la déclaration de culpabilité ne sont pas suivis de peine (§1). Mais si elles sont une réponse positive à part entière face aux crimes contre l'humanité, elles ne sont pas pour autant, un mécanisme entièrement à part se développant en marge du système pénal classique. Elles s'intègrent dans celui-ci dans une logique complémentaire qui complexifie encore plus le phénomène d'internormativité si l'on considère le type de rapport existant entre les CVR et le modèle de justice pénale internationale (§2).

§1- Le développement des Commissions Vérité Réconciliation ou comment dépasser la stricte logique judiciaire face aux crimes contre l'humanité.

417. Les commissions vérité sont dernièrement apparues un peu partout dans le mode non occidental. A mesure qu'elles en venaient à constituer un « modèle » à part, elles ont connu une évolution importante peu avant les années 1990¹⁹⁷⁵. Elles font désormais partie de

¹⁹⁷⁵ Bolivie en 1982, Argentine en 1984, Zimbabwe en 1985, Philippines 1986, Tchad 1990, Chili 1990, Népal 1991, El Salvador 1992, Haïti 1994, Malawi 1994, Guatemala 1994, Sri Lanka 1994, Ouganda 1994, Afrique du Sud 1995, Equateur 1996, Nigéria 1999, Pérou 2000, Sierra Leone 2000, Uruguay 2000, Timor Oriental 2001,

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

ces techniques de reconstruction du rapport d'une société à un passé de violence collective. Bien qu'il n'existe pas un modèle promu à l'échelle internationale, il n'en demeure pas moins vrai qu'elles tendent toutes ou presque à constituer une alternative à la logique judiciaire stricte. Antoine Garapon souligne à ce sujet que,

« [les commissions de vérité] peuvent se contenter d'établir des faits et d'évaluer le nombre des victimes, épouser une forme publique ou plus confidentielle, s'imbriquer dans les poursuites (en autorisant des ponts entre ses révélations et de possibles inculpations) ou, à l'inverse, s'inscrire en parallèle, voire se substituer à la justice (et bloquer toute poursuite pour les personnes qui auraient témoigné). Toutes se rejoignent néanmoins dans le souci de dépasser la stricte logique judiciaire, et notamment de sortir du modèle de la peine »¹⁹⁷⁶.

De fait comme l'admet un auteur, « les caractéristiques des tribunaux pénaux internationaux et des commissions de vérité semblent les opposer : les premiers poursuivent des faits juridiquement qualifiés, à propos desquels des professionnels du droit prennent, et dans le meilleur des cas, font appliquer des décisions, parmi lesquelles des peines ; les secondes, souvent définies comme des institutions extra-judiciaires, tentent d'éclairer des faits définis politiquement (comme « les plus graves des violations des droits de l'homme ») en recourant aux méthodes des sciences sociales (analyse historique, bases de données sur les violations, mises en œuvre souvent par des universitaires et représentants de la « société civile ») qu'elles condamnent mais ne sanctionnent pas »¹⁹⁷⁷.

Les commissions sont en effet des instances provisoires mises en place par des gouvernements, généralement « de transition » (de la dictature vers la démocratie, de la guerre vers la paix), pour établir une « vérité » sur les principales violations des droits de l'homme, planifier les réparations à octroyer aux victimes, et dans des cas peu nombreux appuyer une politique de poursuites judiciaires limités (en transmettant leurs conclusions aux tribunaux, en octroyant des amnisties individualisées...). Il apparaît ainsi que si les commissions de vérité peuvent prendre plusieurs visages (A) elles entretiennent un certain flou conceptuel si l'on cherche à déterminer leur logique juridique déterminante (B).

Panama 2002, Serbie-Monténégro 2002, Libéria 2003, Maroc 2004, RDC, 2006, Côte d'Ivoire 2011. Cf. les recensements des experts de l'International Center of Transition Justice, ICTJ).

¹⁹⁷⁶ A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner : pour une justice pénale internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, pp. 282-283, nous soulignons.

¹⁹⁷⁷ S. LEFRANC, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *Droit et Culture*, vol. 56, 2008, p. 130.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

A- Quelques variantes des commissions de vérité.

Deux exemples retiendront l'attention pour illustrer l'extrême variation des commissions de vérité notamment dans les systèmes normatifs africains : l'emblématique CVR Sud-africaine (1) et le « Bushingantaha » mis en place au Burundi (2).

1- L'archétype des commissions de vérité : la CVR Sud-africaine ou une autre forme de mise en forme de la justice.

418. Le contexte historique de création de la commission vérité et réconciliation d'Afrique du Sud « Truth Reconciliation Commission » (TRC) peut remonter en 1993, date d'adoption de la constitution de transition grâce à laquelle les premières élections libres furent organisées et l'apartheid définitivement considérée comme une grave atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine¹⁹⁷⁸. Cette constitution contient un postambule d'une importance fondamentale intitulé, « National unity and reconciliation ». Dans cette partie de la constitution sont contenues les valeurs et les principes devant permettre la transition politique du pays¹⁹⁷⁹ mais aussi et surtout, les principes qui vont inspirer la Commission vérité réconciliation notamment l'objectif de sortir l'Afrique du Sud d'une situation de « barbarie asymétrique » vers une situation de « minimally decent » c'est-à-dire à une condition de respect au moins acceptable de la justice¹⁹⁸⁰.

L'idée d'une commission de vérité en tant qu'un processus orienté vers la révélation au bénéficiaire des victimes et l'aveu d'une vérité conçus comme solution au dilemme entre poursuites pénales des responsables d'atrocités à finalité politique ou d'amnistie générale, est une innovation conceptuelle contestable dans le domaine de la justice transitionnelle. La tendance générale, depuis la seconde guerre mondiale, à une juridicisation croissante de la

¹⁹⁷⁸ Au début des années 1990, la situation politique internationale d'un côté et la pression politique à l'intérieur de l'Afrique du Sud de l'autre, avaient transformé le régime d'apartheid en quelque chose qui ne pouvait plus être considéré comme « politically correct ». Le parti politique, qui avait violemment dominé la politique sud-africaine et qui avait élaboré l'apartheid comme système institutionnel de discrimination raciale, c'est-à-dire le National Party, fut obligé de négocier un nouvel arrangement politique avec les opposants, notamment avec l'African National Congress (ANC) de Nelson Mandela. Dans cette période tourmentée de négociation on voit l'apparition de toutes les dynamiques et de toutes les problématiques de l'Afrique du Sud par lesquelles celle de la reconstruction du tissu social déchiré par le régime d'apartheid.

¹⁹⁷⁹ Sous le régime de l'apartheid institué en politique d'Etat en 1948 et se poursuivit jusqu'en 1992, chaque citoyen est classé dans une catégorie raciale : africains, métis, indiens ou blancs. Les groupes sont séparés les uns des autres dans toutes les sphères de la vie et de l'activité sociale. Les sud-africains non blancs se voient refuser des droits politiques fondamentaux, ils sont chassés de chez eux et contraints de déménager dans les plus brefs délais ou sans préavis dans les bantoustans ruraux ou les bidonvilles situés à l'extérieur des villes. Pour une description du régime d'apartheid en Afrique du Sud, cf.

¹⁹⁸⁰ Cf. R. BARGHAVA, « The moral justification of truth commission », in C. VILLA-VICENCIO et W. VERWOERD (dir.), *Looking back, searching forward: reflections on the truth and reconciliation commission of South Africa*, Cape Town, University of Cape Town Press, 2000, pp. 60-61.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

gestion des crises internationales se traduit notamment par une criminalisation des conflits politiques *via* les tribunaux internationaux censés obligés les coupables d'atrocités et de violations graves des droits de l'homme à rendre des comptes devant « l'humanité » toute entière. Alors que, la commission de vérité constitue une forme délibérément non judiciaire de gestion politique de la mémoire et de la réconciliation. Ainsi, c'est dans cette perspective que la CVR Sud-africaine fut instituée pour deux années fin 1995 et reçut un mandat ambitieux et des ressources substantielles. Les amnisties prévues par les « points d'accord » de 1992 entre les dirigeants du Parti national de l'ANC et ultérieurement endossées par le règlement négocié de la Codesa, soulevaient les mêmes questions morales et politiques que les « pactes entre élites » chilien et uruguayen, l'exigence populaire que les coupables rendent des comptes ne concernait pas seulement le sort des disparus ou la mort des prisonniers politiques sous la torture. Le slogan « plus jamais ça » s'appliquait à toutes les facettes d'apartheid. Lorsque l'idée d'une commission de vérité fut évoquée en Afrique du Sud, Pepe Zalaquell, l'inspirateur de la commission vérité chilienne, avait envisagé une forme très différente de conclusion, « le président Mandela lui-même viendrait avaliser le travail de la commission et son rapport, parce que c'est trop important, trop essentiel comme enjeu pour le laisser à n'importe qui d'autre, quelle que soit sa compétence. Il faut une dimension sacramentelle que seul Mandela peut apporter »¹⁹⁸¹.

419. Au-delà de l'analyse géopolitique qui a été fait au sujet de la question¹⁹⁸², une lecture plus juridique du phénomène révèle que, la compétence matérielle et celle temporelle étaient strictement prévue par la loi. Dans le premier cas, la commission était chargée de « juger » seulement les infractions graves aux droits de l'homme prévues au chapitre 1 section 1 (ix) de la loi. Ces infractions devaient, pour relever de la compétence de la commission, être commises avec des buts ou des objectifs politiques. Dans le second cas, la commission était compétente lorsque les crimes commis l'avaient été entre mars 1960 et octobre 1990. Du point de vue organique, la commission était structurée en trois sous-comités autonomes avec compétences et procédures différentes. Ces comités sont nommés en anglais : « *Committee of*

¹⁹⁸¹ N. ROHT-ARRIAZA, « The need for moral reconstruction in the wake of past human rights violations: and interview with José Zalaquett », in C. HESSE et R. POST (dir.), *Human rights in political transition: Gettysburg to Bosnia*, Cambridge, Mass, the MIT Press, 1999.

¹⁹⁸² sur cet aspect cf. D. BRONKHORST, *Truth and reconciliation : obstacles and opportunities for human rights*, Amsterdam, Amnesty International, 1995; S. ELLIS, « Vérité sans réconciliation en Afrique du Sud », *Critique internationale*, n°5, 1999, pp. 125-137 ; S. LEMAN-LANGLOIS, *Constructing post-conflict justice : the South African truth and reconciliation commission as an ongoing invention of reconciliation and truth*, Thèse, Université de Toronto, 2000; A. DU TOIT, « La commission vérité et réconciliation sud-africaine. Histoire locale et responsabilité face au monde », *Politique africaine*, n° 92, 2003, pp. 97-119.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

human right violations » « comité des droits de la personne » (CDP), « *Committee of grant an amnesty* » « comité de l'amnistie » (CA) et le « *Committee on reparation and rehabilitation* » « comité des réparations et de la réhabilitation » (CRR). Le premier comité est chargé d'enquêter sur toutes les affaires qui sont soumises. Il doit notamment vérifier la nature des infractions et déterminer si elles constituent effectivement des violations graves des droits de l'homme. Le deuxième est chargé de la mise en œuvre de la procédure d'amnistie, il décide si l'aveu a été complet, si la violation a été commise avec but politique et si le repentir est suffisant et donc si l'amnistie peut être accordée. Face à ce comité se déroule la liturgie de l'aveu en présence des victimes. Le troisième quant à lui, est chargé d'évaluer la meilleure indemnisation possible pour les victimes.

Il apparaît ainsi que la Commission vérité réconciliation sud-africaine est une véritable scène de justice qui n'établit pas un *rapport* selon la logique processuelle classique, mais plutôt un *dialogue* entre les protagonistes (victime-délinquant-société) appelé à cohabiter dans l'avenir. Pour la mise en œuvre de sa politique, la commission recourt aux institutions juridiques classiques telles que les amnisties dont l'octroi n'est au demeurant pas automatique mais fonction de trois principaux éléments : la requête doit être adressée au comité compétent par l'auteur de l'infraction ; l'infraction visée dans la requête doit être une grave violation des droits de l'homme commise dans un but ou avec des objectifs politiques ; l'auteur doit entièrement avouer les faits et demander expressément pardon aux victimes en montrant son repentir que la commission devra juger suffisant. Des objectifs nobles, très nobles même. Mais ont-ils pour autant été atteint de manière à pacifier la société sud-africaine ? S'il est constant que le droit de facture occidental ne pouvait permettre d'y parvenir, il convient tout de même de se demander si le retour à la culture juridique africaine caractérisé par le retour à l'équilibre rompu était à la hauteur des attentes ? A la lecture des différents rapports produits par la commission elle-même, les avis sont partagés. Certaines victimes évoquant souvent la métaphore de la pilule amère pour décrire l'acceptation forcée des aveux et autres demandes de pardon des coupables.

2- Le « Bushingantahe » burundais ou réinvestir la tradition locale à l'échelle nationale.

420. Inscrite dans l'accord de paix et de réconciliation au Burundi signé à Arusha le 28 août 2000, la réhabilitation de l'institution du « Bushingantahe » relève des approches non judiciaires qui sont, à l'heure actuelle, privilégiées un peu partout sur le continent africain

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

pour favoriser une réconciliation des populations sortant des crises internes violentes. A l'origine, le « Bushingantahe » est un mécanisme ancien de prévention et de résolution des conflits au Burundi dont on attend qu'il remplisse pour l'avenir les fonctions qu'il remplissait dans le passé. En effet, à l'époque coloniale, le « Bushingantahe » était un pilier fondamental du système sociopolitique du Burundi monarchique et constituait à proprement parlé, un système judiciaire populaire¹⁹⁸³. Les membres de l'institution, le *bashingantahe*¹⁹⁸⁴, « issus des Baganwa, des Bahutu et des Batutsi (...) étaient des juges et des conseillers à tous les niveaux du pouvoir » et constituaient, « entre autres éléments, un facteur de cohésion » sur les collines¹⁹⁸⁵. L'institution avait donc une vocation morale, une fonction sociale et une mission politique essentielles dans la société burundaise. Considérés comme des modèles de vertu par la population qui les choisissait pour leurs qualités humaines (maturité, dignité, sagesse, modestie...), ils jouaient un rôle clé dans la résolution des conflits locaux et assuraient l'ordre et la paix dans la communauté qu'ils représentaient devant le *mwami* (roi) et les chefs dont ils régulaient le pouvoir¹⁹⁸⁶. Comme contre poids populaire aux dérives potentielles des autorités politiques, le « Bushingantahe » a connu son âge d'or avant l'arrivée des colonisateurs, à l'époque de l'adage selon lequel « celui qui résiste aux conseils des sages ne peut accéder au trône » (*kananira abagabo ntiyimye*). Mais avec le processus de colonisation, l'institution a connu un déclin progressif ne restant plus qu'un simple instrument de légitimation du pouvoir des dirigeants locaux¹⁹⁸⁷ là où il était maintenu par l'administration coloniale selon le régime déjà décrit de l'indigénat.

La réflexion pour une réactualisation du « Bushingantahe » fut ouverte en 1988 et depuis cette date, trois phases successives ont marqué l'évolution institutionnelle destinée à formaliser les principes du retour à la « culture juridique africaine ». La première phase instituée au lendemain des événements de Ntega et Marangara couvre la période 1988-1993 et

¹⁹⁸³ Pour une description des mécanismes opératoires du *bushingantahe*, cf. F. M. RODEGEM, « Structures judiciaires traditionnelles au Burundi », *Revue Juridique de Droit Ecrit et Coutumier du Rwanda et du Burundi*, vol. 6, n°1, 1996, pp. 5-28.

¹⁹⁸⁴ Littéralement, les *bashingantahe* (singulier, *mashingantahe*) sont « ceux qui plantent le bâton de justice » et, par extension, ceux qui la justice (la vérité). Si l'on tente une équivalence dans les systèmes judiciaires de culture occidentale, il s'agirait par exemple, des « juges », « conseillers », « arbitres » ou « médiateurs ».

¹⁹⁸⁵ AAPRB, protocole I, Chapitre II, article 7, para. 27.

¹⁹⁸⁶ Pour une présentation plus détaillée encore de cette institution, cf. A. NTABONA, *Itinéraire de la sagesse. Les Bashingantahe hier, aujourd'hui et demain au Burundi*, Bujumbura, éd. du Crid., 1999 ; P. NTAHOMBAYE et al., *L'institution des Bashingantahe au Burundi. Etude pluridisciplinaire*, Bujumbura, Université du Burundi, IDA/ASDI, Life and Peace Institute, 1999.

¹⁹⁸⁷ A. NTABONA, *Ibid.*, p. 39. Plus particulièrement cf. T. LAELY, « Le destin du Bushingantahe : transformation d'une structure locale d'autorité au Burundi », *Genève-Afrique*, vol. 30, 1992, pp. 75-98.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

concerne déjà la question de l'unité nationale¹⁹⁸⁸. La seconde période a couru devant le renversement du président Melchior Ndadaye et son assassinat, le 21 octobre 1993, jusqu'au tournant des années 1999-2000. Actuellement le « Bushingantahe » est au troisième stade de sa redécouverte¹⁹⁸⁹ et émerge comme une réponse africaine à la répression des crimes contre l'humanité. A l'instar des autres mécanismes, il préconise la réconciliation nationale entendue comme interruption d'une dialectique action-réaction et donc, instauration d'un dialogue¹⁹⁹⁰.

B- Quelques difficultés d'interprétation juridique des commissions de vérité.

421. Si l'on parle des modes alternatifs de répression des crimes contre l'humanité relevant de la catégorie des commissions de vérité, en évitant d'une part, les écueils de la généralisation à outrance et d'autre part, une casuistique peu éclairante, l'entreprise est extrêmement difficile et rarement réussie comme témoigne la difficulté doctrinale à dégager un concept stable à même de saisir l'ensemble de la réalité. En effet, l'interprétation juridique du mécanisme lorsque l'on sort du clivage culture juridique occidentale/culture juridique africaine, ne semble pas aisée. Pourtant, il y a comme un impérieux besoin de s'interroger, du point de leur fondement institutionnel et normatif, sur la logique et la philosophie des commissions de vérité. Seule la réponse à une telle interrogation peut permettre l'ouverture d'une réflexion profonde pouvant déboucher sur une plus grande rationalisation voire une systématisation de cet emprunt à la culture juridique africaine. L'on peut bien se demander si ces commissions tendent à exprimer l'idée que la « vérité » est une composante fondamentale du droit à la réparation des victimes des crimes contre l'humanité (1), ou bien, si elles visent à réinvestir une justice de proximité en matière de crime de masse (2) ou alors si prioritaire, elles visent plutôt à élargir la catégorie juridique des mesures de clémence en matière criminelle (3).

¹⁹⁸⁸ Ces événements ont fait suite à une insurrection hutu dans ces deux communes du nord-est du pays, au cours de laquelle des centaines de Tutsi furent tués. La répression opérée par l'armée nationale burundaise se solda par le massacre de milliers de hutu. Cf à ce sujet, J.-P. CHRETIEN, A. GUICHAOUA et G. LE JEUNE, « La crise d'août 1988 au Burundi », *Cahiers du CRA*, n°6, 1989.

¹⁹⁸⁹ Cf. Ch. DESLAURIER, « Le Bushingantahe au Burundi : de l'institution locale au patrimoine institutionnel national », in F.-X. FAUVELLE et C.-H. PERROT (dir.), *Le retour des rois. Les autorités traditionnelles et l'Etat en Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2003, pp. 401-418.

¹⁹⁹⁰ Ch. DESLAURIER, « Le « Bushingantahe » peut-il réconcilier le Burundi ? », *Politique africaine*, n°2, 2003, pp. 77-96.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

1- Les commissions de vérité font-elles de la « vérité » une composante du droit à la réparation des victimes des crimes contre l'humanité? Un prolongement de la distinction entre indemnisation du préjudice de la victime et réparation de la personne de la victime.

422. Le développement des demandes victimaires, la diversification croissante des théories victimologiques qui élargit le champ de la recherche juridique et anthropologique sur les victimes¹⁹⁹¹, l'intensité des enjeux mémoriels qui débouchent sur la distinction entre les « victimes du passé » des crimes collectifs, sorte de *victime symbolique* et les « victimes du présent » des crimes de droit commun, sorte de *victime ordinaire*¹⁹⁹², sont autant de phénomènes qui irradient la sphère judiciaire contemporaine. Parce qu'ils signent ce que les belges Michel Van de Kerchove et Françoise Tulkens, le « retour de la victime »¹⁹⁹³, ces phénomènes suggèrent que l'on s'interroge sur ce que tente d'exprimer le mouvement de juridicisation des formes de victimisation¹⁹⁹⁴, qui à l'origine relève du registre de l'émotion : souffrance, transgression, perte, imposition d'un pouvoir, réconciliation ?¹⁹⁹⁵ Il est aujourd'hui incontestable que le débat sur la victime a évolué et que son statut tend à devenir une institution de la procédure pénale¹⁹⁹⁶.

Deux traits saillants de cette évolution méritent d'être soulignés. Le premier concerne ce qui est analysé dans la présente étude dans le cadre de la justice pénale internationale et des commissions de vérité dont l'approche « victimo centrée » amène à s'interroger sur la possibilité d'une nouvelle centralisation du procès pénal. Le second plus théorique, est celui par lequel la doctrine parvient subtilement mais utilement à la distinction entre le droit à l'indemnisation et le droit à la réparation de la victime d'une infraction. Selon le professeur Christine Lazerges, « l'ambiguïté de la notion de victime (...) s'accompagne chez les législateurs et les juristes

¹⁹⁹¹ Cf. sur le développement de la victimologie comme aspect des sciences criminelles, G. LOPEZ, *Victimologie*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », à compléter J.-A. M. WEMMERS, *Introduction à la victimologie*, Montréal, PUM, 2003 ; R. CARIO, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, L'Harmattan, 2006.

¹⁹⁹² Sur l'utilisation du terme « victime », cf. Ch. LAMARRE, « Victime, victimes, essai sur l'usage d'un mot », in B. GARNOT (dir.), *Les victimes, des oubliés de l'histoire ? Actes du Colloque de Dijon, octobre 1999*, Rennes, PUR, 2000.

¹⁹⁹³ M. VAN DE KERCHOVE et F. TULKENS, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, op.cit.

¹⁹⁹⁴ X. PIN, « Les victimes d'infractions. Définition et enjeux », *Arch. pol. crim.*, n°28, 2006, E. FORTIS, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », *Ibid.*

¹⁹⁹⁵ Pour une étude anthropologique de la représentation de la victime sur la scène pénale, cf. O. S. LIWERANT, « Représentation de la souffrance sur la scène du droit étatique ... », in G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES (dir.), *La place de la victime sur la scène pénale en Europe*, op.cit., pp. 207-227.

¹⁹⁹⁶ Pour une analyse de cette évolution dans le droit européen et en droit international, cf. G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES (dir.), *La place de la victime sur la scène pénale en Europe*, *Ibid.*

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

d'approximations ou de confusions sur les définitions mêmes de l'indemnisation et de la réparation »¹⁹⁹⁷. Alors que le *Dictionnaire Robert* livre une définition simple et brève de l'indemnisation : « action d'indemniser, fixation, paiement d'une indemnité », il admet une définition plus riche de la réparation, « opération, travail qui consiste à réparer quelque chose. V. raccommodage, replâtrage, restauration, cicatrisation ». Partant de ces définitions, elle affirme que,

« [P]our les pénalistes, victimologues ou non, la victime à indemniser est aussi et peut-être d'abord une personne lésée en souffrance, dont les lésions ne se soldent pas seulement par une compensation ou une restitution. De même que la réinsertion du délinquant est l'un des enjeux de la peine, la restauration de la victime, sa cicatrisation appelle plus et autre chose qu'une indemnité »¹⁹⁹⁸.

Cette distinction entre indemnisation et réparation se fonde sur la distinction entre le préjudice subi par la victime et la prise en compte de la personne même de la victime. Généralement, les systèmes pénaux offrent deux types de réponse à l'indemnisation du préjudice subi par la victime : indemnisation par le délinquant condamné à payer des dommages-intérêts et indemnisation par un fonds d'indemnisation au bénéfice des victimes d'infraction selon un modèle dit de solidarité nationale. Mais, ces mécanismes pénaux présentent des limites quant à la réparation de la personne de la victime. L'incompréhension et l'amertume des victimes naissent d'attentes insatisfaites par l'instance pénale qui très souvent les ignore.

Or, le professeur Christine Lazerges admet que la justice pénale est le lieu de la recherche de la vérité, et de la seule vérité judiciaire. Aussi, elle souligne que,

« [C]ette vérité judiciaire ne peut que participer de la réparation de la victime. La réparation, nous l'avons dit, suppose *cicatrisation, restauration* et pas *seulement indemnisation* »¹⁹⁹⁹.

La vérité judiciaire permet ce que le philosophe Paul Ricoeur qualifiait de « reconnaissance publique de la victime »²⁰⁰⁰, dont la scène du procès pénal peut en être le lieu²⁰⁰¹ de sorte que l'on y intègre une dimension restaurative²⁰⁰².

¹⁹⁹⁷ Ch. LAZERGES, « L'indemnisation n'est pas la réparation », in G. GIUDICELLI-DELAGE et Ch. LAZERGES (dir.), *La place de la victime sur la scène pénal en Europe*, op.cit., p. 228, nous soulignons.

¹⁹⁹⁸ *Ibid.*, p. 229, nous soulignons.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*, p. 237.

²⁰⁰⁰ P. RICOEUR, *Le juste*, Paris, ed. Esprit, 1995, p. 199.

²⁰⁰¹ A. D'HAUTEVILLE, « La problématique de la place de la victime dans le procès pénal », *Arch. pol. crim.*, n°24, 2002, p. 7

²⁰⁰² R. CARIO, *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, op.cit.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

Il apparaît ainsi clairement que la doctrine admet l'idée que la recherche de la vérité judiciaire participe de la réparation de la personne de la victime. Ou, du moins, que la vérité judiciaire est inextricablement liée à l'objectif de réparation, de cicatrisation, de restauration de la victime. Partant de cette idée, il semble opportun de se poser la question de savoir si le développement des commissions de vérité en matière de violences collectives ne constituerait pas le complément nécessaire à l'instance judiciaire classique dans la mesure où, celles-ci prendraient en charge la réparation de la personne de la victime qui semble aujourd'hui ne pas être suffisamment validée par le procès pénal classique. Cette interrogation résulte du fait que les commissions de vérité visent à établir un dialogue entre la victime et le délinquant, dialogue au cours duquel le second racontera au premier son histoire, l'histoire de sa souffrance. A la vérité judiciaire qui favorisera la cicatrisation de la plaie de la victime, viendra s'ajouter une vérité historique au terme de laquelle la mémoire de la victime pourra être réparée.

2- Les commissions tendent-elles à réinvestir une justice de proximité ?

423. S'interroger sur le point de savoir si les commissions de vérité, quelle que soient leurs formes, réinvestissent une justice de proximité revient à prendre acte du fait que l'apparition des commissions de vérité et le développement de la justice de proximité apparaissent comme deux phénomènes sécants du champ juridique contemporain. Depuis quelques temps, la « proximité » a gagné ses lettres de noblesse dans le discours politique et dans la sémantique institutionnelle. Il n'est aujourd'hui aucun mouvement politique qui n'appuie ses propositions sur l'idée générale de rapprocher l'Administration des citoyens. La justice n'est pas en marge de cette évolution. Toutefois, ce n'est pas la « grande justice », mais la « petite justice » modeste, service public des villes et des quartiers. A priori donc, il n'y aurait pas de liens entre la justice de proximité et le traitement des crimes contre l'humanité à travers le recours aux commissions de vérité. Puisque ces derniers visent la « grande justice » celle qui sert de contrepoids au pouvoir politique.

Mais il ne s'agit là que d'une première dimension du problème. Dans la seconde dimension, il peut y avoir rapprochement entre commission de vérité et justice de proximité au point où l'on peut se demander si celle-là ne constitue pas une modalité de celle-ci. En effet, ce qu'il est convenu d'appeler justice de proximité correspond non seulement aux mesures prises pour faciliter l'accès de tous à la justice mais soulève aussi, en amont, le problème de l'accès de tous les justiciables au Droit lui-même. Lorsque l'on analyse

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

globalement l'institution, l'on s'aperçoit que la préoccupation de créer une justice de proximité a d'abord pris la forme des procédures alternatives de règlement des conflits (conciliation, médiation, réparation...). Dans cette perspective, la justice de proximité apparaît également comme ces institutions annonciatrices de l'émergence d'un paradigme de la désétatisation du droit (pénal). L'anthropologue Norbert Rouland parle à ce propos d'un « relâchement du droit étatique »²⁰⁰³. Aussi, elle résulte du mouvement de reconnaissance de la figure de la victime. Or, on le voit, le droit pénal (international) se saisit progressivement de la réconciliation. Et de manière générale, le droit et les instances juridiques, sont mises au défi de concilier, réconcilier. La dynamique de la négociation est donc le fil conducteur à la fois des commissions de vérité et de la justice de proximité²⁰⁰⁴. Les deux s'appuient sur la réconciliation comme une véritable force de proposition et tentent de réaliser une justice « réparatrice » ou « restaurative ». En conséquence, s'il y a bien une distinction fondamentale entre la « justice de proximité » réservée à la petite délinquance et les « commissions de vérité » mises en œuvre dans le cadre des crimes de masse, il convient de souligner que l'option d'alternative au modèle judiciaire classique que tentent de réaliser les deux mécanismes permet de constater que les commissions de vérité ont pour finalité de créer une « proximité » entre le délinquant et la victime.

3- Les commissions de vérité peuvent-elles constituer un élargissement du champ d'application de la catégorie juridique des mesures de clémence en matière criminelle ?

424. Les mesures de clémence largement connues dans les différents systèmes pénaux nationaux sont principalement l'amnistie, la grâce et la prescription. De manière générale, elles visent toutes à tirer un trait, à autoriser l'oubli ou simplement à autoiser le pardon suite à la commission d'une infraction soit par la neutralisation des effets de la loi, soit par la décision du prince, soit encore par l'effet de l'écoulement du temps²⁰⁰⁵. Mais au-delà de cette finalité commune qui les rapproche, ces différentes institutions recouvrent, dans les faits, des réalités diverses.

Si l'on considère seulement l'amnistie, elle est susceptible de recouvrir des situations très hétérogènes et dont le sens peut varier selon le contexte de référence. Cette pluralité de sens

²⁰⁰³ N. ROULAND, « Chronique d'anthropologie juridique : relire notre droit (pour une anthropologie du détour), *Droit*, n°10, 1989, p. 149.

²⁰⁰⁴ Cf. sur cet aspect, M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *op.cit.*

²⁰⁰⁵ Cf. supra, première partie, titre 1, chapitre 2, « les amnisties ».

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

possible se reflète, « tout d'abord dans l'ambiguïté de son domaine d'application, qui peut aller de la décision du législateur de ne pas appliquer les condamnations à la clause d'un traité de paix couvrant des actes antérieurs ou consécutifs à la guerre »²⁰⁰⁶. Dans ce sens, Gabriele Della Morte cite, pour illustrer ce dernier domaine, l'article 2 du Traité d'Osnabruck du 24 octobre 1648 qui fournit une description particulièrement suggestive de l'amnistie, en prévoyant,

« (...) que toutes les rigueurs, violences, hostilités et défenses qui ont été faites et causées de part et d'autre, tant avant que pendant la guerre, de fait, de parole ou par écrit, sans aucun égard aux personnes et aux choses, soient entièrement abolies : si bien que tout ce que l'on pourrait demander et prétendre de l'autre à ce sujet, soit enseveli dans un perpétuel oubli »²⁰⁰⁷.

Selon l'analyse d'Hélène Riuz Fabri, la définition est effectivement exemplaire, « l'oubli sera « perpétuel », le passé passe et n'a plus le temps pour resurgir, le droit à la mémoire est enterré, la mémoire du droit interrompue »²⁰⁰⁸.

Face à cette complexité, des possibles enchevêtrements des principes sous-jacents à l'utilisation de cette institution de clémence : transition, paix, réconciliation, pardon, vérité, apparaissent et semblent occuper une place de plus en plus grandissante dans la théorie des mesures de clémence en droit pénal contemporain. En effet, c'est dans cette perspective que l'on peut comprendre l'érection de l'amnistie en pilier du processus de transition et de réconciliation mis en œuvre en Afrique du Sud. Or, comme il a été analysé dans la première partie de ce travail, la tendance générale du droit international et du droit comparé est à l'inapplication de l'amnistie et de manière générale, à l'inapplication des mesures de clémence en cas d'infractions internationales par nature. Ceci nous amène à poser la question, non pas de savoir si les commissions de vérité constituent de nouvelles modalités de mesures de clémence, mais plutôt si elles constituent la modalité permettant d'étendre ces mesures dans un domaine qui leur semble aujourd'hui interdit ? Cette question est aussi celle de savoir si la prise en compte des commissions de vérité comme modalité de répression des crimes contre l'humanité ne permet pas de voir une évolution croisée ou paradoxale des mesures de clémence dans le droit des infractions internationales ? S'il n'est pas aisé de répondre à cette question dans les limites de la présente réflexion, il convient néanmoins de souligner que cette réponse pourrait largement voire exclusivement dépendre du type de rapport que le modèle

²⁰⁰⁶ H. RIUZ-FABRI, « Introduction générale », in H. RUIZ-FABRI, G. DELLA MORTE, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et K. MARTIN-CHENUT (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, op.cit., p. 19.

²⁰⁰⁷ G. DELLA MORTE, « Les amnisties en droit international », *Ibid.*, p. 40.

²⁰⁰⁸ H. RIUZ-FABRI, op.cit., p. 20.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

judiciaire classique – qui rejette les mesures de clémence – entretient avec le modèle alternatif des commissions de vérité – qui les valident comme instrument indispensable à la réconciliation des peuples –.

§2- Les articulations possibles entre les commissions vérité et l’instance judiciaire classique.

425. Ce n’est pas de manière mécanique que les commissions de vérité s’articulent avec l’instance judiciaire classique c’est-à-dire avec les poursuites pénales que ce soit pour en constituer le préalable indispensable ou pour en constituer le prolongement nécessaire. Très souvent, mais pas toujours, les commissions de vérité se situent dans une dynamique parallèle à la justice répressive dans la mesure où, les témoins sont souvent encouragés à témoigner en échange d’une amnistie ou d’une immunité de poursuite. Si l’on considère par exemple le cas de la Sierra Léone, l’Accord de paix de Lomé du 7 juillet 1999, négocié entre le Gouvernement et Front Révolutionnaire Uni (Revolutionary United Front) instituant une Commission Vérité et Réconciliation (CVR)²⁰⁰⁹, promettait une amnistie totale aux combattants des différentes parties au conflit. Dans ce sens, la commission était présentée comme une alternative aux poursuites et non comme leur complément. Cependant, la situation changea complètement bien avant que la commission ne soit officiellement établie. La résurgence du conflit incita le président de la Sierra Léone à solliciter avec succès auprès des Nations Unies, l’établissement d’un tribunal pénal spécial. Le préambule de la Résolution du Conseil de sécurité reconnaissait l’importance de la commission de vérité dans le contexte général de la justice de l’après-guerre, notant « les mesures prises par le gouvernement sierra léonais pour engager un processus de vérité et de réconciliation nationales, conformément à l’article XXVI de l’Accord de paix de Lomé, et contribuer par là à la promotion de l’état de droit »²⁰¹⁰. Dans sa correspondance avec le Secrétaire général au sujet de l’établissement du tribunal spécial²⁰¹¹, le Conseil de sécurité se référa, par la suite, au rôle global de la justice d’après-guerre en Sierra Leone. Le Secrétaire général émit l’opinion selon laquelle la Commission était une institution *complémentaire* du Tribunal spécial. Dans son rapport de 2001, il précise que,

²⁰⁰⁹ Accord de paix entre le gouvernement de la Sierra Leone et le Front Révolutionnaire Uni de Sierra Leone, 7 juillet 1999, art. XXVI.

²⁰¹⁰ Doc. NU S/RES/1315 (2000).

²⁰¹¹ Lettre daté du 22 décembre 2000, adressée au Secrétaire général par le président du Conseil de sécurité, Doc. NU S/2000/1234, p. 1 ; lettre datée du 31 janvier 2001, adressée au Secrétaire général par le président du Conseil de sécurité, Doc. NU S/2001/95.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

« [L]e Tribunal spécial et la Commission sont des institutions complémentaire qui permettront de mettre un terme à l'impunité et de faire de la réconciliation durable une réalité »²⁰¹².

Dans une lettre adressée au Conseil de sécurité des Nations Unies, datée du 12 janvier 2001, le Secrétaire général soulignait qu'

« il convient de s'assurer que le tribunal spécial et la Commission travaillent en complémentarité et en synergie, dans le respect mutuel de leurs attributions distinctes quoique liées »²⁰¹³.

Il est donc officiellement admis une complémentarité entre l'instance judiciaire classique et les commissions dans une sorte de pluralisme ordonné (B). Mais, la problématique de l'articulation entre l'instance judiciaire classique et les commissions de vérité avaient été soulevée par le professeur Mireille Delmas-Marty comme une question liée à l'interprétation et à l'application de l'article 53 du Statut de Rome (A).

A- La problématique générale des rapports entre l'instance judiciaire classique et les commissions de vérité : une question d'interprétation de l'article 53 du Statut de Rome ?

426. L'article 53-1 (c) du Statut de Rome prévoit que la décision du Procureur d'ouvrir une enquête ou de classer une affaire sans suite doit nécessairement être compatible avec les intérêts de la justice. Cette disposition énoncée dans un style ouvert a conduit le Procureur de la Cour pénale internationale à établir une note en mai 2004 relative à l'interprétation de cette disposition. Il pose une série de questions parmi lesquelles figure celle des mécanismes de justice alternatifs : le procureur se demande dans quelle mesure il ne devrait pas tenir compte par exemple de la mise en place d'une structure de réconciliation ou d'autres pratiques locales de conciliation. Cette question, qui évoque implicitement l'existence des rapports et le cas échéant la nature desdits rapports entre la Cour pénale internationale et les commissions de vérité, pose explicitement, selon le professeur Mireille Delmas-Marty,

« le problème du relativisme culturel en estimant que ce relativisme, qui implique le respect d'autres cultures et d'autres conceptions de la justice, doit être pris en compte – ou peut être pris en compte – car la note ne tranche pas, elle examine le pour et le contre de la décision de lancer les poursuites »²⁰¹⁴.

²⁰¹² Onzième rapport du Secrétaire général sur la Mission des Nations Unies en Sierra Leone, Doc. NU S/2001/857, para. 66.

²⁰¹³ Lettre datée du 12 janvier 2001, adressée au président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, Doc. NU S/2001/40, para. 9.

²⁰¹⁴ Intervention de Mireille Delmas-Marty au sujet de la synthèse sur l'application des amnisties en droit international, in H. RIUZ-FABRI, « Introduction générale », in H. RUIZ-FABRI, G. DELLA MORTE, E.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

Parmi les arguments favorables aux poursuites, le Procureur invoque notamment l'objectif de lutte contre l'impunité.

Dans l'analyse qu'elle fait de cette question, la théoricienne contemporaine des rapports entre les « ensembles juridiques », comme elle les désigne, considère que la note du Procureur conduit à poser la question suivante :

« comment intégrer un certain respect du pluralisme à cette justice internationale à vocation universelle qui est encore en position de surplomb ? Ce qui d'ailleurs incitera peut-être à reprendre à la fin la question de l'internationalisation non seulement comme le passage vers le droit international, mais aussi en *retour à travers ses conséquences sur le droit national (...)* »²⁰¹⁵.

En effet, la question est de savoir si tenir compte des intérêts de la justice pour le procureur suppose une nécessaire articulation des poursuites pénales avec les mécanismes positifs de réconciliation et donc, une reconnaissance des rapports entre la justice répressive et les commissions de vérité. Dans le prolongement de cette interrogation, se demander au cas où une telle articulation serait admise, sur quel relevance juridique reposerait-elle ? Car il y aurait bien des contradictions à certains égards entre les deux options en présence. Alors que l'instance judiciaire classique rejette par exemple toute sorte d'amnistie, les commissions de vérité opèrent parfois, comme nous l'avons vu pour le cas sud-africain, par des amnisties généralisées. La question reste ouverte et les premières situations portées devant la Cour de La Haye permettront sans doute d'ouvrir des pistes de réflexion. Déjà, il semble aujourd'hui constant que pour le cas spécifique des plus hauts responsables des crimes contre l'humanité les poursuites pénales semblent être privilégiées. Et pour le cas des simples exécutants, les commissions de vérité pourraient être la solution. Si une telle option se confirme, il y aurait ainsi une véritable division du travail entre les deux logiques répressives des crimes contre l'humanité et par voie de conséquence, le débat sur la détermination des échelles de commandement au sein d'une entreprise criminelle serait à coup sûr relancé.

B- Un exemple d'articulation entre l'instance judiciaire classique et les commissions de vérité : l'expérience hybride de la Sierra Leone.

Selon l'internationaliste irlandais, le professeur William Schabas,

« [L]a véritable leçon à tirer de l'expérience de la Sierra Leone est que *les commissions vérité et les juridictions pénales peuvent travailler de façon productive*

LAMBERT-ABDELGAWAD et K. MARTIN-CHENUT (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé, op.cit.*, pp. 164-165.

²⁰¹⁵ *Ibid.*, p. 165.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

ensemble, même si elles opèrent en parallèle. Cette relation complémentaire peut avoir un effet synergique sur la recherche d'une justice d'après-guerre en tant qu'élément de lutte contre l'impunité »²⁰¹⁶.

La relation de complémentarité ainsi envisagée suggère que l'on s'interroge sur les missions de la commission de vérité Sierra léonaise (1) avant d'examiner la dimension hybride du mécanisme (2).

1- Le mandat de la Commission Vérité et Réconciliation de la Sierra Leone.

427. Prévues dans le cadre de l'Accord de Paix de Lomé de 1999, la CVR de la Sierra Leone est à l'origine une institution nationale établie par une loi du parlement²⁰¹⁷ qui plus tard va acquérir une dimension internationale grâce à la participation du représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies. Lors de sa création, la commission a une double mission : une fonction d'établissement des faits (sorte de mission d'enquête) et une fonction thérapeutique. Comme l'*Attorney general* de l'époque, Solomon Berewa l'indiquait,

« loin de rechercher la faute et d'être punitive, la commission doit devenir le forum le plus légitime et le plus crédible pour permettre aux victimes de retrouver leur valeur humaine, et un moyen pour les criminels d'expier leur culpabilité, et de purifier leur conscience. Le processus servira de catharsis nationale, à travers le récit de la vérité, l'écoute respectueuse, et surtout, la réparation pour les victimes dans les affaires qui le méritent »²⁰¹⁸.

Conformément à l'article 6 (1) de la loi, la CVR devait préparer un compte-rendu historique du pays de 1991, quand la guerre civile a débuté, jusqu'à la signature de l'Accord de Paix de Lomé, le 7 juillet 1999. La loi exigeait que la commission étudie et rende compte des antécédents du conflit²⁰¹⁹. Le mandat de la CVR se réfère « aux abus et violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire relatifs au conflit armé en Sierra

²⁰¹⁶ W. A. SCHABAS, « La relation entre les commissions vérité et les poursuites pénales : le cas de la Sierra Leone », in H. ASCENSIO, E. LAMBERT-ABDELGAWAD et J.-M. SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées. (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, op.cit., pp. 211-212, nous soulignons. L'auteur indique par ailleurs avoir développé certaines de ces idées dans des publications antérieures auxquelles il renvoie : W. A. SCHABAS, « The relationship between truth commissions and international courts : the case of Sierra Leone », *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, pp. 1035 ss ; « 'Internationalised' courts and their relationship with alternative accountability mechanisms : the case of Sierra Leone », in *Proceedings of the 31st annual conference of the canadian council on international law*, 2004, pp. 322- 350 ; « Addressing impunity in developing countries: lesson from Rwanda and Sierra Leone », in H. DUMONT et A.-M. BOISVERT (dir.), *La voie vers la Cour pénale internationale : tous les chemins mènent à Rome*, Montréal, Themis, 2004, pp. 159-178 ; « Truth commissions and courts working in parallel : the Sierra Leone experience », *American Society of International Law and Proc.*, 2004, pp. 189 ss.

²⁰¹⁷ « Truth and reconciliation commission Act 2000 », « Loi commission vérité et réconciliation de 2000 », Supplément de The Sierra Leone Gazette, vol. CXXXI, n°9.

²⁰¹⁸ S. BEREW, « Addressing impunity using divergent approaches: the truth and reconciliation commission and the special court », in *Truth and reconciliation in Sierra Leone, 1999*, p. 59.

²⁰¹⁹ Truth and reconciliation commission Act 2000, art. 6 (2) (a).

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

Leone ». Le sous paragraphe 6 (2) (a) de la loi indique que les fonctions de la commission incluait l'étude, « du rôle des facteurs internes et externes au conflits ». A travers cette mission, il s'agit pour la commission d'examiner si le conflit était « le résultat de la planification, de la politique ou de l'autorisation délibérée par tout gouvernement », d'identifier les causes et les parties responsables et sur ce point précis son attention devait se porter sur les catégories d'auteurs, de « groupement, ou de groupe d'individus »²⁰²⁰. Eu égard à ce qui précède, il ressort que la commission de vérité de la Sierra Leone fut investie d'une importante mission d'enquête dont le but était sans doute de tracer l'histoire du conflit en vue de la réparation de la mémoire des victimes.

2- L'hybridation du mécanisme judiciaire de la Sierra Leone.

428. Après avoir réévalué sa position sur l'amnistie, le gouvernement de la Sierra Leone écrit au Conseil de sécurité pour solliciter l'établissement d'un tribunal international pour poursuivre les membres du Front Révolutionnaire Uni²⁰²¹. Le président Kabbah explique à cet effet que,

« le but d'une telle juridiction est d'essayer est d'apporter une justice crédible en jugeant les membres du FRU et leurs complices responsables de la commission d'actes criminels contre le peuple de Sierra Leone et de la prise d'otages des membres d'opération de maintien de la paix de l'ONU »²⁰²².

Il ajoute en filigrane que,

« [du fait de l'existence de la commission], le mandat du Tribunal spécial pourrait être conçu de façon restrictive afin de poursuivre les personnes qui portent les responsabilités les plus importantes et les dirigeants (...) »²⁰²³.

Une fois créé, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone est deux fois hybride. Il est hybride une première fois en ce qu'il est une juridiction mixte comprenant des éléments de droit national et de droit international²⁰²⁴. Il est hybride une seconde fois en ce qu'il entre en communication avec la CVR. C'est ainsi que les témoignages faits devant la commission par des personnes bénéficiaires d'amnistie étaient utilisés par le Tribunal²⁰²⁵. En effet, un important contentieux est né au sujet de l'établissement du Tribunal et du retrait de la clause

²⁰²⁰ Pour plus de détails, cf. W. A. SCHABAS, « La relation entre les commissions vérité et les poursuites pénales : le cas de la Sierra Leone », *op.cit.*, pp. 212-216.

²⁰²¹ S. BEREWA, « Addressing impunity using divergent approaches: the truth and reconciliation commission and the special court », *op.cit.*, p. 56.

²⁰²² Lettre datée du 9 août 2000, adressée au Président du Conseil de sécurité de l'ONU par le représentant permanent de la Sierra Leone aux Nations Unies, Doc. NU S/2000/786.

²⁰²³ *Ibid.*

²⁰²⁴ A.-S. RODELLA, « L'expérience hybride de la Sierra Leone. De la Cour spéciale à la commission vérité et réconciliation », *Politique africaine*, n°92, 2003, pp. 56-75.

²⁰²⁵ Sur cet aspect particulier, cf. W. A. SCHABAS, « La relation entre les commissions vérité et les poursuites pénales : le cas de la Sierra Leone », *op.cit.*, pp. 230-235.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

d'amnistie contenue dans l'Accord de Paix prévoyant la création de la commission. En tout état de cause, le rapport du Secrétaire général au Conseil de sécurité présenté en août 2004 affirmait que,

« les commissions de vérité sont un autre mécanisme utile pour réparer des violations passées des droits de l'homme. Il s'agit d'organes officiels temporaires et non judiciaires chargés d'établir les faits, qui enquêtent sur un ensemble d'atteintes aux droits de l'homme ou au droit humanitaire commis au cours d'un certain nombre d'années. Leur travail est centré sur les victimes (...)»²⁰²⁶.

L'approche du Secrétaire général se concentre sur la complémentarité entre les commissions et les juridictions.

Au demeurant, la commission vérité réconciliation appréhendée comme alternative aux poursuites pénales exercées par l'instance judiciaire classique ne constitue pas la seule forme de mobilisation de la culture juridique africaine dans la recherche de la réponse aux crimes contre l'humanité. D'autres formes encore plus marquée de retour à la tradition locale pour une légitimation de la répression des crimes contre l'humanité et une pluralisation de la dynamique de répression se sont développées. Sortant de l'option d'alternative aux poursuites pénales, ces formes ont tenté d'intégrer les deux dimensions de la répression : réconciliation et répression. Tel est le cas des juridictions *Gacaca* du Rwanda.

Section 2. La « culture juridique africaine » réinventée et l'hybridation du modèle de justice pénale positif : le cas typique des juridictions Gacaca du Rwanda.

429. Face aux limites, aux insuffisances et, de manière générale, à l'incapacité de l'option judiciaire classique nationale (juridictions nationales rwandaises et juridictions nationales étrangères notamment belges) et internationale (le Tribunal pénal international pour le Rwanda) à apurer le contentieux du génocide et autres crimes contre l'humanité qui empêchent la marche vers la pacification de la société rwandaise et la réconciliation du peuple rwandais, le nouveau gouvernement fait le pari, quatre ans après les faits, de retourner à la culture juridique africaine pour élaborer une solution alternative adaptée et intégrée au contexte local²⁰²⁷. Trois objectifs devaient être pris en compte par les autorités nationales : 1)

²⁰²⁶ Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, Doc. NU S/2004/616, para. 50.

²⁰²⁷ En 1998, plus de 125 000 personnes croupissent dans les prisons et autres cachots, sans même, pour beaucoup d'entre elles, qu'un dossier à charge ait été ouvert. Pour une référence plus précise, il convient de noter que le CICR recensait une population carcérale de 124 800 détenus en 1999: Assemblée générale des

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

mettre un terme à une impunité jugée responsable du génocide, dont l'ampleur même est considérée comme le point d'orgue de cinquante ans de crimes tolérés ; 2) rechercher toute la vérité sur le crime lui-même afin d'en comprendre les tenants et les aboutissants et d'en prévenir une récurrence éventuelle ; 3) replacer les victimes et les coupables les uns en face des autres dans une reprise du dialogue en vue d'une indispensable réconciliation nationale²⁰²⁸. Au regard de ces trois impératifs, il n'était pas possible de recourir à l'amnistie générale même conditionnée par l'« extorsion » de l'aveu, comme ce fut le cas dans le cadre de la Commission vérité et réconciliation sud-africaine. Ainsi, lors des journées de réflexions ouvertes en 1998 et présidée par le président de la République du Rwanda, Paul Kagamé, l'idée retenue fut de s'inspirer de la *Gacaca*, méthode traditionnelle de résolution des conflits au Rwanda utilisée essentiellement jusqu'alors pour résoudre en assemblée des querelles locales²⁰²⁹. Pour donner corps à cette idée, le législateur institutionnalisa les « Juridictions *Gacaca* » par une Loi organique du 26 janvier 2001²⁰³⁰.

Ces juridictions étaient envisagées comme une justice pénale alternative qui allait puiser dans la tradition rwandaise « ses ressources en matière de règlement des conflits, tout

Nations Unies, La situation des droits de l'homme au Rwanda, A/54/359, 17 septembre 1999, para. 106. Autre élément important, malgré son important budget, le TPIR n'était parvenu à juger que neuf personnes en 1999, soit cinq ans après les faits. En 2005, soit onze ans après les faits seulement 5000 personnes avaient pu être jugées par les juridictions nationales.

²⁰²⁸ Suite au génocide, des sociologues ont relevé des changements profonds dans l'organisation de la société traditionnelle rwandaise. L'ampleur des massacres, le grand nombre de personnes qui y ont pris part, les victimes ciblées (femmes, enfants, personnes âgées) les lieux et la manière dont les tueries se sont organisées (églises), identité sociale des tueurs (maris hutu qui ont tué leurs femmes tutsis, mères qui ont tué leurs enfants nés de père tutsis, grands-pères qui ont dénoncé leurs petits-enfants, voisins, amis), ont largement porté atteinte aux principes, valeurs et structures qui régulaient traditionnellement les relations sociales, dont celles si importantes de la famille et du voisinage. Le rôle et la place des femmes ont changé en raison du plus grand nombre d'hommes tués, les solidarités traditionnelles ont en partie été détruites (abandon en grand nombre d'enfants issus de viols, rapports hommes-femmes, rapports entre ethnies...), cf. SCHOTSMAS, *A l'écoute des rescapés. Recherche sur la perception par les rescapés de leur situation actuelle*, GTZ, Coopération allemande au développement, Rwanda, décembre 2000. Dans le même sens, nous renvoyons à l'ouvrage d'Antoine Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*, op.cit.

²⁰²⁹ La *Gacaca* était une méthode visant à réunir les parties concernées par un conflit ou une infraction aux normes sociales (litiges fonciers, problèmes conjugaux, disputes d'héritages...). Les sessions étaient présidées par des anciens appelés *inyangamugayo* qui avaient pour objectif prioritaire, après sanction de la violation des valeurs communes, de restaurer l'ordre social, grâce à la réinsertion des contrevenants dans la communauté. La primauté était à la recherche d'une vérité approximative et négociée permettant de mettre fin au conflit. Par ailleurs, historiquement, la *Gacaca* n'était pas appelée à statuer en matière de crime de sang, dès lors que ceux-ci appelaient la notion de vengeance qui intervenait alors comme un devoir religieux.

²⁰³⁰ Cf. Loi organique n°40/2000 du 26 janvier 2001 portant création des « juridictions *Gacaca* » et l'organisation des poursuites des infractions constitutives des crimes de génocide et de crime contre l'humanité, commises entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994, J.O. du 15 mars 2001.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

en y apportant des aménagements en guise d'adaptation à la spécificité du contentieux à traiter »²⁰³¹. La solution est comme l'a admis la doctrine, rando-rwandaise. Elle,

« emprunte directement à la culture et à la tradition du pays que partagent les différentes composantes de la société, et qui, toutes, se reconnaissent dans le Gacaca comme mode coutumier de résolution des conflits. Parce qu'elle est une justice de proximité fondée sur la parole partagée (la palabre africaine), les autorités gouvernementales entendent, par elle, remettre en présence sur les collines tous les rwandais, obligés à une double confrontation d'eux-mêmes et du crime perpétré. Le recours à la palabre, tous ensemble assis à l'ombre des bananeraies, est censé offrir cette possibilité, pour que les mots des génocidaires et des victimes permettent de cicatrifier les maux du génocide. Le tout conduit dans l'esprit profond de Gacaca qui, traditionnellement, tendait, avant toute autre chose, vers la réconciliation des parties en présence »²⁰³².

Le défi était considérable et le pari audacieux. Les autorités nationales n'ont pas fait un simple retour à la tradition locale et un emprunt authentique à la « culture juridique africaine ». Elles ont totalement réinventé la tradition sous la force agissante du paradigme du crime contre l'humanité : d'une part, elles ont élargi le champ matériel de la *Gacaca* en la faisant sortir des « petits » conflits familiaux pour l'appliquer aux « grands » crimes contre l'humanité ; d'autre part, la *Gacaca* d'origine appliquait exclusivement des normes issues de la coutume et recherchait prioritairement la réconciliation des parties, alors que la *Gacaca* dans sa version génocidaire prononce des peines et parfois de très lourdes peines et applique en même temps les normes du droit pénal international. Cette *renaissance* de la *Gacaca* à travers les « juridictions *Gacaca* » a conduit la doctrine à s'interroger sur le point de savoir si,

*« une justice de type traditionnel, empruntant directement à la culture du pays (...) dans la mesure où [elle] est largement revu[e] et corrigé[e] pour s'adapter aux exigences de justice qu'appelle le jugement d'un crime de nature et de l'ampleur du génocide [et des crimes contre l'humanité] peut-[elle] encore répondre de ses attributs distinctifs, rendre compte de ce qui faisait sa force et surtout atteindre ses finalités originelles (celles pour lesquelles le *Gacaca* est réinvesti aujourd'hui), lorsque les adaptations apportées en ont profondément altéré le fonctionnement et l'esprit ? »²⁰³³*

Cette interrogation, qui recoupe à certains égards des aspects théoriques de la problématique générale de la présente étude, suggère implicitement que l'entrée en vigueur des « juridictions *Gacaca* » réalisent une nouvelle forme d'ouverture du système pénal national face aux crimes contre l'humanité et, par voie de conséquence, conduisent vers de

²⁰³¹ F. DIGNEFFE et J. FIERENS, *Justice et Gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003, p. 77.

²⁰³² M. PARADELLE et H. DUMONT, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide ? Etude de cas à partir des juridictionnelles Gacaca du Rwanda saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », *op.cit.*, pp. 99-100, nous soulignons.

²⁰³³ *Ibid.*, p. 100.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

nouveaux phénomènes d'internormativité. Une telle perception des choses permet d'orienter l'analyse vers un examen de la *Gacaca* réinventée (§1) avant de rechercher quel est l'apport d'une telle réinvention (§2).

§1- Les « juridictions *Gacaca* » dans leur version génocidaire.

Avant les crimes contre l'humanité (le génocide), il y avait la tradition de la *Gacaca* (A) mais après les crimes contre l'humanité (le génocide), la tradition a été réinventée (B).

A- La tradition de la *Gacaca* au Rwanda

430. Le terme *Gacaca*, qui se prononce « gatsatsa » ou « gatchatcha », signifie littéralement « herbe », « gazon » en Kinyarwanda²⁰³⁴. Il fait référence à l'endroit où se réunissent, assis à même le sol, les membres d'une communauté locale pour trancher les litiges opposant les membres d'une même famille ou de familles différentes. Parler de la *Gacaca* revient à désigner la « justice sur le gazon », la « justice sur l'herbe »²⁰³⁵ qui avait compétence tant en matière civile que pénale exception faite de la compétence de traiter des crimes de sang. La tradition de la *Gacaca* s'appuyait donc sur sa dimension collective (1) et sa finalité restaurative (2).

1- La dimension collective de la *Gacaca* pour surmonter ensemble le génocide.

431. La *Gacaca* en lien direct avec la culture et la tradition locale, se déroule actuellement comme à l'origine de la tradition rwandaise, en plein air. A l'ombre des bananeraies, dans une clairière ou sur la place du village, cette *cour de justice* réunit les habitants de la colline appelés à participer à la résolution des crimes qui relèvent géographiquement de son ressort territorial. La *Gacaca* conserve ainsi sa dimension collective et maintient donc son approche

²⁰³⁴ Le Kinyarwanda est la langue parlée au Rwanda ; il s'agit de l'une des deux langues nationales officielles à côté du français. Appartenant à la famille des langues Bantoues, elle est parlée par tous les rwandais quelle que soit leur appartenance ethnique.

²⁰³⁵ Les « parties » et les habitants se rassemblaient, assis dans l'herbe, autour des anciens, détenteurs de la tradition et donc légitimés à trancher en cas de désaccord. Plus tard, les anciens de la famille seront remplacés par le fonctionnaire local en charge du pouvoir exécutif. Cf. pour plus de détails, F. REYNTJENS, « Le *Gacaca* ou la justice du gazon au Rwanda », *Politique africaine*, n°40, 1990, pp. 31-41, spec. 32ss ; F. DIGNEFFE et J. FIERENS, *Justice et Gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, op.cit. ; W. A. SCHABAS, « Genocide trials and gacaca courts », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, pp. 1-17 ; A. MEYERSTEIN, « Between law and culture : rwanda's gacaca and postcolonial legacy », *Law and Social Inquiry*, vol. 22, n°2, 2007, pp. 467-508 ; S. VAN BILLOEN, *Les juridictions gacaca au Rwanda. Une analyse de la complexité des représentations*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil », 2008, pp. 1ss.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

participative de départ. En effet, selon la tradition, « ont voix au chapitre, non seulement la partie plaignante et la partie accusée, mais aussi la foule. Le droit est lié ici au regard : être autorisé à assister à une palabre donne droit à la parole (...) même si l'on n'est pas directement impliqué dans l'affaire. Il n'y a pas de spectateur passif »²⁰³⁶. Ainsi aux termes de l'article 6 de la Loi du 26 janvier 2001, « l'Assemblée générale de la « juridiction gacaca » de chaque cellule est composée de tous les résidents de la cellule, âgés d'au moins 18 ans ». Quant au quorum requis à la tenue valide des audiences au niveau de la cellule, l'article 23 prévoit qu'il est établi à 100 personnes minimum. Les membres de l'Assemblée générale ont ainsi le droit et surtout le devoir, au cours des séances, d'apporter tous les renseignements et précisions utiles à la reconstitution des faits, d'infirmer ou de confirmer les propos entendus, mais encore ont-ils la possibilité, sur accord du siège, de poser des questions directement aux personnes comparaisant devant les juges soit à titre d'accusé, soit à titre de témoin, en vue d'obtenir un complément d'informations ou d'explications. Ce faisant, l'assistance fait elle aussi véritablement œuvre de justice.

C'est en sens que la *Gacaca* présente une dimension collective et une approche participative. Ce trait particulier de la justice administrée par la *Gacaca* est perçu par les concepteurs du projet d'institutionnalisation des mécanismes traditionnels de résolution des conflits comme un atout substantiel dans le cadre des crimes de masse. De ce fait, la participation de la population a été érigée en véritable obligation juridique. Le préambule de la loi organique rappelle dans ce sens que, l'obligation de participer de la population part du constat que, les crimes ont été commis publiquement sous les yeux de la population, il revient à cette dernière le devoir et l'obligation morale de relater les faits, de révéler la vérité et de participer à la poursuite et au jugement des auteurs présumés. De ce fait, dès la conception du projet d'investissement de ce mode de justice, on avance l'idée selon laquelle personne n'est mieux placé que la population qui se trouvait sur les collines au moment des faits pour connaître la réalité de ce qui s'est réellement passée.

Les influences extérieures ont finalement peu d'importances par rapport à ce que se sont fait les rwandais entre eux, affirme Augustin Nkusi, magistrat, aujourd'hui directeur de l'Unité d'appui juridique auprès du Service des juridictions *Gacaca*.

« Les rwandais ont tué les rwandais. Le génocide s'est déroulé en plein jours, les crimes ont été perpétrés ouvertement, les rwandais savent comment le génocide s'est

²⁰³⁶ Cf. J.-G. BIDIMA, *La palabre. Une juridiction de la parole*, Paris, Michalon, 1997, p. 24.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

passé. Pourquoi ne pas demander à cette population qui sait ? La population va se découvrir dans le système actuel, on va dire toute la vérité »²⁰³⁷.

Et surtout a-t-on également pensé comment un accusé pourrait-il nier des faits commis au vu et su de tous notamment ceux qui témoignent. Mais la nature participative de la *Gacaca* ne constituait pas seulement un atout en termes de mise à jour, ensemble, de la vérité. Elle a également été perçue par les autorités étatiques comme un moyen privilégié de renouer le dialogue entre des ethnies profondément divisées par le génocide²⁰³⁸.

2- La dimension restaurative de la *Gacaca* pour revivre ensemble sur les collines.

432. Le secrétaire exécutif de la Commission nationale de l'Unité et de la Réconciliation (CNUR), Aloysie Inyumba, affirme qu'« on ne peut dire que ces tueries n'ont pas touché les Batutsis, les Bahutu, et les Batwas. C'est pourquoi il faut leur participation à tous. C'est ça le fondement des *Gacaca* ». Ce n'est qu'en œuvrant ensemble à la résolution du drame qui a profondément traumatisé et divisé toute une société, en cherchant à comprendre ensemble ce qui s'est réellement passé et surtout en s'accordant ensemble sur une seule et même vérité, que les rwandais peuvent espérer, estiment tous les observateurs, parvenir à une réconciliation véritable, qui soit le fait d'un consentement volontairement donné et non celui, contraint, d'une coexistence obligée cela est le cas aujourd'hui.

Or c'est de la culture et de la tradition encore qu'est directement empruntée la poursuite de la finalité restaurative mise à la charge du *Gacaca* dans sa version génocidaire par le législateur rwandais. Il s'agit là de la seconde caractéristique de ce mode de résolution des conflits qui a emporté le choix du gouvernement en faveur des juridictions *Gacaca* comme solution judiciaire la mieux à même de parvenir à la réconciliation nationale : lorsque l'on se réfère à la *Gacaca*, tout le monde sait que l'objectif premier et dernier c'est la réconciliation nationale. Parce qu'il s'agit d'une justice de proximité, les autorités ont tablé sur son pouvoir de rapprochement. La *Gacaca* était une justice presque exclusivement tournée vers la réconciliation. Une réconciliation d'autant plus recherchée que la *Gacaca* intervenait principalement comme une instance de règlement de conflits familiaux et communautaires.

²⁰³⁷ Penal Reform International, Recherche sur les juridictions *Gacaca* et leur préparation, 2001, p. 38, disponible en ligne, http://www.penalreform.org/download/gacaca/Rapport_juil-dec2001.pdf, consulté le 22 novembre 2009.

²⁰³⁸ M. PARADELLE et H. DUMONT, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide ? Etude de cas à partir des juridictionnelles *Gacaca* du Rwanda saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », *op.cit.*, pp. 106 ss.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

Ainsi, même si la *Gacaca*, nouvelle mouture, se présente plutôt comme une instance d'adjudication, de jugement et de répression, même si les dispositions législatives lui permettent « les poursuites et le jugement des auteurs et des complices » en vue « d'éradiquer à jamais la culture de l'impunité », le préambule de la Loi de organique de 2001 prévoit que la rétribution mise en œuvre par ce mécanisme obéit elle aussi à « la nécessité de parvenir à la réconciliation ». Par conséquent, les poursuites comme le jugement des criminels ne sauraient « viser seulement la simple répression, mais aussi la réhabilitation de la société rwandaise ». D'où la nécessité devant laquelle s'est trouvé le législateur « de prévoir des peines permettant aux condamnés de s'amender et de favoriser leur réinsertion dans la société rwandaise sans entrave à la vie normale de la population »²⁰³⁹.

Mais la doctrine reconnaît que pour qu'une justice parvienne à la réconciliation, il faut au préalable qu'elle soit accessible et donc intelligible de la part des justiciables. A ce niveau, l'une des finalités déclarée du recours à la *Gacaca* renvoie à cette volonté de permettre aux rwandais de se saisir du contentieux lié au génocide, de participer à l'administration de la justice, et ainsi d'assurer eux-mêmes la clôture judiciaire du drame qui a bouleversé leur vie. La *Gacaca* porte en elle cette volonté de réappropriation, parce qu'elle met en œuvre une justice culturellement située, largement partagée, traditionnellement acceptée²⁰⁴⁰, contrairement à la justice (pénale) lointaine réalisée par les juridictions belges et le TPIR²⁰⁴¹. Dans ce sens, un responsable du projet *Gacaca* écrit,

« qu'on voit mal en quoi la justice lointaine des gens hauts placés ou la justice rendue par des inconnus dans une langue inconnue peut contribuer à la réconciliation des rwandais (...) *Gacaca* est pour les rwandais une justice propre géographiquement et culturellement, une justice égale pour tous, rendue au vu et au su de tout le monde. Elle a plus des chances qu'une autre d'emporter la confiance des rwandais et de jeter les bases d'une vie nouvelle ensemble, la vie d'un peuple enfin concilié. Certes, tout ce qui est humain est fragile : il faudra que ceux qui en ont les moyens et la volonté, nos amis étrangers, par exemple, accompagnent sans ingérence intempestive « les frères rwandais qui plongent leurs pieds dans le feu ». Mais « accompagner » pour un rwandais n'est pas faire « tout le voyage ensemble » ; il faut, un moment laisser les rwandais dans leur face à face unique dans leur histoire, entre des gens qui ont vécu ensemble, qui étaient ensemble quand fut commis l'innommable et qui doivent continuer à vivre ensemble »²⁰⁴².

²⁰³⁹ Cf. préambule de la loi organique de 2001.

²⁰⁴⁰ M. PARADELLE et H. DUMONT, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide ? Etude de cas à partir des juridictionnelles *Gacaca* du Rwanda saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », *op.cit.*, p. 109.

²⁰⁴¹ Le TPIR par exemple siège à Arusha en Tanzanie, tandis que sa section d'appel et le Bureau du Procureur sont localisés à La Haye au Pays-Bas.

²⁰⁴² S. M. SEBASONI, « *Gacaca*. Une justice que le peuple rwandais comprend » 2001, disponible en ligne, <http://users.skynet.be/wirira/sms-gacaca.htm>, consulté le 9 décembre 2009.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

B- La *Gacaca* réinventée : de la tradition aux juridictions.

433. Le processus normatif par lequel l'on est passé de la tradition *Gacaca* aux « juridictions *Gacaca* » illustre la difficulté réelle qu'il y a à faire entrer une institution de droit traditionnel dans le système normatif officiel de facture occidentale. En effet, la loi organique de 2001 prévoyant la création des « juridictions *Gacaca* » fut suivie par cinq autres lois dont la dernière date du 19 mai 2008²⁰⁴³. La plus importante reste la loi n° 16/2004 du 19 juin 2004 qui constitue la « Grande loi *Gacaca* »²⁰⁴⁴. Cette dernière régulièrement modifiée et mise à jour a largement été accueillie comme le fut la loi organique en ce qu'elle fusionnait tout en les remplaçant, deux précédentes lois du 22 janvier et du 15 mars 2001. La plus récente modification du 1^{er} juin 2008 est la troisième modifiant et complétant celle de 2004 : une première réforme intervenue le 27 juin 2006 a eu pour but de définir et de préciser les ressorts des « juridictions *Gacaca* », une seconde intervenue le 1^{er} mars 2007 a apporté un léger réaménagement dans la conception des première et deuxième catégories d'accusés.

Sur le fond, la loi organique a pour objectif principal clairement affiché d'« éradiquer à jamais la culture de l'impunité » en assurant « un jugement rapide des auteurs (du génocide) et de leurs complices, sans viser seulement la simple répression, mais aussi la réhabilitation de la société rwandaise mise en décomposition par les mauvais dirigeants qui ont incité la population à exterminer une partie de cette société », ceci afin d'aider le Rwanda à cheminer vers la réconciliation et la justice²⁰⁴⁵. La mise en place des « juridictions *Gacaca* » au Rwanda a commencé par une expérience pilote en 2001 de 80 cellules²⁰⁴⁶. En 2002, elles sont étendues à 751 cellules et en janvier 2005, elles furent étendues dans l'ensemble du territoire soit plus de 10 000 juridictions au total. La « Grande loi *Gacaca* » de 2004 fixe la compétence (1) et les règles de fonctionnement de ces juridictions (2).

²⁰⁴³ Loi Organique n°40/2000, du 26 janv. 2001, J.O. du 15 juillet 2001 ; Loi Organique n°16/2004, du 19 juin 2004, J.O. n° spécial du 19 juin 2004 ; Loi Organique n° 28/2006, J.O., n° spécial, 12 juin 2006 ; Loi Organique n°10/2007, du 1^{er} mars 2007, J.O du 1^{er} mars 2007 ; Loi Organique n°13/2008, du 19 mai 2008, J.O. du 1^{er} juin 2008.

²⁰⁴⁴ Expression empruntée à F. SOBO, « Justice transitionnelle. Le point sur les juridictions *Gacaca* du Rwanda », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 763 ss.

²⁰⁴⁵ Préambule de la Constitution rwandaise du 4 juin 2003.

²⁰⁴⁶ Le territoire rwandais est structuré en cellules, en secteurs et en provinces. La cellule est la plus petite entité administrative qui a remplacé depuis la réforme de 2006 l'ancien umugudugu (village). Un secteur regroupe plusieurs cellules et une province plusieurs secteurs. Le pays compte cinq provinces (province du Nord, province du Sud, province de l'Est, province de l'Ouest, province de la ville de Kigali).

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

1- Les éléments de compétence des « juridictions *Gacaca* ».

434. La détermination de la compétence des « juridictions *Gacaca* » s'est prioritairement heurtée à la difficulté inhérente à la participation criminelle dans un crime collectif dans lequel on peut distinguer les échelles de commandement et donc, la hiérarchisation des rôles²⁰⁴⁷. Comme cela émerge de plus en plus comme une règle constante du droit des infractions internationales, la loi sur la répression du génocide au Rwanda a également procédé à la catégorisation des délinquants²⁰⁴⁸. C'est cette logique qui allait déterminer la compétence *rationae personae* des juridictions *Gacaca* et déterminer l'échelle des peines encourues. Dans ce sens, les autorités ont procédé à la distinction de quatre catégories de délinquant :

Catégorie 1 : personnes dont les actes criminels ou la participation criminelle les rangent parmi les planificateurs, organisateurs, incitateurs, encadreurs et superviseurs du génocide ; personnes ayant agi en position d'autorité administrative, militaire ou religieuse ; meurtriers de grand renom, les personnes coupables de crimes de viol ou tortures sexuelles ainsi que les personnes ayant commis des actes dégradants sur des cadavres et leurs complices.

Catégorie 2 : personnes ayant commis des actes criminels qui les rangent parmi les auteurs, co-auteurs ou complices d'homicides volontaires ; personnes qui, dans l'intention de donner la mort, ont causé des blessures ou commis d'autres violences graves, mais auxquelles les victimes n'ont pas succombé ainsi que leurs complices.

Catégorie 3 : personnes qui, sans l'intention de donner la mort, ont causé des blessures ou commis d'autres violences graves dont les victimes n'ont pas succombé, ainsi que leurs complices.

Catégorie 4 : personnes accusées d'avoir commis des infractions contre les biens des victimes du génocide.

A partir de ces quatre distinctions, la loi du 19 juin 2004 a procédé à une « re-catégorisation » ramenant à trois le nombre de catégories à travers une fusion des catégories 2 et 3²⁰⁴⁹. Aussi, les catégories 1 et 4 (devenues catégorie 3) n'ont pas été modifiées jusqu'à la loi du 1^{er} mars 2007 qui a profondément remanié les catégories 1 et 2. Aux termes de la loi de 2007, la catégorie 1 comprend les sous-catégories suivantes :

²⁰⁴⁷ W. A. SCHABAS, « Genocide trials and Gacaca courts », *op.cit.*, p. 1. Sur cet aspect de la question, l'on peut également citer, M. DRUMBL, « collective violence and individual punishment: the criminality of mass atrocity », *Northwestern University Law Review*, vol. 99, 2005, pp. 539-610.

²⁰⁴⁸ Cf. Les commentaires des discussions parlementaires de la loi organique du 30 août 1996, in F. Digneffe et J. Fierens (dir.), *Justice et Gacaca, L'expérience rwandaise et le génocide*, *op.cit.*, pp. 53-58.

²⁰⁴⁹ Cf. article 2 loi du 30 août 1996 et l'article 51 loi du 19 juin 2004.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

« 1° la personne dont les actes criminels ou la participation criminelle la rangent parmi les planificateurs, les organisateurs, les incitateurs, les superviseurs et les encadreurs du crime de génocide ou des crimes contre l'humanité, ainsi ses complices ; »

« 2° la personne qui, à cette époque, faisait partie des instances dirigeantes aux niveaux national, préfectoral, sous-préfectoral et communal, les leaders des partis politiques, les membres du haut commandement de l'armée et de la gendarmerie, de la police communale, les dirigeants des confessions religieuses, les chefs des milices illégales, et qui a commis ces infractions ou a encouragé les autres à les commettre, ainsi que ses complices ; »

« 3° la personne qui a commis l'infraction de viol ou les actes de tortures sexuelles ainsi que ses complices ».

A la faveur de la modification intervenue en 2008, cette catégorie 1 passe de trois à cinq sous-catégories²⁰⁵⁰ :

« 1° toute personne dont les actes criminels ou de participation criminelle la rangent parmi les planificateurs ou les organisateurs du crime de génocide ou des crimes contre l'humanité, ainsi que ses complices ; »

« 2° toute personne qui, agissant en position d'autorité : au niveau national et préfectoral : dans les structures administratives de l'État, au sein des partis politiques, de l'armée, de la gendarmerie, des confessions religieuses ou des milices, a commis le crime de génocide ou d'autres crimes contre l'humanité ou a encouragé les autres à les commettre, ainsi que ses complices ; »

« 3° toute personne dont les actes criminels ou de participation criminelle la rangent parmi les incitateurs, les superviseurs et les encadreurs du crime de génocide ou des crimes contre l'humanité, ainsi que ses complices ; »

« 4° toute personne qui, agissant en position d'autorité au niveau de la sous-préfecture et de la commune : dans les structures administratives de l'État, au sein des partis politiques, de l'armée, de la gendarmerie, de la police communale, des confessions religieuses ou des milices, a commis des crimes de génocide ou d'autres crimes contre l'humanité ou a encouragé les autres à les commettre, ainsi que ses complices ; »

« 5° toute personne qui a commis l'infraction de viol ou les actes de torture sexuelle ainsi que ses complices. »

Dans cette première catégorie, les « incitateurs », « superviseurs » et les « encadreurs » ne figurent plus et sont désormais distingués des « planificateurs » et des « organisateurs ». La

²⁰⁵⁰ Article 9.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

deuxième sous-catégorie désigne toujours toute personne investie de quelque autorité que ce soit à l'époque du génocide, mais uniquement « au niveau national et préfectoral ». Elle ne comporte plus l'accusé qui, agissant en position d'autorité au niveau de la sous-préfecture et de la commune dans les diverses structures administratives et religieuses ci-dessus mentionnées. Ceux-ci sont désormais intégrés dans la sous-catégorie 4²⁰⁵¹.

Depuis la réforme du 1er mars 2007, la catégorie 2 est ainsi composée :

« 1° le meurtrier de grand renom qui s'est distingué dans le milieu où il résidait ou partout où il est passé, à cause du zèle qui l'a caractérisé dans les tueries ou la méchanceté excessive avec laquelle celles-ci ont été exécutées, ainsi que ses complices ; »

« 2° la personne qui a commis les actes de tortures quand bien même les victimes n'en auraient pas succombé, ainsi que ses complices ; »

« 3° la personne qui a commis des actes dégradants sur le cadavre ainsi que ses complices ; »

« 4° la personne dont les actes criminels ou de participation criminelle la rangent parmi les tueurs ou auteurs d'atteintes graves contre les personnes ayant entraîné la mort, ainsi que ses complices ; »

« 5° la personne qui, dans l'intention de donner la mort, a causé des blessures ou commis d'autres violences graves mais auxquelles les victimes n'ont pas succombé, ainsi que ses complices ; »

« 6° la personne ayant commis ou participé à des actes criminels contre des personnes sans intention de donner la mort, ainsi que ses complices. »

S'agissant de la catégorie 3, elle comprend :

« la personne ayant seulement commis des infractions contre les biens. Toutefois, l'auteur desdites infractions qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi organique, a convenu soit avec la victime, soit devant l'autorité publique ou en arbitrage d'un règlement amiable, ne peut plus être poursuivi les mêmes faits »²⁰⁵²

C'est aux juridictions *Gacaca* de Cellule qu'il appartient de procéder à cette proposition de catégorisation du prévenu lors de la phase d'instruction. Cette pré-catégorisation détermine la juridiction *Gacaca* ou la juridiction ordinaire compétente pour juger au fond. En effet, la

²⁰⁵¹ Pour plus de détails, cf. F. SOBO, « Justice transitionnelle. Le point sur les juridictions Gacaca du Rwanda », *op.cit.*

²⁰⁵² Article 51 de la Loi organique du 19 juin 2004.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

Gacaca dans sa version génocidaire constitue de véritables juridictions pénales tel que le montre leur structure de fonctionnement.

2- La structure de fonctionnement des « juridictions *Gacaca* ».

435. S'agissant de leur structure de fonctionnement, les « juridictions *Gacaca* » comprennent deux niveaux de juridiction à savoir :

- Les juridictions *Gacaca* de cellule ;
- Les juridictions *Gacaca* de Secteur avec la juridiction *Gacaca* du Secteur et la juridiction *Gacaca* d'appel.

Chacune de ces juridictions connaît trois organes :

- *L'assemblée générale* de la juridiction *Gacaca* de Cellule est composée de tous les habitants de la cellule âgés de dix-huit ans révolus au moins. Cette *assemblée générale* de la Cellule doit contribuer à reconstituer les faits pour permettre la constitution des dossiers des présumés auteurs de crime de génocide ou de crimes contre l'humanité. *L'assemblée générale* du secteur est quant à elle composée des sièges des juridictions *Gacaca* des Cellules qui composent le Secteur et le siège de la juridiction d'appel. Cette *assemblée générale* ne siège valablement que si au moins cent de ses membres sont présents ;
- Le *Siège de la juridiction Gacaca* est composé de neuf personnes intègres appelés « *inyangamugayo* », élues par l'assemblée générale, et dispose de cinq remplaçants ;
- Le *Comité de coordination*. Les membres du *Siège* de chaque juridiction *Gacaca* choisissent parmi eux et à la majorité absolue cinq personnes, dont la mission est de coordonner les activités de la juridiction *Gacaca*. Il s'agit d'un président, de deux vice-présidents et de deux secrétaires qui savent lire et écrire correctement le *Kinyarwanda*.

436. Les audiences de toutes les « juridictions *Gacaca* » sont publiques et ont lieu une fois par semaine au moins. A l'audience, le public a droit à la parole s'il le demande. Tout jugement doit être rédigé et faire l'objet d'un dossier. Les « juridictions *Gacaca* » peuvent solliciter l'aide des conseillers juridiques désignés par le *Service national des juridictions Gacaca*. Le Service national des juridictions *Gacaca* (SNJG) est l'administration chargée de la coordination et de la supervision des activités des juridictions *Gacaca*. Le SNJG est créé en 2004 en remplacement de l'ancien département des juridictions *Gacaca* qui constituait la 6e chambre de la Cour suprême. Ce service supervise l'élection des *Inyangamugayo*, organise

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

leur formation et constitue la cheville ouvrière de tout le processus. La loi lui assigne comme seule fonction d'« assurer le suivi, la supervision et la coordination des juridictions Gacaca au niveau national » en mettant en place des « instructions relatives à la bonne marche des activités des juridictions Gacaca ainsi qu'au comportement des juges intègres »²⁰⁵³. Le SNJG s'est montré être un véritable organe régulateur des juridictions Gacaca au point qu'il s'est attribué une fonction normative, voire juridictionnelle²⁰⁵⁴ : les textes qu'il édicte sous la dénomination d'«instructions » ont presque force de loi, lorsqu'elles ne se substituent pas complètement à la loi.

§2- La diversité des représentations des « juridictions Gacaca » : une analyse de la complexité du jugement des crimes contre l'humanité.

437. La représentation (sociale) est généralement définie comme « une manière d'interpréter et de penser notre réalité quotidienne, une forme de connaissance sociale. Et corrélativement, l'activité mentale déployée par les individus et les groupes pour fixer leur position par rapport à des situations, événements, objets (...) qui les concernent (...) »²⁰⁵⁵. Cette notion concerne le sujet social qui appréhende l'environnement qui l'entoure à travers sa connaissance spontanée, constituée à partir des expériences. Elle concourt à la construction sociale de la réalité²⁰⁵⁶. Elle est un processus d'élaboration cognitive et symbolique qui oriente les comportements. En ce sens, la notion de représentation met en rapport processus symboliques et conduites. En l'espèce, l'objet représenté et construit est constitué par les « juridictions Gacaca » qui, du point de vue de leur texture et de leur structure, présentent un ensemble de données hétérogènes. En s'orientant vers une analyse de la diversité des représentations²⁰⁵⁷, l'on rejoint le point de vue de Philippe Robert et Claude Faugeron selon lequel, « chacune d'elles (des données qui composent les juridictions Gacaca) prise isolément ne signifie rien ou procure des impressions fallacieuses. On ne peut s'en servir qu'en les

²⁰⁵³ Article 50.

²⁰⁵⁴ Même si la loi lui interdit formellement : « [...] il ne lui est pas permis d'enjoindre à ces juridictions le sens de rendre les jugements », art. 50 préc.

²⁰⁵⁵ D. JODELET, « Représentation sociale : phénomène, concept et théorie », in S. MOSCOVICI (dir.), *Psychologie sociale*, Paris, PUF, 1984, p. 360.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 361.

²⁰⁵⁷ Cette approche est celle qui a structurée la réflexion de S. VAN BILLOEN, *Les juridictions gacaca au Rwanda. Une analyse de la complexité des représentations*, op.cit., pp. 32-123.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

combinant pour découvrir des constantes, pour faire émerger des niveaux et des structures d'attitudes »²⁰⁵⁸.

438. C'est donc dans leur approche hybride que les « juridictions *Gacaca* » laissent apparaître les différents éléments qui sont en interaction, en communication au sein de leur organisation et de leur fonctionnement. Comme on le sait déjà, la *Gacaca* existait même avant 1994. Elle constituait un système bien ancré dans les mentalités. Un rwandais même avant le génocide n'avait le réflexe de porter un conflit devant les juridictions « modernes ». Spontanément on sollicite la *Gacaca*. Filip Reyntjens, qui a longuement étudié le fonctionnement des *Gacaca* contemporains, affirme dans ce sens que, « la voie judiciaire « officielle » ne représente que le sommet de l'iceberg et, du moins quantitativement, les modes « informels » de résolution des conflits sont d'une extrême importance, dépassant de loin les solutions des juridictions appliquant le droit de l'Etat »²⁰⁵⁹.

Certes, la *Gacaca* contemporaine, comme d'ailleurs l'a été l'ensemble du droit africain, avait grandement évolué par rapport à ce qu'il avait été par le passé, sous l'influence notamment du droit de facture occidentale introduit en Afrique à travers le processus de *réception*. Les juridictions traditionnelles s'étaient ainsi progressivement institutionnalisées au sens d'une plus grande intervention de l'Etat dans leur fonctionnement. Mais « ces ajustements, pour importants qu'ils aient pu être à cette époque, ne présente aucune commune mesure avec les transformations majeures que le législateur de 2001 a infligé au système *Gacaca* tout entier afin qu'il puisse se saisir du génocide »²⁰⁶⁰. Leur nature, leur fonctionnement, une partie de leurs finalités officielles tout comme leurs sources normatives de référence ont profondément changé sous la plume du législateur « au point d'avoir à faire désormais à un type d'instance nouveau, qui n'affiche plus qu'une parenté lointaine avec la coutume dont il est issu. Une distance qui ressort moins d'une procédure néo-traditionnelle (ce qu'était la *Gacaca* dans sa version moderne) que d'une véritable réinvention de la tradition (ce qu'est la *Gacaca* dans sa version génocidaire) »²⁰⁶¹. De là, il ressort d'importantes distorsions avec la tradition qui suggèrent que l'on s'interroge sur le droit

²⁰⁵⁸ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *La justice et son public : les représentations sociale du système pénal*, Genève, Médecine et Hygiène, coll. « Déviance et société », 1978, pp. 34-35.

²⁰⁵⁹ F. REYNTJENS, « Le *Gacaca* ou la justice du gazon au Rwanda », *op.cit.*, p. 28.

²⁰⁶⁰ M. PARADELLE et H. DUMONT, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide ? Etude de cas à partir des juridictionnelles *Gacaca* du Rwanda saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », *op.cit.*, p. 113.

²⁰⁶¹ *Ibid.*

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

applicable par les *inyagamugayo* (A) et sur la réaction de la société face à la culpabilité des génocidaires (B).

A- Le droit applicable par les *inyagamugayo* dans le procès pour crime contre l'humanité devant les *Gacaca*.

439. Si l'on considère le principe de la légalité pénale, pierre de touche du droit pénal, un accusé de génocide et/ou de crimes contre l'humanité poursuivis devant les « juridictions *Gacaca* » peut en toute légitimité se demander « quel est mon droit au cours de cette instance ? »²⁰⁶² Question légitime en effet, parce que les transformations radicales introduites dans la tradition locale pour favoriser une répression adaptée du contentieux génocidaire ont entraîné une modification totale de la compétence matérielle des « juridictions *Gacaca* ». Mais il ne s'agit pas là du seul changement d'envergure auquel la *Gacaca* sera confrontée dans l'accomplissement de sa difficile mission. Il en est un autre qui n'en représente pas moins un défi redoutable pour ces juges sans formation juridique : celui de la norme à l'aune de laquelle ils seront amenés à se prononcer (1). Quelle pourra être leur attitude face aux notions aussi techniques que celle du droit au procès équitable (2).

1- La *Gacaca* et la répression du génocide : les *inyagamugayo* entre la loi et la coutume.

440. Les *inyagamugayo* dans la version traditionnelle des « juridictions *Gacaca* » se référaient à la coutume pour régler les différends pour lesquels ils étaient saisis. Celle-ci était la principale source du droit traditionnel et ne pouvait en aucune façon être modifiée par qui que ce soit ; en revanche, elle était sujette à interprétation. Dans la pratique, en effet, la coutume servait en quelque sorte de guide ; elle fournissait aux juges des principes et des règles à même de les aider à réaliser la fin ultime des *Gacaca*, à savoir la réconciliation des parties à l'instance²⁰⁶³.

« L'africain a horreur du jugement qui clôt une querelle en appliquant aux deux parties une loi préétablie, explique Michel Alliot, anthropologue du droit et africaniste bien connu. La justice n'est pas affaire de technique, elle est d'abord expression d'autorité : c'est le chef qui doit la rendre. Ensuite, il s'agit moins de trancher conformément à une

²⁰⁶² Cette formule emprunte au style de l'interrogation structurant la réflexion de G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, op.cit.

²⁰⁶³ M. PARADELLE et H. DUMONT, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide ? Etude de cas à partir des juridictionnelles *Gacaca* du Rwanda saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », op.cit., p. 116.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

loi que d'amener les parties à se concilier : le rappel de la règle coutumière est surtout destiné à obtenir l'acquiescement des intéressés. Juger, ce n'est donc pas faire appliquer un texte par un technicien, c'est le pour le chef, rapprocher les esprits, concilier les hommes »²⁰⁶⁴.

En ce sens, l'application de la coutume ne représentait jamais une fin en soi, la finalité de la *Gacaca* n'était pas de veiller au respect de la coutume, mais de rétablir l'harmonie communautaire rompue. Dans cet esprit, la coutume n'était invoquée que dans une dimension instrumentale ou mieux dans une dimension appliquée. Il en résultait toujours, une application souple et non contraignante de celle-ci. « La règle de droit n'est fixe et inamovible ; elle plie suivant les impératifs de sécurité collective et de retour de l'harmonie sociale. La décision n'est pas respectée parce qu'elle fait application effective du droit, mais parce qu'elle met un terme à un désordre momentané, elle permet de corriger les écarts et d'établir un équilibre social »²⁰⁶⁵. Or, contrairement aux instances traditionnelles, les *Gacaca* dans leur version génocidaire ne réfèrent plus du tout à la coutume, elles jugent désormais conformément à la loi, en l'occurrence conformément aux dispositions du droit pénal rwandais de 1996, 2001 et 2004 organisant la poursuite des crimes de génocide et des crimes contre l'humanité, ainsi qu'aux règles des instruments internationaux signés et ratifiés par le Rwanda.

Tenu aujourd'hui d'appliquer la loi, les *inyagamugayo* doivent par conséquent en respecter les dispositions de même qu'ils ont l'obligation d'insérer leurs décisions dans le cadre de ses principes et de ses règles, sans avoir la possibilité de s'en écarter au profit d'une solution qui leur semblerait favoriser la réconciliation des parties. La loi n'est pas flexible. Donc la fin à atteindre ne prime plus ici les moyens pour y parvenir,

« ce qui s'explique en partie au regard du caractère hybride de ces nouvelles instances. Situées à mi-chemin entre le tribunal prononçant des sanctions légalement prévues, tel qu'en connaissent les systèmes judiciaires classiques, et cet espace de la palabre, spécifique à la culture africaine, elles empruntent du premier le respect d'un droit et d'une procédure liées à la lourdeur même des sanctions possibles, et conservent du second cette prise de parole collective »²⁰⁶⁶.

Ce qui amène à s'interroger sur la capacité des « juridictions *Gacaca* » à atteindre l'objectif de réconciliation nationale qui, à l'origine, a motivé leur mobilisation par les autorités nationales alors que les moyens utilisés sont radicalement différents de ceux

²⁰⁶⁴ F. DIGNEFFE et J. FIERENS, *Justice et Gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, op.cit., p. 15.

²⁰⁶⁵ C. NTAMPAKA, « Le gacaca : une juridiction pénale populaire », in C. DE LESPINAY (dir.), *Construire l'Etat de droit*, Agence intergouvernementale de la francophonie, Réseau des formateurs judiciaires, 2000, pp. 219-236.

²⁰⁶⁶ M. PARADELLE et H. DUMONT, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide ? Etude de cas à partir des juridictions Gacaca du Rwanda saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », op.cit., p. 117.

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

auxquels elles avaient traditionnellement cours. D'où l'intérêt d'analyser brièvement l'application par ces juridictions des notions telles que le procès équitable.

2- Les *inyagamugayo* et l'application du droit à un procès équitable devant les « juridictions *Gacaca* ».

441. On sait aujourd'hui que les règles du droit à un procès équitable relèvent désormais du droit commun du procès pénal international qui ne s'entend plus seulement, selon la théorie de l'internormativité, du procès conduit devant une juridiction internationale, mais aussi, de tout procès conduit même devant une juridiction nationale en matière d'infractions internationales par nature. Ainsi, toutes les instances judiciaires saisies d'un contentieux des infractions internationales ne peuvent se soustraire à la règle y compris celles qui ont été conçues sur un fondement d'un droit coutumier, qui au départ, ignore totalement la notion de procès équitable telle qu'elle est construite par la jurisprudence internationale. D'où l'intérêt de se demander quelle fut l'attitude des juges des « juridictions *Gacaca* », les *inyagamugayo*, face au droit à un procès équitable. Cette question tient au fait que, ces juges sont recrutés sur la seule base de leur « intégrité » et ne possèdent aucune compétence technique dans le domaine de la répression de infractions internationales, et ne disposent, en général, d'aucune connaissance juridique. Mais en dehors de cet aspect lié à la nature des « juridictions *Gacaca* », il convient également de souligner que la problématique du procès équitable résulte ici du fait que, les « juridictions *Gacaca* » ont maintenant la possibilité de prononcer la plus lourde condamnation dans la législation rwandaise (la réclusion criminelle à perpétuité avec isolement) sans que les accusés aient la possibilité de bénéficier des garanties judiciaires auxquelles ils pourraient prétendre s'ils étaient jugés par les juridictions de droit commun.

Dans la mesure où l'analyse du procès équitable concerne l'analyse d'une garantie juridictionnelle procédurale, la question se pose à deux niveaux : le premier niveau est celui de la proclamation ou non des règles du procès équitable dans la procédure suivie devant les nouvelles juridictions et la seconde concerne l'interprétation spécifique desdites règles par les juges des *Gacaca*. Cette interprétation obéit-elle au standard international qui permet d'assurer la stabilité et la constance de la garantie du droit ? Sur le premier point, il convient de relever que les « juridictions *Gacaca* » héritent de la procédure applicable devant les juridictions rwandaises dans les infractions de droit commun. Donc, aucune spécificité propre. Tel est le cas par exemple du huis clos en matière d'infractions sexuelles même si cette règle

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

relève davantage de la protection des victimes que du droit à un procès équitables²⁰⁶⁷. Et encore, l'on peut s'interroger sur la compatibilité du huis clos quelles qu'en soient les raisons avec ces juridictions de filiation traditionnelle généralement privilégiées du fait de la liberté de la parole ouverte à tous en public. Sur le second point, l'on peut parfaitement douter de la capacité de la *Gacaca* même dans sa version génocidaire à rendre compte de l'état du droit international en matière de procès équitable.

B- L'aveu dans la détermination de la culpabilité des génocidaires devant les « juridictions *Gacaca* ».

442. La détermination de la culpabilité par les « juridictions *Gacaca* » constitue un autre aspect de leur réinvention. En effet, à l'origine, si la *Gacaca* traditionnelle n'avait pas pour but premier d'appliquer la coutume en tant que telle, il ne lui revenait pas non plus d'assigner des culpabilités dès lors que sa finalité ultime renvoyait à la restauration de l'harmonie du groupe. Davantage même, l'assignation des responsabilités de même que les sanctions pouvaient être perçue comme des empêchements à la réconciliation dans la mesure où l'opération visait à placer l'une des parties en vainqueur du conflit²⁰⁶⁸. Certes avec la modernisation des *Gacaca* et la transformation d'un environnement juridique en partie influencée par le droit colonial, la dimension *imputation de la culpabilité* voire la dimension de la *sanction* n'étaient pas complètement absentes²⁰⁶⁹. Mais à la différence de juridiction d'origine occidentale, devant lesquelles la culpabilité se démontre, devant les juridictions traditionnelles africaines, la culpabilité se déclare d'où la fonction particulière de l'aveu même sur la détermination et l'application des peines²⁰⁷⁰.

Devant les « juridictions *Gacaca* », l'aveu constitue une reconnaissance de culpabilité, un critère de diminution de la peine, un mécanisme d'apaisement des victimes et par voie de

²⁰⁶⁷ La nouvelle loi organique prévoit non seulement que toute l'audience de jugement des crimes sexuels (viol et tortures sexuelles) se tient à huis clos, mais également que, pour ces infractions, il n'est pas permis de faire aveu en public, ni d'en déposer plainte publiquement (art. 6), comme c'était déjà le cas jusqu'alors devant les juridictions de droit commun. Les « juridictions *Gacaca* » héritent ainsi d'une garantie procédurale censée protéger l'intimité de la vie privée des victimes de crimes sexuels. Afin d'en assurer le respect, une nouvelle infraction est créée, celle de la violation du secret d'une audience ; celle-ci devient un des motifs de démission et de remplacement d'un juge *Gacaca* (art. 5, 4°). Cette infraction est jugée par la « juridiction *Gacaca* » de secteur dont est membre le juge intègre au cours d'une audience spéciale (art. 5, dernier alinéa) et punie d'une peine allant d'un à trois ans d'emprisonnement. D'aucuns s'interrogent cependant sur l'efficacité d'une telle nouveauté dans un processus « judiciaire » dont l'essence est la participation active de la population, la loi faisant de celle-ci « une obligation pour tout Rwandais ».

²⁰⁶⁸ J.-G. BIDIMA, *La palabre. Une juridiction de la parole, op.cit.*, p. 21.

²⁰⁶⁹ M. ALLIOT, « Hâtives réflexions sur l'avant-projet de symposium 'le droit de punir' », *op.cit.*

²⁰⁷⁰ Sur les détails concernant l'application des peines par les « juridictions *Gacaca* », cf. F. SOBO, « Justice transitionnelle. Le point sur les juridictions *Gacaca* du Rwanda », *op.cit.*

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

conséquence, un important outil de réconciliation nationale. La procédure d'aveu, de plaider de culpabilité, de repentir et d'excuses a été introduite pour la première fois dans la législation rwandaise par la loi 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide et de crimes contre l'humanité qui est le texte applicable devant les juridictions civiles et militaires de droit commun²⁰⁷¹. Elle a été ensuite intégrée à la loi *Gacaca*. Cette procédure exige de l'accusé plus qu'une simple reconnaissance des faits avec la contrepartie d'une diminution de la peine encourue par ce dernier. En effet, pour que l'aveu soit valablement reçu, il doit être complet, c'est-à-dire que l'accusé doit reconnaître pleinement la commission des faits qui lui sont reprochés, de même que sa culpabilité²⁰⁷², en faisant « une description détaillée sur tout ce qui se rapporte à l'infraction visée, notamment le lieu où elle a été commise, la date, comment elle a été commise, les témoins, les victimes et le lieu où il a jeté leurs corps ainsi que les biens qu'il a endommagés ; les renseignements relatifs aux coauteurs et aux complices ainsi que tout autre renseignement utile à l'exercice de l'action publique ». Des excuses doivent ensuite être présentées publiquement aux victimes, si elles sont encore vivantes, et à la société rwandaise dans une formule consacrée²⁰⁷³. Enfin, le repentir de l'accusé doit être sincère et ce sont les juges *Gacaca* qui apprécient la sincérité de celui-ci. Dans le cas contraire, l'aveu peut être rejeté avec la conséquence pour l'accusé d'être sévèrement condamné.

Lorsque l'aveu est admis, l'accusé a droit à une réduction de peine. Par exemple, une personne qui a commis un meurtre (art. 54 loi de 2004, catégorie 2, sous-catégorie 4) encourt sans aveux une peine de quinze à dix-neuf ans. S'il recourt à la procédure d'aveu après avoir été mis sur la liste des accusés, il voit son cadre légal réduit à douze ou à quatorze ans. S'il recourt à la procédure d'aveu avant la publication de son nom sur la liste des accusés, le cadre légal est alors réduit de huit à onze ans (art. 73 loi de 2004). Toutefois, il n'y a pas de réduction de peine pour celui qui recourt à la procédure d'aveu pour la première fois en appel (art. 58 loi de 2004).

²⁰⁷¹ Loi org. n° 8/96 du 30 août 1996, préc., art. 16.

²⁰⁷² L'accusé peut recourir à cette procédure à tout moment, tant qu'il n'a pas été condamné par une juridiction de jugement, il peut le faire devant l'officier de police judiciaire, l'officier du ministère public ou devant la juridiction de jugement. Cependant, « la personne qui présente ses aveux pour la première fois dans les conditions reconnues par la loi devant la juridiction d'appel ou de révision ne bénéficie pas de l'atténuation des peines, car elle aura tardé à présenter ses aveux » (art. 56 L.O. rédaction du 19 mai 2008).

²⁰⁷³ Art. 54. Après avoir reconnu et décrit les faits dans tous les détails, l'accusé déclare en substance : « Je demande pardon à la victime et à sa famille. Je regrette sincèrement ce que j'ai fait, je présente mes excuses au siège, au peuple et au gouvernement rwandais ».

Chapitre 8.

La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la répression des crimes de masse.

En général, la procédure d'aveu est problématique pour différentes raisons. D'une part, et c'est évident, les aveux sont rarement complets. Et d'ailleurs, comment peut-on s'assurer du caractère complet d'un aveu. Les coupables préfèrent diminuer leur responsabilité et, de plus, craignent de dénoncer les autres participants, d'un côté parce qu'il s'agit des membres de leur propre famille, de l'autre parce qu'ils craignent de dénoncer des gens vivant encore dans la cellule et qui pourraient se venger sur leur famille. D'autre part, un problème fréquemment évoqué est celui des faux aveux, dont les détenus font usage pour passer plus rapidement en jugement et sortir ainsi plus vite de prison. Enfin, les sièges ne vérifient souvent que très partiellement le contenu des aveux²⁰⁷⁴.

Selon les chiffres communiqués par le Service national des « juridictions *Gacaca* » en juillet 2008, ces juridictions ont jugé plus d'un million de personnes, ce qui représente plus de 92 % de l'ensemble du contentieux du génocide soldé sur le plan national. Les données sont très variables et le SNJG ne semble pas en mesure de fournir des chiffres plus précis dans la mesure où de nouvelles accusations les font constamment varier. Au 1er octobre 2007, 90 % des accusés de deuxième catégorie auraient été jugés et 10 % auraient fait appel²⁰⁷⁵. Ces chiffres montrent tout de même que quantitativement, les *Gacaca* ont fonctionné mieux que l'option judiciaire classique nationale ou internationale. Mais la mission d'une justice pénale ne s'apprécie pas à coup de statique. La notion de valeur doit toujours être au cœur de l'évaluation et de l'appréciation. Sous cet angle, l'on peut se demander si les *Gacaca* ont favorisé la réconciliation du peuple rwandais ? A en croire les opinions des rwandais eux-mêmes, les *Gacaca* ne l'ont pas fait. Mais, elles l'ont fait mieux que les autres options judiciaires avec lesquelles elle n'était ni en compétition ni en conflit. Si l'on reconnaît un apport certain des *Gacaca* dans la répression du génocide et des crimes contre l'humanité, alors l'on peut se demander que deviendront ces juridictions après le contentieux génocidaire ? Et, surtout, quel pourra être l'impact du phénomène *Gacaca* dans le développement du pluralisme juridique dans les systèmes pénaux africains ?

²⁰⁷⁴ Cf. C. PERRIER, « justice transitionnelle au Rwanda : les juridictions *Gacaca* », in L. MOREILLON, A. BICHOVSKY et M. MASSROURI (dir.), *Droit pénal humanitaire, op.cit.*, pp. 57-74.

²⁰⁷⁵ Pour plus de détails cf. F. SOBO, « Justice transitionnelle. Le point sur les juridictions *Gacaca* du Rwanda », *op.cit.*

Conclusion du Chapitre 8.

De la superposition à l'hybridation des modèles de justice pénale dans le système pénal africain.

Conclusion du chapitre 8. De la superposition à l'hybridation des modèles de justice pénale dans le système pénal africain.

443. Au lendemain de la réception coloniale des droits étrangers par les systèmes pénaux africains, les modes de résolution des conflits propres à la société africaine avaient totalement disparu du système officiel de l'Etat. Ce phénomène a conduit sur le plan pénal à une évolution en parallèle de deux formes de traitement du crime, évolution qui a largement été étudiée à travers l'hypothèse de la superposition des modèles de justice pénale voire de la superposition des modèles de politique criminelle. Alors que l'on croyait définitivement achever le processus de disparition des modes originellement africains de résolution des conflits pénaux, tel que semblait implicitement le suggérer à la fois la méthode et la philosophie de réception des droits de facture occidentale dans les systèmes normatifs africains, la répression des violences collectives qualifiées crimes contre l'humanité relance le débat en renouvelant ses perspectives.

En effet, la dynamique de répression des crimes contre l'humanité en Afrique ouvre à nouveau le système pénal étatique qui semblait se fermer autour du modèle judiciaire issu de l'influence juridique occidentale. Il se produit désormais un phénomène de « retour à la surface » des formes africaines de justice traditionnelle. D'une part, il convient de relever le développement des alternatives aux poursuites à travers le recours aux commissions de vérité dont la finalité est non pas de rechercher un coupable, mais de pacifier la société en tentant de reconstruire le lien social déchiré par le crime, et d'autre part, de manière assez singulière, les autorités africaines font le pari d'une totale combinaison entre instance judiciaire classique et mécanismes traditionnels de résolution des conflits dans la perspective de prendre en compte l'indispensable pacification des sociétés et l'impératif de lutte contre l'impunité. Dans le premier cas, les commissions de vérité vont évoluer en parallèle du mécanisme classique selon la logique ayant existé de la superposition des modèles de justice pénale. Dans le second cas, le Rwanda notamment a fait le pari d'une réinvention de la tradition locale. Les autorités de ce pays ont mobilisé la *Gacaca*, mécanisme traditionnel de résolution des « petits » conflits familiaux et communautaires, et l'ont réinvesti dans une « grande » criminalité de masse entraînant, par voie de conséquence, une transformation radicale de la *Gacaca* de la tradition aux juridictions. Ainsi, les « juridictions *Gacaca* » ont une double mission : lutter contre l'impunité et réconcilier la société rwandaise. Ce faisant, elles rompent avec la logique de la simple superposition des modèles de justice pénale et introduisent dans les systèmes pénaux

Conclusion du Chapitre 8.

De la superposition à l'hybridation des modèles de justice pénale dans le système pénal africain.

nationaux une nouvelle logique d'hybridation.

Le phénomène et son évolution ont été décrits par le recours à la notion d'emprunt à la culture juridique africaine. Celle-ci met en exergue un processus qui va au-delà d'un simple emprunt normatif. En effet, la notion d'emprunt à la culture juridique (africaine) déborde largement le problème de l'influence que peut exercer une culture juridique sur une autre. Elle suppose qu'il existe entre cultures juridiques différentes des formes de communicabilité normative au travers desquelles, un système juridique peut être repensé à l'aune du pluralisme juridique.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Conclusion du titre 4. Le développement progressif d'un modèle de justice pénale relationnelle.

444. L'analyse de la dynamique globale de répression des crimes contre l'humanité a conduit la doctrine à s'interroger, à juste titre, sur une possible évolution vers une nouvelle centralisation du procès pénal international entendu non pas seulement comme le procès conduit par les instances pénales internationales, mais aussi comme le procès conduit même par des instances pénales nationales en matière d'infractions internationales par nature. Une telle interrogation semble entièrement justifiée au regard de deux principaux facteurs étudiés dans les deux chapitres composant le présent titre.

D'abord, c'est la prise en compte de la réconciliation nationale dans le discours des juges pénaux internationaux qui suggère l'interrogation. Cette prise en compte ne se limite pas, ce qui est déjà très saisissant, à l'emploi du terme « réconciliation nationale » lui-même dans la motivation des décisions rendues. Cette prise en compte s'étend à l'intégration d'une logique réconciliatrice dans le procès pénal international. En effet, la justice pénale internationale tend à s'approprier une certaine conception collective du procès pénal comme si rendre justice au nom de l'humanité c'est donner la parole à toute les composantes de cette humanité. Le statut de la victime a évolué depuis la logique de Nuremberg. Elle est quasiment devenue une institution du procès devant la Cour pénale internationale. Le rôle grandissant de l'institution de l'*amicus curiae* dans les procès pour crime contre l'humanité donnent au juge pénal international, un rôle de « tisseur », de « réconciliateur » ce qui l'a amené à reconnaître une nouvelle fonction à la sanction en droit pénal international.

Ensuite, c'est le développement extrêmement varié des modes alternatifs de résolution des conflits et leur application au contentieux des crimes contre l'humanité qui justifie l'interrogation. Dans un premier temps, il s'agit d'un développement parallèle à travers la mise en place des commissions de vérité qui recourent systématiquement aux amnisties comme des outils des politiques de réconciliation alors que celles-ci sont rejetées par l'instance judiciaire classique, qui les considèrent comme contraire à l'impératif de lutte contre l'impunité. Ce qui conduit à une sorte de superposition des modèles de justice pénale en matière de crime contre l'humanité. Dans un second temps, il s'agit d'un développement hybride qui combine instance judiciaire classique et modes alternatifs donnant ainsi une autre dimension à la répression des crimes contre l'humanité.

En mettant en perspective analytique ces deux facteurs, il appert que la justice pénale

Conclusion du titre 4.

Le développement progressif d'un modèle de justice pénale relationnelle.

internationale se développe vers un nouveau modèle pénal : un modèle centré vers une approche relationnelle de la justice pénale. Cette approche relationnelle trouve sa validité dans l'intégration de la réconciliation nationale dans le discours des juges internationaux et dans le retour aux mécanismes judiciaires destinés à mettre face à face victimes et délinquants pour que les mots du second (notamment à travers l'aveu) apaisent les maux du premier (son préjudice, sa souffrance). Ce modèle relationnel se caractérise par un accent mis non plus sur le préjudice de la victime qu'il faut indemniser mais sur la personne de la victime qu'il faut réparer par le recours au discours de la vérité. Modèle relationnel d'une part parce qu'il y a une relation interindividuelle (victime/délinquant) à réconcilier et modèle relationnel d'autre part, parce qu'il y a une relation internormative (norme de facture internationale/norme de facture locale) au cœur de laquelle se retrouve le juge, « juge tisseur », ou l'autorité qui en tient lieu comme les *inyangamugayo* des « juridictions *Gacaca* » du Rwanda. Eu égard à ce qui précède, l'approche relationnelle émergerait comme l'autre forme de centralisation de la justice pénale internationale.

CODESRIA - BIBLIOTHÈQUE

Conclusion de la seconde partie.

La répression « étatique » des crimes contre l'humanité entre modèle de justice pénale institutionnelle et modèle de justice pénale relationnelle.

445. Aux termes de cette seconde partie, il convient de retenir que les dynamiques de répression des crimes contre l'humanité dans le champ pénal africain se construisent entre l'universalité de l'obligation de punir et le relativisme des modèles ou des formes de justice pénale. Ainsi envisagée, la répression de crimes contre l'humanité s'organise autour de deux logiques répressives distinctes mais nécessairement complémentaires.

446. Dans un premier temps, la répression s'oriente vers une logique répressive axée sur *l'auteur* de l'acte – punir l'auteur pour qu'il comprenne, s'amende et peut être un jour se resocialise –. Inspirée de la culture juridique occidentale, cette logique répressive, axée sur la responsabilité pénale individuelle, est celle dans laquelle s'enracine culturellement la justice pénale internationale ou, plus précisément, la réponse pénale qu'elle propose face aux crimes contre l'humanité. Toutefois, bien que cette réponse pénale apparaisse comme l'option judiciaire classique, elle évolue aujourd'hui sous l'emprise du paradigme du crime contre l'humanité dont la force normative modifie son *cadre naturel* d'expression. En effet, à l'aune du paradigme du crime contre l'humanité, la réponse pénale aux crimes contre l'humanité réalise une *désétatisation du droit pénal de caractère supranational* si l'on considère les deux données juridiques qui la caractérisent.

La première est la systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale. Au regard de la dimension éminemment collective du crime en jeu, la conception de responsabilité pénale en droit des infractions internationales se distingue de celle en vigueur en droit interne dans la mesure où elle modifie sensiblement la théorie classique de la participation criminelle. D'une part, elle procède à une *catégorisation* des participants à l'infraction par l'introduction au sein de la participation criminelle des notions nouvelles comme l'échelle des commandements ou le rapport hiérarchique. Sur ce point, les politiques pénales des parquets internationaux trouvent la répression des exécutants absurde et se focalisent sur la poursuite des infractions commises par les grands responsables. On pourrait ainsi dire qu'une responsabilité pénale élaborée en dehors de l'Etat ne peut être que celle des grands criminels. D'autre part, cette responsabilité pénale internationale tente de restituer la dimension collective du crime tout en gardant la nature individuelle de la responsabilité pénale c'est-à-dire sans pour autant la transformer en une responsabilité collective ou encore en une responsabilité pénale des groupements. Dans ce sens, elle construit une théorie de la participation criminelle basée sur la notion d'*entreprise criminelle*

Conclusion de la seconde partie.

La répression « étatique » des crimes contre l'humanité entre modèle de justice pénale institutionnelle et modèle de justice pénale relationnelle.

jointe.

La seconde est constituée par ce que la doctrine a qualifié de montée en puissance des juges. Celle-ci se réalise par une articulation des compétences nationales et internationales ou plus précisément par un agencement du principe de complémentarité et la notion de « juridiction » pénale nationale. La notion de « juridiction », « jurisdiction » en anglais, n'étant pas entendue au sens organique ou institutionnelle de cour ou tribunal, mais plutôt au sens fonctionnel de *compétence*, la montée en puissance des juges se réalise par le développement d'une compétence internationale des Etats qu'ils exerceront de manière indirecte par le recours à une juridiction internationale et l'affirmation d'une compétence universelle qu'ils exerceront selon une logique extraterritoriale. Dans les deux cas, ces compétences aboutissent à une désétatisation des fonctions du juge en matière de crime contre l'humanité ce qui entraîne des phénomènes d'internormativité entre les niveaux normatifs national et supranational.

447. Mais cette réponse pénale classique qui, pour rendre justice au nom de l'humanité, se saisit exclusivement de l'auteur de l'acte présente des limites du fait de son *ethnocentrisme occidental* ou de son *occidentocentrisme juridique*. Ainsi, de manière progressive, il se développe à côté de cette logique répressive une autre logique répressive orientée vers la prise en compte de *l'acte* de l'auteur. Largement inspirée de la culture juridique africaine, cette logique répressive, sans véritablement renoncer à la nécessité de sanctionner l'auteur d'un crime contre l'humanité, met davantage l'accent sur l'acte lui-même auquel il convient d'apporter des réponses à la fois pour réparer la mémoire des victimes et pour ouvrir un dialogue pour le futur entre les protagonistes de l'infraction. Ainsi envisagée, cette logique s'appuie sur une philosophie pénale qui rappelle la finalité propre aux mécanismes de résolution des conflits dans les sociétés traditionnelles africaines et tente de réinventer cette tradition locale pour réprimer un intérêt pourtant global. Du point de vue de la philosophie pénale, celle-ci est proclamée à l'échelle supranationale par les juges pénaux internationaux dans leur discours sur la motivation de la sanction. Ce faisant, ils tentent une pluralisation de la répression des crimes contre l'humanité. Du point de vue des instruments pénaux, les Etats africains recourent, que ce soit via les commissions de vérité ou les « juridictions *Gacaca* » du Rwanda, à une sorte de retour aux sources de la normativité africaine en matière de résolution des conflits.

Le développement progressif de cette logique répressive dans le traitement juridique des crimes contre l'humanité dans l'espace pénal africain, souligne bien l'importance de

Conclusion de la seconde partie.

La répression « étatique » des crimes contre l'humanité entre modèle de justice pénale institutionnelle et modèle de justice pénale relationnelle.

s'engager petit à petit sur, ce que la doctrine a qualifié, de voies du *diatopisme* (démarche qui traverse *dia* les différents sites culturels *topoi*), précondition à toute démarche *dialogale*. Dans cette perspective, si la réponse pénale classique apparaît encore comme l'instrument privilégié face aux crimes contre l'humanité, les récents développements de la dynamique de cette répression montrent qu'elle n'en constitue pas pour autant l'unique réponse. Aux poursuites pénales orientées vers l'individu coupable, s'ajoute dans le contexte africain, des initiatives de justice collective orientée vers la reconstitution du lien social rompu. Au modèle de justice pénale institutionnelle se combine désormais un modèle de justice pénale relationnelle. Ce qui se justifie par le fait que bien que le crime soit par nature international, sa commission présente presque toujours une dimension contextuelle. Par conséquent, il faut légitimer la répression.

448. Dans cette dynamique de légitimation de la répression, si l'on prend appui sur le phénomène produit par la transformation de la tradition *Gacaca* en « juridictions *Gacaca* », c'est-à-dire, du passage d'un modèle culturel *homéomorphe*, selon l'expression du philosophe interculturel Raimon Panikkar, vers un modèle juridique métissé, hybride, marqué par l'interpénétration normative et la communicabilité entre différents ordres juridiques, c'est que les deux logiques répressives évoluent, non pas de manière parallèle mais, plutôt dans une perspective complémentaire. La conséquence de cette évolution est qu'elle ouvrirait un nouveau chapitre dans le champ du droit pénal international faisant par là même de cette matière, une discipline de l'internormativité par excellence. Un juge des crimes contre l'humanité, qu'il soit investi à l'échelle supranationale (devant la Cour pénale internationale) ou à l'échelle infranationale (devant les « juridictions *Gacaca* » notamment), est principalement un juge tisseur. Tisseur d'un double dialogue : un dialogue interculturel et un dialogue internormatif.

En choisissant de démontrer l'hypothèse de la dualité des logiques répressives des crimes contre l'humanité dans le champ pénal africain, l'on suggère explicitement l'idée qu'aux trois interrogations structurant la problématique générale de la répression des crimes contre l'humanité, à savoir *qui va juger ?* (la question de l'habilitation du juge), *quel procureur va poursuivre ?* (la question du fondement du pouvoir de l'autorité des poursuites), *pourquoi juger ?* (la question de la finalité de l'action répressive), il ne peut y avoir qu'une réponse interculturelle et donc déjà internormative. Les deux logiques répressives ici décrites et qui pourraient bien servir d'axes de réponse à ces trois différentes interrogations, constituent dans ce sens, un important point de départ à la profonde réflexion relative au

Conclusion de la seconde partie.

La répression « étatique » des crimes contre l'humanité entre modèle de justice pénale institutionnelle et modèle de justice pénale relationnelle.

problème du choix d'un modèle de justice apte à saisir une humanité plurielle. En effet, en envisageant ces deux logiques répressives dans une perspective complémentaire et non pas seulement de hiérarchie stricte, l'on laisse entendre que si les crimes contre l'humanité sont des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner, ils demeurent tout même des crimes que l'on peut juger.

CODESRIA - BIBLIOTHEQUE

Conclusion générale

Recomposer l'unité des systèmes pénaux africains à partir d'une théorie de l'internormativité

« *Le droit commun ne se situera pas dans un seul système, mais au croisement de plusieurs systèmes, qu'il s'agisse de droit interne ou international, (...). Si le parcours reste pour l'essentiel à tracer, du moins pourrait-il s'inspirer des divers processus (coopération, harmonisation, unification par hybridation).* », M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité. Entretien mené par Philippe Petit*, Paris, Les éditions textuel, 2005, p.13.

449. La difficulté à définir l'humanité débouche sur la difficulté à penser les atteintes « graves » contre l'humanité à l'intérieur des catégories juridiques préexistantes du discours du droit : norme interne ou norme internationale, norme nationale ou norme supranationale. Et, au-delà des catégories juridiques spécifiquement normatives, il y a une difficulté à penser les atteintes à l'humanité à l'intérieur des catégories relevant soit d'une probable culture juridique « universelle » d'enracinement occidentale, soit d'une certaine culture juridique « locale » d'inspiration traditionnelle.

Face à cette difficulté, la présente étude, ancrée dans l'espace pénal africain, a révélé que, dans la dynamique de mise en forme et de mise des formes des atteintes les plus graves à l'humanité par le droit et dont la première étape est celle de la qualification pénale de crime contre l'humanité, tous ces éléments sont en communication sans qu'aucun ne s'affirme hiérarchiquement supérieur à l'autre selon la *logique normative kelsénienne*. Ni pureté mais hybridation, ni homogénéité mais hétérogénéité, il est possible de relever les indices de l'émergence d'un nouveau discours juridique (pénal) qui tente de recomposer, à partir de l'élaboration d'une théorie sur l'internormativité, l'unité des systèmes pénaux nationaux éclatés.

450. En effet, l'éclatement du système pénal national (en Afrique) découle du fait qu'il se caractérise de plus en plus comme un système pluri acteurs et polycentré marqué par des phénomènes de reliance. Ses variantes normatives abondent : ordre juridique international/ordre juridique interne/ordre juridique communautaire/ordre juridique traditionnel ou local. Ses variantes institutionnelles se multiplient : juridictions pénales nationales/Tribunaux pénaux internationaux (TPIR) et internationalisés (TSSL)/Chambre spécialisée au sein de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme/Cour pénale internationale/commissions de vérité/juridictions *Gacaca*. Les relevances juridiques se complexifient : articulation des compétences entre justice pénale nationale/justice pénale

Conclusion générale

Recomposer l'unité des systèmes pénaux africains à partir d'une théorie de l'internormativité

internationale, justice pénale internationale/justice pénale universelle, justice pénale institutionnelle/justice pénale relationnelle, culture juridique globale/culture juridique locale.

Pour essayer de recomposer l'unité perdue, le nouveau discours juridique émerge et structure la pensée de la communauté des juristes (pénalistes) autour d'une série de solutions érigées en modèle : l'élargissement voire l'élasticité de légalité pénale, l'admission d'une texture ouverte des normes, la redéfinition de la responsabilité pénale, la mondialisation des juges. Du point de vue épistémologique, ce nouveau discours juridique, qui s'appuie globalement sur le phénomène de l'internationalisation pénale, permet de constater que le pénal est en perte de ses frontières naturelles et, par voie de conséquence, contient les prémices, sinon d'une crise, du moins d'une remise cause du paradigme classique à l'origine de la théorie de son unité d'entant : le paradigme de l'étatisation du droit pénal. Ainsi, le développement d'un nouveau discours juridique suppose systématiquement l'émergence d'un nouvel outil cognitif pour recomposer l'unité du système éclaté. Ce nouvel outil est, à en croire les tendances actuelles du droit pénal et de la pensée pénale, constitué par *le paradigme du crime contre l'humanité*.

451. Le paradigme du crime contre l'humanité, paradigme juridique émergent et à vocation transdisciplinaire, oriente et détermine la manière de percevoir et de décrire la dynamique – et le processus de cette dynamique – par laquelle le droit nomme l'innommable crime contre l'humanité et l'enferme dans ses catégories. En tant que tel, ce paradigme, comme l'ancien, se caractérise par une force normative, entendue comme la force agissante d'un méta-principe juridique qui, par son influence de l'extérieure, provoque une transformation des systèmes pénaux nationaux de l'intérieur. Du fait de cette influence sur la structure des systèmes pénaux africains, le paradigme émergent suggère que l'unité desdits systèmes soit recomposée à l'aune d'une théorie sur l'internormativité. Dans cette perspective conceptuelle, la démonstration de l'idée générale de la présente thèse a été articulée autour de la force agissante du paradigme émergent sur deux aspects symboliques du droit pénal : la légalité de l'incrimination et la répression de l'incrimination.

452. S'agissant de sa force agissante sur la légalité de l'incrimination, légalité entendue largement comme processus de mise en forme par le droit, le paradigme émergent suggère que, pour assurer l'unité du système pénale, celle-ci se construit autour de deux pôles de définition et/ou de détermination de l'incrimination de crime contre l'humanité dans le champ pénal interne. Cette bipolarité de la légalité tient d'abord à la double dimension inhérente au principe même de la légalité pénale et ensuite à la texture ouverte des

Conclusion générale

Recomposer l'unité des systèmes pénaux africains à partir d'une théorie de l'internormativité

composantes de l'incrimination de crime contre l'humanité. Sur le premier point, si l'interprétation internationalisée de la légalité substantielle permet de garantir l'internationalité de la catégorie pénale au regard de la nature du bien juridique protégé, l'interprétation nationalisée de la légalité formelle au terme de laquelle il est reconnu une certaine marge nationale de définition au législateur national permet d'une part une distinction importante entre l'élément stable et l'élément variable de la définition de l'infraction et d'autre part, elle offre la possibilité au législateur étatique de pouvoir reconnaître un statut particulier à l'infraction tel qu'un statut constitutionnel et donc, de l'adapter à un contexte historique spécifique.

Sur le second point, la bipolarité de la définition de l'infraction dans le champ pénal interne tient aussi à la nature des composantes de l'incrimination elle-même ou, plus précisément, à leur texture ouverte. Une texture qui permet de faire de l'incrimination internationale une sorte de délit de base dans le champ pénal interne en même temps qu'elle permet d'y prolonger la théorie des droits fondamentaux. L'admission de ces deux pôles de définition du crime contre l'humanité amène à repenser les rapports entre les ordres juridiques interne et international. Ni monisme du fait de l'absence d'une superposition hiérarchique stricte, ni dualisme du fait d'une absence de séparation et d'indépendance parfaite entre les deux ordres mais interaction et interpénétration du fait d'un agencement à partir de la notion de « hiérarchie complémentaire ». Dans cette perspective, ce qui caractérise le champ pénal africain c'est précisément la mise en communication des ordres juridiques interne et internationale dans la détermination de la légalité de l'incrimination. *L'analyse des moyens et des procédés de cette mise en communication participe de l'élaboration d'une théorie sur l'internormativité.*

453. S'agissant de la force agissante sur la répression de l'incrimination, répression entendue au sens du traitement pénal d'un comportement, le paradigme émergent permet de découvrir une logique répressive duale en matière de crime contre l'humanité. Une première logique répressive fondée le modèle pénal institutionnel qui, mettant l'accent sur l'auteur de l'acte à travers le recours à la responsabilité pénale individuelle, tend à instaurer un nouvel ordre public international. Une seconde logique répressive fondée sur un modèle pénal qui peut être qualifié de relationnel qui, mettant l'accent sur l'acte de l'auteur à travers une certaine collectivisation de la responsabilité pénale, tend davantage à restaurer l'ordre social troublé par la commission de l'infraction. *L'analyse du caractère complémentaire de cette dimension multiculturelle de la justice pénale qui progressivement intègre le domaine de la*

Conclusion générale

Recomposer l'unité des systèmes pénaux africains à partir d'une théorie de l'internormativité

répression des crimes contre l'humanité participe elle aussi de l'élaboration d'une théorie sur l'internormativité.

En considérant les deux dimensions de la force normative du paradigme du crime contre l'humanité d'une part sur la légalité de l'incrimination de crime contre l'humanité dans le champ pénal interne et d'autre sur sa répression, il y a comme l'amorce d'un mouvement d'une double ouverture des systèmes pénaux étatiques en Afrique. Une première ouverture vers le supra étatique, appelant une redéfinition des rapports entre le national et l'international, et une seconde ouverture vers l'infra étatique, invitant à une reconsidération des rapports entre l'étatique et le local, relation encore entendue entre la loi et la coutume. Du fait de cette double ouverture, des rapports normatifs complexes se nouent entre les normes, les ordres et les cultures juridiques différentes qui composent désormais le système pénal africain. Ainsi, la force normative qu'exerce le paradigme du crime contre l'humanité sur les systèmes pénaux nationaux annonce leur transition des modèles simples postindépendances vers des modèles complexes postmodernes. Dans cette transition normative, dans ce glissement vers un renouvellement du formalisme juridique des systèmes pénaux africains, une théorie sur l'internormativité, élaborée comme ici autour de la notion de « hiérarchie complémentaire » qui se substitue au formalisme du monisme kelsénien de la « hiérarchie stricte », vise à placer le système pénal au cœur du phénomène global et contemporain de la mutation des ordres juridiques.

454. Au regard de la complexité actuelle du monde juridique, une théorie sur l'internormativité introduit un renouvellement de l'épistémè généralement appliqué à l'analyse des systèmes pénaux étatiques en Afrique. Elle suggère le renouvellement de la théorie des sources de l'incrimination, la recombinaison de la répression pénale, la redéfinition du rôle du juge en droit pénal. En effet, le nouveau discours juridique qui émerge à l'aune du paradigme du crime contre l'humanité révèle que le droit des infractions internationales se nourrit des droits nationaux comme de sa propre production. Les juges piochent potentiellement dans tous les registres juridiques (national/international, local/global) et construisent de manière autonome leur propres outils. De « conservateurs » de normes juridiques préétablies ou prédéfinies de manière définitive, ils se muent progressivement en « tisseurs » des normes. Placés à l'intersection des différents ordres juridiques, ils mettent des ensembles normatifs en communication tantôt pour énoncer, tantôt pour imposer, tantôt encore pour légitimer leur action. Dans ce sens, l'internormativité permet de penser mutation des systèmes pénaux à la lumière de l'évolution de la « pyramide au réseau ».

Conclusion générale

Recomposer l'unité des systèmes pénaux africains à partir d'une théorie de l'internormativité

Ouverture des systèmes pénaux, mieux encore mutation des systèmes pénaux, renouvellement de leur formalisme, la théorie sur l'internormativité conduit à rechercher la recomposition de l'unité des systèmes pénaux sous l'angle de la théorie du droit en mouvement. Mouvement au travers duquel, le paradigme du crime contre l'humanité oriente la pensée pénale vers une *renaissance* du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains. Mais la renaissance dans la présente étude ne s'entend pas d'une simple réapparition d'un phénomène jadis disparu – il ne s'agit pas de dire que le pluralisme ayant existé dans les droits africains avant et après les indépendances réapparaît aujourd'hui en droit pénal –, la renaissance signifie ici que les droits pénaux africains se présentent sous une nouvelle forme de pluralisme. Ni le pluralisme de séparation ayant existé avant les indépendances, qui entraînait une superposition des sous systèmes normatifs, ni le pluralisme de fusion ayant résulté du processus de décolonisation, qui a entraîné l'unification par l'hégémonie d'un sous système. Mais un « pluralisme ordonné » qui amène à ne plus regarder « unité » et « pluralisme » comme deux théories antithétiques.

455. L'idée de la *renaissance* du pluralisme suppose en effet que l'unité du système pénal peut se recomposer à partir d'une combinaison, d'une mise en commun, d'une mise en communication des différentes normes et ordres juridiques qui émergent comme les composantes actuelles du système pénal. Cette conception du pluralisme rejette toute forme d'articulation à base de hiérarchie stricte au profit des formes d'articulation à base de hiérarchie complémentaire. Dans ce sens, la renaissance du pluralisme ne suppose pas un simple retour de la norme originelle dans le système normatif officiel mais plutôt une véritable réinvention de la tradition favorable à une recomposition du système normatif officiel. Ainsi envisagé, la renaissance du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains permet de relancer le débat sur les usages de la tradition en droit pénal à l'époque du mouvement général de l'internationalisation du droit tout court.

A

Accords, voir aussi Traité. **67, 73, 74, 75**, 124, 411.
Accord de Londres (1945), voir aussi droit de Nuremberg (statut du TMI). **60, 61**, 96, 207, 305, **410**

actes inhumains. 96, 97, **225, 226, 227**, 262, 271, 273, 276.

agression (crime d'), voir aussi paix. (contre la) 98, 150, 160, **210**, **260, 292**, 304, 310, **410**.

Akayesu (aff). 64, **101**, 108, **253, 254**, **256, 257, 340**.

Afrique (droit). 200, **384, 388, 389, 394**, **416**, 438.

amnistie, voir aussi, amnistie et crimes contre l'humanité. 163, **170**, **171, 176, 178, 179, 181, 182**, **189, 209**, 417, 418, 419, 424, 426, 428, 429, 444.

apartheid, voir aussi apartheid comme crime contre l'humanité. 96, 97, **112, 117, 171, 174, 226, 241**, **306, 414**, 418.

Applicabilité directe. 64, 230.

assassinat. 96, 97, **101, 227, 243, 262**, **265**, 271, 420.

attaque, voir aussi crime contre l'humanité (éléments constitutifs) généralité et systématicité. 96, 97, 98, 99, 100, **101, 102, 103, 104, 105, 106**, **107, 108, 109**.

aut dedere aut judicare 367.

B

Barbie (aff.) **107**, 187, 252, **267**.

Beccaria, Cesare. 58, 278.

Bemba (aff.). **102, 103**, 151, 168, **251**, **252, 265, 267, 327**, 328, 331, 340, 404.

bien juridique,

définition, catégorie, fonction. 59, 61, 113, **132, 133**, 151, 182, 193, 228, 229, 253, **298, 299**.

Bloc de constitutionnalité.

Définition (en droit français) et (dans le constitutionalisme africain). **75, 78, 79**, 88.

C

CDI

Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite (2001). **292, 293, 294**, 310.

charte

Africaine des droits de l'homme et des peuples. 76, **360, 361**.

De l'ONU. **17, 349, 410**.

Codification

Codification dans les systèmes juridiques africains. **3, 4, 5, 6, 7**, **8, 9, 24, 25**, 342.

Communauté internationale. 18, **142**, **143, 144, 145, 146, 147, 148**, 391, 403.

Compétence juridictionnelle. **163, 164**, **342, 343, 344, 346, 347, 348**, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358 ss

Complémentarité

(principe d'articulation Juridictionnelle). **349, 350, 351**, **352, 353, 354, 355**, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363 ss voir aussi complémentarité et compétence universelle. **374**, **375, 376, 377, 378, 379**, 380,

- 381, 382, 383, ss. **25, 26, 27, 28, 29.**
- (comme principe normatif). **50, 53, 54, 55, 56, 57.**
- complétude des normes.** **1, 6, 186, 228, 229, 230, 231, 244, 273, 276, 283.**
- Communicabilité**, (théorie de la) **1, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57.**
des normes juridiques des systèmes juridiques. **58, 59, 60 ss.**
- cohérence** (des normes juridiques), voir aussi (système juridique) **1, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 50, 51, 52, 58, 59, ss.**
- complexité** (pensée de la). **32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39.**
- contextualisation**
d'affichage **114, 115, 116, 117, 118.**
normative **111, 112, 113.**
historique **119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129.**
- culture juridique.** **414, 415, 416, 417 ss**
- conflit armé**, connexité (lien de), voir aussi crime contre l'humanité **98, 99, 100, 101, 102, 103.**
- CPI**, voir aussi droit du statut de la CPI
Création d'une juridiction pénale internationale permanente **17, 18, 19, ss, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, ss.**
- crime contre l'humanité**
naissance du concept. **13, 14, 15, 16, 17.**
consécration et autonomisation. **18.**
(paradigme du). **20, 21, 22, 23, 24,**
- définition (voir aussi élément constitutif). **96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123 124, 125, 126, 127, 128, 129.**
-
- D
- Delalic** (aff). **60, 328.**
- Delmas-marty**, Mireille. **18, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 287, 381, 405, 426.**
- délit de base.** **213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.**
- dignité humaine**, voir aussi crime contre l'humanité (comme atteinte aux droits fondamentaux). **187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 241, 242, 243, ss.**
- droit de Nuremberg** **17, 410.**
- dialectique** (théorie de). **33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44.**
- désétatisation du droit pénal**, comme nouveau paradigme émergent, forme d'éclatement du droit pénal, voir aussi perte des frontières naturelles du droit pénal. **20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 287, 345, 368, 374, 375, 379, 381, 382, 396.**
- dualisme**, (voir aussi dualité), **4, 68, 69, 80, 94.**
-
- E
- échange** (entre les normes). **1, 2, 3, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 273.**
- Erdemovic** (aff). **133, 151, 187, 193.**

ensemble normatif, voir aussi système juridique, ordre juridique. **1, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48.**

étatisation du droit pénal, (paradigme classique). **3, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 399.**

Escarras (Jean-Claude). **50**

F

force normative, voir aussi force agissante. **13, 14, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 446, 453.**

flou du droit, comme nouvelle théorie juridique. **1, 35, 399.**

Furundzija (aff.). **158, 159, 171.**

G

génocide (crime de). **60, 61, 62, 63, 64, 65, 106, 108, 109.**

Grotius, Hugo. 135, 155, 367, 410

Gacaca (juridictions), voir aussi droit traditionnel africain. 280, 429, **430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 447, 448.**

I

Immunité. 14, **172, 173, 174, 175, 178, 179, 180, 181.**

Imprescriptibilité. 14, 177, 178.

Impunité. 18, 429, 433, 277, 278, 279, 280.

Incrimination internationale. **58, 59, 60, 61, 62, 159, 163, 182, 265, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, ss.**

internormativité (théorie de). **1, 2, 3, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, ss, 58, 59, 59, 60, ss, 184, 185, 186, ss, 277, 278, 279, 346, 347, 348, 349, 350, ss, 384, 385, 386, 387 ss, 408, 409, 410, ss, 450, 451, 452, 453, 454, 455.**

internationalisation pénale (phénomène d'internormativité). **20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 34, 35, 36,**

J

juge tisseur (concept de). **399, 400, 401, 410, 411, 412, 438, 439, 440, 441, 448.**

jus cogens, (théorie du) voir aussi normes supérieures et obligations erga omnes. **153, 154, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165.**

jus gentinum. **16, 153.**

jus commune. **27, 270, 399.**

justice pénale (modèle de). **277, 278, 29, 280, ss.**

K

Katanga (aff). 102, 103, 104, 107, 150.

Kayishema (aff). 159, 304, 326, 327, **357.**

Kelsen, Hans voir aussi formalisme Kelsénien, unité du système Juridique, hiérarchie des normes **1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 30, 31, 416, 453, 454,**

Kunarac (aff). 101, 262.

L

légalité pénale, (dimension de la : formelle,

matérielle), voir aussi caract-re de la légalité pénale (élargie, élastique, bipolaire), légalité pénale internationale, supra légalité. **58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65 ? 67, 68, 69,** ss.

Lubanga (aff). 92, 321, 356.

M

marge nationale d'appréciation (théorie de), voir aussi marge nationale et Statut de Rome, marge nationale et dialogue des juges, marge nationale et définition des infractions internationales **65, 66, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91.**

mouvement (théorie du droit en), voir aussi harmonisation, circulation des normes, communicabilité, argument de droit comparé, uniformisation du droit, unification du droit. **1, 2, 3, 4, 20, 22, 23, 24, 25, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 42, 43, 49, 50, 58, 59, 62, 141, 183, 189, 190, 196, 204, 206, 224, 229, 230, 242, 410, 422, 423** ss.

monisme juridique, voir aussi étatisation du droit. **4, 6, 8, 23, 46, 49, 67, 68, 71, 72.**

N

nationalisation de l'incrimination

Internationale. 63, 64, 65, 66, 67, ss, 178, 179, 180, 181. Voir aussi, contextualisation normative. **111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129.**

norme juridique (théorie des), voir aussi rapport entre les normes. 1,

2, 3, 4, 5, 6, 7, 14, 81, 81, 296, 395.

O

ordre juridique, voir aussi ensemble normatif, système juridique**1, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48.**

Ost, François 33, 34, 35, 36, 37, 38 ss.

P

paradigme (comme concept). 9, 10, 11, 12, 13, **14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27,** 28, 29, 30, voir aussi paradigme du crime contre l'humanité.

paradigme (comme épistémologie), voir aussi paradigme juridique classique étatisation du droit pénal), paradigme juridique émergent. **30, 31, 32, 33, 34, 35, 39, 42, 43, 49.**

pluralisme juridique (théorie du). **41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57,** ss.

pluralisme de fusion, vois aussi pluralisme de séparation. **1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10,** ss.

pluralisme ordonné. 36, **37, 38, 39.**

pluralisme juridique (renaissance du). **24, 25, 26, 27, 28, 29.**

positivisme (théorie du). **8, 81.**

post modernité (nouveau paradigme). **27, 28, 29.**

primauté(principe de). **350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361.**

procès équitable (notion de). **363, 404, 441, 442, 443,**

Q

qualification (conflit de), voir aussi qualification d'un acte en crime contre l'humanité. **10, 16, 17, 101, 113, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 371, 372, 373, 374, 375.**

R

réception nationale du droit international **60, 62, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 230**

répression (des crimes de masse). **277, 278, 279, 280, 281, 82, ss.**

responsabilité pénale individuelle (concept de). **290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, ss.**

S

sécurité juridique (des individus). **64, 95, 375.**

Sources du droit (renouvellement de la

théorie des). **50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58.**

souveraineté, voir aussi Etat, légalité, souveraineté interne/externe. **8, 135, 136.**

standard normatif. 82.

T

Tadic (aff). **98, 107, 315, 316, 317, 398, 407.**

texture ouverte des normes (théorie de). **184, 185, 186, 187, 188, ss.**

transition des systèmes (mise en). **2, 28, 29, 30, 453.**

transposition, (du droit international dans le champ normatif national) **72, 113, 154, 313,**

U

unité du système pénal. 1, 2, 3, 4, 6, 7, 50, 452, 453.

unité du droit (théorie normative). **1, 2, 3, 4, 5, 6, 389.**

universalité du droit de punir (principe de), voir aussi compétence universelle. **367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 377, 378, 379, 380.**

I- Philosophie, méthode et recherche.

- ALLAN (D.) et RIALS (S.)** (dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, Paris, PUF, 2003.
- ARNAUD (A-J.) et al.** (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.
- BACHELARD (G.)**, *L'eau et le rêve. Essai sur l'imagination de la matière*, éd. José Corti, 1942.
- BACHELARD (G.)**, *L'eau et les rêves. Essai sur l'imagination de la matière*, Paris, Librairie José Corti, 1964.
- BACHELARD (G.)**, *La psychanalyse du feu*, Paris, Gallimard, 1940.
- BACHELARD (G.)**, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, 1934.
- BLACK (H. C.)**, *Black's law dictionary*, 6th. ed., 1992.
- BOULAD-AYOUB (J.) et BONNEVILLE (L.)**, *Souverainetés en crise*, Paris, L'Harmattan, coll. « Mercure du nord », 2003.
- CARREAU (D.) et al.** (dir.), *Encyclopédie juridique dalloz – Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, t. II, 1998.
- COLOMBES (M.)**, *Le concept de concept formel*, Publications de la faculté des lettres et sciences humaines de Toulouse, t. 8, 1969.
- CORNU (G.)** (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Dalloz, coll. « Quadrige », 8^{ème} éd., 2007.
- CROZIER (M.) et FRIEDBERG (E.)**, *L'acteur et le système*, Paris, Seuil, coll. « Points », 1981.
- DELEUZE (G.) et GUATTARI (F.)**, *Qu'est-ce que la philosophie ?*, Paris, Ed. Minuit, coll. « critique », 1991.
- DESCARTES (R.)**, *Discours de la méthode*, Paris, éd., Livre de poche, 1973.
- DURAND (D.)**, *La systémique*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je », 1979.
- DURKHEIM (E.)**, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 5^{ème} éd., 1990.
- ERLICH (M.)**, *La femme blessée. Essai sur les mutilations sexuelles féminines*, Paris, L'Harmattan, 1986.
- GREGORIEFF (V.)**, *Mythologies du Monde entier*, Paris, éd. Marabout, 1988.
- GUENMER (Th. A.)** (dir.), *Dictionnaire juridique français-anglais*, Paris, Edition de Navarre, 1977.
- HEIDEGGER (M.)**, *Concepts fondamentaux*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 1941-1981.
- KUHN (T.)**, *La structure des révolutions scientifiques*, Postface, Paris, Flammarion, « Champs », 1983.
- LE MOIGNE (J.-L.)**, *La théorie du système général*, Paris, PUF, 4^è éd., 1994.
- LEBRUN (G.)**, *La patience du concept. Essai sur le discours Hégélien*, Paris, Gallimard, coll. « Bibliothèque de philosophie », 1972.

- MENDRAS**, *Eléments de sociologie*, Paris, Armand Colin, 1975.
- MORIN (E.)** et **LE MOIGNE (J.-L.)**, *Intelligence de la complexité. Epistémologie et pratique*, Colloque de Cerisy, juin 2005, éd. de l'Aube, 2006.
- MORIN (E.)**, *Introduction à la pensée complexe*, Paris, Seuil, coll. « Points Essais », n°534, 2005.
- MORIN (E.)**, *L'éthique*, t.6, Paris, Seuil, 2004.
- MORIN (E.)**, *L'Humanité de l'humanité*, t. 5, Paris, Seuil, 2001.
- MORIN (E.)**, *La connaissance de la connaissance*, t.3, Paris, Seuil, 1986.
- MORIN (E.)**, *La méthode, tome 1, La nature de la nature*, Paris, Le Seuil, 1997.
- MORIN (E.)**, *La nature de la nature*, t.1, Paris, Seuil, 1977.
- MORIN (E.)**, *La tête bien faite. Repenser la réforme-Réformer la pensée*, Paris, Seuil, 1999.
- MORIN (E.)**, *La vie de la vie*, t.2, Paris, Seuil, 1980.
- MORIN (E.)**, *Le paradigme perdu*, Paris, Seuil, 1973.
- MORIN (E.)**, *Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, t.4, Paris, Seuil, 1991.
- MORIN (E.)**, *Science avec conscience*, Paris, Fayard, 1982.
- MORIN (E.)**, *Sociologie*, Paris, Fayard, 1984.
- RICOEUR (P.)**, *Le juste*, Paris, PUF, 1995.
- SALMON (J.)** (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001.
- VUILLERME (J. L.)**, *Le concept de système politique*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1989.
- WEIL (E.)**, *Histoire et politique, Problèmes kantians*, Paris, Vrin, 1982.

II-Théorie et philosophie du droit, épistémologie juridique, positivisme juridique et droit comparé.

a)- Ouvrages généraux

- BERGEL (J.-L.)**, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., coll. Méthodes du droit », 2003.
- BOBBIO (N.)**, *Essais de théorie du droit*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 1988.
- CARBONNIER (J.)**, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 1994.
- GRIDEL (J.-P.)**, *Introduction au droit et au droit français, notions fondamentales, méthodologie, synthèse*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd., 1994.
- HART (H.J.A.)**, *The concept of law*, (trad. franç. M. VAN DE KERCHOVE, Le concept de droit), Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 1976 (1961).

KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'Etat*, trad. franç., B. LAROCHE et V. FAURE, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1997.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Thévenaz, Etre et penser, cahiers de philosophie, 2ème éd., 1988.

OPPÉTIT (B.), *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1999.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.

b)- Mélanges, ouvrages collectifs, monographies, thèses.

Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens, Paris, Pedone, 1964.

La communauté internationale. Mélanges offerts à Charles Rousseau, Paris, Pedone, 1974.

Etudes de droit international en l'honneur du Juge Manfred Lachs, The Hague/Boston/Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

Mélanges offerts à Pierre François Gonidec, Paris, LGDJ, 1985.

Droit pénal contemporain. Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Paris, Cujas, 1989.

Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Melanges Michel Virally, Paris, Pedone, 1991.

Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy, Paris, Pedone, 1991.

Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal, droit européen, Paris, Litec, 1992.

Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruylant, Bruxelles, 1993.

Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettitti, Bruylant, Bruxelles, 1998.

Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Droit et justice, Paris, Pedone, 1999.

Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000.

Le droit privé français à la fin du XXe siècle. Etudes offerts à Pierre Catala, Paris, Litec, 2001.

Aux confins du droit. Mélanges offerts à Charles-Albert Morand, Genève/Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2001.

Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2003.

Mélanges Paul Amserek, Bruxelles, Bruylant, 2005.

Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Paris, Dalloz, 2006.

L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper, Paris, Economica, 2006.

Liber amicorum Jean-Claude Escarras. La communicabilité entre les systèmes juridiques, Bruxelles, Bruylant, 2006.

Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel, Paris, Cujas, 2006.

Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Paris, Dalloz, 2007.

Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, Paris, LGDJ, 2007.

Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009.

ABDELKHALEQ BERRAMDANE, *La hiérarchie des droits. Droits internes et droit européen et international*, Paris, L'Harmattan, coll. « logiques juridiques », 2002.

AMSELEK (P.), (dir.), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986.

AMSELEK (P.) (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1993.

AMSELEK (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964.

AMSELEK (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1964.

AMSELEK (P.) et al. (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles/Marseille, Bruyant/PUAM, 1995.

ARNAUD (A.-J.) et **FARINAS DULCE (M. J.)**, *Une introduction à l'approche sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruyant, 1998.

ARNAUD (A.-J.), *Entre modernité et mondialisation*, Paris, LGDJ, 1998.

ARNAUD (A.-J.), *Essai d'analyse structurale du code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, LGDJ, 1973.

AVRIL (P.), *La création du droit par le juge*, Paris, Dalloz, coll. « Archives de philosophie du droit », 2007.

BEAUD (O.), *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994.

BODIN (J.), *Les six livres de la République (1576)*, Paris, Fayard, 1986.

BONNECASE (V. J.), *L'école de l'exégèse en droit civil*, Paris, 2^{ème} éd., 1924.

GUILLOREL (H.) et **KOUBI (G.)**, (dir.), *Langues et droits. Langues du droit, droit des langues*, Bruxelles, Bruyant, 1999.

BOURETZ (P.), (dir.), *La force du droit – Panorama des débats contemporains*, Paris, Le Seuil, 1991.

CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit dans la Ve République*, Paris, Flammarion, coll. « Forum », 1996.

CHARBONNEL (L.), *La hiérarchie des normes conventionnelles : contribution à l'analyse normativiste du contrat*, Thèse, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 2010.

CHERITAT (V.), *Les modes d'évolution de la théorie générale du contrat*, Thèse Orléans, 2004.

Bibliographie sélective.

- CORNU (G.),** *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., coll « Domat droit privé », 2005.
- DAVID (R.),** *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, Coll. « Précis », 1966.
- DE BECHILLON (D.),** *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- DE SAVIGNY (Fr. Ch.),** (1779-1860), *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Heidelberg, 1814.
- DELMAS-MARTY (M.),** *La refondation des pouvoirs*, Paris, Le Seuil, 2007.
- DENIZEAU (C.),** *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?*, Paris, LGDJ, 1997.
- DERRETT (J.D.M.),** (dir.), *An introduction to legal system*, Londres, 1968.
- DIJON (X.),** *Droit naturel. Les questions de droit. Tome 1*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 1998.
- DUBOUCHET (P.),** *Le modèle juridique. Droit et herméneutique*, Paris, L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique », 2001.
- DUFOUR (A.),** *L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées*, Bruylant, Schulthess, Bruxelles, 2003.
- DWORKIN (R.),** *Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1995.
- FINNIS (J.),** *Natural law (2 vol.)*, New York, Aldashot, New York, Dartmouth Press, 1991.
- GAUDEMET (Y.),** *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972.
- GENY (F.),** *Science et technique en droit privé positif, III, Elaboration technique du droit positif*, Paris, Sirey, 1921.
- GENY (F.),** *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*. Paris, Librairie du Recueil Sirey (3 t.), 1927.
- GOLDIE-GENICON (C.),** *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », 2009.
- GOYARD-FABRE (S.),** *Kant et le problème du droit*, Paris, J. Vrin, 1975.
- GOYARD-FABRE (S.),** *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, Klincksiek, 1975.
- GRZEGORCZYK (C.), MICHAUT (F.) et TROPER (M.),** (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992.
- HALPERIN (J.-L.),** *Entre nationalisme juridique et communauté des droits*, Paris, PUF, 1999.
- HERVADA (J.),** *Introduction critique au droit naturel*, Bordeaux, Bière, 1991.
- INGBER (L.),** (dir.), *Le langage du droit*, Bruxelles, Nemesis, 1991.

- JAYME (E.),** *Langue et droit*, XVe Congrès International de droit comparé, Bristol 1998, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- JENSEN (H. G.),** *Criminal justice in Greenland*, Thèse, Simon Fraser University, 1993.
- JEULAND (E.),** *Droit processuel*, Paris, LGDJ, 2007.
- JOUANJAN (O.),** *L'esprit de l'école historique du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. « Annales de la faculté de droit de Strasbourg », 2004.
- JOUANJAN (O.),** *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918). Idéalisme et conceptualisme chez les juristes allemands du XIXe siècle*, Paris, PUF, 2006.
- KELSEN (H.),** *Théorie générale des normes*, (1976) Paris, PUF, coll. « Léviathan », trad. franç. BEAUD (O.) et MALKANI (F.), 1996.
- KODJO-GRANDVAUX (S.) et KOUBI (G.),** *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- LATOURE (B.),** *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris, La Découverte, 2004.
- LOURAU (R.),** *L'analyse institutionnelle*, Paris, ed. Minuit, 1970.
- MACCORMICK (N.) et WEINBERGER (O.),** *Pour une théorie institutionnelle du droit. Nouvelles approches du positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992.
- MBONGO (P.) et VAUCHEZ (A.) (dir.),** *Dans la fabrique du droit européen. Sciences, acteurs et publics de la Cour de Justice des Communautés Européennes*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- MILLARD (E.),** *La famille et le droit public*, Paris, LGDJ, 1995.
- MILLIOT (L.) et BLANC (F. P.),** *Introduction au droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001.
- MILLON-DELSOL (C.),** *Le principe de subsidiarité*, Paris, PUF, 1993.
- MORAND (Ch. A.) (dir.),** *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992.
- MORETEAU (O.) et VANDERLINDEN (J.), (dir.),** *La structure des systèmes juridiques. XVI^e congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, Brisbane 2002, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- OPPÉTIT (B.),** *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.),** *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.),** *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1987.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.),** *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1992.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.),** *Le droits ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992.

- OST (F.)** et **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1988.
- OST (F.)**, *Le temps du droit*, Paris, Odile Jacob, 1999.
- OST (F.)**, *Raconter la loi : aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004.
- OST (F.)**, **VAN EYNDE (L.)**, **GERARD (P.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)** (dir.), *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2001.
- PADOT (Y.)**, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Thèse dactyl. Paris, 1988.
- PERELMAN (Ch.)** et **VANDER ELST (R.)**, (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Travaux du centre national de recherches de logique », 1984.
- PERELMAN (Ch.)**, *Logique juridique – nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^{ème} éd. 1976.
- PERELMAN (Ch.)**, (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968.
- PERROUIN (J.)**, *La hiérarchie des normes en droit privé*, Thèse Université de Toulouse, 2000.
- POULTER (S.)**, *Ethnicity, law and human rights: the English experience*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- RENARD (G.)**, *La théorie de l'institution*, Paris, Sirey, 1930.
- RENOUX-ZAGAME (M.-F.)**, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Essai », 2003.
- RIALS (S.)**, *Langage et droit en France à l'âge de l'imprimé, des conflits religieux et de l'élaboration de la transaction (fin XV-début XVII siècle)*, Premier titre de la collection Exemplar, 2003.
- RIALS (S.)**, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980.
- RIPERT (G.)**, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949.
- RIVET (T.)**, (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Paris, LGDJ, coll. « Régulation des activités économiques et sociales », tome 6, 2005.
- ROLAND (H.)** et **BOYER (L.)**, *Adages du droit français, Traité*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1999.
- ROSS (A.)**, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004.
- ROULAND (N.)**, *Anthropologie juridique. Droit politique et théorique*, Paris, PUF, 1988.
- SALA-MOLINS (L.)**, *Le Code noir ou le calvaire de canaan*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2002.
- SCARPELLI (U.)**, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, Paris, LGDJ, coll. « La pensée juridique », 1996.
- SERIAUX (A.)**, *Le droit naturel*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2^{ème} éd., 1999.
- SERVERIN (E.)**, *Sociologie du droit*, Paris, La Découverte, 2000.

SEVERIN (E.) et **BERTHOUD (A.)**, (dir.) *La production du droit entre Etat et société civile. Les figures de l'institution de la norme entre Etat et société civile*, Paris, L'Harmattan, 2000.

SUPIOT (A.), *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005.

TIMSIT (G.), *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.

TROPPER (M.), **CHAMPEIL-DESPLATS (V.)** et **GRZEGORCZYK (C.)**, (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2005.

TUSSEAU (G.), (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2009.

TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », t. 60, 2006.

VAN DE KERCHOVE (M.), (dir.), *L'interprétation en droit – Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint Louis, 1978.

VARNEROT (V.), *Les sources privées du droit fiscal*, Thèse Nice, 2001.

VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, Paris, LGDJ, 1960.

c)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence.

AGO (R.), « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, vol. 58, 1936, pp. 245-469.

ALLIOT (M.), « Anthropologie juridique et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de Liaison du LAJP*, n°6, 1983, pp. 83-117.

ALLIOT (M.), « Hâtives réflexions sur l'avant-projet de symposium 'le droit de punir' », *Bulletin de Liaison du LAJP*, n°2, 1980, pp. 69-73.

AMSELEK (P.), « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Arch. phil. droit*, tome 28, 1983, pp. 271-284.

AMSELEK (P.), « La part de la science dans les activités des juristes », *D.*, 1997, chron. p 337.

AMSELEK (P.), « Le droit dans les esprits », in **AMSELEK (P.)**, **GRZEGORCZYK (C.)** (dir.), *Controverses autour de l'ontologie juridique*, Paris, PUF, 1989, pp. 27- 49.

AMSELEK (P.), « Norme et loi », *Arch. phil. droit*, tome 25, *La loi*, 1980, p. 89, pp. 47-79.

AMSELEK (P.), « Réflexions critiques sur de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *Revue du droit public*, 1978, n°1, pp. 5-19.

AMSELEK (P.), « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, coll. « Etudes, Mélanges, Travaux », 2007, pp. 557-581.

- ATIAS (Ch.),** « Savoir des juges et savoirs des juristes. Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise », McGill Legal Studies, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1990, p.3ss.
- AVRIL (P.),** « Qui fait la loi ? », *Pouvoir*, n°114, 2005, pp. 89-99.
- BAXTER (R.),** « International in 'her infinity variaty' », *International and Comparative Law Quarterly*, n°29, 1980, pp. 549-566.
- BERGEL (J.-L.),** « La relativité du droit ? », *RRJ*, vol.3, 1986, pp. 13- ?? ss
- BOBBIO (N.),** « Sur le positivisme », in *Mélanges P. Roubier*, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, t. 1, pp. 53 ss
- BOUDOT (M.),** « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta-...- juridiques », n° 59, 2007, *RIEJ*, pp. 37-47.
- BOURDIEU (P.),** « Habitus, Code et codification », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, vol. 64, 1986, pp. 40-44.
- BOURDIEU (P.),** « La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 64, 1986, pp. 3-ss
- CEREXHE (E.),** « Réflexions sur le droit et le non-droit », *Revue Juridique et Politique*, n°3, 2009, pp. 342-346.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.),** « Raisonnement juridique et pluralité des valeurs : les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e diritto*, 2001, pp. 59-70.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.),** « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, 2006, pp. 63-68.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.),** « Les clairs-obscurs de la clarté juridique », in WAGNER (A.) et CACCIAGUIDI-FAHY (S.) (ed.), *Legal language and the search for clarity. Practice and tools*, Bern, Peter Lang Publishing Group, 2006, pp. 35-64.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.),** « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 267-280.
- CHAZAL (J.-P.),** « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. phil. droit*, vol. 45, 2001, pp. 201-231.
- CHEROT (J.-Y.),** « Introduction », n° 59, 2007, *RIEJ*, pp. 7-15.
- CHEROT (J.-Y.),** « La question du point de vue interne dans la science du droit », n° 59, 2007, *RIEJ*, pp. 17-33.
- COMBACAU (J.),** « Le droit international bric-à-brac ou système ? », *Arch.phil.droit.*, tome 31, Le système juridique, 1986, pp. 85-105.
- COULOMBEL (P.),** « Force et but dans le droit selon la pensée de Ihéring », *R.T.D.Civ.*, 1957, pp. 609 ss.

- DAILLER (P.)**, « Monisme et dualisme : un débat dépassé ? », in **BEN ACHOUR (R.)** et **LAGHMANI (S.)**, (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, pp. 9 ss.
- DE BECHILLON (D.)**, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, vol. 32, 1994, pp. 81 ss
- DE VISSCHER (Ch.)**, « Positivisme et jus cogens », *RGDIP*, 1971, p.8, pp. 5-11.
- DHOMMEAUX (J.)**, « Monismes et dualismes en droit international des droits de l'homme », *AFDI*, 1995, pp. 447-468.
- DUPUY (P.-M.)**, *L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000)*, R.C.A.D.I. Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.
- DUPUY (R.-J.)**, « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges offerts à Ch. Rousseau*, Paris, Pedone, 1974, pp. 75-87.
- EDELMAN (B.)**, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.*, chron. p. 185.
- EISEMANN (P. M.)**, « The gentlemen's agreement comme source du droit international », *J.D.I.*, 1979, pp. 326-348.
- EISENMANN (Ch.)**, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit*, tome.11, 1966, pp. 25ss
- FABRE-MAGNAN (M.)**, « La dignité en droit : un axiome », *R.I.E.J.*, 2007, 58, pp. 1-30.
- FAVOREU (L.)**, « Dualité ou unité de l'ordre juridique », in *Conseil constitutionnel et conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1988, pp.151ss
- FAVOREU (L.)**, « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *Rev. dr. pub.*, 1989, pp. 399-503.
- FLAUSS (J.-F.)**, « Le rang du droit international dans la hiérarchie des normes en droit français », *L.P.A*, n°85, 1992, p. 24, pp. 17-24.
- GASSIN (R.)**, « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, chron. pp. 91 ss.
- GASSIN (R.)**, « une méthode de la thèse de doctorat en droit », *RJJ*, n°4, 1996, pp. 1167 ss.
- GAUDEMET (J.)**, « Tentatives de systématisation du droit à Rome », *Arch.phil.droit.*, tome 31, Le système juridique, 1986, pp. 11-28.
- GRANET (F.)**, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle. Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 41ss.
- GREENHOUSE (C. J.)**, « Perspectives anthropologiques sur l'américanisation du droit », *Arch. phil. droit.*, vol. 45, 2001, pp. 43-59.
- GRZEGORCYK (C.)**, « Evaluation critique du paradigme système dans la science du droit », *Arch.phil.droit.*, tome 31, Le système juridique, 1986, pp. 281-301.

- GUASTINI (R.),** « Alf Ross : une théorie du droit et de la science juridique », in **AMSELEK (P.)** (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1993, pp. 249-264.
- GUASTINI (R.),** « Le « point de vue » de la science juridique », n° 59, 2007, *RIEJ*, pp. 49-58.
- HAURIOU (M.),** « L'institution et le droit statutaire », in *Recueil de législation*, 1906, pp. 134-182.
- HAUSER, (J.)** « Le juge et la loi », *Pouvoir*, n°114, 2005, pp. 139-153.
- IVAINER (Th.),** « Introduction à un discours sur le langage du droit », *JCP*, 1983, I, 3097
- JOUANNET (E.),** « L'idée d'une communauté humaine à la croisée de la communauté des Etats et de la communauté mondiale », *Arch. phil. droit*, tome 47, 2003, pp. 191-232.
- KAYSER (P.),** « Essai de contribution au droit naturel à l'approche du troisième millénaire », *R.R.J.*, 1998, pp. 387 ss.
- KELSEN (H.),** « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », *Droit et Société*, n°22, 1992, pp. 337-342.
- KLABBERS (J.),** « The undesirability of soft law », *Nordic Journal of International Law*, vol. 6, 1998, pp. 381-391.
- LASSERRE-KIESOW (V.),** « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXIe siècle », *D.* 2002, chron. p. 1157.
- LE COUR GRANDMAISON (O.),** « Droits de l'homme, lois et colonies », *Droits*, vol.43, 2006, pp. 123-163.
- LEBEN (Ch.),** « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droit*, vol. 33, 2001, pp. 19-39.
- LEGENDRE (P.),** « Les dessous du raisonnement juridique. Considérations générales », in *Sur la question dogmatique en occident*, Saint-Armand-Montrond (Cher) Fayard, 1999, pp. 235-248
- LUHMANN (N.),** « L'unité du système juridique », *Arch.phil.droit.*, tome 31, Le système juridique, 1986, p. 163 ss.
- MAÏA (J.),** « La contrainte européenne sur la loi », *Pouvoir*, n°114, 2005, pp. 53-71.
- MAZERES (J.-A.),** « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 239-293.
- MELKEVIK (B.),** « Parler 'Novdroit' ! Un désarroi saisi par la philosophie du droit », *Revue roumaine de droit privé*, vol.6, 2007, pp. 214 ss.
- MILLARD (E.),** « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, vol. 30/31, 1995, pp. 381-412.
- MILLARD (E.),** « Point de vue interne et science du droit : un point de vue empiriste », n° 59, 2007, *RIEJ*, pp. 59-71.

- MILLARD (E.),** « Sur les théories italiennes de l'institution », in **BASDEVANT-GAUDEMET (B.),** (dir.), *Contrat ou institution : un enjeu de société*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes droit », 2004, pp. 31-46.
- MONIN (M.),** « La hiérarchie des normes n'existe pas », *D.*, n°30, 1999, chron. 1.
- MOULY (Ch.),** « La crise des introductions au droit », *Droits*, vol.4, 1986, pp. 99 ss.
- MOUNIN (G.),** « La linguistique comme science auxiliaire dans les disciplines juridiques », *Arch. phil. droit*, tome.19, 1974, pp. 7-16.
- PAULSON (S. L.),** « Classical legal positivism at Nuremberg », *Philosophy & Public affairs*, vol. 4, n°2, 1975, pp. 132-158.
- PELLET (A.),** « Vous avez dit « monisme » ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.
- PONCELA (P.),** « Analyses systémiques et systèmes normatifs dans le champ pénal », *Arch.phil.droit.*, tome 31, Le système juridique, 1986, pp. 121-131.
- POPOVICI (A.),** « Libres propos sur la culture juridique québécoise dans un monde qui se rétrécit », *McGill. L. J.*, vol. 54, n°2, 2009, pp. 223-236.
- POSSE (G.),** « La maxime *ut res magis valeat quam pareat*, (interprétation en fonction de l'« effet utile ») : les interprétations : « extensives » et « restrictives » », *23 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* (1972), pp. 222-254.
- PUIG (P.),** « Hiérarchie des normes : du système au principe », *Rev.trim.dr.civ.*, 2001, pp. 749 ss.
- QUINTANCE (G.),** « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit », in **TUSSEAU (G.)** (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2009, pp. 5-20.
- ROULAND (N.),** « Chronique d'anthropologie juridique : relire notre droit (pour une anthropologie du détour) », *Droit*, n°10, 1989, pp. 149 ss.
- SALEILLES (R.),** « Ecole historique et droit naturel », *RTDciv.*, 1902, pp. 97 ss.
- SAMPER (Ch.),** « Argumentaire pour l'application de la systémique au droit », *Arch.phil.droit.*, tome 43, 1999, pp. 327-348.
- SEVE (R.),** « Système et code », *Arch.phil.droit.*, tome 31, Le système juridique, 1986, pp. 77-84.
- TERRE (F.),** « Une pyramide », *Droits*, n°11, 1990, pp. 63-66.
- THIBIERGE (C.),** « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre norme et règle de droit », *Arch. phil. droit*, n°51, 2008, pp. 341-371.
- THIBIERGE (C.),** « Sources du droit et sources de droit », in *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 519-547.

THIREAU (J.-L.), « Aux sources de la modernité juridique », *Droits*, vol. 40, 2004, pp. 157-161.

TROPER (M.), « En guise d'introduction : la théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°9, 2000, pp. 94 ss.

TROPER (M.), « Le positivisme juridique », *Revue de Synthèse*, n°118-119, 1985, pp. 187-204.

TROPER (M.), « Système juridique et Etat », *Arch.phil.droit.*, tome 31, Le système juridique, 1986, pp. 29-44.

TROPPER (M.), « La pyramide est toujours debout. Réponse à Paul Amssek », *Revue du droit public*, 1978, pp. 1523-1536.

TROPPER (M.), « Sur le « dogme » de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive », *Droits*, n°47, 2008, pp. 249-257.

TUSSEAU (G.), « Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin », in **TUSSEAU (G.)** (dir.), *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », 2009, pp. 57-78.

VARGA (C.), « Quelques questions méthodologiques de la formation des concepts en sciences juridiques », *Arch. phil. droit*, tome.18, 1973, pp. 215 ss.

VIRALLY (M.), « La distinction entre textes juridiques ayant une portée juridique entre leurs acteurs et textes qui en sont dépourvus », *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 60 I-II, 1983, pp. 166-267 et 328-357

VLACHOS (G.), « Thémis et Nomos, de Mycènes à Homère », *Arch. phil.*, n°19, pp. 317-338.

WASILKOWSKI (A.), « Monism and dualism at present », in *Theory of international law at the Threshold of the 21st century. Essays in honour of K. Skubiszewski*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1996, pp. 323-336.

ZAMBO ZAMBO (D. J.), « Le législateur camerounais et la hiérarchie des normes », *Rev. afr. sc. jur.*, vol 8, n°2, 2011, pp. 63-90.

III- Internationalisation pénale, internormativité, pluralisme juridique, et émergence d'un nouveau paradigme juridique.

a)- Ouvrages spécifiques, monographies, thèses.

ALLARD (J.), **GARAPON (A.)**, *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Paris, Le Seuil, coll. « La République des idées », 2005.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français. Conseil constitutionnel, Cour de justice des communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1998.

- BAILLEUX (A.)**, *La compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau. De l'expérience belge à l'exigence d'une justice pénale transnationale*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- BEN ACHOUR (R.) et LAGHMANI (S.)**, (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998.
- BREMS (E.)**, *Human rights: Universality and diversity*, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.
- CAPPELLO (A.)**, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Thèse, Paris 2, Panthéon-Assas, 2011.
- CHEMILLIER GENDRAEU (M.) et MOULIER-BOUTANG (Y.)**, (dir.), *Le droit dans la mondialisation*, Paris, PUF, 2001.
- CHEVALLIER (J.)**, *L'Etat postmoderne*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 4^e éd., 2008.
- CHEVALLIER (J.)**, *Vers un droit postmoderne ? Les transformations de la régulation juridique* », Paris, LGDJ, 1998.
- D'AMBROSIO (L.)**, *La communautarisation de la norme d'incrimination nationale*, Thèse de droit pénal européen Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Seconda Università degli di Napoli, 2007.
- DE SCHUTTER (O.)**, *Fonction de juger et droits fondamentaux – Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européen*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- DE WITTE (B.) et FORDER (C.)**, *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Kluwer, 1992.
- DELMAS-MARTY (M.)**, (dir.), *Procès pénal et droit pénal. Vers une conscience européenne*, Paris PUF, 1992.
- DELMAS-MARTY (M.)**, (dir.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, coll. « Les voix du droit », 2004.
- DELMAS-MARTY (M.) et BREYER (S.)** (dir.), *Regards croisés sur l'internationalisation du droit: France-Etas-Unis*, Paris, SLC, 2009.
- DELMAS-MARTY (M.)**, *Le flou du droit*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Essais débats », 2004.
- DELMAS-MARTY (M.)**, *Leçon inaugurale au Collège de France. Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Paris, Fayard, 2003.
- DELMAS-MARTY (M.)**, *Les forces imaginantes (II). Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2006.
- DELMAS-MARTY (M.)**, *Les forces imaginantes du droit (I). Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil, 2004.

- DELMAS-MARTY (M.)**, *Pour un droit commun*, Paris, Le Seuil, coll. « La librairie du xx^e siècle », 1994.
- DELMAS-MARTY (M.)**, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, coll. « Librairie du XXI siècle », 1989.
- DELMAS-MARTY (M.)**, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Le Seuil, coll. « Essais », 1998.
- DELMAS-MARTY (M.)**, **MANACORDA (S.)**, **PIETH (M.)**, **SIEBER (U.)**, **ARROYO ZAPATERO (L.)**, (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Paris, SLC, 2006.
- DELMAS-MARTY (M.)**, **MUIR WATT (H.)** et **RUIZ FABRI (H.)**, *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, SLC, 2002.
- DELMAS-MARTY (M.)**, **PIETH (M.)** et **SIEBER (U.)**, (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Paris, SLC, 2008.
- DEUMIER (P.)**, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002.
- DIEBOLT (S.)**, *Le droit en mouvement. Eléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse, Université de Paris X-Nanterre, 2000.
- DOAT (M.)**, **LE GOFF (J.)** et **PEDROT (Ph.)**, (dir.), *Droit et complexité. Pour une intelligence du droit vivant*, Rennes, Presse universitaires de Rennes, 2007.
- EDELMAN (B.)**, *Quand les juristes inventent le réel. La fabulation juridique*, Paris, Hermann, coll. « Le Bel aujourd'hui », 2007.
- FERDINANDUSSE (W. N.)**, *Direct application of international criminal law in national courts*, The Hague, T.M.C. ASSER PRESS, 2006.
- FONTAINE (L.)**, (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et société », 76, 2007.
- FOUCHARD (I.)**, *Le crime international entre internationalisation du droit pénal et la pénalisation du droit international*, Thèse, Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2008.
- GAILLARD SEBILEAU (E.)**, *Génération futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*, Paris, LGDJ, coll. « thèses », 2011.
- GARRIGOS (M.)**, *Les aspects procéduraux de la lutte contre le terrorisme : étude de droit pénal interne et international*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004.
- GILISSEN (J.)**, (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éd. De l'Université de Bruxelles, 1972.
- GURVITCH (G.)**, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935.
- HALPERIN (J.L.)**, *Entre nationalisme juridique et communauté des droits*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1999.

HENZELIN (M.) ROTH (R.), (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris/Genève/Bruxelles, LGDJ/Georg Editeur/Bruylant, 2002.

HUESA VINAIXA (R.) et WELLENS (K.), (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

JOUANNET (E.) et FABRI (H. L.), *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis*, Paris, SLC, 2007.

KESSEDJIAN (C.) et LOQUIN (E.), (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000.

LAMBERT (E.) et al., *Les effets des arrêts de la cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

LEBEL-GRENIER (S.), *Pour un pluralisme juridique radical*, thèse, Université McGill, Montréal, 2002.

LEHOT (M.), *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau du droit de la responsabilité civile*, Thèse Le Mans, 2001.

LEROYER (A.-M.), JEULAND (E.), (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Paris, Dalloz, 2004.

MAHMOUD MOUAMED SALAH (M.), *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2002.

MANACORDA (S.), GIUDICELLI-DELAGE (G.), (dir.), *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne*, Paris, SLC, 2005.

MARTIN-CHENUT (K.), *Les politiques criminelles française et brésilienne applicables aux mineurs délinquants : l'interaction avec le droit international des droits de l'homme*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002.

MASSE (M.), JEAN (J.-P.) et GUIDICELLI (A.), (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, Paris, PUF, coll. « Droit et justice », 2009.

MEOUCHY TORBEY (M.-D.), *L'internationalisation du droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

MIGNARD (J.-P.), *Cybercriminalité et cyberrépression, entre désordre et harmonisation mondiale*, Thèse, Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2004.

MOCKLE (D.), (dir.), *Mondialisation et Etat de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000.

MORAND (C. A.), (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, éd. Université Libre de Bruxelles, Helbing et Lichtenhahan, 2001.

NDJIMBA (K. F.), *L'internationalisation des constitutions des Etats en crise. Réflexions sur les rapports entre droit international et droit constitutionnel*, Thèse, Université de Nancy, 2011.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

PAPATHEODOROU (T.) et MARY (Ph.), (dir.), *Mutations des politiques criminelles en Europe*, Groupe européen de recherches sur les normativités pénales et Université du Péloponèse, éd., Papazissis, 2006.

POUND (R.), *Fundamental principles of sociology of law*, Cambridge, Harvard University Press 1936.

POURZAND (P.), *L'internationalisation pénale en matière de trafic de drogue : étude critique de l'enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, LGDJ, 2008.

ROBERT (Ph.), SOUBIRAN-PAILLET (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Paris, L'Harmattan, tome.1, 1997.

ROULAND (N.), *L'Etat français et le pluralisme*, Paris, Odile Jacob, 1995.

ROUSSEAU (D.), (dir.), *Le droit dérobé*, Actes du colloque de Montpellier Faculté de droit 10 et 11 avril 2003.

RUIZ FABRI (H.), (dir.), *Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs*, Paris, SLC, 2003.

SHELTON (D.) (dir.), *Commitment and compliance : the role of non-biding norms in the international legal system*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

THIBIERGE (C.) et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009.

TOURARD (H.), *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 96, 2000.

TORCOL (S.), *Les mutations du constitutionnalisme à l'épreuve de la constitution européenne. Essai critique de l'ingénierie constitutionnelle*, Thèse Toulon, 2002.

VAN DROOGHENBROEK (S.), *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

YOUROW (H. C.), *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of European human rights jurisprudence*, The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1996.

b)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence.

ABI-SAAB (G.), « Droits de l'homme et juridictions pénales internationales. Convergences et tensions », in *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, pp. 245-253.

AKTYPIS (S.), « L'adaptation du droit pénal français au Statut de la Cour pénale Internationale : Etats des lieux », *droits fondamentaux*, n°7, janvier 2008- décembre 2009.

ALSTON (Ph.), « The best interest principle : towards a reconciliation of culture and human rights », in ALSTON (Ph.) (ed.), *The best interest of the child. Reconciling culture and human rights*, Unicef, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1994, pp. 1-25.

AMSELEK (P.), « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue du droit public*, 1982, pp. 287 ss.

ANDRIANTZIMBAZOVINA (J.), « Les droits de nature politique selon la Cour européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel entre national et droit européen : retour aux sources ou renouvellement ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gaudron*, Paris, A. Pedone, 2004, pp. 3-18.

ANGHEL (M. I.), « Le traité international et l'ordre juridique interne », *REI*, vol. 99, 1989, pp. 65 ss.

ARNAUD (A.-J.), « Droit et société : du constat à la construction d'un champ commun », *Droit et société*, n°20-21, 1993, pp. 17 ss.

ARNAUD (A.-J.), « Du jeu fini au jeu ouvert : vers un droit postmoderne », in **OST (F.)** et **VAN DE KERCHOVE (M.)**, (dir.), *Le jeu un paradigme pour le droit*, Paris, PUF, 1993, pp. 111 ss.

ASSIER-ANDRIEU (L.), « Le Play et la critique du droit », *Revue Sociétés*, n°23, 1989, pp. 30-34.

BAILLEUX (A.), « A la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *RIEJ*, vol. 55, 2005, pp. 91-115.

BARAK (A.), « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, vol. 26, 2006, pp. 227-302.

BELLEY (J.-G.), « Pluralisme juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, pp. 446-449,

BERNARDI (A.), « Entre la pyramide et le réseau : les effets de l'eupéanisation du droit sur le système pénal », *RIEJ*, vol. 52, 2004, pp. 1-48.

BERNARDI (A.), « L'eupéanisation de la science pénale », *Arch. pol. crim.*, 2004, pp. 5-36.

BRAIBANT (G.), « Existe-t-il un système européen de fonction publique ? », *RF adm. publ.* 1993, pp. 611 ss

BRIBOSIA (H.), « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire », *RBDI*, 1996, pp. 36 ss.

BURGELIN (J.-F.) et **LALARDRIE (A.)**, « L'application de la convention par le juge judiciaire français », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 145-163.

BURGOGUE-LARSEN (L.), « L'internationalisation du dialogue des juges », in *Le dialogue des juges. Mélanges B. Genevois*, Paris, Dalloz, 2008, p. 99, pp. 95-130.

CANIVET (G.), « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Eloge de la bénévolence des juges », *Rev. Sc. Crim.*, 2005, pp. 799-1027.

CANTEGREIL (J.), « Sur la seconde loi française d'adaptation du Statut de Rome. Essai de prospective systémale », *Rev. sc. crim.*, 2004, p. 804 ss.

CARBONNIER (J.), « Les phénomènes d'internormativité », in *Essais sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat defrénois, 1979, pp. 251-270.

CASSESE (S.), « La fonction constitutionnelle des juges non-nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 décembre 2008, disponible sur [http/ www.courdecassation.fr/publication](http://www.courdecassation.fr/publication), consulté le 19février 2012.

CAUCHIE (J.-F.) et **KAMINSKI (D.)**, (dir.), « L'innovation pénale. Recherche empirique et théorique », *Revue de criminologie électronique bilingue*, Champ pénal/ Penal field, <http://champpenal.revues.org>, consulté le 23 novembre 2011.

CHEVALLIER (J.), « L'Etat-postmoderne : retour sur une hypothèse », *Droits*, vol. 39, 2004, pp. 107-120.

CHEVALLIER (J.), « Vers un droit postmoderne, les transformations de la régulation juridique », *Revue de droit public*, 1998, pp. 659-690.

COLLET (M.), « Les bienfaits du « dialogue des juges ». Remarques sur la mise en œuvre par le juge fiscal des articles 14 de la Convention EDH et 1^{er} de son premier protocole additionnel », *Revue de droit fiscal*, n°51, 2006, pp. 2179-2189.

CONFORTI (B.), « L'interaction des normes internationales relatives à la protection des droits de l'homme », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, SFDI, Colloque de Strasbourg, Paris, Pedone, 1998, pp. 121-126.

CONFORTI (B.), « Humanité et renouveau de la production normative », in *Humanité et droit international. Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pedone, 1991, pp. 113-120.

DAVID (R.), « Renaissance de l'idée de jus gentium : une proposition française », in *Le droit comparé. Droit d'hier, droit de demain*, Economica, 1982, p. 319 ss

DE BECHILLON (D.), « Conflits de sentences entre les juges de la loi », *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp. 107-122.

DE BECHILLON (D.), « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », *RIEJ*, 1999, n°43, p.1- 26.

DE VISSCHER (P.), « Les tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI*, vol. 80, 1952, pp. 558ss

DELBEZ (L.), « Le concept d'internationalisation », *RGDIP*, 1967, pp. 5-62.

DELMAS-MARTY (M.) et **IZORCHE (M.-L.)**, « La marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit : réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC*, vol. 42, 2000, pp. 753-780.

- DELMAS-MARTY (M.)**, « Pluralisme et traditions nationales. (revendication des droits individuelles) », in **TAVERNIER (P.)** (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « union plus étroite » (35 année de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 77ss.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Interactions between national and international criminal law in the preliminary phase of the trial at the ICC », *Journal of International Criminal Justice*, vol.4, 2006, pp. 2-11.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « L'espace judiciaire européen : laboratoire de la mondialisation », *D.*, 2000, chron. p. 421.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », *D.* 2000, chron. p. 421.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *Rev. sc. crim.*, 2005, 473-481.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.* 2000, chron., p. 43.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « La place d'un droit pénal commun dans la construction européenne », in *La sanction du droit. Mélanges offerts à Pirre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, pp. 229-242.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Le droit pénal comme éthique de la mondialisation », *Rev. sc. crim.*, 2004, p.1- 10.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *D.*, 2006, Chron., p. 951.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Le rôle du droit comparé dans l'émergence d'un droit commun », *D.*, 2001, chron. p. 1326.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Le rôle du juge européen et la renaissance du jus commune », in *Mélanges Ryssdal* Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 1997, pp. 555-563.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Plurijuridisme et mondialisation : vers un pluralisme ordonné », in **BERGEL (J.-L.)**, (dir.), *Le plurijuridisme*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Réinventer le droit commun », *D.*, 1995, chron. p. 1.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp.59-68.
- DERRIEN (A.)**, « Dialogue ou compétition des cours suprêmes ou la construction d'un système juridictionnel », *Revue Pouvoirs*, n° 105, 2003, pp. 41-52.
- DICKINSON (L.A.)**, « The promise of hybrid courts », *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 295-310.

- DONOHO (D. L.)**, « Autonomy, self-governance, and the margin of appreciation: developing a jurisprudence of diversity within universal human rights », *Emory Int'l L. Rev.*, vol. 15, 2001, pp. 391-466.
- DOR (G.)**, « Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles de droit public interne », in *Mélanges Ernest Mahaim*, vol.2., Sciences juridiques, Paris, Sirey, 1935, pp. 115-133.
- DORD (O.)**, « Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité », *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp. 5-18.
- DUBOUT (E.)** et **TOUZE (S.)**, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques », **DUBOUT (E.)** et **TOUZE (S.)**, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, pp. 11-35.
- DUMONT (H.)**, « Quand l'international fait alliance avec le pénal, assiste-t-on à la naissance d'un droit pénal international génétiquement modifié », *RGD*, vol. 33, 2003, pp. 133-151.
- ESCARRAS (J.-C.)**, « Sur deux études italiennes : de la communicabilité entre systèmes italiens et français de justice constitutionnelle », *AJIC*, 1986, pp. 15 ss.
- ESPOSITO (A.)**, « La définition des crimes et le rôle du droit comparé : comment les juges comblent les lacunes normatives », in **FRONZA (E.)** et **MANACORDA (S.)** (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des laws clinics en droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 41-56.
- FAVOREU (L.)**, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », in *Mélanges Vitu*, Paris, Cujas, 1989, pp. 170-203.
- FAVOREU (L.)**, « La constitutionnalisation du droit », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, pp.25-42.
- FAVOREU (L.)**, « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », in *Mélanges Plantey*, Paris, Pedone, 1995, p. 33 ss.
- FAVOREU (L.)**, « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du conseil constitutionnel », in *Mélanges Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 34-41.
- FLAUSS (J.-F.)**, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contexte européen des droits de l'homme », *Rev. Trim. dr. h.*, vol. 62, 2005, pp. 313-331.
- FONTAINE (L.)**, « Le pluralisme comme théorie des normes », in **FONTAINE (L.)** (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et société », 76, 2007, pp ??
- FRONZA (E.)** et **GILOU (N.)**, « Etude critique des fragments existants de droit pénal commun. Le crime de génocide », in **DELMAS-MARTY (M.)**, **MUIR WATT (H.)** et **RUIZ FABRI (H.)** (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, SLC, 2002, pp. 273-296.

- GAILLARD-SEBILEAU (E.)**, « La force normative du paradigme juridique », in THIBIERGE (C.) et *alii*, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2009, pp. 171-182,
- GARAPON (A.)**, « Comment penser l'acte de juger après le positivisme », *Droit et culture*, n°26, 1993, pp. 143 ss.
- GARRON (F.)**, « L'interprétation des normes supralégislatives en matière pénale », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 773 ss.
- GENEVOIS (B.)**, « Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. A propos de la décision n°98-408 DC du 22 janvier 1999 », *RFDA*, 1999, pp. 285-307.
- GENEVOIS (B.)**, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *Mélanges Guy Braidant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 339, pp. ??
- GILISSEN (J.)**, (dir.), *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, éd. De l'Université de Bruxelles, 1972.
- GIUDICELLE-DELAGE (G.)**, « Le droit pénal de l'environnement. L'exception européenne », *Rev. sc. crim.*, 2005, pp. 767-775.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.)**, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions. L'inévitable dialogue des juges », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 17-36 pp. 17-36.
- GOLOVKO (L.)**, « La place des décisions de la juridiction constitutionnelle dans les sources du droit pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, pp. 763-772.
- HADDAD (J.)**, « Décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 : examen de la compatibilité du statut de la Cour pénale internationale avec la constitution française », *RGDIP*, n°2, 1999, pp.464 ss.
- HAURIOU (M.)**, « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la nouvelle journée*, 1925, n°4, pp. 2-45.
- HAUSER (J.)**, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gaudron*, Paris, A. Pedone, 2004, pp. 105-116.
- HILLGENBERG (H.)**, « A fresh look at soft law », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 499-515.
- HOFFMANN (F.)** et **RINGELHIEM (J.)**, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *RIEJ*, n°52, 2004, pp. 109-142.
- JACQUES (F.)**, « Dialogue exige : communicabilité et dialectique », in **JACQUES (F.)**, (dir.), *Dialogue, dialectique et philosophie en droit, Colloque du 1^{er}-4 juin 1983, Ile d'Artz*, Paris, Dalloz, *APD*, tome 29, 1984, pp. 7-25.

JAKOBS (G.), « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 1-19.

JARNEVIC (J.-P.), « La perméabilité du droit financier aux ordres juridiques européens », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gaudron*, Paris, A. Pedone, 2004, pp. 137-154.

JOUANNET (E.), « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique international », in **HUESA VINAIXA (R.)** et **WELLENS (K.)**, (dir.), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 115-154.

KAMTO (M.), « Les interactions des jurisprudences internationales et des jurisprudences nationales », in *La juridictionnalisation du droit international*, Colloque de la Société française pour le droit international, Paris, Pedone, 2003 ; pp. 393-460.

KARABI-WHYTE (A. G.), « Le pluralisme culturel et la formulation de la politique criminelle », *R.I.C.P.T.*, vol. xxxv, n°4, 1982, pp. 343 ss.

KELSEN (H.), « La transformation du droit international en droit interne », *RGDIP*, 1936, pp. 5-49.

KELSEN (H.), « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, vol. 14, 1926, p. 232 ss.

KERBRAT (Y.), « Juridictions internationales et juridictions nationales internationalisées : les tribunaux hybrides pour le Cambodge et la Sierra Leone », in P. TAVERNIER (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale*. Colloque d'Evry 24 octobre 2003, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 263-273.

KINGSBERY (B.), « The concept of compliance as a function of competing conceptions of international law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, 1998, pp. 345 ss.

KOH (H. H.), « International law as part of our law », *American Journal of International Law*, 2004, pp.43-56.

LABORDE (C.), « Pluralism, syndicalism and corporatism : Léon Duguit and the crisis of the State », *History of European Ideas*, 1996, n°3, pp. 227-244.

LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », in **DELMAS-MARTY (M.)**, **FRONZA (E.)**, **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, SLC, 2004, pp. 97- 135.

LANDAIS (C.) et **LENICA (F.),** « La réception de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par le Conseil d'Etat », *D.A.*, n°6, 2005, pp. 8-11.

LANGER (M.), « From legal transplants to legal translations : the globalization of plea bargaining and the Americanisation thesis in criminal procedure », *Harvard International Law Journal*, 2004, pp. 1-64.

- LATTANZI (F.)**, « La frontière entre droit international humanitaire et droits de l'homme », in **DECAUX (E.)**, **DIENG (A.)** et **SOW (M.)**, (dir.), *From human rights to international criminal law. Studies in honour of an african jurist. The late judge Laïti Kama/Des droits de l'homme au droit international pénal. Etudes en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïti Kama*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 519-570.
- LAYS (M.-L.)** et **SIMONETTI (F.)**, « Procédure juridictionnelle : points communs et différences », *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp. 85-106.
- LAZERGES (Ch.)**, « Le conseil constitutionnel acteur de politique criminelle, A propos de la décision 2004-492 DC du 2 mars 2004 », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 725 ss.
- LEHOT (M.)**, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », *RRJ*, vol. 4, 2003, pp. 2335 ss.
- LE ROY (E.)**, « Pluralisme et universalisme juridiques, propos d'étape d'un anthropologue du droit », in *L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Paris, La documentation française, Mission de recherche droit et justice, 2001, pp. 227-248.
- LICHERE (F.)**, **POTVIN-SOLIS (L.)** et **RAYMOND (A.)**, (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et justice », n°53, 2004.
- MABAKA (P. M.)**, « L'incorporation de la convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique Britannique », *Rev. trim. dr. h.*, 2000, pp. 11-42.
- MAGLIVERAS (K. D.)**, « The interplay between the transfer of Slobodan Milosevic to the ICTY and Yugoslav constitutional law », *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 661-677.
- MAHIQUES (C.A.)**, « Les principes constitutionnels de droit pénal vis-à-vis des traités internationaux des droits de l'homme. Le cas argentin et l'expérience comparée », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, pp. 817- ss.
- MAHONEY (P.)**, « Marvellous richness of diversity or individious cultural relativism? », *HRLJ*, vol. 19, 1998, pp. 1-6.
- MAISANI (P.)** et **WIENER (F.)**, « Réflexion autour de la conception postmoderne du droit », *Droit et société*, n°27, 1994, pp. 443 ss.
- MAISON (R.)**, « Le droit international des droits de l'homme et les juridictions pénales internationales », in **COHEN-JONATHAN (G.)** et **FLAUSS (J.-F.)**, (dir.), *Droit international général, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2004, pp. 121-138.
- MANACORDA (S.)**, « Jus commune criminale ? Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes », in **DELMAS-MARTY (M.)**, **MUIR WATT (H.)** et **RUIZ FABRI (H.)**, *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris, SLC, 2002, pp. 323 ss.

- MANACORDA (S.) et WERLE (G.),** « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome », *Rev. sc. crim.*, 2003, pp. 501-515.
- MANIN (Ph.),** « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp. 51-64.
- MARCOFF (M. G.),** « Les règles d'application indirecte en droit international », *RGDIP*, 1976, pp. 385-424.
- MARTENS (P.),** « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, t. I, 1992, pp. 49-68.
- MASSE (M.),** « Des figures asymétriques de l'internationalisation du droit pénal », *Rev. sc. crim.*, n°4, 2006, pp. 755-765.
- MATHIEU (B.),** « L'appréhension de l'ordre juridique communautaire par le droit constitutionnel français », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gaudron*, Paris, A. Pedone, 2004, pp. 169-176.
- MAÜGUE (C.),** « Le conseil constitutionnel et le droit supranational », *Pouvoir*, n°114, 2005, n°105, 2003, pp. 53-71.
- MAUS (D.),** « L'influence internationale sur l'exercice du pouvoir constituant », in *Le renouveau du constitutionnalisme. Mélanges Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 87-102.
- MAZIAU (N.),** « Les constitutions internationalisées : aspects théoriques et essai de typologie. Le point de vue hétérodoxe du constitutionnaliste », *RGDIP*, 2002-3, pp. 549-579.
- MICHAUT (F.),** « Vers une conception postmoderne du droit : la conception du droit chez Ronald Dworkin », *Droits*, 1990, pp. 181 ss.
- MIRKINE GUETZEVITCH (B.),** « Droit international et droit constitutionnel », *RCADI*, 1931-IV, vol. 38, pp. 367-465.
- MOLFESSIS (N.),** « L'irrigation du droit par les décisions du conseil constitutionnel », *Pouvoir*, n°114, 2005, pp. 89-101.
- MORET-BAILLY (J.),** « Ambitions et ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, n°35, 2002, pp. 195-206.
- MORET-BAILLY (J.),** « La théorie pluraliste de Romano à l'épreuve des déontologies », *Droits*, 2000, n°32, pp. 171-182.
- MUNOZ CONDE (F.),** « Le droit pénal international est-il un « droit pénal de l'ennemi » ? », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 19-30.
- OLINGA (A.-D.) et PICHERAL (C.),** « La théorie de la marge nationale d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, pp. 567-604.

- OPPETIT (B.)**, « Droit commun et droit européen », in *L'internationalisation du droit. Mélanges Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 311 ss.
- OST (F.)** et **VAN DE KERCHOVE (M.)**, « De la pyramide au réseau. Vers un nouveau mode de production du droit ? », *RIEJ*, vol. 44, 2000, p. 1- 92.
- PARDINI (J.-J.)**, « Brèves réflexions sur les interactions entre les ordres juridiques », in *La communicabilité entre les systèmes juridiques. Liber Amicorum Jean-Claude Escarras*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 161-180.
- PAZARTZIS (Ph.)**, « Tribunaux pénaux internationalisés : une nouvelle approche de la justice pénale (inter)nationale ? », *AFDI*, 2003, pp. 641-661.
- PECZENIK (A.)**, « L'existence de principes supra constitutionnels », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 817-826.
- PFERSMANN (O.)**, « De la justice constitutionnelle à la justice internationale : Hans Kelsen et la seconde guerre mondiale », *RFDC*, 1993, pp. 761-790.
- PEYRO (A.)**, « La place du droit international dans la jurisprudence récente de la Cour suprême des Etats-Unis », *RGDIP*, 2005, pp. 609 ss.
- POTVIN-SOLIS (L.)**, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in **LICHERE (F.)**, **POTVIN-SOLIS (L.)** et **RAYMOND (A.)** (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Actes de la journée d'études du 10 février 2003, Université de Metz, Bruylant, Coll. « Droit et justice », n°53, 2004, pp. 19-59.
- PRADEL (J.)**, « Les grandes tendances de l'eupéanisation des systèmes pénaux nationaux », *Les cahiers du droit*, vol. 50, n°3-4, 2009, pp. 1015-1038.
- PRADEL (J.)**, « Les principes constitutionnels du procès pénal », *Cah. cons. const.*, 2003, pp. 84 ss.
- PUECHAVY (M.)**, « Les contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité par le juge interne des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Un besoin de clarification en France », in *Les droits de l'homme en évolution. Mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Athènes/Bruxelles, Editions Ant. N. Sakkoulas/Bruylant, 2009, pp. 415-429.
- REIMANN (M.)**, « Droit positif et culture juridique. L'américanisation du droit européen par réception », *Arch. phil. droit.*, vol. 45, 2001, pp. 61-75.
- ROCHER (G.)**, « Réflexion théorique et études empiriques aux frontières de l'internormativité », in **ROBERT (PH.)**, **SOUBIRAN-PAILLET (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)**, (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Paris, L'Harmattan, t.1, 1997, pp. 95-114.
- RODIERE (R.)**, « Approche d'un phénomène : les migrations de systèmes juridiques », in *Mélanges G. Marty*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, pp. 947 ss.

ROMANO (C.P.R.) et **BOUTRUCHE (T.)**, « Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice hybride », *RGDIP*, vol.1, 2003, pp. 109-124.

RUEDA (I.), « Réflexions sur la notion d'internationalité en droit », *RRJ*, 2003, pp. 107-118.

RUIZ FABRI (H.) et **GREWE (C.)**, « La constitutionnalisation à l'épreuve du droit international et du droit européen », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gaudron*, Paris, A. Pedone, 2004, pp. 189-206.

SAAS (C.), « La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome », *AJ Pénal*, n°6, 2007, pp. 267- 270.

SAINT-PAU (J.-C.), « L'internationalisation du droit pénal », *Dr. Pen.*, n°9, septembre 2006.

SCHABAS (W.), « Droit pénal international et droit international des droits de l'homme: faux frères », in **HENZELIN (M.)** et **ROTH (R.)**, (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris/Genève/Bruxelles, LGDJ/Georg Editeur/Bruylant, 2002, pp. 165-181.

SCHOKKENBROEK (J.), « The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case law of the european Court of human rights. General reports », *HRLJ*, vol 19, 1998, pp. 30-36,

SIMON (D.), « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs*, n°96, 2001, pp. 31-49.

SOMMACCO (V.), « Les validations législatives : illustration du « dialogue des juges » », *RRJ*, 2003, pp. 2787-2800.

SOREL (J.-M.), « Le rôle du droit international dans le développement du pluralisme (et vice versa) : une liaison moins naturelle qu'il n'y paraît », in **FONTAINE (L.)**, (dir.), *Droit et pluralisme*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et société », 76, 2007, pp. 73-99,

SRIRAM (C. L.), « Globalising justice : from universal jurisdiction to mixed tribunals », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 22, 2004, pp. 7-32.

SUDRE (F.), « A propos du dialogue des juges et du contrôle de conventionalité », *Les dynamiques du droit européen en début de siècle : études en l'honneur de Jean Claude Gaudron*, Paris, A. Pedone, 2004, pp. 207-224.

TAXIL (B.), « L'applicabilité directe des traités internationaux en France et aux Etats-Unis », *RIDC*, vol. 1, 2007, pp. 157-176.

TAXIL (B.), « Méthodes d'intégration du droit international en droits internes », in *Internationalisation du droit et internationalisation de la justice*, Actes du colloque des 21-23 juin 2010 de l'Ahjucaf, Cours judiciaires suprêmes francophones, pp. 104-115.

THIBIERGE (C.), « Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit », *RTDCiv.*, n°4, 2003, pp. 599-628.

TRIEPEL (H.), « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1923, pp. 106 ss.

TRUBEK (D. M.) et TRUBEK (L. G.), « Hard and soft law in the construction of social Europe: the role of open method coordination », *European Law Journal*, vol. 11, 2005, pp. 343-364.

TULKENS (F.) et DONNAY (L.), « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », *Rev. sc. crim.*, n°1, 2006, pp. 3-24.

TULKENS (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « D'où viennent les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet », in **CARTUYVELS (Y.), DIGNEFFE (F.) et ROBERT (Ph.)**, (dir.), *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Oustrive*, Paris, L'harmattan, 1998, pp. 131 ss.

TULKENS (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », in **GERARD (Ph.), OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.)**, (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1996, pp. 529 ss

VACHON (R.), « L'étude du pluralisme juridique – une approche diatopique et dialogale », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n°29, 1990, pp. 163-173.

VAN DER MEERSCH (G.), « Le caractère « autonome » des termes et la « marge d'appréciation » des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in **MATSCHER (F.) et PETZOLD (H.)**, (eds), *Protecting human rights : the european dimensions. Study in honour of Gerard J. Wardia*, Koln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymans Verlag KG, 1988, pp. 201-220.

VANDERLINDEN (J.), « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux-aspirants-paradigmes de la science juridique », *RIEJ*, n°49, 2002, pp. 11-36.

VERESHCHETIN (V. S.), « New constitutions and the old problem of the relationship between international law and national law », *European Journal of International Law*, 1996, pp. 29-41.

VERHOEVEN (J.), « La notion d'applicabilité directe du droit international », *RBDI*, vol. 2, 1980, pp. 243 ss .

VOGLIOTTI (M.), « De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique », *RIEJ*, vol. 62, 2009, pp. 107-124.

VOGLIOTTI (M.), « L'érosion de la pyramide pénale moderne et l'hypothèse du réseau », *RIEJ*, vol. 55, 2005, pp. 1-17.

VOGLIOTTI (M.), « La « rhapsodie » : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal », *RIEJ*, 2001, pp. 141 ss

VOGLIOTTI (M.), « Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau ? », *Rev. sc. crim.* 2002, pp. 701 ss ;

VOGLIOTTI (M.), « Production du droit en réseau et juge « tisseur ». De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale », in

DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.), LAMERT-ABDELGAWAD (E.), (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, SLC, 2004, pp. 360-369.

WACHSMANN (P.), « L'importation en France de la notion de 'droits fondamentaux' », *RUDH*, vol. 16, 2004, pp. 40-49.

WALZ (G.A.), « Les rapports du droit international et du droit interne », *RCADI*, 1937.

WASHMANN (P.), « Une certaine marge d'appréciation – Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du 3^{ème} millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1017-1042.

WYLER (E.), « « L'internationalité » en droit international public », *RGDIP*, 2004, pp. 633-678.

ZAFFARONI (E. R.), « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 43-57.

ZAPATERO (L. A.), « L'harmonisation internationale du droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2011, pp. 557 ss.

IV- Théorie et philosophie du pénal, criminologie, politique criminelle.

a)- Ouvrages généraux.

ALLEN (M. J.), *Criminal law*, Londres, Blackstone Press, 6^{ème} éd., 2001.

ASHWORTH (A.), *Principles of criminal law*, Oxford University Press, 4^{ème} éd., 2003.

BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991.

BENTHAM (J.), *Vue générale d'un corps de législation, chap. VII, Œuvres*, Bruxelles, 1829.

BERNARDINI (R.), *L'intention coupable en droit pénal*, Thèse, Université de Nice, 1976.

BOSLY (H.-D.) et VANDERMEERSCH (D.), *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Chartre, 1999.

BOULOC (B.), LEVASSEUR (G.), STEFANI (G.), *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, 20^{ème} éd., 2007.

BOULOC (B.), *Pénologie*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2^{ème} éd., 1998.

CONTE (Ph.), *Droit pénal spécial*, Paris, Litec, coll. « Manuel », 3^{ème} éd., 2007.

DESPORTES (F.) et LE GUNEHEC (F.), *Droit pénal général*, Paris, Economica, coll. « Corpus droit privé », 15^{ème} éd., 2008.

FRANCK (Ad.), *Philosophie du droit pénal*, Paris, Librairie Germer Baillière et C., coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », 2^{ème} éd., 1880.

GARÇON (E.), *Le droit pénal (origines, évolution)*, Paris, coll. Payot 1922.

GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Vol. 1, 3^e éd., Paris, Sirey, 1913 (nouveau tirage, 1928).

LACEY (N.), WELLS (C.) et QUICK (O.), *Reconstructing criminal law. Text and materials*, 3^{ème} éd., Cambridge University Press, 2003.

LAZERGES (Ch.), *Introduction à la politique criminelle*, Paris, L'Harmattan, coll. « Traité des sciences criminelles », 2000.

LAZERGES (Ch.), *La politique criminelle*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1987.

LOMBOIS (C.), *Droit pénal général*, Paris, Hachette Supérieure, 1994.

MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, Paris, PUF, 2004.

MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Tome 1, Paris, Cujas, 7^e éd., 1997.

PONCELA (P.), *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2^{ème} éd., 1995.

PRADEL (J.), *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, coll. « Droit privé », 3^{ème} éd., 2008.

PRADEL (J.), *Droit pénal, t. I, Introduction général. Droit pénal général*, 5^{ème} éd., Paris, Cujas, 1986.

RASSAT (M. L.), *Droit pénal général*, Paris, Ellipses, 2004.

TULKENS (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, Kluwer, coll. « A la rencontre du droit », 6^e éd., 2003.

b)- Ouvrages collectifs, monographies, thèses.

ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle, un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 2^{ème} éd., 1966.

ANCEL (M.), *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 3^e éd., 1981.

BAUCHOT (B.), *Sanctions pénales nationales et droit international*, Thèse, Université Lille 2, 2007.

BROWN (D. H.), *The genesis of canadian criminal code of 1892*, Toronto, University of Toronto Presse, 1989.

CARIO (R.), *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, Paris, L'Harmattan, 2006.

CARIO (R.) et SALAS (D.), (dir.), *Œuvre de justice et victimes*, Paris, L'Harmattan, Vol. 1, Coll. « Traité de sciences criminelles », 2001.

CARIO (R.), *Justice restaurative. Principes et promesse*, Paris, L'Harmattan, 2005.

CARIO (R.), *La médiation pénale : entre répression et réparation*, Paris, L'Harmattan, 2002.

CARIO (R.), *Victimes : du traumatisme à la restauration*, Paris, L'Harmattan, 2002.

- CARIO (R.),** *Victimologie. De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale,* Paris, L'Harmattan, coll. *Traité de sciences criminelles*, Vol 1-2, 2001.
- CARPENTIERI (L.),** *La justice restaurative : analyse critique d'un modèle américain de règlement alternatif des conflits,* Thèse Université Panthéon-Assas Paris II, 2007.
- CARTUYVELS (Y.),** *D'où vient le code pénal ? une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle,* Bruxelles/Ottawa, De Boeck Université/Presses de l'Université d'Ottawa, 1996.
- CASSIN (B.), CAYLA (O.), SALAZAR (Ph.-J.),** *Vérité, réconciliation, réparation,* Paris, Le Genre Humain, vol. 43, 2004.
- CESONI (M.-L.),** *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité : la normalisation de l'exception,* Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2007.
- CHARLES (R.),** *Histoire du droit pénal,* Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1993.
- CUSSON (M.),** *Pourquoi punir ?,* Paris, Dalloz, 1987.
- DANA (A.),** *Essai sur la notion d'infraction pénale,* Thèse, Université de Lyon, 1980.
- DANET (J.),** *Justice pénale, le tournant,* Paris, Gallimard, coll. « Folio », 2006.
- DELMAS-MARTY (M.),** *Les grands systèmes de politique criminelle,* Paris, PUF, coll. « Thémis droit privé », 1992.
- DELMAS-MARTY (M.),** *Modèles et mouvements de politique criminelle,* Paris, Economica, 1983.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.),** *La politique criminelle des Etats autoritaires,* Paris, Cujas, 1938.
- DUMONT (H.),** *Pénologie. Le droit canadien relatif aux peines et aux sentences,* Montréal, Thémis, 1993.
- FARGET (J.),** *Justice et travail social. Le rhizome pénal,* Toulouse, Eres, 1992.
- FARGET (J.),** *La médiation. Essai de politique pénale,* Ramonville Saint-Agne, Erès, 1997.
- FLETCHER (G. P.),** *The grammar of criminal law. American, comparative, and international. Volume one: Foundations,* New York, Oxford University Press, 2007.
- GARAPON (A.), SALAS (D.),** *La République pénalisée,* Paris, Hachette, 1996.
- GARNOT (B.) (dir.),** *Les victimes, des oubliés de l'histoire ? Actes du Colloque de Dijon,* octobre 1999, Rennes, PUR, 2000.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.) et LAZERGES (Ch.) (dir.),** *La victime sur la scène pénale en Europe,* Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1^{ère} éd., 2008.
- JACCOUD (M.) (dir.),** *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences,* Paris, L'Harmattan, coll. « Sciences criminelles », 2003.

- JEAN (J.-P.)**, *Le système pénal*, Paris, La découverte, coll. « Repères », 2008.
- JULIOT DE LA MORANDIERE (L.)**, *De la règle « nulla poena sine lege »*, Thèse Paris, 1910.
- LACAZE (M.)**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, Paris, LGDJ, 2011.
- LACROIX (J.)**, *Philosophie de la culpabilité, éthique*, Paris, Dalloz, 1977.
- LAFAY (F.)**, *La modulation du droit par le juge, étude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006.
- LASCOUMES (P.), PONCELA (P.), LENOEL (P.)**, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.
- LASCOUMES (P.) et al.**, *Le droit pénal administratif. Instrument d'action étatique. Incrimination. Transactions*, Nemours, 1986.
- LEGROS (R.)**, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, Sirey, 1952.
- LEVASSEUR (G.)**, *Cours de droit pénal spécial*, Paris, 1967-1968.
- MAESTRO (M.)**, *Cesare Beccaria and the origin of penal reform*, Philadelphie, Temple University press, 1973.
- MERLE (R.)**, *La pénitence et la peine (Théologie, droit canonique, droit pénal)*, Paris, Cerf-Cujas, 1986.
- MOUYSSSET (O.)**, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, Paris, LGDJ, coll. « Thèses, Bibliothèque des sciences criminelles », tome 43, 2008.
- ORAISON (M.)**, *La culpabilité*, Paris, Seuil, 1974.
- OTTENHOF (R.)**, (dir.), *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*, Toulouse, Erès, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001.
- PERREAU (B.)**, *De la qualification en matière criminelle*, Paris, LGDJ, 1926.
- PIRES (A.P.)**, *Histoire des savoir sur le crime et la peine, t. 2, La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998.
- PONCELA (P.), LASCOUMES (P.)**, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », 1998.
- RENTELN (A. D.)**, *The cultural defense*, New York, 2004.
- ROBERT (Ph.) et FAUGERON (C.)**, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980.
- ROBERT (Ph.)**, *La question pénale*, Genève, Droz, 1984.
- ROBERT (Ph.) et FAUGERON (Cl.)**, *La justice et son public : les représentations sociale du système pénal*, Genève, Médecine et Hygiène, coll. « Déviance et société », 1978.

TROUSSE (P. E.), *Les principes généraux du droit pénal positif belge*, Bruxelles, Larcier, t. 1., vol. 1, 1956.

VERDUSSEN (M.), *Contours et enjeux du droit pénal constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

WEMMERS (J.-A. M.), *Introduction à la victimologie*, Montréal, PUM, 2003.

YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS (A.), (dir.), *Droit de l'homme et politique anticriminelle. 69^{ème} Cours International dans le cadre de la Société Internationale de Criminologie*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

ZEHR (H.) et TOEWS (B.), (dir.), *Critical issues in restorative justice*, Criminal Justice Press NY, 2004.

ZEHR (H.), *Changing lenses. A new focus for crime and justice*, Herald Press, 1990.

ZEHR (H.), *The little book of restorative justice*, Good Books Ed., 2002.

c-) Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence.

ALT-MAES (F.), « l'autonomie du droit pénal : mythe ou réalité », *Rev.sc.crim.*, 1987, pp. 347 ss.

ANCEL (M.), « Contribution de la recherche à la définition de la politique criminelle », *RICPT*, 1975, pp. 225 ss.

ANCEL (M.), « La défense sociale devant le problème de la victime », *Rev. sc. crim.*, 1978, pp. 179-187.

ANCEL (M.), « Le centenaire de l' 'Uomo delinquente'. Exposé introductif », *Rev. sc. crim.*, 1977, pp. 285 et s.

ANCEL (M.), « Pour une étude systématique des problèmes de politique criminelle », *Arch. pol. crim.*, n°1, 1975, pp. 15-42.

BADINTER (R.), « Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la révolution française », *Rev. sc. crim.*, 1989, pp. 235 ss

BARATTA (A.), « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique », *Déviance et société*, vol. XV, n°1, 1991, pp. 1-25.

BEERNAERT (M.-A), « Le nouvel article 65 du Code pénal », *RDPC.*, 1995, pp. 678 ss.

BERNARDI (A.), « Europe sans frontière et droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2002, pp.1 ss.

BERNARDI (A.), « Le droit pénal, bouclier ou épée des diversités culturelles », **CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.) et VAN DROOGHENBROECK (S.),** (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis/Bruylant, coll. « Droit », 2007, pp. 497-550.

- BERNAT de CELIS (J.)**, « La politique criminelle à la recherche d'elle-même », *Arch. pol. crim.*, n°2, 1977, pp. 3-81.
- BANAFE-SCHMITT (J-P.)**, « Justice réparatrice et médiation pénale : vers de nouveaux modèles de régulation sociale ? », in **JACCOUD (M.)** (dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences*, Paris, L'Harmattan, coll. « Sciences criminelles », 2003, pp. 17-49.
- BOUZAT (P.)**, « Le centenaire d'E. FERRI, l'œuvre du maître, son actualité », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 1 et s.
- CANEPA (G.)**, « Perspectives de contradiction et d'innovation dans la pensée de Cesare Lombroso », *Rev. sc. crim.*, 1977, pp. 551 et s.
- CARSTENS (P. A.)**, « The cultural defense in criminal law : South African perspectives », *De Jure*, vol. 2, 2004, pp. 312 ss.
- CARIO (R.)**, « « Changing lenses ». Autour de l'œuvre d'Howard ZEHR », *Les cahiers de la justice*, n°1, 2006, pp. 045-057.
- CARIO (R.)**, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *Actualité Juridique de Droit Pénal*, n°9, 2007, pp. 372-375.
- CARIO (R.)**, « La justice restaurative : promesses et principes (A propos de l'œuvre d'Howard Zehr) », *Les Petites affiches*, n°204, 2004, pp.5-10.
- CARTUYVELS (Y.)**, « Eléments pour une approche généalogique du code pénal », *Déviante et société*, vol. 18, 1994, pp. 373-396.
- CARTUYVELS (Y.)**, « Le droit pénal entre consolidation étatique et codification absolutiste au XVIII^e siècle », **ROUSSEAU (X.)**, **LEVY (R.)**, (dir.), *Le pénal dans tous ses états. Etats, justice et société en Europe (XIII-XXe siècle)*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, pp. 251-278.
- CARTUYVELS (Y.)**, « Le droit pénal et l'Etat : des frontières naturelles en question », in **HENZELIN (M.)** et **ROTH (R.)** (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris/Genève/Bruxelles, LGDJ/Georg Editeur/Bruylant, 2002, pp. 3-28.
- CARTUYVELS (Y.)**, « Proximus, ou la tentation du temps pénal contemporain », *RDPC*, 1999, pp. 54-66.
- CATSANTONIS (A. H.)**, « L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction », *R.I.D.P.*, 1957, pp. 63-73.
- CHALARON (Y.)**, « Le concours idéal d'infractions », *J.C.P.*, 1967, I. 2088.
- CHAMBLISS (W. J.)**, « Functional and conflict theories of crime : The heritage of Emile Durkheim and Karl Max », in **CHAMBLISS (W.J.)** et **MANKOFF (M.)** (dir.), *Whose law, What order? A conflict approach to criminology*, New York e.a., John Wiley, 1976, pp. 1 et s;
- CHAVANNE (A.)** et **FAYARD (M. C.)**, « Les délits d'imprudence », *Rev. sc. crim.*, 1975, pp. 1 ss.
- CHIU (E.)**, « Culture as justification, not excuse », *Am. Crim. L. Rev.*, vol.43, n°4, 2006, pp. 1134 ss.

- CIMAMONTI (S.)**, « Législation par référence et nouveau code pénal », *RRJ*, XXII, (4), 1997, pp. 1259 ss.
- CONWAY (G.)**, « Ne bis in idem and international criminal tribunals », *Criminal Law Forum*, vol. 14, 2003, pp. 351-383.
- CONWAY (G.)**, « Ne bis in idem in international law », *International Criminal Law Review*, vol. 14, 2003, pp. 217-224.
- COUVRAT (P.)**, « Les infractions contre les personnes dans le nouveau code pénal », *Rev. sc. crim.*, 1993, pp. 469.
- CUADRADO RUIZ (M. A.)**, « La commission par omission comme problème dogmatique », *ReAIDP/eRIAPL*, 2010, A-04-42.
- CUSSON (M.)**, « Le sens de la peine et la rétribution », *RCPT*, 1985, pp. 271 ss.
- D'HAUTEVILLE (A.)**, « La problématique de la place de la victime dans le procès pénal », *Arch. pol. crim.*, n°24, 2002, p. 7, pp. 15-25.
- D'HAUTEVILLE (A.)**, « Les droits des victimes », *Rev. sc. crim.*, 2001, pp. 107-116.
- DARGENTAS (E.)**, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *RPDP*, 1977, n°3, pp. 411-424.
- DASKALAKIS (E.)**, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, Thèse, Paris, 1969.
- DE CODT (J.)**, « Le nouvel article 65 du Code pénal ou la législation du délit collectif », *J.T.*, 1995, pp. 289 ss.
- DECOCQ (A.)**, « Incitation, abstention et complicité par aide ou assistance », *J.C.P.*, 1983. I. 3124.
- DEKEUVER (A.)**, « La classification des concours de qualifications », *Rev.sc.crim.*, 1974, pp. 551 ss.
- DE LAMY (B.)**, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les cahiers du droit*, vol. 50, n°3-4, 2009, pp. 585-609.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Des victimes : repères pour une approche comparative », *Rev. sc. crim.*, 1984, pp. 209-223.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « La création des lois et leur réception par la société », *Annales Internationales de Criminologie*, vol. 83, 1983, pp. 83-102.
- DELMAS-MARTY (M.)**, « Le rayonnement international de la pensée de Cesare Beccaria », *Rev. sc. crim.*, pp. 252 et s ;
- DEMBOUR (M.-B.) et HASLAM (E.)**, « Silencing hearing? Victim-witness at war crimes trials », *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 158 ss.

- DONNEDIEU DE VABRES (J.)**, « Les éléments administratifs de l'infraction », *D.*, 1952, chron. pp. 137-146.
- DONOVAN (J. M.) et GARTH (J. S.)**, « Delimiting the culture defense », *Quinipiac. Law. Rev.*, vol. 26, 2007-2008, pp. 109-146.
- DOUCET (J.-P.)**, Les familles d'infractions », *RDPC.*, 1975, pp. 769 ss.
- DUPEYRON (Ch.)**, « L'infraction collective », *Rev. sc. crim.*, 1973, pp. 357 ss.
- GOLDSTEIN (T. F.)**, « Cultural conflict in courts: Should the american criminal justice systems formally recognize a "cultural defense"? », *Dick. L. Rev.*, vol. 99, 1994, pp. 141 ss.
- GOUTAL (J. -L.)**, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *Rev.sc.crim.*, 1980, pp. 911 ss.
- GRAVEN (J.)**, « Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794) », in *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie, 1948, p. 97 ss.
- GULPHE (P.)**, « La distinction entre coauteurs et complices », *Rev. sc. crim.*, 1948, pp. 665-692.
- HENZELIN (M.)**, « Ne bis in idem, un principe à géométrie variable », *Revue Pénale Suisse*, vol. 25, 2005, 354-382.
- HERZOG (J. B.)**, « La répression des infractions involontaires », *R.D.P.C.*, 1958-1959, pp. 87 ss.
- JEANDIDIER (W.)**, « Principe de légalité criminelle », *Jurisclasseur pénal. (Code pénal)*, Fasc. 10, novembre 2004, p.1 et s.
- JEGEDE (S.)**, « Prohibition against subsequent prosecution: periscoping the non bis in idem principle », in **DECAUX (E.)**, **DIENG (A.) et SOW (M.)** (dir.), *From human rights to international criminal law. Studies in honour of an african jurist. The late judge Laïti Kama/Des droits de l'homme au droit international pénal. Etudes en l'honneur d'un juriste africain, feu le juge Laïti Kama*, *op. cit.*, pp. 483-518.
- JIMENES DE ASUA (L.)**, « Les problèmes modernes de la culpabilité », in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Liège, Faculté de droit, 1971, pp. 547 ss.
- JIMENEZ DE ASUA (L.)**, « L'infraction praeterintentionnelle », *Rev. sc. crim.*, 1960, pp. 567 ss.
- JUNOD (H.-Ph.)**, « Le droit pénal et la réparation du crime », *R.I.C.P.T.*, vol. 18, n°3, 1964, pp. 205-215.
- KAUFMANN**, « Le rôle de la notion d'acte en droit pénal allemand », *Annales Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXI, fasc. 1 et 2, 1973, pp. 11 ss.
- LARGUIER (J.)**, « Homicide et blessures commises en groupe », *Rev. sc. crim.*, 1973, pp. 880 ss.
- LAZERGES (Ch.)**, « De la fonction déclarative du droit pénal », *Rev.sc.crim.*, 2004, pp. 194 ss.

- LAZERGES (Ch.)**, « Le principe de la légalité des délits et des peines », in **CABRILLAC (R.)**, **FRISON ROCHE (M.-A.)** et **RIVET (T.)**, *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz 4^e éd., 1997, pp. 415 ss.
- LEBRET (J.)**, « Essai sur la notion d'intention criminelle », *Rev. sc. crim.*, 1938, pp. 438 ss.
- LEGROS (R.)**, « Le délit collectif », *RDPC.*, 1961, pp. 634 ss.
- LELIEUR (J.)**, « L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis après l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal ? », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 31-42.
- LESCLOUS (V.)**, « Le cumul réel d'infractions », *Rev.sc.crim.*, n°4, 1991, pp. 718-733.
- LEVASSEUR (G.)**, « Révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », *D.*, 1959, chron., p. 121.
- LEVASSEUR (G.)**, « Réflexion sur la compétence, un aspect négligée du principe de la légalité », in *Mélanges Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 13ss.
- MANACORDA (S.)**, « La théorie générale de l'infraction pénale en France : lacunes ou spécificités de la science pénale », *RDPC*, n°1, 1999, pp. 35-53.
- MARCHAL (A.)** et **SCHEERS (J.)**, « Une borne franchie : une nouvelle théorie conceptuelle de l'infraction (A propos de la thèse d'Adrien Dana) », *RDPC*, 1983, pp. 33 ss.
- MARY (Ph.)**, « La politique criminelle : nouvelle discipline juridique ou objet d'étude sociologique ? », *RDPC*, 1999, pp.860-878.
- MARY (Ph.)**, « Relecture de Garofalo », *Journ. proc.*, n°141, 30 décembre 1988, pp. 22 et s.
- MAYAUD (Y.)**, *Violences involontaires et responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1993.
- MAYAUD (Y.)**, « L'intention dans la théorie du droit pénal », *P.A.S.C.*, tome XII, 1999, pp. 57 ss.
- MAYAUD (Y.)**, « La volonté à la lumière du nouveau code pénal », in *Mélanges J. Larguier*, P.U.G., 1993, pp. 204 ss.
- MBOW (P.)**, « Pénaliser un fait culturel : quelle solution à l'excision ? », *Présence africaine*, n°160, 1999, pp. 67-77
- MERABTI (B.)**, « L'abolition de la peine de mort dans les pays musulmans : engager la réflexion », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 62, 2005, pp. 563-579.
- MERLE (R.)**, « La culpabilité devant les sciences humaines et sociales », *Rev. sc. crim.*, 1976, pp. 29 ss.
- MESSINNE (J.)**, « A propos du nouvel article 65 du Code pénal », *J.T.*, 1995, pp. 293 ss.
- MERCADAL (B.)**, « Recherches sur l'intention en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1967, pp. 1 ss.
- MIERS (D.)**, « La justice réparatrice en Europe : état des développements et de la recherche », *Les cahiers de la justice*, n°1, 2006, pp.095-111.
- MOLFESSIS (N.)**, « Le renvoi d'un texte à l'autre », *RRJ*, XXII, (4), 1997, pp. 1185 ss.

- NORMANDEAU (A.),** « Le terrorisme international et la peine de mort », *Rev. sc. crim.*, 2006, pp. 895-898, pp. ??
- NTONO TSIMI (G.),** « La responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal camerounais. Des dispositions spéciales vers un énoncé général ? », *Arch. pol. crim.*, n°33, 2011, pp. 223-224.
- NUVOLONE (P.),** « Lombroso et le droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 1977, pp. 541 ss.
- PIRES (A.),** « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Revue sociologie et société*, 2001, pp. 179-204.
- PIRES (A.P.),** « La ligne Maginot en droit pénal : la protection contre le crime versus la protection contre le prince », *RDPC*, n°2, 2001, pp. 145-170.
- PONCELA (P.),** « Droit de punir et devoir de punir », *Arch. phil. droit*, 1983, pp. 123 ss.
- PONSEILLE (A.),** « La faute caractérisée en droit pénal », *Rev. sc. crim.*, 2003, pp. 79 ss.
- PRADEL (J.),** « Le défaut de prévoyance en droit pénal français », *R.D.P.C.*, 1993, pp. 435 ss.
- PROTHAIS (A.),** « Les paradoxes de la pénalisation : enquête en matière d'assistance médicale à la procréation et d'adoption », *Semaine Juridique Edition Générale*, n°42, 1997, I. 4055.
- RASSAT (M.-L.),** « Mort de la peine de mort », *JCP.G.*, n°13, 2007, pp. 3 ss.
- RENNEVILLE (M.),** « La réception de Lombroso en France (1880-1900) », in L. **MUCCHIELI (L.)**, (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994, pp. 107 ss.
- RENTELN (A. D.),** « Corporal punishment and the cultural defense », *Law and Contemporary Problems*, vol. 73, 2010, pp. 253-279.
- RENTELN (A. D.),** « The use and abuse of the cultural defense », *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 20, n°1, 2005, pp. 47-67.
- ROBERT (J.-H.),** « Imputabilité et complicité », *J.C.P.*, 1975. I. 2720.
- ROBERT (J.-H.),** « L'histoire des éléments constitutifs de l'infraction », *Rev. sc. crim.*, 1977, pp. 269 ss.
- ROBERT (J.-H.),** « L'incrimination par renvoi du législateur national à des règlements communautaires futurs », in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, pp. 169-181.
- ROBERT (Ph.),** « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'année sociologique*, vol. 24, 1973, pp. 441-504.
- ROUSSEAUX (X.), LEVY (R.),** « Le pénal dans tout ses états », in **ROUSSEAUX (X.), LEVY (R.)**, (dir.), *Le pénal dans tous ses états. Etats, justice et société en Europe (XIII-XXe siècle)*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1997.

- SALAS (D.)**, « Etat et droit pénal. Le droit pénal entre « themis » et « dikès » », *Droits*, n°15-16, 1992, pp.77-90.
- SALAS (D.)**, « Introduction : qu'est-ce que la justice « réparatrice » ? », *Les cahiers de la justice*, n°1, 2006, pp. 021-025.
- SALVAGE (P.)**, « L'imprudence en droit pénal », *J.C.P.*, 1996.I.3984.
- SALVAGE (Ph.)**, « Le lien de causalité en matière de complicité », *Rev. sc. crim.*, 1981, pp. 25 ss.
- SERLOOTEN (P.)**, « Les qualifications multiples », *Rev.sc.crim.*, 1973, pp. 45 ss.
- TRECHSEL (S.) et SCHLAURI (R.)**, « Les mutilations génitales féminines en Suisse. Expertise juridique », *R.I.C.P.T.*, vol. LVIII n°4, 2005, pp. 387-440.
- TULKENS (F.)**, « La réforme du code pénal en Belgique. Question critique », *Déviance et société*, vol. 3, 1983, pp. 197-218.
- TULKENS (F.)**, « Le mouvement de réforme des codes et le nouveau code pénal français », *Arch. pol. crim.*, n°17, 1995.
- VAN BROECK (J.)**, « Cultural defence and culturally motivated crimes (cultural offences) », *European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice*, n° 9, 2001, pp. 1-32.
- VAN DE KERCHOVE (M.)**, « Décriminalisation et dépénalisation dans la pensée de Jeremy Bentham », in **GERARD (Ph.)**, **OST (F.)** et **VAN DE KERCHOVE (M.)**, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 1987, pp. 663 ss.
- VAN DE KERCHOVE (M.)**, « Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels », in *Liber Amicorum. Jean du Jardin*, Kluwer, Deume, 2001, pp. 299 et s ;
- VERHAEGEN (J.)**, « Meurtre pour faciliter le vol », *RDPC.*, 1975, pp. 785 ss.
- VERHAGEN**, « Trois réflexions sur l'avant-projet de code pénal français », *RDPC*, 1979, pp. 13 ss.
- VOUIN (J. R.)**, « Justice criminelle et autonomie du droit criminel », *D.*, 1947, chron., p. 81.
- WALGRAVE (L.)**, « Extending the victim perspective towards a systemic restorative justice alternative », in **CRAWFORD (A.)** et **GOODEY (J.)**, (dir.), *Integrating a victim perspective within criminal justice*, London, Ashgate, 2000, pp. 253-283.
- WALGRAVE (L.)**, « How pure can a maximalist approach to restorative justice remain? Or can a purist model of restorative justice become maximalist? », *Contemporary Justice Review*, vol.4, 2000, pp. 415-432.
- WONG (Ch. M.)**, « Good intentions, troublesome applications : the cultural defense and other uses of cultural evidence in Canada », *Criminal. Law Quaterly*, vol. 42, n° 2-3, 1999, pp. 367 ss.

V- Théorie et sources du droit international, droit international des droits de l'homme, incrimination internationale.

a)- Ouvrages généraux

- BASSIOUNI (Ch.)**, *International criminal law : enforcement, vol. II*, 2^{ème} éd., Ardsley/New York, Transnational Publishers, 1999.
- BASSIOUNI (Ch.)**, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- CARREAU (D.)**, *Droit international*, Paris, Pedone, 5^{ème} éd., 1997.
- CASSESE (A.)**, *International criminal law*, Oxford, Oxford University Press, 2003.
- COMBACAU (J.) et SUR (S.)**, *Droit international public*, Paris, Domat, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2008.
- COMBACAU (J.) et SUR (S.)**, *Le droit international public*, Paris, Montchrestien, 3^e éd., 1997.
- ANZILOTTI (D.)**, *Cours de droit international*, Paris, LGDJ, 1999.
- DAILLIER (P.) et PELLET (A.)**, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002.
- DAVID (E.)**, *Eléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- DUPUY (P.- M.)**, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 9^{ème} éd., 2008.
- HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.)**, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, coll. « Thémis droit », 3^{ème} éd., 2005.
- LOMBOIS (C.)**, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1979.
- NGUYEN QUOC (D.), DAILLET (P.) et PELLET (A.)**, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2002.
- PERRIN (G.)**, *Droit international public. Sources, sujets, caractéristiques*, Zürich, Schulthess, 1999.
- ROUSSEAU (Ch.)**, *Droit international public, tome 2, Les sujets du droit*, Paris, Sirey, 1974.
- SCELLE (G.)**, *Précis de droit des gens. Première Partie*, Paris, Sirey, 1932.
- SUDRE (F.)**, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 8^{ème} éd., 2006.

b)- Ouvrages collectifs, monographies, thèses, recueil des cours.

- ABTAHI (H.) et WEBB (Ph.)**, *The Genocide convention. The travaux préparatoires*, Vol. 1, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- BASSIOUNI (Ch.)**, (ed), *International criminal law: a draft of international criminal code*, The Hague, Kluwer Law International, 2nd ed., 1999.
- BASSIOUNI (Ch.) et WISE (E. M.)**, *Aut dedere aut judicare : The duty to extradite or prosecute in international law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- BASSIOUNI (Ch.)**, *A draft international criminal code and a draft statute for an international criminal tribunal*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987.

Bibliographie sélective.

BASSIOUNI (Ch.), *Crimes against humanity in international law*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2^e éd., 1999.

BASSIOUNI (Ch.), *International criminal law : draft international criminal code*, Netherlands, Sijthoff & Noordhoff, 1980.

BASSIOUNI (Ch.), *International criminal law. Vol. 1. Sources, subjects and contents*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Third edition, 2008.

BEAUVAIS (P.), *Le principe de la légalité pénale dans le droit de l'Union européenne*, Thèse droit pénal européen, Paris X-Nanterre, 2006.

BEDJAOUI (M.), *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du conseil de sécurité*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2004.

BOOT (M.), *Genocide, Crimes against humanity, War crimes. Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Antwerpen, Oxford, New York, 2002.

BORGHI (A.), *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2003.

BOUSTANY (K.) et **DORMY (D.)**, (dir.), *Génocide (s)*, Bruxelles, Bruylant/Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, 1999.

BRAIBANT (G.), in *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Paris, Points Essais, 2001.

CARTUYVELS (Y.), **DUMONT (H.)**, **OST (F.)**, **VAN DE KERCHOVE (M.)** et **VAN DROOGHENBROECK (S.)**, (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis/Bruylant, coll. « Droit », 2007.

CHEMAIN (R.) et **PELLET (A.)**, *La charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, « Cahiers internationaux », n^o.20, 2006.

COHEN-JONATHAN (G.) et **FLAUSS (J.-F.)**, (dir.), *Droit international général, droits de l'homme et juridictions internationales*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », 2004.

COT (J.-P.), **PELLET (A.)**, **FORTEAU (M.)**, *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^e éd, II, 2005.

CURAT (Ph.), *Les crimes contre l'humanité dans le statut de la cour pénale internationale*, Paris/Bruxelles/Genève, LGDJ/Bruylant/Schulthess, 2006.

DE FROUVILLE (O.), *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, Paris, Pedone, 2004.

DE GROOT (H.), *De jure belli et Pacis*, (1625), **WHEWELL (W.)**, (traduction), Cambridge C.U.P., 1853.

DE MERTENS (P.), *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité : étude de droit international et de droit pénal comparé*, Bruxelles, Édition de l'Université de Bruxelles, 1974.

DE SCHUTTER (O.) et **VAN DROOGHENBROECK (S.)**, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999.

- DE VATTEL (E.)**, *Le Droit des Gens*, (1758), Washington, Camegie Institution 1916.
- DE VISSCHER (Ch.)**, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, Paris, Pedone, 1963.
- DECAUX (E.)** (dir.), *Le chef d'Etat et le droit international*, SFDI, Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, Pedone, 2002.
- DELMAS-MARTY (M.)**, et al., *Le crime contre l'humanité*, Paris, PUF, coll « Que sais-je ? », 2009.
- DELMAS-MARTY (M.)**, **FRONZA (E.)**, **LAMERT-ABDELGAWAD (E.)**, (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Paris, SLC, 2004.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.)**, *Les principes modernes du droit pénal international*, Paris, éd. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004.
- DONNER (R.)**, *The regulation of nationality in international law*, 2^{ème} éd., Irvington-on-Hudson, Transnational Publishers, 1994.
- DUBOUT (E.)** et **TOUZE (S.)**, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009.
- DUMONT (H.)**, **OST (F.)** et **VAN DROOGHENBROECK (S.)**, (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005.
- DUPUY (P.-M.)**, *Les grands textes du droit international public*, Paris, Dalloz, coll. « Grands textes », 2^{ème} éd., 2000.
- DUPUY (R.-J.)**, *Dialectiques du droit international. Souveraineté des Etats, communauté internationale et droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1999.
- DUPUY (R.-J.)**, *La communauté internationale entre mythe et histoire*, Paris, Economica, 1986.
- EUGENE (A.)**, *La protection internationale des droits de l'homme. Le crime contre l'humanité et la création d'une juridiction pénale internationale*, Thèse droit, Paris, 1949.
- FASSBENDER (B.)**, *The United Nations charter as the constitution of the international community*, Liden, Martinus Nijhoff Publihers, 2009.
- FINKIELKRAUT (A.)**, *L'humanité perdue – Essai sur le XX^{ème} siècle*, Paris, Seuil, 1996.
- FOX (H.)**, *The law of State immunity*, Oxford, Oxford University Press, New edition, 2004, 640 p.
- GARIBIAN (S.)**, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'Etat moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Paris/Bruxelles/Genève, LGDJ/Bruylant/Schulthess, coll. « Collection Genevoise », 2009.
- GIRARD (C.)**, *Des droits fondamentaux au fondement du droit. Réflexion sur les discours théoriques relatifs au fondement du droit*, Paris, Publications de la Sorbonne, coll. « De Republica », 2010.
- GLASER (S.)**, *Infraction internationale – Ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, Paris, LGDJ, 1957.
- GROTIUS (H.)**, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. fr. P. PRADIER-FODERE, Paris, PUF, 1999 (1625).

Bibliographie sélective.

- GRYNFOGEL (C.)**, *Le crime contre l'humanité, notion et régime juridique*, Thèse, Université de Toulouse I, 1991.
- IMBERT (P.-H.)**, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979.
- JACQUELIN (M.)**, *L'incrimination de génocide : étude comparée du droit de la Cour pénale internationale et du droit français*, Thèse droit, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2010.
- JEANNEL (J.)**, *La piraterie*, Paris, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1903.
- JUROVICS (Y.)**, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », t. 116, 2002.
- KANT (E.)**, *Projet de paix perpétuelle*, (1797), Paris, Vrin, 1982.
- KOLB (R.)**, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- KOLB (R.)**, *Théorie du ius cogens international. Essai de relecture du concept*, Paris, PUF, 2001.
- LAQUEUR (W.) et RUBIN (B.)**, (dir.), *Anthologie des droits de l'homme*, Paris, Nouveaux Horizons, 2002.
- LARDY (P.)**, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit international », t. xxxvi, 1966.
- LAUTERPACHT (H.)**, *International law and human rights*, 1950.
- LEJBOWICZ (A.)**, *Philosophie du droit international. L'impossible capture de l'humanité*, Paris, PUF, 1999.
- MARTENS (G. F.)**, *Nouveau recueil général des traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international*, troisième série, t. XI, Leipzig, 1922.
- MATTELART (A.)**, *Diversité culturelle et mondialisation*, Paris, La Découverte, 2005.
- MOREILLON (L.)**, **BICHOVSKY (A.)** et **MASSROURI (M.)**, (dir.), *Droit pénal humanitaire*, Bruxelles/Bâle, Bruylant/Helbing Lichtenhahn, coll. « Collection latine », 2^{ème} éd., Série II, volume 5, 2009.
- MORIN (J.Y.)**, (dir.), *Les défis des droits fondamentaux. Actes des deuxièmes journées scientifiques du réseau droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- NTOUBANDI (F. Z.)**, *Amnesty for crimes against humanity under international law*, Liden, Boston, Martinus Nijoff Publishers, 2007.
- PICHERAL (C.)**, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, Paris, La documentation française, coll. « Monde européen et international », 2001.
- PINGEL (I.)**, (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, Pedone, 2004.
- RAGAZZI (M.)**, *The concept of international obligations erga omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- REUTER (P.)**, *Le développement de l'ordre juridique international- Ecrits de droit international*, Paris, Economica, 1995.

- RIBES (D.)**, *L'Etat protecteur des droits fondamentaux. Recherche en droit comparé sur les effets des droits fondamentaux entre personnes privées*, Thèse, Université Paul Cézane, Aix-Marseille III, 2005.
- ROULOT (J. F.)**, *Le crime contre l'humanité*, Paris L'Harmattan, 2002.
- RUIZ FABRI (H.)**, **DELLE MORTE (G.)**, **LAMBERT ABDELGAWAD (E.)** et **MARTIN-CHENUT (K.)**, (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Paris, SLC, vol. 14, 2007.
- SAMWER (C.)** et **HOPF (J.)**, *Nouveau recueil général des Traités*, Librairie de Dieterich, Gottingue, 1875.
- SANDOZ (Y.)**, **SWINARSKI (C.)**, et **ZIMMERMAN (B.)**, (dir.), *Commentary on additional protocols of 8 june 1977 to the Geneva Convention of 12 august 1949*, Geneva, Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- SANTULLI (C.)**, *Droit du contentieux international*, Paris, Montchrestien, 2005.
- SASSO (L.)**, *Les obligations positives en matière de droits fondamentaux. Etude comparée de droit allemand, européen et français*, Thèse, Université de Caen, 1999.
- SCHABAS (W.)**, *Genocide in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.
- SCOTT (J. B.)**, *Les conférences de la Paix de La Haye de 1899 et 1907*, trad. fr. A. DE LAPRADELLE, Paris, Pedone, 1927.
- SPIELMANN (D.)**, *L'effet potentiel de la convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- STOWELL (E. C.)**, *Intervention in international law*, John Byrne & Co., Washington D. C., 1921.
- SUDRE (F.)**, (dir.), *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- SUDRE (F.)**, *Droit européen et droit international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 9^{ème} éd., 2008.
- SUDRE (F.)**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7^{ème} éd., 2005.
- TAXIL (B.)**, *L'individu entre ordre interne et ordre international : recherches sur la personnalité juridique internationale*, Thèse, Paris 1- Panthéon Sorbonne, 2005.
- TIGROUDJA (H.)**, **PANOUSSIS (I. K.)**, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme, analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et justice », n°41, 2003.
- TOMUSCHAT (Ch.)** et **THOUVENAIN (J. M.)**, (dir.), *The fundamental rules of the international legal order*, Liden. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- TRIEPEL (H.)**, *Nouveau recueil général des Traités*, Librairie de Dieterich, Leipzig, 1910.
- VAN DEN WYNGAERT (Ch.)**, et *al.* (dir), *International criminal law : a collection of international and european instruments*, Lieden, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- VAN DROOGHENBROECK (S.)**, *La convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1999-2001), Les dossiers du journal des tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2003.

VAURS CHAUMETTE (A.-L.), *Les sujets du droit international pénal. Vers une nouvelle définition de la personnalité juridique internationale ?*, Paris, Pedone, 2009.

VERYKIOS (P. A.), *La prescription en droit international public*, Paris, Pedone, 1934.

VILLIGER (M. E.), *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the law of treaties*, Liden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

VITORIA et SUAREZ, *Contribution des théologiens au droit international moderne*, Paris, Pedone, 1939.

WERLE (G.), *Principles of international criminal law*, The Hague, TMC Asser Press, 2005.

WHEATON (H.), *Elements of international law*, New York, Da capo press, 1972 (1836).

WEIL-SIERPINSKI (B.), *L'intervention d'humanité : un concept en mutation*, Thèse Montpellier I, 1995.

c)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence.

AGO (R.), « Le délit international », *R.C.A.D.I.*, tome. 068, 1939, pp. 415-554.

AGO (R.), « Le droit international dans la conception de Grotius », *RCADI*, 1983, tome. 182, pp. 375-398.

AZARI (H.), « Regards croisés sur l'intention génocidaire. A propos de l'arrêt de la Cour internationale de justice en l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c/ Serbie-et-Monténégro) », *Rev. sc. crim.*, n°4, 2007, pp. 739-763.

BARBERIS (J. A.), « Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale », *R.C.A.D.I.*, tome.179, 1983, pp. 175-302

BASSIOUNI (Ch.) et DERBY (D. H.), « An appraisal of torture in international law and practice : the need for an international convention for the protection and suppression of torture », *RIDP*, vol.48, 1977.

BASSIOUNI (Ch.), « Le droit pénal international, son histoire, son objet, son contenu », *RIDP*, 1981, pp. 41-82.

BEDJAOUI (M.), « L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de justice », in *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber amicorum Georges Abi-Saab*, Kluwer, 2001, pp. 563 ss.

BEN ACHOUR (Y.), « Souveraineté étatique et protection internationale des minorités », *R.C.A.D.I.*, 1994, pp. 321-464.

BENNOUNA (M.), « Droit international et diversité culturelle », in *International law on the eve of the twenty-oneth century. Views from the ILC/Le droit international à l'aube XXIe siècle. Réflexions de codificateurs*, Nations Unies, New York, 1997, pp. 79-98.

BENZIRA-HAZAN (J.), « Disparitions forcées des personnes et protection du droit à l'intégrité : méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, pp. 785 ss.

BEREZOWSKI (C.), « Les sujets non souverains du droit international », *R.C.A.D.I.*, tome. 65, 1938, pp. 1-85.

- BIANCHI (A.)**, « Immunity versus human rights : the Pinochet case », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 237-277.
- BIANCHI (A.)**, « L'immunité des Etats et les violations graves des droit de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, 2004, pp. 63 ss.
- BOKATOLA (I. O.)**, « La déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ethniques, religieuses ou linguistiques », *RGDIP*, vol. 3, 1993, pp. 745-766.
- BOURGORGUE-LARSEN (L.)**, « Les sources du droit international pénal. Analyse comparative de la pratique judiciaire des TPI et du texte du statut portant création de la Cour pénale internationale », in **DELMAS-MARTY (M.)**, **FRONZA (E.)** et **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp. 377-381.
- BOWETT**, « Crimes of State and the 1996 report of the International Law Commission on State responsibility », *European Journal of International Law*, 1998, vol. 9, pp. 163 ss.
- BOYLE (D.)**, « Génocide et crime contre l'humanité: convergences et divergences », in **FRONZA (E.)** et **MANACORDA (S.)** (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etude des law clinics en droit pénal international*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, pp 124-141.
- BOYLE (D.)**, « L'apport des tribunaux pénaux internationalisés quant au régime du crime », in **ASCENCIO (H.)**, **LAMBERT ABDELGAWAD (E.)** et **SOREL (J.-M.)** (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées. (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, SLC, vol. 11, 2006, pp. 95-143.
- BOYLE (D.)**, « Le crime de génocide au Cambodge », in **DELMAS-MARTY (M.)** (dir.), *Les processus d'internationalisation. Criminalité économique et atteinte à la dignité des personnes. Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal*, Paris, Maison des sciences de l'homme, vol. VII, 2001, pp. 296-306.
- BYERS (M.)**, « Conceptualising the relationship between jus cogens and erga omnes rules », *New York Journal of International Law*, 1997, vol. 66, pp. 211- 239.
- CAHIN (G.)**, « Droit de la Charte et coutume internationale », in **COT (J.-P.)**, **PELLET (A.)** et **FORTEAU (M.)**, (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 2005, pp. 83-109.
- CANCADO TRINDADE (A. A.)**, « International law for humankind. Towards a new jus gentium », *RCADI*, vol. 316-317, 2006.
- CANCADO TRINDADE (A. A.)**, « Le système interaméricain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspective d'évolution à l'aube du XXI^e siècle », *AFDI*, 2000, pp. 548-577.
- CANSACCHI (G.)**, « Identité et continuité des sujets internationaux », *R.C.A.D.I.*, tome.130, 1970, pp. 1-94.
- CAPLAN (M. L.)**, « State immunity, human rights and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory », *Amrican Journal of International Law*, vol. 93, 2003, pp. 741 ss.
- CASSESE (A.)**, « La communauté internationale et le génocide », in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 183-194.

- CASSESE (A.)**, « The Martens clause: half of loaf or simply pie in the sky? », *European Journal of International Law*, 2000, vol. 11, n°1, pp. 187-216.
- CASSIN (R.)**, « La déclaration universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme », *RCADI*, vol. 79, 1951, pp. 241-367.
- CHAMPEIL-DESPLATS (V.)**, « Les droits et libertés fondamentaux en France. Genèse d'une qualification », in **LOKIEC (P.)**, **LYON-CAEN (A.)** (dir.), *Droits fondamentaux et droit social*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 11-37.
- CHETAİL (V.)**, « Migration, droits de l'homme et souveraineté : le droit international dans tous ses états », in **CHETAİL (V.)** (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme. Le droit international en question*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 14-71.
- COHEN-JONATHAN (G.)**, « Les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme. Nouveaux aspects européens et internationaux », *RGDIP*, vol. 100, 1996, pp. 915-949.
- COHEN-JONATHAN (G.)**, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, n°53, 2003, pp. 3-13.
- CONFORTI (B.)**, « Unité et fragmentation du droit international : « glissez mortels, n'appuyez pas » », *RGDIP*, 2007, pp. 5-18.
- COSNARD (M.)**, « Quelques observations sur les décisions de la Chambre des lords du 26 novembre et du 24 mars 1999 dans l'affaire *Pinochet* », *R.G.D.I.P.*, vol. 103, 1999, pp. 309-328.
- COT (J.-P.)** et **PELLET (A.)**, « Préambule », in **COT (J.-P.)**, **PELLET (A.)** et **FORTEAU (M.)**, (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaires article par article*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., Vol 1, 2005, pp. 290-312.
- CRANSTON (M.)**, « Qu'est-ce que les droits de l'homme ? », in **LAQUEUR (W.)** et **RUBIN (B.)** (dir.), *Anthologie des droits de l'homme*, Paris, Nouveaux Horizons, 2002, pp. 25-35.
- CRAWFORD (J.)**, **BODEAU (P.)** et **PEEL (J.)**, « La seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats par la Commission de droit international : évolutions ou bouleversements ? », *RGDIP*, n°4, 2000, pp. 911-938.
- D'ARGENT (P.)**, « Monsieur Sharon et ses juges belges », *Journal des tribunaux* 2003, pp. 247-252.
- DAUDET (Y.)**, « Actualités de la codification du droit international », *RCADI*, vol. 303, 2003, pp. 9-118.
- DAUTRICOURT (J. Y.)**, « Nature et fondement du droit pénal universel », *RDPC*, 1949-1950, pp.1023-1061.
- DE GOUTTES (R.)**, « Droit pénal et droits de l'homme », *Rev.sc.crim.*, vol. 1, 2000, pp. 133-144.
- DE HEMPTINNE (J.)**, « Controverses relatives à la définition du crime de persécution », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 53, 2003, pp. 15-48.
- DE HEMPTINNE (J.)**, « L'hybridité et l'autonomie du Règlement de procédure et de preuve du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », **DELMAS-MARTY (M.)**, **FRONZA (E.)** et **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)** (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp. 135-156.

- DE HEMPTINNE (J.),** « La définition du crime contre l'humanité par le TPIY », *Rev. trim. dr. h.* n°36, 1998, pp. 763 ss.
- DE VISSCHER (P.),** « Tendances internationales des constitutions modernes », *RCADI*, 1952, pp. 515-575.
- DE WET (E.),** « The prohibition of torture as international norm of *jus cogens* and its implications for national and customary law », *European Journal of Law*, 2004, Vol. 15, N. 1, pp. 97-121.
- DEAN (A.),** « The prohibition of widespread rape as a *jus cogens* », *SDILJ*, Vol.6, 2005, pp. 357-398.
- DECAUX (E.),** « Le statut du chef d'Etat déchu », *AFDI*, XXVI, 1980, pp. 101-139.
- DELAPLACE (E.),** « La notion de groupe dans la jurisprudence du TPIR », in **BURGORGUE-LARSEN (L.)** (dir.), *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 274 ss.
- DELMAS-MARTY (M.),** « Faut-il interdire le clonage humain ? », *D.*, 2003, chron. p. 2527.
- DELMAS-MARTY (M.),** « Interdire et punir le clonage reproductif humain », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 54, 2003, pp. 429-440.
- DELMAS-MARTY (M.),** « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *Rev. Sc. crim.*, 1994, pp. 477-490.
- DELMAS-SAINT HILAIRE (J.-P.),** « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *D.*, 1997, pp. 249-253.
- DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.),** « Les principes de la légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de légalité en droit pénal, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bouzat*, Paris, Pedone, 1980, pp. 149 ss.
- DISTEFANO (G.),** « Observations éparses sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *AFDI*, 2007, pp. 105-128.
- DOMINICE (Ch.),** « La personnalité juridique dans le système du droit des gens », in *Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski : theory of international law at the threshold of 21st Century*, The Hague, Kluwer Law Intern, 1996, pp. 147-171.
- DOMINICE (Ch.),** « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat », *R.G.D.I.P.*, n°2, 1999, p. 301 ss.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.),** « Le jugement de Nuremberg et le principe de la légalité des délits et des peines », *RDPC*, vol. 17, 1946, pp. 813 ss.
- DONNEDIEU DE VABRES (H.),** « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, 1947.
- DUPUY (P.-M.),** « L'enfer et le paradigme. Libre propos sur les relations du droit international avec la persistance des guerres et l'objectif idéal du maintien de la paix », in *Mélanges Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris, Pedone, 1998, p. 187-200.
- DUPUY (P.-M.),** « Les 'considérations élémentaires d'humanité' dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice », in *Droit et justice. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Paris, Pedone, 1999, pp. 122 ss.

- DUPUY (R. J.)**, « Communauté internationale et disparité de développement. », *R.C.A.D.I.*, tome. 165, 1979.
- DUPUY (R.-J.)**, « Les droits de l'homme, valeur européenne ou valeur universelle ? », *Revue de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1989, pp. 425-428.
- ETIENNE (J.)**, « La morale formelle et le droit positif face à l'humainement inacceptable », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs. Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits des valeurs en droit pénal, public et international, X^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Bibliothèques de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain », 1982, pp. 23-34.
- EUSTATHIADES (C. Th.)**, « Les sujets du droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances », *RCADI*, tome.84, 1953, pp. 397- 672.
- FELDMAN (D. I.)**, « International personality », *RCADI*, tome.191, 1985, pp. 343-414.
- FRAISSEIX (P.)**, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'Homme », *Rev. dr. pub.*, n°2, 2001, pp. 531-553.
- FRONZA (E.)**, **MALARINO (E.)** et **SOTIS (C.)**, « Le principe de précision et la justice pénale internationale », in **DELMAS-MARTY (M.)**, **FRONZA (E.)** et **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)** (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp. 157-210.
- FRONZA (E.)** et **TRICOT (J.)**, « Fonction symbolique et droit pénal international : une analyse du discours des tribunaux pénaux internationaux », in **FRONZA (E.)** et **MANACORDA (S.)** (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des laws clinics en droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 292-309.
- GAJA (G.)**, « Jus cogens beyond the Vienna Convention », *RCADI*, 1981, pp. 275- 316.
- GARDOT (A.)**, « Jean Bodin. Sa place parmi les fondateurs du droit international », *RCADI*, 1934, pp. 549-742.
- GARIBIAN (S.)**, « Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg », *Journal of Genocide Research*, 2007, pp. 93-111.
- GATTINI (A.)**, « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP*, 2006, pp. 303-336.
- GIUDICELLI (A.)**, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *Rev. sc. crim.*, 2007, pp. 509-525.
- GLASER (S.)**, « La méthode d'interprétation en droit international pénal », *Rivista Italiana Di Diritto E Prodedura Penale*, vol. 9, 1966, pp. 762 ss.
- GLASER (S.)**, « Nullum crimen sine lege », *Comparative Legistive & International Law*, vol. 24, 1942, pp. 29 ss.
- GLENNON (M. J.)**, « De l'absurdité du droit impératif (Jus cogens) », *RGDIP*, 2006, vol. 3, pp. 530-535.
- GONIDEC (P.-F.)**, « Dialectique du droit international et de la politique internationale », in *Mélanges Ch. Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, pp. 315 et s.
- GOODHART (A. L.)**, « The legality of the Nuremberg trials », *Judicial Review*, 1946, pp. 1-19.

- GOZZI (M.-H.)**, « Définition du crime contre l'humanité », *D.*, 2001, Somm. Com., p. 2357.
- GRADONI (L.)**, « L'attestation du droit international coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-yougoslavie. 'Régularités' et 'règles' », in **DELMAS-MARTY (M.)**, **FRONZA (E.)** et **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)** (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp 25-74.
- GRANDE (E.)**, « Droit pénal et principe de légalité : la perspective du comparatiste », in **FRONZA (E.)** et **MANACORDA (S.)**, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes de law clinics en droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 69-79.
- GROS ESPIELL (H.)**, « La commission et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Situation actuelle et perspectives d'avenir », in *Mélanges L. E. PETTITI*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 441 ss.
- GROS ESPIELL (H.)**, « La convention américaine et la convention européenne des droits de l'homme, analyse comparative », *RCADI*, vol. 218, 1989, pp. 167-411.
- GRYNFOGEL (C.)**, « Crimes contre l'humanité », *Juris-Classeur*, 1998, p.19 ss.
- GRYNFOGEL (C.)**, « Le concept de crime contre l'humanité. Hier, aujourd'hui et demain », *RDPC*, 1994, pp. 13-51.
- GRYNFOGEL (C.)**, « Touvier et la justice, une affaire de crime contre l'humanité ? », *RSCDPC*, n°1, 1993, pp. 62-72.
- GRYNFOGEL (C.)**, « Un concept juridique en quête d'identité : le crime contre l'humanité », *RIDP*, 1992, pp. 1027-1048.
- GUGGENHEIM (P.)**, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *RCADI*, vol. 094, 1958, 84 p.
- J.M.C.**, « Delicti jus gentium : a limitation on the state's power to grant amnesty », *Ateneo Law Journal*, vol. 40, 1995, pp. 202-250.
- JESCHECK (H.-H.)**, « Crimes du droit des gens », *RIDP*, 1955, n.3 et 4, pp.503-554.
- JOUANNET (E.)**, « Le juge international face au problème d'incohérence et d'instabilité du droit international. Quelques réflexions à propos de l'arrêt de la CIJ du 6 novembre 2003, Affaire des Plates-formes pétrolières », *RGDIP*, vol. 4, 2004, pp. 917-948.
- KAMTO (M.)**, « La volonté de l'Etat en droit international », *R.C.A.D.I.*, tome. 310, 2004, pp. 12- 428.
- KARAGIANNAKIS (M.)**, « The definition of rape and its characterization as an act of genocide – A review of jurisprudence of international criminal tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia », *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, 1999, pp. 479-490.
- KELSEN (H.)**, « *The law of the United Nations* », Londres, Stevens and Sons Ltd, 1950, pp. 3-12.
- KELSEN (H.)**, « The Rule against ex post facto laws and the prosecution of the Axis war criminals », *The judge advocate journal*, vol. II, n°3, 1945, pp. 8-12.
- KELSEN (H.)**, « Théorie du droit international public », *RCADI*, tome, 84, 1953, pp. 1-203.

- KESSEDJIAN (C.)**, « Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *R.C.A.D.I.*, tome 300, 2002, pp. 79-308.
- KOSKENNIEMI (M.)**, « Hierarchy in international law. A sketch », *European Journal of International Law*, Vol. 8, 1997, pp. 566-582.
- LABORDE (J-P.)**, « Le nouveau désordre mondial et le droit pénal des Nations Unies », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris, Cujas, 2006, pp. 1085-1096.
- LAGHMANI (S.)**, « Droit international et diversité culturelle », *RGDIP*, n°2, 2008, pp. 241,
- LALY-CHEVALIER, DA POJAN (C. F.), TIGROUDJA (H.)**, « Chronique de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (2002-2004) », *Rev. trim. dr. h.*, 2005, pp. 459 -498.
- LAMBERT ABDELGAWAD (E.) et MARTIN CHENUT (K.)**, « La prescription en droit international : vers une imprescriptibilité de certains crimes ? », in **RUIZ FABRI (H.), DELLE MORTE (G.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.) et MARTIN-CHENUT (K.)** (dir.), *La clémence saisie par le droit. Amnistie, prescription et grâce en droit international et comparé*, Paris, SLC, 2007, pp. 101-162.
- LAMBERT ABDELGAWAD (E.) et MARTIN CHENUT (K.)**, « La remise en cause du régime de la prescription les crimes internationaux : perspectives comparées et internationales », *AJ. Pénal*, n°7-8, 2006, pp. 297-299.
- LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, « Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », in **DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)** (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp. 97-134
- LANSING (R.)**, « Notes on world sovereignty », *American Journal of International Law*, 1921, p. 25, pp. 13-27.
- LAUTERPACHT (H.)**, « The Grotian tradition in international law », *British Yearbook of International Law*, 1946, pp. 1-53.
- LAUTERPACHT (H.)**, « La théorie des différends non juridictionnels en droit international », *RCADI*, 1930, pp. 493-654.
- LEVEL (P.)**, « La publication en tant que condition d'application des traités internationaux », *RCDIP*, 1961, pp. 83-104.
- LOLLINI (A.)**, « L'expansion « interne et externe » du rôle du juge dans le processus de création du droit international pénal », in **DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)** (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp. 223-242.
- LUBAN (D.)**, « A theory of crime against humanity », *Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 85-167.
- LUCHAIRE (F.)**, « La réserve constitutionnelle de réciprocité », *Revue du droit public*, 1999, pp. 37-46.

- LUDERS (B.),** « L'incrimination de génocide dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda », in **CHAVARIO (M.)** (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffé, 2003, pp. 223-257.
- MAHMOUD MOHAMED SALAH,** « Interrogations sur l'évolution du droit international pénal », *JDI*, n°3, 2009, pp. 731-789.
- MAISON (R.),** « Le crime de génocide dans les premiers jugements du tribunal international pour le Rwanda », *RGDIP*, 1999, pp. 129-145.
- MANDELSTAM (A.),** « La protection des minorités », *RCADI*, 1923, tome 1, p. 383 et s.
- MANZINI (P.),** « Le rôle du principe de la légalité dans la détermination des sources du droit international pénal », in **DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp. 261-268.
- MAREK (K.),** « Contribution à l'étude du jus cogens en droit international », in *Recueil d'Etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Faculté de Droit de l'Université de Genève, 1968, pp. 426-459.
- MASSE (M.),** « A la recherche d'un plan, peut-être même d'un titre d'une nouvelle discipline juridique », in *Apprendre à douter. Questions de droit. Questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presse Universitaire de Limoges, 2004, pp. 719-733.
- MASSE (M.),** « Les crimes contre l'humanité dans le nouveau code pénal français », *Rev. sc. crim.*, 1994, pp. 376-383.
- MASSE (M.),** « La souveraineté pénale », *Rev. sc. crim.*, 1999, pp. 905-909.
- MASSE (M.),** « L'utopie en marche », in **HENZELIN (M.) et ROTH (R.)**, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris/Gnève/Bruxelles, LGDJ/Georg/Bruylant, 2002, pp. 151-162.
- MATHIEU (B.),** « La dignité de la personne humaine : quel droit, quel titulaire ? », *D.* 1996, Chron., p. 282.
- MAZZESCHI (R. P.),** « Responsabilité de l'Etat pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme », *RCADI*, t. 333, 2008, pp. 175-506.
- MAY (R.) et WIERDA (M.),** « Is there a hierarchy of crimes in international law? », in *Man's inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, The Hague/London/new York, Kluwer Law International, 2003, pp. 511-532.
- MCGREGOR (L.),** « Torture and State immunity: deflecting impunity, distorting sovereignty », *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 903-919.
- MESEKE (S.),** « La contribution de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda à la concrétisation de l'incrimination de crime contre l'humanité », in **CHAVARIO (M.)** (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffé, 2003, pp. 173-222.
- METTRAUX (G.),** « Crimes against humanity in the jurisprudence of the international criminal tribunals for former Yugoslavia and for Rwanda », *Havard International Law Journal*, 2002, pp. 304 ss.

- MILLER (R. H.)**, « The convention on the non-applicability of statutory limitations to war crimes and crimes against humanity », *American Journal of International Law*, vol. 65, 1971, pp. 476 ss.
- MITCHELL (D. S.)**, « The prohibition of rape in international humanitarian law as a norm of jus cogens: clarifying the doctrine », *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol.15, 2005, pp. 219-259.
- MOREAU-REIBEL (J.)**, « Le droit de société interhumaine et le 'le jus gentium' : Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius », *RCADI*, vol. 77, 1950, pp. 485-614.
- MOREILLON (L.)**, « La Suisse et les crimes contre l'humanité », in **MOREILLON (L.)**, **BICHOVSKY (A.)** et **MASSROURI (M.)** (dir.), *Droit pénal humanitaire*, Bruxelles/Bâle, Bruylant/Helbing Lichtenhahn, coll. « Collection latine », 2^{ème} éd., Série II, volume 5, 2009, pp. 459-502.
- MORLET (P.)**, « Quelques considérations sur le statut pénal des gouvernants étrangers, d'après l'arrêt de la Cour internationale de justice du 14 février 2002 », *R.D.P.C.*, n°11, pp.2002, pp. 979-1003.
- MOYEN (G.)**, « Génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité en droit congolais », *Revue EDJA*, n°71, 2006, pp. 53-68.
- MUSITELLY (J.)**, « L'invention de la diversité culturelle », *A.F.D.I.*, 2005, pp. 512-523.
- NOVOGRODSKY (N. J.)**, « Immunity for torture: Lessons from Bouzari v. Iran », *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, 939-953.
- ORAKHELASHVILI (A.)**, « Restrictive interpretation of human rights treaties in the recent jurisprudence of the european court of human rights », *European journal of International Law*, 2003, pp. 509 ss.
- ORAKHELASHVILI (A.)**, « State immunity and hierarchy of norms : why the house of lords got it wrong », *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 955-970.
- OSIEL (M.)**, « The banality of the good: aligning incentives against mass atrocity », *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, pp. 1783 ss.
- OUECHTATI (S.)**, « La culture en droit international ou l'insaisissabilité appréhendée par le droit », in *Droits et Cultures. Mélanges offerts au Doyen Yadh Ben Achour*, C.P.U., Tunis, 2008, pp. 1425-1441.
- PALOMBINO (F. M.)**, « Les crimes de guerre dans l'évolution du droit international des conflits armés et la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », in **FRONZA (E.)** et **MANACORDA (S.)** (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etude des Law Clinics en droit pénal international*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, pp. 82-93.
- PAOLI (J.)**, « Contribution à l'étude des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en droit pénal international », *RGDIP*, vol. 49, 1941-1945, pp. 129 ss.
- PAPACONSTANTINO**, « Rape as a crime under international humanitarian law », *RHDI*, 1998, pp. 477-499.
- PAULSON (S. L.)**, « Classical legal positivism at Nuremberg », *Philosophy & Public affair*, vol. 4, 1975, pp. 132-158.
- PELLA (V.)**, « La répression de la piraterie », *RCADI*, 1926, pp. 165-275.

Bibliographie sélective.

- PELLA (V.)**, « Plan d'un code répressif mondial », *RIDP*, 1935, pp. 348-369.
- PELLA (V.)**, « Considérations sur un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », *RDI*, 1950, pp. 102-120.
- PELLA (V.)**, « La codification du droit pénal international », *RGDIP*, 1952, pp. 1-123.
- PELLET (A.)**, « Can a state commit a crime? definitely yes », *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, n°2, pp. 425-434.
- PELLET (A.)**, « Les formes contemporaines d'esclavage », *RCADI*, vol. 336, 2009.
- PELLET (A.)**, « Vive le crime! Remarques sur l'illicite en droit international », in *ILC, International law on the Eve of the twenty-first century – views from the international law commission*, 1997, pp. 287-315.
- PEREZ-VERA (E.)**, « La protection d'humanité en droit international », *RBDI*, 1969, pp. 401 ss.
- PESQUIE (B.)**, « La qualification des faits par le Tribunal pénal international pour le Rwanda », in **FRONZA (E.)** et **MANACORDA (S.)** (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etude des Law Clinics en droit pénal international*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, pp. 58-68.
- PINGEL (I.)**, « L'immunité des Etats », in **TOMUSCHAT (Ch.)** et **THOUVENAIN (J. M.)** (dir.), *The fundamental rules of the international legal order*, Liden. Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 239-248.
- PINTO (R.)**, « La prescription en droit international », *RCADI*, 1955, pp. 391-449.
- PLATCHA (M.)**, « Aut dedere aut judicare : an overview of modes of implementation and approaches », *Maastricht Journal of European and comparative law*, vol.6, 1999, pp. 331-365.
- QUENEUDEC (J.-P.)**, « Un arrêt de principe : l'arrêt de la CIJ du 14 février 2002 », *Actualité et droit international, Revue d'analyse juridique de droit international*, mai 2002, www.ridi.org/adi (date d'accès, 18 février 2007).
- RAIMONDO (F.)**, « Les principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux ad hoc : une approche fonctionnelle », in **DELMAS-MARTY (M.)**, **FRONZA (E.)** et **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp. 75-96.
- RIGAUX (F.)**, « Le concept de territorialité : un fantasme en quête de réalité », in **YAKPO (E.)** et **BOUMEDRA (T.)** (ed.), *Liber amicorum judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1999, pp. 211-222.
- RIVELLO (R.)**, « Les principes généraux de droit et le droit international pénal », in **CHIAVARIO (M.)** (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, pp. 342-359.
- ROBINSON (J.)**, « The international military tribunal and the holocaust. Some legal reflections », *Israël Law Review*, 1972, pp. 1-13.
- ROBINSON (D.)**, « Defining 'crimes against humanity' at the Rome conference », *American Journal of International Law*, 1999, pp. 43-57.

- ROLIN-JAEQUEMYS (G.),** « Le droit international dans ses rapports avec les événements contemporains (chronique du droit international) : l'Arménie, les Arméniens et les traités », *RDILC*, 1889, pp. 293 ss.
- ROLIN-JAEQUEMYS (G.),** « Note sur la théorie du droit de l'intervention », *RDILC.*, 1876, p. 673 et s.
- ROUGIER (A.),** « La théorie de l'intervention d'humanité », *RGDIP*, 1910, pp. 517 ss.
- ROUSSEAU (Ch.),** « Le régime actuel de la publication des traités en France », *D.* 1953, chron. pp. 1165-1174.
- RUSSEL-BROWN (S. L.),** « Rape as an Act of genocide », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 21, 2003, pp. 350 ss.
- SARACCO (M.),** « Une lecture « contextuelle » de l'utilisation des sources du droit dans la jurisprudence des tribunaux ad hoc », in **DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)** (dir.), *Les sources du droit international pénal. L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris, SLC, 2004, pp. 243-260.
- SASSOLI (M.),** « L'arrêt yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *RGDIP*, vol. 4, 2002, pp. 791-807.
- SASSOLI (M.),** « The legal qualification of the conflicts in the former Yugoslavia: double standards or new horizons for international humanitarian law? », in SIENHO (Y.) et WANG (T.) (ed.), *International law in the post-cold war world. Essays in memory of Li Haopei*, London/New York, Routledge, 2001, pp. 307-333.
- SCELLE (G.),** « Règles générales du droit de la paix », *RCADI.*, tome. 46, 1933, pp. 327-703.
- SCHABAS (W.),** « Droit pénal international des droits international des droits de l'homme : faux frères ? », in **HENZELIN (M.) et ROTH (R.),** (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris/Genève/Bruxelles, LGDJ/Georg Editeur/Bruylant, 2002, pp. 165-182.
- SCHABAS (W.),** « L'affaire Akayesu et ses enseignements sur le droit du génocide », in **BOUSTANY (K.) et DORMY (D.)** (dir.), *Génocide (s)*, Bruxelles, Bruylant/Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1999, pp. 111-130.
- SCHABAS (W.),** « Perverse effects of the nulla poena principle : National practice and the ad hoc tribunals », *European Journal of International Law*, vol. 11, n°3, 2000, pp. 521-539.
- SCHABAS (W.),** « Le génocide », in ASCNESIO (H.) DECAUX (E.) et PELLET (A.) (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 319-332.
- SCHABAS (W.),** « Article 23 », in TRIFFTERE (O.) (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the international criminal court. Observes, Notes. Article by articles*, Baden-Baden, Nomos verlagsellschaft, 1999, pp. 463-466.
- SCHABAS (W.),** « The jelicic case and the mens rea of the crime of genocide », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 125-139.
- SCHARPF (M. P.),** « The letter of the law : the scope of international legal obligation to prosecution human rights crimes », *Law and Contemporary Problems*, 1996, pp. 41ss.
- SCHIEDERMAIR (H.),** « The influence of Grotius. Thought on the *Ius Naturale School* », *RCADI*, 1983, tome. 182, pp. 399-416.

Bibliographie sélective.

- SCHWARZENBERGER (G.)**, « International jus cogens ? », *Current Legal Problems*, 43, 1965, pp. 191-214.
- SCHWARZENBERGER (G.)**, « The problem of an international criminal law », *Current Legal Problems*, vol. 3, 1950, pp. 263-291.
- SCHWELB (E.)**, « Crimes against humanity », *British Yearbook of International Law*, vol. 23, 1946, pp. 178-226.
- SCHWELB (E.)**, « Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the international law commission », *American Journal of International Law*, 1967, pp. 946-975.
- SEMELIN (J.)**, « Qu'est-ce qu'un crime de masse. Le cas de l'ex-Yougoslavie », *Critique internationale*, Vol.6, 2000, pp. 143-158.
- SEVELY (C.)**, « Réflexions sur l'inhumain et le droit. Le droit en quête d'humanité », *Rev. sc. crim.*, 2005, pp. 483-507.
- SHELTON (D.)**, « Normative hierarchy in international law », *American Journal of International Law*, vol. 100, 2006, pp. 291-323.
- SICURELLA (R.)**, « Le principe nulla poena sine culpa dans le Statut de la Cour pénale internationale », in **CHIAVARIO (M.)**, (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè Editore, coll. « Thèmes et commentaires », Actes 2003, pp. 259-294.
- SIMMA (B.)**, « *From bilateralism to community interest in international law* », vol. 250, *RCADI*, 1994, pp. 296-297
- SIMMA (B.)**, « International Human Rights and general international law. A comparative analysis », in *Recueil des cours de l'Académie de droit européen*, vol. IV-2, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 201 ss.
- SIMMA (B.)**, « La charte des Nations Unies et le *jus cogens* », in **CHEMAIN (R.)** et **PELLET (A.)**, *La charte des Nations Unies, constitution mondiale ?*, Paris, Pedone, « Cahiers internationaux », n° 20, 2006, pp. 207-209.
- SIMMA (B.)** et **PAULUS (A.)**, « Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit) », in **ASCENSIO (H.)**, **DECAUX (E.)** et **PELLET (A.)** (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 55-69.
- SINOPLI (L.)**, « Droits de la défense », in **ASCENSIO (H.)**, **DECAUX (E.)** et **PELLET (A.)** (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 781-805.
- SIOTTO PINTOR (M.)**, « Les sujets du droit international autres que les Etats », *R.C.A.D.I.*, tome. 41, 1932, pp. 245-360.
- SOREL (J.-M.)**, « Timor-Oriental : un résumé de l'histoire du droit international », *RGDIP*, vol. 1, 2000, pp. 37-60.
- SOTTILE (A.)**, « La prescription des crimes contre l'humanité et le droit pénal international », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, 1965, pp. 5ss.
- SPIELMANN (D.)**, « Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention », in **SUDRE (F.)** (dir.), *L'interprétation de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998 ; pp. 133-174.
- STEIN (T.)**, « Limits of international law immunities for senior State officials in criminal procedure », in **TOMUSCHAT (Ch.)** et **THOUVENIN (J.-M.)** (dir.), *The fundamental rules*

of the international legal order. Jus Cogens and obligations erga omnes, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 249-264.

STERN (B.), « L'utilisation du temps en droit international pénal », in *Le droit international et le temps*, S.F.D.I, Paris, Pedone, 2001, pp. 253-264.

STERN (B.), « 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 Etats », *AFDI*, 2001, pp. 3-44.

SUDRE (F.), « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2001, I. 335.

SUDRE (F.), « La notion de peines et traitements inhumains ou dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme », *RGDIP*, 1984, pp. 825 ss.

SUDRE (F.), « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev.trim.dr.h.*, 1995, pp. 363-384.

SUNGI (S. P.), « Obligatio erga omnes of rape as jus cogens norm: Examining the jurisdiction of the international criminal tribunal for former Yougoslavia, International tribunal of Rwanda and the International criminal court », *EJLR*, Vol. 9, 2007, pp. 113-145.

SZUREK (S.), « Histoire. La formation du droit international pénal », in **ASCENSIO (H.)**, **DECAUX (E.)** et **PELLET (A.)**, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 7-22.

TEANI (A.-L.), « L'arrêt de la Cour internationale de justice du 26 février 2007. Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ? », *Rev. sc. crim.*, n°4, 2007, pp. 765-779.

THOUVENIN (J.-M.), « Article 103 », in **COT (J.-P.)**, **PELLET (A.)**, **FORTEAU (M.)**, *La charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 3^e éd, II, 2005, pp. 2133-2147.

TIGROUDJA (H.), « L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme : en marge d'arrêts consultatifs récents », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 69-110.

TIGROUDJA (H.), « La Cour interaméricaine des droits de l'homme au service de 'l'humanisation du droit international public'. Propos autour des récents arrêts et avis », *AFDI*, 2006, pp. 617-640.

TOMUSCHAT (Ch.), « L'immunité des Etats en cas de violations graves des droits de l'homme », *RGDIP*, 2005, pp. 51 ss.

TOMUSCHAT, « International crimes by States: An endangered species? », in **WELLENS (K.)** (dir.), *International law: theory and practice*, 1998, pp. 253ss

TOUBLANC (A.), « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, 2004, pp. 439-462.

TOUBLANC (A.), « L'article 103 et la valeur juridique de la Charte des Nations Unies », *RGDIP*, 2004, pp. 439-462.

TRIFFTERER (O.), « Genocide. Its particular intent to destroy in whole or in part a group as such », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 399-408.

TRIFFTERER (O.), « Irrelevance of official capacity article 27 Rome Statute undermined by obligations under international law or by agreement (article 98)? », in **BUFFARD (I.)**, **CRAWFORD (J.)**, **PELLET (A.)** et **WITTICH (S.)** (dir.), *International law between*

Bibliographie sélective.

universalism and fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner, Lieden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 571-602.

TRIFFTERER (O.), « Preamble- legal and political importance » in **TRIFFTERER (O.)** (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observes' notes, article by article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 4 ss.

TRUCHE (P.), « Le crime contre l'humanité. Bilan et propositions », *Esprit*, mai 1992, pp. 67-87.

TRUYOL Y SERRA (A.), « Verdross et la théorie du droit », *European Journal of International Law*, 1994, vol. 5, pp. 55-69.

TRUYOLY SERRA (A.), « La conception de la paix chez Vitoria et les classiques espagnols du droit des gens », in *Recueil de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, 1961, pp. 241-273.

VAGTS (D. F.), « The United states and its treaties : observance and breaches », *American journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 313 ss.

VERDROSS (A.), « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers », *RCADI*, tome 37, 1931, pp. 327-414.

VERDROSS (A.), « Jus dispositivum and jus cogens in international law », *American Journal of International Law*, 1966, vol. 60, pp. 55-63.

VERHOEVEN (J.), « Génocide et minorités : punir et protéger », *Revue du monde arménien moderne et contemporain*, tome 3, 1997, pp. 146 ss.

VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide : originalité et ambiguïté », *RBDI*, 1991, pp ??

VILLEY (M.), « considérations intempestives sur le droit des gens », *Arch. ph. droit.*, tome 32, 1987, pp.13-21.

VIRALLY (M.), « Panorama du droit international contemporain. Cours général de droit international public », *RCADI*, tome 183, 1983, pp. 9-382.

VIRALLY (M.), « Sur un pont aux deux ânes : les rapports entre le droit international et le droit interne », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, Paris, 1964, pp. 488-505.

VITU (A.), « Faut-il repenser le principe de la légalité pénale », XIV Congrès de l'Association française de droit pénal, Bordeaux, 25 et 26 mars 1999.

VITU (A.), « Le principe de la légalité et la procédure pénale », *RICPT*, 1967, pp. 94 et s.

VITU (A.), « Le principe de la légalité pénale et la nécessité des textes clairs et précis », obs. sous cass. crim., 1^{er} février 1990, *Rev.sc.crim.*, 1991, p. 555ss.

WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité », *RCA.DI*, tome. 237, 1992, pp. 6-370.

WEIL (P.), « Towards relative normativity in international law ? », *American Journal of International Law*, 1983, Vol. 77, pp. 413-443.

WEIL (P.), « Vers une normativité relative en droit international », in *Ecrits de droit international*, Paris, PUF, coll « Doctrine juridique », 2000, pp. 26-56.

WHITTON (J. B.), « La règle *pacta sunt servanda* », *RCADI*, 1934, III t. 49, pp. 147-276.

WATTS (A.), « The legal position in international law of heads of State, heads of government and foreign ministers », *R.C.A.D.I.*, tome 247, 1994.

ZAKR (N.), « Approche analytique du crime contre l'humanité en droit international », *RGDIP*, 2001, pp. 281-305.

ZAKR (N.), « Analyse spécifique du crime de génocide dans le Tribunal pénal international pour le Rwanda », *Rev. sc. crim.*, 2001, pp. 263-275.

ZAPPALA (S.), « Do heads of State in office enjoy immunity from jurisdiction from international crimes? The Ghaddafi case before de the French Cour de Cassation », *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, pp. 595-612.

ZOLLER (E.), « La définition du crime contre l'humanité », *JDI*, vol. 3, 1993, pp. 551-568.

VI- Justice et crimes de masse, responsabilité pénale internationale, articulation des compétences nationales et supranationales.

a)- Ouvrages collectifs, monographies, thèses.

ARENDT (A.), *Eichmann à Jérusalem*, Paris, Gallimard, 1966.

ASCENSIO (H.), LAMBERT ABDELGAWAD (E.) et SOREL (J.-M.), (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées. (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, SLC, vol. 11, 2006.

BADIE (B.), *Un monde sans souveraineté. Les Etats entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999.

BASSIOUNI (Ch.) et WISE (E. M.), *Aut dedere aut judicare : The duty to extradite or prosecute in international law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

BAZELAIRE (J.- P.), CRETIN (T.), *La justice pénale internationale. Son évolution, son avenir de Nuremberg à La Haye*, Paris, PUF, 2000.

BEIGBEDER (Y.), *Judging war criminals. The politics of international justice*, New York, St Martin's Press, 1999.

BEREWA (S.), « Addressing impunity using divergent approaches: the truth and reconciliation commission and the special court », in *Truth and reconciliation in Sierra Leone*, 1999.

BIDIMA (J.-G.), *La palabre. Une juridiction de la parole*, Paris, Michalon, 1997.

BIZMANA (J. D.), *La contribution du tribunal criminel pour le Rwanda à l'édification de la justice pénale internationale*, Thèse, Université de Toulouse I, 2004.

BONAFE (B. I.), *The relationship between individual and state responsibility for international crimes*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

BONAFE-SCHMITT (J.P.), *La médiation pénale en France et aux Etats-Unis*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 1998.

BOTHE (M.) et al. (eds), *National implementation of international humanitarian law*, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1990.

BOURDON (W.) et DUVERGER (E.), *La cour pénale internationale. Le statut de Rome*, Paris, Seuil, coll. « Points », 2000.

- BOYLE (D.),** *Les Nations Unies et le Cambodge : 1975-2004, la paix et la justice dans la balance*, thèse, Université de Paris II- Panthéon Assas, 2004.
- BURGORGUE-LARSEN (L.),** (dir.), *La répression internationale du génocide rwandais*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- CASSESE (A.) et al.** (dir.), *The Rome statute of the international criminal court. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.),** (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, 267 p.
- CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.),** (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, 673 p.
- CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J. R. W.D.),** (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- CHAVARIO (M.),** (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffé, 2003.
- COLONOMOS (A.),** *La morale dans les relations internationales*, Paris, Odile Jacob, 2005.
- DIGNEFFE (F.) et FIERENS (J.),** *Justice et Gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003.
- EL ZEIDY (M.),** *The principle of complementarity in international criminal law*, Liden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- ELSTER (J.),** *Closing the Books : Transitional justice in Historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, in *Ethics*, January 2006.
- ESER (A.), SIEBER (U.) et KREICKER (H.)** (eds), *National prosecution of international crimes*, Berlin, Max Planck Institute, vol. 7, 2006.
- FISCHER (H.), KREB (C.) et LÜDER (S. R.),** (eds), *International and national prosecution of crimes under international law : current developments*, Berlin, Arno Spitz, 2001.
- GALAWAY (B.) et HUDSON (J.),** (dir.), *Restorative justice : international perspectives*, Amsterdam, Kugler Publications, 1996.
- GALAWAY (B.) et HUDSON (J.),** (dir.), *Restorative justice : International Perspectives*, N.Y., Monsey, Criminal Justice Press, 1990.
- GARAPON (A.),** *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997.
- GARAPON (A.),** *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner : pour une justice pénale internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002.
- HANNIKAINEN (L.),** *Peremptory norms (jus cogens) in international law : historical developments. Criteria, present status*, Helsinki, Finish Lawyers' Publishing Compagny, 1988.
- HAZAN (P.),** *Juger la guerre, juger l'Histoire. Du bon usage des commissions vérité et de la justice internationale*, Paris, PUF, 2007.
- HENZELIN (M.),** *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Bruxelles/Genève/Munich, Bruylant/Helbing & Lichtenahn, Faculté de droit de Genève, 2000.

JANKELEVICTH (V.), *L'imprescriptibilité. Pardonner ? Dans l'horreur et la dignité,* Paris, Seuil, année ??

KLEFFNER (J. K.) et **KOR (G.),** (eds), *Complementary views on complementarity: proceedings of the international roundtable on complementary nature of the international criminal court,* The Hague, TMC Asser Press, 2006.

KLEFFNER (J.), *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions,* Oxford, New York, 2008.

KREB (C.) et **LATTANZI (F.),** (eds), *The Rome Statute and the domestic legal orders,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.

KRESS (C.) et **LATTANZI (F.),** (dir.), *The Rome Statute and Domestic legal orders, vol.1, General aspects and constitutional issues,* Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2000.

LAEL (R.), *The Yamashita precedent. War crimes and command responsibility,* Wilmington, Scholarly Resources, 1946.

LEE (R. S.), (dir.), *The international criminal court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence,* Ardsley, Transnational Publishers, 2001.

LEMAN-LANGLOIS (S.), *Constructing post-conflict justice : the South African truth and reconciliation commission as an ongoing invention of reconciliation and truth,* Thèse, Université de Toronto, 2000.

LIWERANT (S. O.), *L'aporie du droit face à la logique meurtrière des crimes contre l'humanité et des génocides. Approches criminologique et anthropologique,* Thèse, Paris X-Nanterre, 2004.

MAISON (R.), *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en droit international public,* Bruxelles, Bruylant, « Collection de droit international », 2007.

MEGRET (F.), *L'articulation entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales : centralité et ambiguïté dans l'ordre juridique international,* Thèse, Institut universitaire des hautes études internationales/Université Paris 1-Panthéon Sorbonne, 2006.

MEGRET (F.), *Le tribunal pénal international pour le Rwanda,* Paris, Pedone, 2002.

MENETREY (S.), *L'amicus curiae, vers un principe commun du droit procédural ?,* Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2010.

METTRAUX (G.), *International crimes and the ad hoc tribunals,* Oxford, Oxford University Press, 2005.

METTRAUX (G.), *The law of command responsibility,* Oxford, Oxford University Press, 2009.

MEYROWITZ (H.), *La répression des crimes contre l'humanité par les tribunaux allemands,* Paris, LGDJ, 1960.

MIERS (D. M.), MAGUIRE (S.), GOLDIE (K.), *An exploratory evaluation of restaurative justice schemes,* London, UK Home Office, 2001.

MOREL (S.), *La mise en œuvre du principe de complémentarité par la Cour pénale internationale : le cas particulier des amnisties,* Lausanne, Editions Bis et Ter, Coll. « Quater », vol. 14, 2005.

MORRIS (V.), SCHARF (M. P.), *The ICTR,* Irvington on Hudson, New York, Transnational Publishers, 1998.

- NSANZUWERA (F.-X.),** *L'impunité : source de violation des droits de l'homme et obstacle à l'émergence d'un Etat de droit au Rwanda*, Mémoire de DEA à l'Académie européenne de théorie du droit, 1997.
- PELLA (V. V.),** *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Bucarest, Imprimerie de l'Etat, 1926.
- QUIRICO (O.),** *Réflexion sur le système du droit international pénal. La responsabilité « pénale » des Etats et des autres personnes morales par rapport à celle des personnes physiques en droit internationale*, Thèse, Université de Toulouse 1, 2005.
- RAYNAL (M.),** *Justice traditionnelle. Justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 1994.
- RAZESBERGER (F.),** *The international criminal court. The principle of complementarity*, Frankfurt am Man/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, Peter Lang, 2006.
- RIVIER (R.),** *Droit impératif et juridiction internationale*, Thèse, Université de Paris II-Panthéon Assas, 2001.
- SALAZAR (Ph.-J.),** (dir.), *Amnistier l'apartheid*, Paris, Le Seuil, coll. « Séries : l'ordre philosophique », 2004.
- SANDOZ (Y.), SWINARSKI (C.), ZIMMERMANN (B.),** (dir.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- SCHABAS (W.),** *An introduction to the international criminal court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2^{ème} éd., 2004.
- SEMELIN (J.),** *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, Seuil, 2005.
- SOW (M. B.),** *Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone : entre droit et politique*, Thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2007.
- SUNGA (L. S.),** *Individual responsibility in international law for serious human rights violation*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- STIGEN (J.),** *The relationship between international criminal court and the national jurisdictions. The principle of complementarity*, Liden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.
- TAVERNIER (P.),** (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale*. Colloque d'Evry 24 octobre 2003, Bruxelles, Bruylant, 2004, ??p.
- TCHAYA TCHATAT (Q.),** *Le statut pénal du chef d'Etat*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009.
- VAN BILLOEN (S.),** *Les juridictions gacaca au Rwanda. Une analyse de la complexité des représentations*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Ecole des sciences criminologiques Léon Cornil », 2008.
- VAN SLIEDREGT (E.),** *The criminal responsibility of individual for violations of international of humanitarian law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2003.
- VILLALPANDO (S.),** *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des Etats*, Paris, PUF, 2005.
- VINEY (G.),** *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Thèse, Paris, 1965.

VON HEBEL (H. A. M.), LAMMERS (J. G.) et SCHUKKING (J.) (dir.), *Reflections on the international criminal court*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 1999.

VON HIRSH (A.), ROBERTS (J.), BOTTOMS (A.E.), ROACH (K.) et SCHIFF (M.), (dir.), *Restorative Justice & criminal justice. Competing or Reconcilable Paradigms?*, Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002.

WOETZEL (K.), *The Nuremberg trials in international law*, London, Stevens & sons, 1960.

b)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence.

ABI-SAAB (G.), « The proper role of universal jurisdiction », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, 596-602.

AKHAVAN (P.), « Wheiter National courts? The Rome Statute's missing half. Towards and express and enforceable obligation for the national repression of the international crimes », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 8, 2010, pp. 1243-1266.

AKHAVAN (P.), «The lord's resistance Army case: Uganda's submission of the first state referral to the International Criminal Court », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 403-413.

ALDRICH (G. H.), « Jurisdiction of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia », *American Journal of International Law*, 1996, pp. 64-69.

ALLAIN (J.), JONES (J. R. W. D.), « A patchwork of norms : a commentary of the 1996 draft Code of crimes against the peace and the security of mankind », *European Journal of International Law*, vol. 8, n°1, pp. 100-117.

ALLOTT (P.), « State responsibility and the unmaking of international law », *Havard International Law Journal*, vol. 29, n. 1, 1988, pp.1-26.

ALVAREZ (J. E.), « Nuremberg revisited : the Tadic case », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 254-255.

ALVAREZ (J. E.), « Judging the security council », *American Journal of International Law*, 1996, pp. 1-39.

AMBOS (K.), « Joint criminal enterprise and command responsibility», *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, pp. 159-153.

AMBOS (K.), « Article 25 – Individual criminal responsibility », **TRIFFTERER (O.)** (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observes' notes, article by article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 476-492.

AMBOS (K.), « General principles of criminal law in the Rome Statute », *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, pp. 1-32,

AMBOS (K.), «Join criminal interprise and command responsibility», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 159-183.

AMBOS (K.), « Les fondements juridiques de la Cour pénale internationale », *Rev. trim. dr. h.*, n°40, 1999, pp. 739 ss.

AMBOS (K.), « Some preliminary reflections on the mens rea requirement of the crimes of the ICC Statute and of the Elements of crimes », in **VOHRAH (L.C.) et al** (dir.), *Man's*

inhumanity to man. Essays on international law in honour of Antonio Cassese, The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp. 11-40.

AMBOS (K.), Establishing an international criminal tribunal and an international criminal code : observations from an international criminal law viewpoint », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 519 ss.

ANDRIES (A.), « De maximis non curat praetor. Le droit pénal des conflits armés : un droit sans tribunal », in *Liber amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys et Breesch, 1993, pp. 1 ss.

ANDRIES (A.), **DAVID (E.)**, **VAN DEN WYNGAERT (Ch.)** et **VERHAEGEN (J.)**, «Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *R.D.P.C.*, 1994, pp. 1114 ss.

APTEL (C.), « La fixation des peines par les juridictions pénales internationales », in **TAVERNIER (P.)**, (dir.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 167-193.

ARBOUR (L.), « Will the ICC have impact on universal jurisdiction? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, pp. 583-588.

ARONEANU (E.), « Les droits de l'homme et le crime contre l'humanité », *RDI*, 1947, pp. 187-196.

ARONEANU (E.), « Responsabilités pénales pour crimes contre l'humanité », *RDI*, 1948, pp. 144-181.

ASCE NSIO (H.), « Les tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda », in **ASCENSIO (H.)**, **DECAUX (E.)** et **PELLET (A.)**, (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 715-734.

ASCENSIO (H.) et **MAISON (R.)**, « L'activité des pénaux internationaux (1998) », *A.F.D.I.*, 1998, pp. 370-411.

ASCENSIO (H.) et **MAISON (R.)**, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (2002) », *AFDI*, 2002, pp. 381-406.

ASCENSIO (H.), « L'amicus curiae devant les juridictions internationales », *RGDIP*, n°4, 2001, pp. 897-930.

ASCENSIO (H.), « La justice pénale internationale de Nuremberg à La Haye », in **GOBORIAU (S.)** et **PAULIAT (H.)**, (dir.), *La justice pénale internationale*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2002, pp. 29-44.

ASCENSIO (H.), « Souveraineté et responsabilité pénale internationale », in *Apprendre à douter. Questions de droit, questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presse Universitaire de Limoges, 2004, pp. 603-619.

ASHWORTH (A.), « Victim impact statements and sentencing », *Criminal Law Review*, 1993, pp. 498-509.

AZARI (H.), « Le critère Celibici du cumul des déclarations de culpabilité en droit pénal international », *Rev.sc.crim.*, 2007, pp. 1-22.

BADAR (M. E.), « Rethinking mens rea in the jurisprudence of international criminal tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda », in **OLUSANYA (O.)**, (dir.), *Rethinking international criminal law. The substantive part*, Groningen, Europa law publishing, 2007, pp. 13-33.

- BANTEKAS (I.)**, « The contemporary law of superior responsibility », *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 573 ss
- BANTEKAS (I.)**, « The interest of the State versus the doctrine of superior responsibility », *International Review of Red Cross*, n°828, 2000, pp. 391 ss.
- BANTEKAS (I.)**, « The contemporary law of superior responsibility », *American Journal of International Law*, 1999, pp. 573-595.
- BARBOZA (J.)**, « State crimes : A Decaffeinated Coffe », in **BOISSON DE CHAZOURNES (L.)** et **VGOWLLAND-DEBBAS** (dir.), *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, Liber Amicorum Georges Abi-Saab, La Haye, Kluwer, 2001, pp. 357-375.
- BARGHAVA (R.)**, « The moral justification of truth commission », in **VILLA-VICENCIO (C.)** et **VERWOERD (W.)**, (dir.), *Looking back, searching forward: reflections on the truth and reconciliation commission of South Africa*, Cape Town, University of Cape Town Press, 2000, pp. 60 ss.
- BASSIOUNI (Ch.)**, « The Journey to a permanent international criminal court », in *Paix, développement, démocratie. Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 151-172.
- BASSIOUNI (Ch.)**, « Universal jurisdiction for international crimes: historical perspectives and contemporary practice », *Virginie Journal of International Law*, vol. 42, pp. 81ss.
- BAXTER (R.)**, « The municipal and international law basis of jurisdiction over war crimes », *British Yearbook in International Law*, vol. 28, 1951, pp. 382-393.
- BENNOUNA (M.)**, « La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des Etats », *A.F.D.I.*, xxxvi, 1990, pp. 299 ss.
- BENZING (M.)**, « The complementarity regime of international criminal court : international criminal justice between State sovereignty and the fight against impunity », *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7, 2003, pp. 618 ss.
- BERESFORD (S.)** et **MULLER (A.S.)**, « The Special court for Sierra Leone: an initial comment », *Leiden Journal of international Law*, 2001, pp. 635-651.
- BERG (B. E.)**, « The 1994 I.L.C. draft statute for an ICC: an appraisal of its jurisdictional structure », *Case Western Journal of international law*, vol. 28, n°2, 1996, pp. 221-264.
- BERGSMO (M.)**, « The jurisdictional regime of ICC (Part II article 11-19) », *European Journal of crime Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 6, 1998, pp. 345-363.
- BETATI (M.)**, « Le crime contre l'humanité », in **ASCENSIO (H.)**, **DECAUX (E.)** et **PELLET (A.)**, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 293-317.
- BIANCHI (A.)**, « L'immunité des Etats et les violations graves des droits de l'homme : la fonction de l'interprète dans la détermination du droit international », *RGDIP*, 2004, pp. 63-101.
- BITTI (G.)**, « Chronique de jurisprudence de la CPI », *Rev.sc.crim.*, n°3, 2007, pp. 652-663.
- BLAKESLEY (C. L.)**, « Jurisdictional issues and conflicts of jurisdiction », in **BASSIOUNI (Ch.)**, (dir.), *Legal responses to international terrorism: United States procedural aspects*, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, pp. 131-179.
- BLAKESLEY (C. L.)**, « United States jurisdiction over extraterritorial crime », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 1982, pp. 1109-1163.

- BOISVERT (A.-M.), DUMONT (H.) et PETROV (M.),** « Quand les crimes des sous-fifres engagent la responsabilité de leur chef : la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique en droit pénal international », *Revue Canadienne de Droit Pénal/Canadian Criminal Law Review*, vol. 9, 2004, pp. 107-147.
- BOTTINI (G.),** « Universal jurisdiction after the creation of the international criminal court », *International Law and Politics*, vol.36, 2004, pp. 503-562.
- BOYLE (D.),** « Quelle justice pour les khmers rouges ? », *Rev. trim. dr. h.*, n°40, 1999, pp. 773-820.
- BOYLE (D.),** « Une juridiction hybride chargée de juger les khmers rouges », *Revue Droits fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, disponible en ligne, www.droits-fondamentaux.org, consulté le 5 avril 2012.
- BRIDGE (J. W.),** « The case for an international court of criminal justice and the formulation of an international criminal law », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13, 1964, pp. 1255-1268.
- BRODY (R.),** « The prosecution of Hissène Habré. An “African Pinochet” », *New England Law Review*, vol. 35, 2000-2001, pp. 321- 336.
- BRONKHORST (D.),** *Truth and reconciliation : obstacles and opportunities for human rights*, Amsterdam, Amnesty International, 1995.
- BROOMHALL (B.),** « Towards the development of an effective system of universal jurisdiction for crimes under international law », *New England Law Review*, vol. 35, 2001, pp. 399-408.
- BROWN (B. S.),** « Primacy or complementarity: reconciling the jurisdiction of national courts and international criminals tribunals », *Yale Journal of International Law*, vol. 23, 1998, pp. 383-436.
- BUCHET (A.),** « Le transfert devant les juridictions internationales », in **ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.) (dir.)**, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 969-981.
- BURKE-WHITE (W. W.) et KAPLAN (S.),** « Shaping the contours of domestic justice. The international criminal court and an admissibility challenge in the Uganda situation », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, 2009, pp. 257-279.
- BURKE-WHITE (W.W.),** « Proactive complementarity: International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice », *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n°1, 2008, pp. 53-108.
- CARILLO-SALCEDO (J.-A.),** « La Cour pénale internationale : l’humanité trouve une place dans le droit international », *RGDIP*, n°1, 1999, pp. 23 ss.
- CARJEU (P.-J.),** « Quelques aspects du nouveau projet de Statut des Nations Unies pour une juridiction criminelle internationale », *RGDIP*, vol. 60, 1956, pp. 410-425.
- CARLIZZI (G.),** « L’hypothèse spéciale de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le statut du tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie », in **FRONZA (E.) et MANACORDA (S.) (dir.)**, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etude des law clinics en droit pénal international*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, pp. 146-168.

- CARRASCO (S. H.)**, « Implementation of war crimes in Latin America: An assessment of the impact of the Rome Statute of the international criminal court », *International Criminal Law Review*, vol. 2010, pp. 461-473.
- CARREAU (D.)**, « La compétence universelle au regard du droit international », in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 93 ss.
- CASSESE (A.)**, « On the current trends towards criminal prosecutions and punishment of breaches of international humanitarian law », *European Journal of International Law*, 1998, pp. 2-17.
- CASSESE (A.)**, « Is the bell tolling for universality? A plea for sensible notion of universal jurisdiction », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, 2003, pp. 589-595.
- CASSESE (A.)**, « On the use of criminal law notions in determining state responsibility for genocide », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 875-887.
- CASSESE (A.)**, « The proper limits of individual responsibility under the doctrine of joint criminal enterprise », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 109-133.
- CASSESE (A.)**, « The Statute of the international criminal court: some preliminary reflections », *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, pp. 144-171.
- CASSESE (A.)**, « When may senior State officials be tried for international crimes? Some comment on the Congo v. Belgium case », *European Journal of International Law*, vol. 13, 2002, pp. 853-873.
- CASSESE (A.)**, « L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux », in **CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.)** (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, pp. 143-182.
- CASSESE (A.)**, « Y-a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des Etats et justice pénale internationale ? », in **CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.)** (dir.), *Crimes internationaux et juridictions nationales*, Paris, PUF, 2002, pp. 13-29.
- CHARNEY (J. I.)**, « International criminal law and the role of domestic courts », *American Journal of International Law*, vol. 95, 2001, pp. 120 ss.
- CHERNOR JALLOH (Ch.)**, « Universal jurisdiction, universal prescription? A preliminary assessment of the African Union perspective on universal jurisdiction », *Criminal Law Forum*, vol. 21, 2010, pp. 1-65.
- CHILSTEIN (D.)**, « Compétence universelle et justice pénale internationale. Observations sur les ressorts d'une articulation complexe », *Arch. phil. droit.*, tome 53, 2010, pp. 118-129.
- CHING (A. B.)**, « Evolution of the command responsibility doctrine in the light of the Celebici decision of the international criminal tribunal for the former Yugoslavia », *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, vol. 25, 1999, pp. 203 ss.
- CLARK (R. S.)**, « Nuremberg to Tokyo in cotemporary perspective » in **McCORMACK (T. L. H.) et al.** (dir.), *The law of war crimes: national and international approaches*, The Hague/London/Boston, Kluwer International Law, 1997, pp. 171 ss.
- CLARK (R. S.)**, « The mental element in international criminal law : The Rome Statute of international criminal court and the element of offences », *Criminal Law Forum*, vol. 12, 2001, pp. 291 ss.
- CLERCKX (J.)**, « Le statut de la Cour pénale internationale et le droit constitutionnel français », *Rev. trim. dr. h.*, n°44, 2000, pp. 649 ss.

COIL (G.), « War crimes of the american revolution », *Military Law Review*, vol.82, 1978, pp. 193 ss.

CONDORELLI (L.) « Responsabilité étatique et responsabilité individuelle pour violations graves du droit international humanitaire », **VOHRAH (L. C.) et al.** (dir.), *Man's inhumanity to man. Essays on international law in Honor of Antonio Cassese*, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 211-219.

CONDORELLI (L.), « L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite : solution classique et nouvelles tendances », *RCADI*, tome. 189, 1984, 221 p.

CONDORELLI (L.), « La cour pénale internationale : un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », *RGDIP*, 1999, pp. 7-21.

COSNARD (M.), « Quelques observations sur les décisions des lords du 25 novembre 1998 et 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet », *RGDIP*, 1999, pp. 309-328.

COSTES, « De quelques considérations sur la responsabilité pénale du fait d'autrui », *Rev. sc. crim.*, 1939, pp. 628 ss.

CROWE (C. N.), « Command responsibility in the former Yugoslavia: the chances for successful prosecutions », *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994, pp. 191 ss.

CRYER (R.), « A 'Special court' for Sierra Leone ? », *International and comparative Law Quarterly*, vol. 50, 2001, pp. 435-446.

D'ARGENT (P.), « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *Journal des Tribunaux.*, 1999, pp. 549 ss.

D'ARGENT (P.), « L'expérience belge de la compétence universelle : beaucoup de bruit pour rien ? », *RGDIP*, 2004, pp. 597-632.

D'ARGENT (P.), « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *Journal des Tribunaux*, n° 5935, 1999, pp. 459-455.

D'ARGENT (P.), et D'ASPREMONT LYNDEN (J.), « La loi de compétence universelle revue mais pas corrigée », *Journal des Tribunaux*, 2003, pp. 480 ss.

D'ASPERMONT LYNDEN (J.) et DOPPAGNE (F.), « La loi de compétence universelle devant la Cour internationale de justice », *Journal des Tribunaux*, du 13 avril 2002, pp. 282.

D'ASPREMONT LYNDEN (J.), et DOPAGNE (F.), « La loi de compétence universelle devant la Cour internationale de justice », *Journal des Tribunaux*, 2002, pp. 284 ss.

DAMASKA (M.), « The shadow side of command responsibility », *America Journal of Comparative Law*, vol. 49, 2001, pp. 455-596.

DANNER (A. M.) et MARTINEZ (J. S.), « Guilty associations: Join criminal enterprise, command responsibility and the development of international criminal law », *Californian Law Review*, vol. 93, 2005, pp. 75-137.

DARCY (S.), « Imputed criminal liability and the goals of international justice », *Leiden Journal of International Law*, vol. 20, 2007, pp. 377-404.

DAUDET (Y.), « Travaux de la commission du Droit International », *AFDI*, vol. 40, 1994, pp. 575-596.

DAUDET (Y.), « Travaux de la Commission du droit international », *AFDI*, 1976, pp. 397-401.

DAVID (E.), « La loi belge sur les crimes de guerre », *RBDI*, 1995, pp. 668 ss.

- DAVID (E.),** « Le champ d'application de la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *Revue de droit militaire*, 1997, pp. 111 ss.
- DAVID (E.),** « Les conséquences du statut de la Cour pénale internationale pour la répression en droit belge », *R.D.P.*, 2001, (dossier n° 6), pp. 73 ss.
- DAVID (E.),** « L'actualité juridique de Nuremberg », in *Le procès de Nuremberg : conséquences et actualisation*, Actes du colloque de l'Université de Libre de Bruxelles, Bruylant/ULB, 1988, pp. 95 ss.
- DAVID (E.),** « La Cour pénale internationale », *RCADI*, vol. 313, 2005, pp. 325-454.
- DAVID (E.),** « Que reste-t-il de la compétence universelle dans la loi du 5 août 2003 ? », *Jura Falconis*, 40, n°1, 2003-2004, pp. 55-72.
- DE ANDRADE (A.),** « Les supérieurs hiérarchiques », in **ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.) (dir.)**, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 201-210.
- DE BECO (G.),** « La participation des victimes à la procédure devant la Cour pénale internationale », *R.D.P.C.*, n°9-10, 2008, pp. 787-815.
- DE CARA (J.-Y.),** « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp. 72-100.
- DE LAPRADELLE (G.),** « La compétence universelle », in **ASCENSIO (H.), DECAUX (E.) et PELLET (A.), (dir.)**, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 905ss
- DELMAS-MARTY (M.),** « La responsabilité pénale en échec », in **CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.), (dir.)**, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 616 ss.
- DELMAS-MARTY (M.),** « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise : culpabilité du « fait d'autrui » ou du décideur ? », *Semaine juridique Ed. Générale*, 1985, n°3218.
- DENIS (C.),** « Il nous aura fallu près de cinquante ans: Quelques remarques sur la compétence universelle en droit belge », *Journal des Procès*, 2001, liv. 416, pp. 10 ss.
- DENIS (C.),** « Le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *RBDI*, vol. 1, 2001, pp. 236-272.
- DESCHEEMAEKER (J.),** « Le tribunal militaire international des grands criminels de guerre », *RGDIP*, 1946, pp. 210-310.
- DESTEXHE (A.),** « Justice internationale: les enjeux de la compétence universelle », *Journal des Procès*, 2001, liv. 417, pp. 17 ss.
- DICKINSON (L.),** « The promise of hybrid courts », *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 307 ss.
- DOBELLE (J.-F.),** « La convention de Rome portant statut de la cour pénale internationale », *AFDI*, vol. xlv, 1998, pp. 356-369.
- DOHERTY (K. L.) et McCORMACK (T. L. H.),** « 'Complementariy' as a catalyst for comprehensive domestic penal legislation », *University of California Davis Journal of International Law, & politics*, vol. 5, 1999, pp. 149-180.
- DOMINICE (C.),** « La question de la double responsabilité de l'Etat et de son agent », in **YAKPO (E.) et BOUMEDRA (T.), (dir.)**, *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 143-157.

- DÖRMANN (K.)** et **GEIB (R.)**, « The implementation of grave breaches into domestic legal orders », *Journal of International Criminal Justice*, vol.7, 2009, pp. 703-721.
- DRUMBL (M.)**, « collective violence and individual punishment: the criminality of mass atrocity », *Northwestern University Law Review*, vol. 99, 2005, pp. 539-610.
- DU TOIT (A.)**, « La commission vérité et réconciliation sud-africaine. Histoire locale et responsabilité face au monde », *Politique africaine*, n° 92, 2003, pp. 97-119.
- DUFFY (H.)** et **HUSTON (J.)**, « International obligations and constitutional considerations », in **KRESS (C.)** et **LATTANZI (F.)** (dir.), *The Rome Statute and Domestic legal orders, vol.1, General aspects and constitutional issues*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 2000, pp. 37 ss.
- DUGARD (J.)**, « Is the truth and reconciliation process compatible with international law? An unanswered question », *South African Journal on Human Rights*, 1997, pp. 265 ss.
- DUPUY (P.-M.)**, « Action publique et crime international de l'Etat : à propos de l'article 19 du projet de la commission du droit international sur la responsabilité des Etats », *AFDI*, vol. 25, 1979, pp. 539-554.
- DUPUY (P.-M.)**, « Droit des traités, codification et responsabilité internationale », *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 7-30.
- DUPUY (P.-M.)**, « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, tome.188, 1984, pp 1-33.
- DUPUY (P.-M.)**, « Le juge et la règle », *RGDIP*, 1989, pp. 569-597.
- ECKHARDT (W. G.)**, « Command criminal responsibility: a plea for a workable standard », *Military Law Review*, vol. 97, 1982, pp. 14 ss.
- EL ZEIDY (M.)**, « From primacy to complementarity and backwards: (re)-visiting rule 11 bis of the ad hoc tribunals », *International Comparative Law Quarterly*, vol. 57, 2008, pp. 403-415.
- EL ZEIDY (M.)**, « The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law », *Michigan Journal of International Law*, vol. 23, 2002, pp. 905 ss.
- ELAWA BADAR (M.)**, « The mental element in the Rome Statute of the international criminal court: a commentary from a comparative criminal law perspective », *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, pp. 473-518.
- ELLIS (M. S.)**, « The international criminal court and its implication for domestic law and national capacity building », *Florida Journal of International Law*, vol. 15, 2002-2003, pp. 215-242.
- ELLIS (S.)**, « Vérité sans réconciliation en Afrique du Sud », *Critique internationale*, n°5, 1999, pp. 125-137.
- ETRILLARD (C.)**, « Les modes alternatifs de résolution des conflits en matière civile et pénale : état des lieux », *RRJ*, 2003, n°3, pp.1927-1937.
- FENRICK (W. J.)**, « Responsibility of commanders and others superiors », in **TRIFFTERER (O.)** (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, observes' notes, article by article*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 515 ss.

- FENRICK (W. J.),** « Some international law problems related to prosecutions before the international criminal tribunal for former Yugoslavia », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 6, 1995, pp. 110-21.
- FINCH (G. A.),** « The Nuremberg trial and international law », *American Journal of International Law*, 1947, pp.20-37.
- FINCH (G. A.),** « The peace conférence of Paris, 1919 : its organization and method of work », *American Journal of International Law*, vol. 13, 1919, pp. 159 ss.
- FITZMAURICE (G.),** « The law and procedure of the international court of justice, question of jurisdiction, competence, and procedure », *British Yearbook International Law*, vol. 34, 1958, pp. 1-161.
- FORSYTHE (D.),** « Politics and the ICTFY », *Criminal Law Forum*, vol. 5, 1994, pp. 401 ss.
- FRITZ (N.) et SMITH (A.),** « Current apathy for coming anarchy : building the Special court for Sierra Leone », *Frodham International Law Journal*, vol. 25, 2001, pp. 391ss.
- GARAPON (A.),** « La justice pénale internationale à l'épreuve du cosmopolitisme », in **EBERHARD (Ch.) et VERNICOS (G.)** (dir.), *La quête anthropologique du droit. Autour de la démarche d'Etienne Le Roy*, Paris, Karthala, 2006, pp. 43-57.
- GARRAUD (P.),** « La responsabilité pénale des administrateurs de sociétés en raison des infractions de droit commun commises par leurs préposés », *J.C.P.*, 1936, I. 389.
- GAUDREAU (A.),** « Les limites de la justice réparatrice », *Les cahiers de la justice*, n°1, 2006, pp.071-081.
- GENTON (J. C.),** « Le tribunal militaire international », *RDPC*, vol. 48, 1947, pp. 477-561.
- GETTI (J.-P.) et LESCURE (K.),** « Historique du fonctionnement du TPIY », *RIDP*, vol.2, 1996, pp. 233 ss.
- GETTI (J.-P.),** « Un tribunal pour quoi faire ? Le tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et la poursuite des crimes contre l'humanité », *Politique africaine*, n°68, 1997, pp. 51-59.
- GETTI (J.-P.),** « Un tribunal pour quoi faire ? Le tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) et la poursuite des crimes contre l'humanité », *Politique africaine*, n°68, 1997, pp. 51-59.
- GIANARIS (N.),** « The new world order and the need for an international criminal court », *Fordham International Law Review*, vol. 16, 1992-193, pp. 88 ss.
- GIOIA (F.),** « State sovereignty, jurisdiction, and 'modern' international law : the principle of complementarity in the international criminal court », *Leiden Journal of International Law*, vol. 19, 2006, pp. 1095-1123.
- GIUDICELLI-DELAGE (G.),** « Poursuivre et juger selon « les intérêts de la justice ». Complémentarité ou/et primauté », *Rev. sc. crim.*, 2007, pp. 473-484.
- GLASER (S.),** « « L'acte d'Etat » et le problème de la responsabilité individuelle », *RDPC*, vol. 51, 1950, pp. 1-17.
- GLASER (S.),** « La culpabilité en droit international pénal », *R.C.A.D.I.*, tome. 99, 1960.
- GLASER (S.),** « Remarques sur les projets élaborés au sein des Nations Unies en matière de droit pénal international », *RIDP*, vol. 1, 1964, pp. 299ss.

- GLASSER (S.)**, L'Etat en tant que personne morale est-il responsable ? », *RDPC*, n°5, 1948-1949, pp. 425 ss.
- GOUNELLE (M.)**, « Quelques remarques sur la notion de 'crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'Etat », in **BARDONNET (D.)** et *al.*, *Le droit international : unité et diversité. Mélanges offerts à Paul Reuters*, Paris, Pedone, 1981, pp. 315-326.
- GRAEFRATH (B.)**, « Universal criminal jurisdiction and an international criminal court », *JEDI*, vol. 1, 1990, pp. 81 ss.
- GRAVEN (J.)**, « Pour la défense de la justice internationale, de la paix et de la civilisation par le droit pénal », *RIDP*, vol. 1, 1964, pp. 7ss.
- GREBING (G.)**, « La création d'une cour pénale internationale : bilan et perspective », *RIDP*, vol. 3, 1974, pp. 435-542.
- GREEN (L. C.)**, « Command responsibility in international humanitarian law », *Transnational Law and Contemporary Problems*, vol. 5, 1995, pp. 333 ss.
- GROS ESPIELL (H.)**, « International responsibility of state and individual criminal responsibility in the international protection of human rights », in **RAGAZZI (M.)** (dir.), *International responsibility today. Essays in memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 151-160.
- GROSS (L.)**, « International terrorism and international criminal jurisdiction », *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, pp. 508 ss.
- GRYNFOGEL (C.)**, « Les limites de la complicité de crime contre l'humanité », *Rev. sc. crim.*, n°3, 1998, pp. 523-533.
- GUILLAUME (G.)**, « La compétence universelle, formes anciennes et nouvelles », in *Mélanges Levasseur*, Paris, Litec, 1992, pp. 23-36.
- GUILLAUME (G.)**, « La compétence universelle. Du code de justinien à l'affaire Yerodia », in *La cour internationale de justice à l'aube du XXI^{ème} siècle. Le regard d'un juge*, Paris, Pedone, 2003, pp. 219-237.
- GURULE (J.)**, « United States opposition to the 1998 Rome Statute establishing an international criminal court: is the court's truly complementary to national criminal jurisdictions? », *Cornell International Law Journal*, vol. 35, 2001-2002, pp. 9 ss.
- GUSTAFSON (K.)**, « The 'requirement' of an express agreement for joint criminal enterprise liability. A critique of Brdanin », *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, pp. 134-158.
- HAAN (V.)**, «The development of a concept of joint criminal enterprise at the international criminal tribunal for the former Yugoslavia», *International Criminal Law Review*, vol. 5, 2005, pp. 167-201,
- HALSAM (E.)**, « Victim participation at the international criminal court: a triumph of hope over experience? », in **MCGOLDRICK (D.)**, **ROWE (P. J.)**, **DONNELLY (E.)**, (dir.), *The permanent international criminal court. Legal and policy issues*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 315-334.
- HAMDORF (K.)**, « The concept of a joint criminal enterprise and domestic mode of liability for parties to a crime : a comparison of German and English law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, 208-226.

- HARHOFF (F.)**, « Consonance or rivalry ? Calibrating the efforts to prosecute war crimes in national and international tribunals », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 7, 1997, pp. 571-596.
- HEALY (S. A.)**, « Prosecuting rape under the statute of the war crimes tribunal for the former Yugoslavia », *Brooklin Journal of International Law*, vol. 21, 1995, pp. 327-383.
- HEISKANEN (V.)**, « Jurisdiction v. competence : revisiting a frequently neglected distinction », *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, pp. 1-5.
- HELLER (K. J.)**, « The shadow side of complementarity : the effect of article 17 of the Rome Statute on national due process », *Criminal Law Forum*, 2006, pp. 255 ss.
- HESSLER (C. A.)**, « Command responsibility for war crimes », *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973, p. 1283.
- HOLLWEG (C.)**, « Le nouveau tribunal de l'ONU et le conflit en ex-Yougoslavie : un défi pour le droit international humanitaire dans le nouvel ordre mondial », *R.D.P.*, n°5, 1994, pp. 1337 ss.
- HOLMES (J. T.)**, « Complementarity: national courts versus ICC, in the Rome Statute of international criminal court », in CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J. R. W.D.) (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 667-685.
- HOUREQUIE (F.)**, « La notion de « justice transitionnelle » a-t-elle un sens ? », *Les Petites affiches*, n°90, 2009, pp.6-8.
- ITSOUHOU MBADINGA (M.)**, « Variations des rapports entre les juridictions pénales internationales et les juridictions nationales dans la répression des crimes internationaux », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 53, 2003, pp. 1221-1246.
- JESCHECK (H. H.)**, « Etat actuel et perspectives d'avenir des projets dans le domaine du droit international pénal », *RIDP*, vol. 1, 1964, pp. 83 ss.
- JIA (B. B.)**, « The doctrine of command responsibility revisited », *Chinese Journal of International Law*, 2004, pp. 1-42.
- JOHNSON (L. D.)**, « The ICTR », *RIDP*, vol. 1, 1996, pp. 211 ss.
- JONES (J.)**, « The Special court of Sierra Leone: A defence perspective », *Journal of international criminal justice*, vol. 2, 2004, pp. 211-230.
- JORDA (C.) et DE HEMPTINNE (J.)**, « The status and the role of the victim », in CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J. R. W.D.) (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1387-1419.
- JOUANNET (E.)**, « Quelques perspectives théoriques: incertitudes sur le tiers et désordre de la justice internationale », in RUIZ-FABRI (H.) et SOREL (J.-M.) (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Paris, Pedone, 2005, pp. 261 ss.
- JOYNER (C.)**, « Arresting impunity: the case for universal jurisdiction in bringing war criminals to accountability », *Law and Contemporary Problems*, vol.59, 1996, pp. 153-172.
- JURDI (N. N.)**, « The prosecutorial interpretation of complementarity principle: does it really contribute to ending impunity on the national level ? », *International Criminal Law Review*, vol. 10, 2010, pp. 73-96.

- KAMTO (M.)**, « Responsabilité de l'Etat et de l'individu pour crime de génocide. Quels mécanismes de mise en œuvre », in **BOUSTANY (K.)** et **DORMOY (D.)**, (dir.), *Génocide(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 487-511.
- KARIBI-WHITE (A. G.)**, « The twin ad hoc tribunals and primacy over national courts », *Criminal Law Forum*, vol. 9, 1999, pp. 55 ss.
- KARIBI-WHITE (A. G.)**, « The twin ad hoc tribunals and primacy over national courts », *Criminal Law Forum*, vol. 9, 1999, pp. 55-98.
- KARIBI-WHITE (A. G.)**, « The twin ad hoc tribunals and primacy over national courts », *Criminal Law Forum*, vol. 9, 1999, pp. 55-98.
- KEITH (K. M. F.)**, « The mens rea of superior responsibility as developed by ITCY jurisprudence », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 617-634.
- KELSEN (H.)**, « Collective and individual responsibility in international law with particular regards to the punishment of war criminals », *California Law Review*, vol. 31, 1941, pp. 530 et s.
- KELSEN (H.)**, « Collective and individual responsibility in international law with particular regard to the punishment of war criminal », *California Law Review*, 1943, pp. 530-577.
- KELSEN (H.)**, « Collective and individual responsibility for acts of state international law », *The Jewish Yearbook of International Law*, 1948, pp. 226-237.
- KELSEN (H.)**, « Will the judgement in the Nuremberg trial constitute a precedent in international law ? », *International Law Quarterly*, 1947, pp. 153-171.
- KIRSCH (Ph.)**, « La Cour pénale internationale face à la souveraineté des Etats », **CASSESE (A.)** et **DELMAS-MARTY (M.)** (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, pp. 31-37.
- KLEFFNER (J. K.)**, « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 86, 2003, pp. 86-113.
- KLEFFNER (J. K.)**, « Complementarity as a catalyst for compliance », in **KLEFFNER (J. K.)** et **KOR (G.)**, (eds), *Complementary views on complementarity: proceedings of the international roundtable on complementary nature of the international criminal court*, Amsterdam, 25-26 juin 2004, The Hague, TMC Asser Press, 2006, pp. 79-104.
- KLEFFNER (J. K.)**, « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *Journal of International Criminal Justice*, 2003, vol. 1, pp. 88-113.
- KOUSSETOGUE KOUDE (R.)**, « La pertinence opératoire de la justice pénale internationale : vers un universalisme juridique inachevé », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 64, 2005, pp. 961-978.
- KOVAC (P.)**, « La Société des Nations et son action après l'attentat contre Alexandre roi de Yougoslavie », *Revue d'Histoire du Droit International*, vol. 6, 2004, pp. 65-79.
- LA HAYE (E.)**, « The international criminal court and international criminal co-operation », in **VON HEBEL (H. A. M.)**, **LAMMERS (J. G.)** et **SCHUKKING (J.)**, (dir.), *Reflections on the international criminal court*, The Hague, T. M. C. Asser Press, 1999, pp. 105 ss.
- LAELY (T.)**, « Le destin du Bushingantahe : transformation d'une structure locale d'autorité au Burundi », *Genève-Afrique*, vol. 30, 1992, pp. 75-98.

- LAMBERT ABDELGAWAD (E.)**, « La spécificité des réparations pour crimes internationaux », in **TOMUSCHAT (Ch.)** et **THOUVENIN (J.-M.)**, (dir.), *The Fundamental rules of international legal order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Liden, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp.167-201
- LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, « Cour pénale internationale et adaptations constitutionnelles comparées », *RIDC*, vo. 53, 2003, pp. 539-573.
- LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)**, « Droit pénal international : l'emprisonnement des personnes condamnées par les juridictions pénales internationales. Les conditions relatives à l'aménagement des peines », *Rev. sc. crim.*, 2003, pp. 162-171.
- LANDRUM (B. D.)**, « The Yamashita war crimes trial: command responsibility then and now », *Military Law Review*, vol. 149, 1995, 293 ss.
- LANSING (R.)**, « Some legal questions of the peace conference », *American Journal of International Law*, pp. 631-647.
- LAUCCI (C.)** et *ali.*, « Projet de Tribunal spécial pour la Sierra Leone : vers une troisième génération de juridictions pénales internationales ? », *L'Observateur des Nations Unies*, n°9, 2000, pp. 197 ss.
- LAUTERPACHT (H.)**, « Allegiance, diplomatic protection and criminal jurisdiction over alien », *Cambridge Law Journal*, vol. 9, 1947, pp. 348 ss.
- LEAUTE (J.)**, « La reconnaissance de la notion de groupe dans le droit pénal des affaires », *J.C.P.*, 1973, I. 2553.
- LEFRANC (S.)**, « Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », *Droit et Culture*, vol. 56, 2008, pp. 130 ss.
- LEMONNE (A.)**, « A propos de la 5^e conférence internationale sur la justice restauratrice. Accord ou contradiction au sein d'un mouvement en expansion ? », *RDPC*, n°4, Chronique de criminologie, 2002, pp. 411-422.
- LEWIS (P.)**, **FRIMAN (H.)**, « Reparations to victims », in **LEE (R. S.)** (dir.), *The international criminal court. Elements of crimes and rules of procedure and evidence*, Ardsley, Transnational Publishers, 2001, pp. 474-491.
- LIANG (Y.)**, « Notes on legal question concerning United Nations – The question of the establishment of an international criminal jurisdiction: the first phase », *American Journal of International Law*, vol. 46, 1952, pp. 73 ss.
- LIPPMAN (M.)**, « Conundrums of armed conflict: criminal defenses of violations of the humanitarian law of war », *Dickinson Journal of International Law*, vol. 15, 1996, pp. 1-111.
- LIWERANT (S. O.)**, « Quand la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale », *Droit et Cultures*, vol.56, 2008, pp. 147-175.
- LLEWELLYN (J. J.)**, « A comment on the complementary jurisdiction of the international criminal court : adding insult to injury in transitional context? », *Dalhousie Law Journal*, vol. 24, 2001, pp. 192 ss.
- LUCHAIRE (F.)**, « La cour pénale internationale et la responsabilité du chef de l'Etat devant le Conseil constitutionnel », *Revue droit public*, 1999, pp. 457 ss.
- MACPHERSON (B. F.)**, « Building an international criminal court for the 21st century », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 13, 1998, pp. 35 ss.
- MAHMOUD (M. S. M.)**, « Les leçons de l'affaire Pinochet », *JDI*, n°4, 1999, pp. 1021 ss.

- MANDEL-STAM (A.)**, « L'interprétation du Pacte Briand-Kellog par les gouvernements et les parlements des Etats signataires », *RGDIP*, 1933, pp. 537 ss.
- MARKS (P.)**, « The Hissène Habré case : the law and politics of universal jurisdiction », in **MACEDO (S.)**, *Universal jurisdiction : national courts and the prosecution of serious crimes under international law*, 2003, pp. 131 ss.
- MARSHALL (T.)**, « The evolution of restorative justice in Britain », *European Journal on Criminal Policy and Research*, vol.4, 1996, pp. 21-43.
- MARTIN (P.-M.)**, « La compétence de la compétence (à propos de l'arrêt Tadic, Tribunal pénal international, chambre d'appel, 2 octobre 1995) », *D.*, 1996, chron. p. 158.
- MARTIN (P.-M.)**, « Un différend entre la Belgique et le Sénégal : l'affaire Habré », *D.*, n°31, 2009, pp. 2125-2127.
- MARTINEZ (J. S.)**, « Understanding mens rea in command responsibility. From Yamashita to Blaskic and beyond », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 638-664.
- MATTIOLI (G.)** et **VAN WOUDEBERG (A.)**, « Global catalyst for national prosecution? The ICC in the Democratic Republic of Congo », in *Courting conflict? Justice peace and the ICC in Africa*, 2008, pp. 55-64.
- MEREK (K.)**, « Criminalizing state responsibility », *RBDI*, 1978-1979, pp. 461 ss.
- MERON (T.)**, « The international criminalization of internal atrocities », *American Journal of International Law*, vol.89, 1995, pp. 554-577.
- MERON (T.)**, « Is international law moving toward criminalization », *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, pp. 22 ss.
- MERON (T.)**, « The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law », *American Journal of International Law*, 1996, pp. 238-249.
- MEYER (F.)**, « Complementing complementarity », *International Criminal Law Review*, vol. 6, 2006, pp. 549-583.
- MEYERSTEIN (A.)**, « Between law and culture : rwanda's gacaca and postcolonial legacy », *Law and Social Inquiry*, vol. 22, n°2, 2007, pp. 467-508.
- MILITELLO (V.)**, « The personal nature of individual criminal responsibility and the ICC Statute », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 941-952.
- MOGHADAM (T.)**, « Revitalizing universal jurisdiction: lessons from hybrid tribunals applied to the case of Hissène Habré », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 39, 2007-2008, pp. 471-521.
- MORLET (P.)**, « Quelques considérations sur le statut pénal des gouvernants étrangers, d'après l'arrêt de la Cour internationale de justice », *R.D.P.C.*, n°11, 2002, pp. 979-1003.
- MORRIS (M.)**, « Complementarity and its discontents: states, victims, and the international criminal court », in **SHELTON (D.)** (dir.), *International crimes, peace and human rights: the role of international criminal court*, Ardsley/New York, Transnational Publishers, 2000, pp. 177-201.
- MUELLER (G. O.)**, « The United Nations draft code of offences against the peace and the security of mankind : an american evaluation », in **MUELLER (G. O.)**, **WISE (G. M.)**, *International criminal law*, New York, Rothman, 1965, pp. 632 ss.

- MUNA (B.)**, « The Rwanda tribunal and its relationship to national trials in Rwanda », *American University International Law Review*, vol. 13 1998, pp. 1469-1493.
- MURPHY (S. D.)**, « Progress and jurisprudence of the ITCY », *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, pp. 57ss.
- NERLICH (V.)**, « Superior responsibility under article 28 ICC Statute. For what exactly is the superior held responsible? », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 665-668.
- NEWTON (M. A.)**, « Comparative complementarity: domestic jurisdiction consistent with the Rome Statute of the International Criminal Court », *Military Law review*, vol. 167, 2001, vol. 167, pp. 20-73.
- NOLLKAEMPER (A.)**, « Concurrence between individual responsibility and state responsibility in international law », *International Criminal Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 615- 640.
- O'BRIEN (J.)**, « The international tribunal for violation of international humanitarian law in former Yugoslavia », *American Journal of International Law*, vol. 87, 1993, pp. 639 ss.
- O'BRIEN (W.)**, « The law of war, command responsibility and Vietnam », *Georgetown Law Journal*, vol. 60, 1972, pp. 637 ss.
- O'KEEFE (R.)**, « Universal jurisdiction. Clarifying the basic concept », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 735-760.
- OHLIN (J. D.)**, « Three conceptual problems within the doctrine of joint criminal enterprise », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 69-90.
- OLASOLO (H.)**, « Joint criminal enterprise and its extended form: a theory of co-perpetration giving rise to principal liability, a notion of accessorial liability, or a form of partnership in crime? », *Criminal Law Forum*, vol. 20, 2009, pp. 263-287.
- OLINGA (A.-D.)**, « Les droits de l'homme peuvent-ils soustraire un ex-dictateur à la justice ? L'affaire Hissène Habré devant la Cour de justice de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest », *Rev. trim. dr. h.*, n°87, 2011, pp. 735-746.
- ORENTLICHER (D.)**, « Settling accounts: the duty to prosecute human rights violation of prior regime », *Yale Law Journal*, vol.100, 1991, pp. 2537-2615.
- PARADELLE (M.) et DUMONT (H.)**, « L'emprunt à la culture, un atout dans le jugement du crime de génocide ? Etude de cas à partir des juridictionnelles Gacaca du Rwanda saisies du génocide des Tutsis du Rwanda », *Criminologie*, vol. 39, n°2, 2006, pp. 97-135.
- PARADELLE (M.), DUMONT (H.) et BOISVERT (A.-M.)**, « Quelle justice pour quelle réconciliation ? Le tribunal pénal international pour le Rwanda et le jugement du génocide », *Mc Gill Law Journal*, 2005, pp. vol. 50, 359-413.
- PARKS (W. H.)**, « Command responsibility for war crimes », *Military Law Review*, vol. 62, 1973, pp. 4 ss.
- PAUST (J. J.)**, « Superior orders and command responsibility », in **BASSIOUNI (CH.)**, (dir.), *International criminal law*, vol.1, New York, Transnational Publishers, 1999, pp. 223 ss.
- PAUST (J. J.)**, « The freeing of Ntakirutimana in the United States and 'extradition' to the ICTR », *Yearbook of International Humanitarian Law*, vol. 1, 1998, pp. 205-209.

PELLA (V. V.), « Fonctions pacificatrices du droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix », *RGDIP*, 1947, pp. 1ss.

PELLA (V.V.), « Towards an international criminal courts », *American Journal of International Law*, vol. 44, 1950, pp.135-147.

PELLET (A.), « Le tribunal criminel international pour l'ex-yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive ? », *RGDIP*, 1994, pp. 7-60.

PELLET (A.) « Le nouveau projet de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite – Requiem pour le crime ? », in *Man's Inhumanity to Man-Mélanges Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2003, pp. 654-681.

PELLET (A.), « Can a state commit an crime ? Definitely, yes ! », *European Journal of International Law*, 1999, vol. 10, n. 2, pp.425-434.

PELLET (A.), « La codification du droit de la responsabilité internationale – Tâtonnements et affrontements », in **BOISSON DE CHAZOURNES (L.)** et **VGOWLLAND-DEBBAS (dir.)**, *L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, La Haye, Kluwer, 2001, pp. 285-304.

PELLET (A.), « Le crime international de l'Etat. Un phoenix juridique », in **KOUFA (K.) (dir.)**, *The new international criminal law*, Athens-Thessaloniki, Sakkoulas Publications, « Thesaurus Acroasium », vol. XXXII, pp. 281-351.

PELLET (A.), « Le projet de Statut de Cour criminelle internationale permanente. Vers la fin de l'impunité ? », in *Hector Gros Espiell Amicorum Liber. Personne humaine et droit international*, voll, Bruxelles, Bryulant, 1997, pp. 1057 ss.

PELLET (A.), « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite. Suite et fin ? », *A.F.D.I.*, 2002, vol 48, pp. 1-23.

PELLET (A.), « Remarques sur une révolution inachevée – le projet d'articles de la C.D.I sur la responsabilité des Etats », *A.F.D.I.*, 1997, pp. 7-32.

PELLET (A.), « The new draft articles of the International Law Commission on the Responsibility of States for International Wrongful Acts : A requiem for States' Crimes ? », in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2001, pp. 55-79.

PERRIER (C.), « justice transitionnelle au Rwanda : les juridictions Gacaca », in **MOREILLON (L.), BICHOVSKY (A.)** et **MASSROURI (M.) (dir.)**, *Droit pénal humanitaire*, Genève/Bâle/Munich/Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn/bryulant, 2007, pp. 57-74.

PHILIPPE (X.), « Brèves réflexions sur les relations entre justice transitionnelle et constitution », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU.*, Paris, Dalloz, 2007, pp.373 ss.

PHILIPS (R. B.), « The International Criminal Court Statute : jurisdiction and admissibility », *Criminal Law Forum*, vol. 10, 1999, pp. 61-85.

PIACENTE (N.), « Importance of the join criminal enterprise doctrine for the ICTY prosecutorial policy », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, 2004, pp. 448 ss.

PLATCHA (M.), « Aut dedere aut judicare : an overview of modes of implementation and approaches », *Maastricht Journal of European and comparative law*, vol.6, 1999, pp. 331-365.

- POLITI (M.),** « Le Statut de la Cour Pénale Internationale : le point de vue d'un négociateur », *RGDIP*, vol. 103, 1999, pp. 817-850.
- PREVOST (A. M.),** « Race and war crimes : the 1945 war crimes trial of general Tomoyuki Yamashita », *Human Right Quarterly*, vol. 14, 1992, pp. 309 ss.
- PROVOST (R.),** « Amicus curiae brief on join criminal enterprise in the matter of the co-perpetrators' appeal of the closing order against Kaing Guek EAV 'duch' dated 8 august 2008 », *Criminal Law Forum*, vol. 20, 2009, pp. 331-351.
- QUENEUDEC (J-P.),** « A propos de la composition du Conseil de sécurité », *RGDIP*, 1995, pp. 322-338.
- RANDALL (K. C.),** « Universal jurisdiction under international law », *Texas Law Review*, vol.66, 1988, pp. 785-845.
- RATNER (S.),** « Belgium's War Crimes Statute : A Postmortem », *American Journal of International Law*, 2003, volume 97, n°4, pp. 888 ss.
- REYDAMS (L.),** « Universal jurisdiction over atrocities in Rwanda : theory and practice », *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol.4, 1996, pp. 18-47.
- ROBINSON (D.),** « The Rome Statute and its impact in national law », in **CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J. R. W.D.)**, (dir.), *The Rome statute of International Criminal Court, a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1849-1869.
- RODEGEM (F. M.),** « Structures judiciaires traditionnelles au Burundi », *Revue Juridique de Droit Ecrit et Coutumier du Rwanda et du Burundi*, vol. 6, n°1, 1996, pp. 5-28.
- RODELLA (A.-S.),** « L'expérience hybride de la Sierra Leone. De la Cour spéciale à la commission vérité et réconciliation », *Politique africaine*, n°92, 2003, pp. 56-75.
- ROHT-ARRIAZA (N.),** « State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law », *California Law Review*, vol. 78, 1990, pp. 496 ss.
- ROHT-ARRIAZA (N.),** « The Pinochet precedent and universal jurisdiction », *New England Law Review*, vol. 35, 2000-2001, pp. 311-319.
- ROLING (B. V. A.),** « The law of war and the national jurisdiction since 1945 », *R.C.A.D.I.*, vol. 100, 1960, pp. 323-456.
- ROSENNE (S.),** « Poor drafting and imperfect organization: flaws to overcome in the Rome Statute », *Virginia Journal of International Law*, 2000, 164-185.
- ROUSSY (A.),** « Le principe de l'universalité du droit de punir comme compétence juridictionnelle nationale des Etats », in **MOREILLON (L.), BICHOVSKY (A.) et MASSROURI (M.)** (dir.), *Droit pénal humanitaire*, Genève/Bâle/Munich/Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn/bruylant, 2007, pp.21-38.
- RUDOLF (B.),** « Considérations constitutionnelles à propos de l'établissement d'une justice pénale internationale », *RFDC*, n°39, 1999, pp. 451-482.
- RUIZ FABRI (H.),** « Droits de l'homme et souveraineté de l'Etat : les frontières ont-elles été substantiellement redéfinies ? », in *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges Fromont*, Strasbourg, Presse universitaire de Strasbourg, 2001, pp. 371 ss.
- SALAND (P.),** « International criminal law principles », in **LEE (R. S.)**, (dir.), *The international criminal court: the making of the Rome Statute. Issues, negotiations, results*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 189-216.

- SALDANA (Q.)**, « La justice pénale internationale », *R.C.A.D.I.*, tome.010, 1926, pp.223-429.
- SANDOZ (Y.)**, « Penal aspects of international humanitarian law », in **BASSIOUNI (Ch.)**, (ed), *International criminal law: a draft of international criminal code*, The Hague, Kluwer Law International, 2nd ed., 1999, pp. 226 ss.
- SASSOLI (M.)**, « L'arrêt yerodia : quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international », *RGDIP*, 2002, pp. 791 ss.
- SATZGER (H.)**, « German criminal law and the Rome Statute. A critical analysis of the new German code of crimes against international law », *International Criminal Law Review*, vol.2, 2002, p. 261 ss.
- SCHABA (W.)**, « The Jelisic case and the mens rea of the crime of genocide », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 125-140.
- SCHABAS (W.)**, « Genocide trials and gacaca courts », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, pp. 1-17.
- SCHABAS (W.)**, « The general principles of the Rome Statute », *European Journal for Crime Criminal Law, and Criminal Justice*, vol. 6, 1998, pp. 400-428.
- SCHABAS (W.)**, « 'Internationalised' courts and their relationship with alternative accountability mechanisms : the case of Sierra Leone », in *Proceedings of the 31st annual conference of the canadian council on international law*, 2004, pp. 322- 350.
- SCHABAS (W.)**, « Addressing impunity in developing countries: lesson from Rwanda and Sierra Leone », in **DUMONT (H.)** et **BOISVERT (A.-M.)** (dir.), *La voie vers la Cour pénale internationale : tous les chemins mènent à Rome*, Montréal, Themis, 2004, pp. 159-178.
- SCHABAS (W.)**, « International sentencing : from Leipzig (1923) to Arusha (1996) », **BASSIOUNI (Ch.)**, (dir.), *International criminal law*, Ardsley, 2^e éd., 1999, pp. 175-180.
- SCHABAS (W.)**, « The relationship between truth commissions and international courts : the case of Sierra Leone », *Human Rights Quarterly*, vol. 25, 2003, pp. 1035 ss.
- SCHABAS (W.)**, « Truth commissions and courts working in parallel : the Sierra Leone experience », *American Society of International Law and Proc.*, 2004, pp. 189 ss.
- SCHOCKEN (C.)**, « The Special court for Sierra Leone : overview and recommendations », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 20, 2002 ; pp. 436-461.
- SCHWARZENBERGER (G.)**, « The judgement of Nuremberg », *Tulane Law Review*, vol. 2, 1947, pp. 329 ss;
- SHRAGA (D.)**, **ZACKLIN (R.)**, « The ICTR », *European Journal of International Law*, vol. 7, 1996, pp. 501 ss.
- SLIEDREGT (A. V.)**, « Joint criminal enterprise as a pathway to convicting individuals for genocide », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 184-207.
- SOBO (F.)**, « Justice transitionnelle. Le point sur les juridictions Gacaca du Rwanda », *Rev. sc. crim.*, 2009, pp. 763 ss.
- SPIGA (V.)**, « Non-retroactivity in criminal law. A new chapter in the Hissène Habré saga », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, 2011, pp. 1ss.
- SPINEDI (M.)**, « International crime of state – the legislative history », in **WEILER (J. H. H.)**, **CASSESE (A.)**, **SPINEDI (M.)**, *International crimes of state. A critical analysis of the*

I.C.L's draft article 19 on state responsibility, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1989, pp. 12 ss.

STAHN (C.), « Complementarity : a tale of two notions », *Criminal Law Forum*, vol. 19, 2008, pp. 87-113.

STARACE (V.), « La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale », *R.C.A.D.I.*, tome. 153, 1976, pp.263 – 318.

SUCHARITKUL (S.), « International terrorism and the problem of jurisdiction», *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 14, 1987, pp. 142-181.

SUR (S.), « Vers une cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP*, 1999, pp. 29-45.

TAVERNIER (P.), « Comment surmonter les obstacles constitutionnels à la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale », *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 545-561.

TERRACINO (J. B.), « National implementation of ICC crimes. Impact on national jurisdiction and the ICC », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, 2007, pp. 421-440.

TRACOL (X.), « Le rôle du procureur du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *Rev. sc. crim.*, 2007, pp. 401 ss.

TRIFFTERER (O.), « Causality. A separate element of the doctrine of superior responsibility as expressed in article 28 Rome Statute? », *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, 2002, pp. 197ss.

TRIFFTERER (O.), « Command responsibility – *crimen sui generis* or participation as « otherwise provided » in article 28 of Rome Statute? », in **ESER (A.)**, **BECK (V. C. H.)**, *Menschengerechtes Strafrecht, festschrift für*, Fribourg, 2005, pp. 901-924.

TRIFFTERER (O.), « The preventive and repressive function of the International criminal court », in **POLITI (M.)** et **NESI (G.)**, (dir.), *The Rome Statute of the international criminal court – A challenge to impunity*, Ashgate, Burlington, 2001, pp. 137-175.

TRUCHE (P.), « Deux réponses africaines à des crimes contre l'humanité », *Apprendre à douter. Questions de droit. Questions sur le droit. Etudes offertes à Claude Lombois*, Limoges, Presse Universitaire de Limoges, 2004, pp. 775-780.

TSEGMILLER (I.), « Complementarity thoughts », *Criminal Law Forum*, vol. 21, 2010, pp. 159-174.

VAN BOVEN (T.), « The position of the victim in the statute of the international criminal court », *Reflections on the ICC, Essays in Honour of Adriaan Bos*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 1999, pp.83 ss.

VAN DEN WYNGAERT (Ch.) et **STESSENS (G.)**, « The international non bis in idem principle : resolving some of the unanswered questions », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, 779-804.

VAN DER WILT (H.), « Joint criminal enterprise. Possibilities and limitations», *Journal of International Criminal Justice*, vol.5, 2007, pp. 91-108.

VAN ELST (R.), « Implementing universal jurisdiction under over grave breaches of Geneva conventions », *Leiden Journal of International Law*, vol. 13, 2000, pp. 815-854.

VANDERMEERSCH (D.), « La compétence universelle en droit belge : poursuites pénales et extraterritorialité », *R.D.P.*, n°8, 2002, pp. 39 ss.

- VANDERMEERSCH (D.)**, « La répression en droit belge des crimes de droit international », *R.I.D.P.*, 1997, pp. 1092 ss.
- VANDERMEERSCH (D.)**, « Les poursuites et le jugement des infractions de droit international humanitaire en droit belge », *R.D.P.C.*, dossier n°6, « Actualité du droit international humanitaire », 2001, pp. 121-180.
- VERHOEVEN (J.)**, « M. Pinochet, la coutume internationale et la compétence universelle », *Journal des Tribunaux*, 1999, pp. 311ss.
- VERHOEVEN (J.)**, « Mandat d'arrêt international et statut de ministre », *Journal des procès*, 19 avril 2002, pp. 20 ss.
- VERHOEVEN (J.)**, « vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *A.F.D.I.*, vol. XLV, 1999, pp. 55-71.
- VETTER (G. R.)**, « Command responsibility of non-military superiors in the international criminal court (ICC) », *Yale Journal of International Law*, vol. 25, 2000, pp. 89-143.
- WECKEL (Ph.)**, « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes du droit humanitaire en Yougoslavie », *A.F.D.I.*, tome xxxix, 1993, pp. 232 ss.
- WECKEL (Ph.)**, « La cour pénale internationale. Présentation générale », *RGDIP*, 1998, pp 983-993.
- WERLE (G.)**, « A propos du développement du droit international pénal substantiel », in **CHIAVARIO (M.)** (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris/Milan, Dalloz/Giuffrè, 2003, pp. 162-172.
- WRIGHT (Q.)**, « Proposal for an international criminal court », *American Journal of International Law*, vol. 46, 1952, pp. 60-72.
- YANG (L.)**, « On the principle of complementarity in the Rome statute of international criminal court », *Chinese Journal of International Law*, vol. 4, 2004, pp. 122 ss.
- ZAHAR (A.)**, « Command responsibility of civilians superiors for genocide », *Leiden Journal of International Law*, vol. 14, 2001, pp. 591-616.
- ZAKR (N.)**, « La responsabilité du supérieur hiérarchique devant les Tribunaux pénaux internationaux », *RID.*, vol. 1-2, 2002, pp. 59-80.

VII- Droit africain, droits pénaux africains, politiques criminelles africaines.

a)- Ouvrages collectifs, monographies, thèses.

- ASSEMEKANG (C.)**, *Essai sur l'évolution du droit pénal et le développement du Congo-Brazzaville. (De la période précoloniale à la fin de la période coloniale)*, Thèse, Paris, 1969.
- BIPOUN-WOUM (J.-M.)**, *Le droit international africain. Problèmes généraux – règlement des conflits*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque africaine et malgache », 1970.
- BLEVIS (L.)**, *Sociologie d'un droit colonial. Citoyenneté et nationalité en Algérie (1865-1947) : une exception républicaine ?*, Thèse IEP Aix-en-Provence, 2004.

- COISSY (D. M.),** La politique criminelle des Etats d'Afrique noire, Genève, éd., Médecine et Hygiène, 1974.
- DARBON (D.), DU BOIS DE GAUDUSSON (J.)** (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997.
- DELMAS (A.),** Droit pénal coutumier africain, Thèse, Paris II, 1976.
- DJUIDJE (B.),** Le pluralisme législatif camerounais et le droit international privé, Paris, L'Harmattan, 1999.
- DOUNKENG ZELE (C.),** *Le chef de l'Etat dans le système politique camerounais. Le rôle de l'idéologie de l'unité nationale dans l'affirmation d'un leadership*, Thèse troisième cycle, Université de Yaoundé II, 1998.
- DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), CONAC (G.)** et **DESOUCHES (Ch.),** *Les constitutions africaines publiées en langue française*, tome 1 et 2, Paris, La documentation française, Bruxelles, Bruylant, coll. « Retour aux textes », 1997.
- DUMEZ (M.),** Le droit du mariage en Côte d'Ivoire, Paris, LGDJ, 1971.
- FLAUSS (J.)** et **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.)** (dir.), *L'application nationale de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Droit et Jus », 2004.
- FOFE DJOFIA MALAWA (J.-P.),** Justice pénale et réalités sociétales. De l'analyse du modèle R.D.Congo à la formulation d'une politique criminelle participative, Paris, L'Harmattan, coll. « Etudes africaines », 2007.
- GONIDEC (P.-F.),** *Les droits africains. Sources et évolution*, Paris, LGDJ, 1986.
- GONIDEC (P.-F.),** *Les systèmes politiques africains*, Paris, LGDJ, 1978.
- HAMA (B.),** *Les grands problèmes de l'Afrique des indépendances*, Paris, P. J. Oswald, 1974.
- HANNOYER (J.),** *Guerres civiles. Economie de la violence, dimensions de la civilité*, Paris, Karthala, 1999.
- HASSENFRATZ (C.),** *Le phénomène criminel dans un pays en voie de développement : l'exemple de la Côte d'Ivoire*, Thèse, Paris II, 1974.
- KAMTO (M.),** *Pouvoir et droit en Afrique Noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque africaine et malgache », 1987.
- KANGA (J.-Cl.),** Le droit coutumier Bamiléké au contact des droits européens (Etat du Cameroun), Thèse, Paris, 1957.
- KEBA M'BAYE,** *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, Pedone, 1992.
- KONTCHOU KOUEMEGNI (A.),** « Les constitutions africaines et le droit international », in **CONAC (G.)** (dir.), *Les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République Malgache*, Paris, Economica, 1979.
- KOUASSIGAN (G.A.),** *Quelle est ma loi ? Tradition et modernité dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, Pedone, 1974.
- LAVROFF (D.G.),** *Les systèmes constitutionnels d'Afrique noire. Les Etats francophones*, Paris, Pedone, 1976.

Bibliographie sélective.

- LWAMBA KATANSI**, *Crimes et châtements dans la région des grands lacs. Cour pénale internationale, tribunaux pénaux internationaux, tribunaux pénaux nationaux*, Paris, L'Harmattan, coll. « Comptes rendus », 2007.
- MELONE (S.)**, *La parenté et la terre dans la stratégie de développement. L'expérience camerounaise : étude critique*, Paris, Klincksieck, 1972.
- MELONE (S.)**, **MINKOA SHE (A.)** et **SINDJOUN (L.)** (dir.), *La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996. Aspects juridiques et politiques*, Yaoundé, Friedrich-Ebert, 1996.
- MINKOA SHE (A.)**, *Droits de l'homme et droit pénal au Cameroun*, Paris, Economica, coll. « La vie du droit en Afrique », 1999.
- MINKOA SHE (A.)**, *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse dactyl., Strasbourg III, 1987.
- NDOKO (N.-C.)**, *La culpabilité en droit pénal camerounais*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque des sciences criminelles », 1985.
- NDOYE (M.)**, *Le processus de pénalisation de l'excision au Sénégal : enjeux et perspectives pour les droits sexuels des femmes*, Thèse droit et développement, Université de Lausanne, 2011.
- NTABONA (A.)**, *Itinéraire de la sagesse. Les Bashingantahe hier, aujourd'hui et demain au Burundi*, Bujumbura, éd. du Crid., 1999.
- NTAHOMBAYE (P.)** et *al.*, *L'institution des Bashingantahe au Burundi. Etude pluridisciplinaire*, Bujumbura, Université du Burundi, IDA/ASDI, Life and Peace Institute, 1999.
- OLAWALE (O.)**, *La nature du droit coutumier africain*, Paris, Présence africaine, 1961.
- OLAWALE ELIAS (T.)**, *La nature du droit coutumier africain*, trad. franç. DECOUFLE et DESSAU, Paris, Présence africaine, 1954.
- ONDO (T.)**, *La responsabilité introuvable du chef d'Etat africain. Analyse comparée de la contestation du pouvoir en Afrique noire francophone (Les exemples du Camerounais, gabonais, tchadien et togolais)*, Thèse, Université de Reims, 2005.
- ONDOA (M.)**, *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement. Contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, Thèse, Université de Yaoundé II, 1996.
- POIRIER (J.)**, (dir.), *Etudes de droit africain et de droit malgache*, Paris, Cujas, 1965.
- POUGOUE (P.-G.)**, *La famille et la terre. Essai de systématisation du droit privé camerounais*, Thèse, Bordeaux, 1977.
- ROBERT (A. P.)**, *L'évolution des coutumes de l'Ouest africain et la législation française*, Paris, Encyclopédie d'Outre-Mer, 1975.
- ROCHE (J.-M.)**, *Essai sur l'évolution du droit pénal et des institutions criminelles camerounaises*, 2 vol., Thèse, Bordeaux, 1979.
- SACCO (R.)**, **GUADAGNI (M.)** et **CASTELLANI (L.)**, *Le droit africain. Anthropologie et droit positif*, Paris, Dalloz, 2009.
- SAUTAYRA (E.)**, *Législation de l'Algérie, lois, ordonnances, décrets et arrêtés*, Paris, Maisonneuve et Cie, tome.1, 1883.

SAW SIDIBE (A.), Le pluralisme juridique en Afrique, l'exemple du droit successorale sénégalais, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèques africaines et Malgache », 1992.

SOLUS (H.), *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1927.

SOUMBOU (J. A.), La politique criminelle congolaise. De la juxtaposition à l'harmonisation des modèles, Thèse, Lille, 1990.

VANDERLINDEN (J.), *Les systèmes juridiques africains*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1983.

b)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence.

ABARCHI (D.), « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, 842, 2003, pp. 88-105.

ALETUM TABUWE (M.) et GOUEM (J.), « Le droit traditionnel et le code pénal camerounais », *Rev. Jur. Afr.*, 1992/1993, pp. 25-47.

ALLIOT (M.), « La coutume dans les droits originellement africains », *Bulletin de Liaison du LAJP*, n°7-8, 1985, pp. 79-100.

ANOUKAHA (F.), « Droit pénal et démocratie en Afrique noire francophone. L'expérience camerounaise », *Arch. pol. crim.*, n°17, 1995, pp. 115-172.

ATANGANA AMOUGOU (J.-L.), « Avancées et limites du système africain de protection des droits de l'homme : la naissance de la cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droits Fondamentaux*, n° 3, janvier-décembre 2003, www.droits-fondamentaux.org;

ATANGANA AMOUGOU (J.-L.), « La commission africaine des droits de l'homme et des peuples », *Droit Fondamentaux*, n°1, juillet-décembre 2001, www.droits-fondamentaux-org, consulté le 10 janvier 2012.

BARICAKO (G.), « La mise en œuvre des décisions de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples par les autorités nationales », in **FLAUSS (J.-F.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (dir.)**, *L'application nationale de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 207-234.

BEGOUE (J. P.), « La loi du 10 janvier 1997 contre la torture, un pas en avant dans la protection des droits de l'homme au Cameroun », *RADIC*, vol. 10, 1998, pp. 686-708.

BOUKRIF (H.), « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : un organe judiciaire au service des droits de l'homme et des peuples en Afrique », *RADIC.*, vol. 10, 1998, pp. 60-87.

BRETON (J.M.), « Portée et limites de la réception des modèles exogènes : réflexions sur la « socialisation » du système juridique dans l'expérience marxiste congolaise (1963-1991) », in **DARBON (D.), DU BOIS DE GAUDUSSON (J.) (dir.)**, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 247-271.

COSTA (J.), « La nouvelle famille africaine dans les droits de l'indépendance », *L'année Sociologique*, vol. 22, 1971, pp. 153-180.

COSTA-LASCOUX (J.), « Le droit pénal, l'unité nationale et le développement économique », *Arch. pol. crim.*, n°1, 1975, pp. 93-118.

- COSTA-LASCOUX (J.)**, « Quelques aspects nouveaux du droit des pays africains d'expression française. Une politique pénale contre le sous-développement », *Penant*, 1967, pp. 167ss
- DESLAURIER (Ch.)**, « Le « Bushingantaha » peut-il réconcilier le Burundi ? », *Politique africaine*, n°2, 2003, pp. 77-96.
- DESLAURIER (Ch.)**, « Le Bushingantaha au Burundi : de l'institution locale au patrimoine institutionnel national », in FAUVELLE (F.-X.) et PERROT (C.-H.) (dir.), *Le retour des rois. Les autorités traditionnelles et l'Etat en Afrique contemporaine*, Paris, Karthala, 2003, pp. 401-418.
- DIJON (X.)**, « Les masques du droit en Afrique. Une lecture européenne des sources de la norme », *R.I.D.C.*, n°4, 2009, pp. 567-601.
- FORSTER (I.)**, « La place de la coutume indigène dans le droit moderne de la République du Sénégal », *R.I.C.P.T.*, 1963, pp. 163-181.
- GONIDEC (P.-F.)**, « Droit international et droit interne en Afrique », *RADIC*, n°4, 1996, pp. 789-807.
- GONIDEC (P.-F.)**, Note sur le droit des conventions internationales en Afrique », *AFDI*, 1965, pp. 879 ss.
- GOUDOT (G.)**, « Les données d'un politique criminelle des pays en voie de développement », *Arch. pol. crim.*, n° 1, 1975, pp. 119-142.
- GRAVEN (J.)**, « Vers un nouveau droit pénal éthiopien. De la plus ancienne à la plus récente législation du monde », *R.I.C.P.T.*, vol. VIII, n°4, 1954, pp. 200-278.
- GUTH (J.-M.)**, « Le code pénal malgache de 1962 et les problèmes posés par sa réforme. Esquisse d'une évolution du droit pénal malgache des origines à nos jours. II^{ème} partie », *R.I.C.P.T.*, vol. XXIII, n°3, 1969, pp. 195-210.
- HERZOG (J.-B.)**, « Le projet de code pénal fédéral du Cameroun », *Rev. sc. crim.*, 1965, n°1, pp. 212- 215.
- HEYNS (Ch.)**, « Le rôle de la future Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », in **FLAUSS (J.-F.)** et **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (dir.)**, *L'application nationale de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 235-246.
- KAMTO (M.)**, « Charte africaine, instruments internationaux de protections des droits de l'homme, constitutions nationales : articulations respectives », in **FLAUSS (J.-F.)** et **LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) (dir.)**, *L'application nationale de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 11-47.
- KAMTO (M.)**, « L'énoncé des droits dans les constitutions africaines », *Rev. Jur.Afr.*, 1991, pp. 7 et s.
- KAMTO (M.)**, « Révision constitutionnelle ou écriture d'une nouvelle constitution », *Lex Lata*, n°23-24, 1996,
- KEBA MBAYE**, « Le destin du code civil en Afrique », in *Le code civil. 1804-2004. Le livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz et Litec, 2004, pp. 515 ss.
- KEUBOU (Ph.)**, « Adaptation des législations internes aux exigences de la convention de Rome : étude comparative du Cameroun et de quelques pays européens », *Rev. sc. crim.*, 2004, pp. 843-864.

Bibliographie sélective.

- KEUBOU (Ph.)**, « Les crimes contre l'humanité en droit camerounais », *Annales de la faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang*, t.4, 2000, pp. 77-86.
- KITIO (E.)**, « Observations sur le nouvel article 132 bis du Code pénal relatif à la torture (Loi n°97-9 du 10 janvier 1997) », *Juridis Périodique*, n°32, 1997, pp. 47-52.
- KOWOUIH (S.)**, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : une rectification institutionnelle du concept de « spécificité africaine » en matière de droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 59, 2004, pp. 757-790.
- LAMPUE (P.), « Diversités de statut en droit privé africain », *Penant*, 1961, pp. 1-11.
- LAMPUE (P.)**, « Droit coutumier et droit écrit en Afrique francophone », *Penant*, n°765, 1979, pp. 243-285.
- LE ROY (E.)**, « La vie du droit en Afrique : diversité et originalité des expériences juridiques contemporaines », *Penant*, n°761, 1978, pp. 315-323.
- LE ROY (E.)**, La « boîte noire » de l'impunité en matière de crimes contre l'humanité en Afrique, spécialement dans le cas du génocide rwandais, 1996, 24 p.
- LEROY (E.)**, « Droit et développement en Afrique noire francophone après dix ans d'indépendance politique », *Revue sénégalaise de droit*, 1971, pp. 53 ss.
- MAHOUE (M.)**, « L'interdiction de la torture à l'épreuve des circonstances exceptionnelles », *Juridis Périodique*, n°40, 1999, pp. 69 ss.
- MAHOUE (M.)**, « La répression des violations du droit international humanitaire au niveau national et international », *Juridis Périodique*, n°62, 2005, pp. 63-80.
- MAHOUE (M.)**, « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n°846, 2004, pp. 87-96.
- MARTICOU-ROU (A.)**, « Les statuts personnels au Cameroun », *Revue sénégalaise de droit*, n°5, 1967, pp. 40-63.
- MBILAMPINDO (W.)**, « La nouvelle constitution de la République du Congo », *RJPIC*, n°2, 2002, pp. 362-376.
- MBOUYOM (F. X.)**, « Le droit pénal moderne face aux valeurs traditionnelles au Cameroun », *R.I.C.P.T.*, vol. xxxiv, n°2, 1981, pp. 143-152.
- MELEDJE DJEDJRO (J.)**, « La révision des constitutions dans les pays africains francophones esquisse de bilan », *Revue droit public*, 1992, pp.112-188.
- MELONE (S.)**, « L'article 228 du Code pénal et la répression des activités dangereuses », *Revue Camerounaise de droit*, n°2, 1972, pp. 125 ss.
- MELONE (S.)**, « Le poids de la tradition dans le droit africain contemporain », *Penant*, n°734, 1971, pp. 421 ss.
- MELONE (S.)**, « Les grandes orientations actuelles de la législation pénale en Afrique : le cas du Cameroun. (Réflexions sur les ordonnances pénales récentes) », *Arch. pol. crim.*, n°1, 1975, pp. 143-178.
- MERLE (I.)**, « De la « législation de » de la violence en contexte colonial. Le régime de l'indigénat en question », *Politix*, vol. 66, 2004, pp. 137-162.
- MEVOUNGOU NSANA (R.)**, « La constitution du 18 janvier 1996 et le droit pénal au Cameroun », *RDIDC*, 2000, pp.186 ss.

- MINKOA SHE (A.)**, « Le code civil des français, un modèle utilisé dans les pays d'Afrique francophone », in **RIVET (T.)**, (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du code au code comme modèle*, Paris, LGDJ, coll. « Régulation des activités économiques et sociales », tome 6, 2005, pp. 523-533.
- MOUANGUE KOBILA (J.)**, « Le préambule du texte constitutionnel du 18 janvier 1996 : de l'enseigne décorative à l'étalage utilitaire », *Lex Lata*, n°23-24, 1996, pp. 33 et s.
- MUBIALA (M.)**, « La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples : mimétisme institutionnel ou avancée judiciaire ? », *RGDIP*, vol.3, 1998, pp. 765-780.
- NCHIMI MEBU (J.-C.)**, « La recherche de l'intention dans le recel des choses », *R.J.A.*, vol. 1, 1990, pp. 62-80.
- NGONO (S.)**, « La participation du Cameroun à la répression internationale du génocide rwandais. Réflexions à propos des décisions de la Cour d'appel de Yaoundé », *AFRILEX*, n°4, 2002, disponible en ligne, [http : // www.Afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.Afrilex.u-bordeaux4.fr), consulté le 10 mai 2007.
- NIANG (M.)**, « The senegalese legal framework for the prosecution of international crimes », *Journal of International Criminal Justice*, vol.7, 2009, pp. 1047-1062.
- NTAMPAKA (C.)**, « Le gacaca : une juridiction pénale populaire », in **DE LESPINAY (C.)** (dir.), *Construire l'Etat de droit*, Agence intergouvernementale de la francophonie, Réseau des formateurs judiciaires, 2000, pp. 219-236.
- OLINGA (A. D.)**, « Considérations sur l'effectivité du droit international humanitaire aujourd'hui », *Juridis Périodique*, n°79, 2009, pp. 101-118.
- OLINGA (A. D.)**, « Considérations sur les traités dans l'ordre juridique camerounais », *RADIC*, n°2, 1996, pp. 283-308.
- OLINGA (A. D.)**, « L'Afrique face à la « globalisation » des techniques de protection des droits fondamentaux », *Présence africaine*, n°159, 1999, pp. 27-45.
- OLINGA (A. D.)**, « Les emprunts normatifs de la Commission africaine des droits et des peuples aux systèmes européen et interaméricain de garantie des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 62, 2005, pp. 549-537.
- OLINGA (A. D.)**, « Réflexions sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge au Cameroun », *Juridis*, n°65, 2005, pp. 3-18.
- OLINGA (A.D.)**, « L'aménagement des droits et libertés dans la constitution camerounaise révisée », *RIDH*, 1996, pp. 116 ss ;
- OLINGA (A.D.)**, « L'aménagement des droits et libertés dans la constitution camerounaise révisée », *RUDH*, 1996, pp 116-126.
- OLINGA (A.D.)**, « La famille en droit international africain des droits de l'homme », in **MORIN (J.Y.)** (dir.), *Les défis des droits fondamentaux. Actes des deuxièmes journées scientifiques du réseau droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 156 ss.
- ONDO (T.)**, « Réflexions sur la responsabilité pénale internationale du chef de l'Etat », *Rev. trim. dr. h.*, vol. 67, 2007, pp. 153-209.
- OUEDRAGO (C.)**, « Le mariage dans le code pénal burkinabè », *RCIPT*, vol. LIII, n° 1, 2000, pp. 20-45.
- QUILLERE-MAJZOUB (F.)**, « L'option juridictionnelle de la protection des droits de l'homme en Afrique. Etude comparée autour de la création de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Rev. trim. dr. h.*, 2000, pp. 729-785.

Bibliographie sélective.

REYNTJENS (F.), « Le *Gacaca* ou la justice du gazon au Rwanda », *Politique africaine*, n°40, 1990, pp. 31-41.

RIVES (G.), « Les problèmes et l'évolution de la politique criminelle au Sénégal depuis l'indépendance », *Arch. pol. crim.*, 1975, n° 1, pp. 179-204.

SCHAFFER (E.), « Aliénation-réception-authenticité. Réflexions sur le droit du développement », *Penant*, 1974, pp. 3 ss.

SINKONDO (M. H.), « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ou les apories d'une convention encombrante », *Penant*, 1994, p. 303, pp. 288-309.

STEMMET (A.), « A future african court for human and people's rights and domestic human right norms », *South African Yearbook of International Law*, vol. 23, 1998, pp. 233 ss.

THIOYE (M.), « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *RIDC*, vol.2, 2005, pp. 345-397.

VANDERLINDEN (J.), « La création du droit en Afrique. Regards d'un absent », in D. **DARBON, J. DU BOIS DE GAUDUSSON** (dir.), *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, pp. 11-31.

VANDERLINDEN (J.), « Villes africaines et pluralisme juridique », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 24, 1998, pp. 245-274.

VANDERLINDEN (J.), « Villes africaines et pluralisme juridique », *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 42, 1998, p. 245-274.

ZOUBABELA (L.), « Droit pénal et sorcellerie au Congo », *Rev. Jur. Afr.*, n°2&3, 1991, pp. 75-94.

TABLE DES MATIERES

Dédicaces. _____ **i**

Remerciements. _____ **ii**

SOMMAIRE _____ **v**

RESUME _____ **vi**

ABSTRACT _____ **vii**

Chapitre introductif : A la recherche d'une nouvelle épistémologie pour repenser la structure des systèmes pénaux africains _____ **1**

Section 1. La structure originaire des systèmes pénaux africains : le mouvement de codification pénale postindépendance et le rejet formel des dynamiques d'*internormativité*. _____ **5**

 §1- Le mouvement de codification pénale en Afrique et le passage d'un pluralisme de séparation vers un pluralisme dit de fusion. _____ **7**

 §2- L'*épistémè kelsénien* comme fondement théorique de la structure normative des systèmes pénaux africains. _____ **11**

 §3- La *hiérarchie normative kelsénienne* comme technique de construction de l'unité des systèmes pénaux nationaux : l'unité du système pénal africain et la hiérarchie normative « stricte ». _____ **12**

Section II : Le phénomène perturbateur de la structure formelle des systèmes pénaux africains : L'émergence d'un nouveau paradigme juridique dit paradigme du crime contre l'humanité. _____ **15**

 §1- Le crime contre l'humanité comme paradigme juridique en émergence. _____ **19**

 A- Naissance du concept de crime contre l'humanité : sa mise en forme par le droit. _____ **21**

 B- Consécration du concept de crime contre l'humanité : l'affirmation de la doctrine du « droit pénal de l'inhumain ». _____ **26**

 §2- La force agissante du paradigme du crime contre l'humanité sur la structure des systèmes pénaux nationaux. _____ **28**

 A- Au cœur du paradigme juridique émergent : l'internationalisation pénale facteur de la force agissante du paradigme du crime contre l'humanité. _____ **29**

 B- Au cœur de l'*internormativité* à l'aune de l'internationalisation pénale : la question centrale de l'étude. _____ **37**

Section III : La force normative du paradigme juridique émergent sur la structure des systèmes pénaux africains : passage de la logique d'une hiérarchie normative « stricte » à la logique d'une hiérarchie normative « complémentaire ». _____ **43**

 §1- Le cadre théorique de l'analyse de la force normative du paradigme juridique émergent: les épistémologies de « La pensée juridique complexe ». _____ **44**

 A- Eléments conceptuels de la théorie dialectique du droit. _____ **47**

 1. Eléments conceptuels de la théorie dialectique du droit. **47**

 2. L'apport du paradigme du réseau dans la description et la compréhension des phénomènes d'*internormativité* dans le champ pénal contemporain. **49**

 B- La thèse du pluralisme ordonné: la théorie des inter-actions entre "ensemble normatif" **52**

 1. L'énoncé de la thèse du pluralisme ordonné **52**

2. L'apport de la thèse du "pluralisme ordonné" dans la recherche d'une théorie dur l'internormativité dans le champ pénal contemporain	55
§2- L'intuition du chercheur : émergence du paradigme du crime contre l'humanité et renaissance du pluralisme juridique en Afrique noire. Ouverture sur l'étude de l'internormativité dans les droits pénaux africains.	56
A- Internationalisation pénale et pluralisme juridique	59
1- Brèves considérations sur le <i>problème</i> du pluralisme juridique dans la science du droit.....	59
2- Pluralisme juridique et internationalisation pénale: le pluralisme comme vecteur épistémologique de l'internationalisation du droit.....	62
B- Le développement d'une nouvelle technique d'articulation des ordres et des normes juridiques dans les systèmes pénaux africains: le recours au concept de "hiérarchie complémentaire".....	66
1. La hiérarchie des normes comme logique d'articulation des normes juridiques à l'intérieur du système pénal national	68
2. La complémentarité des normes: d'une règle juridictionnelle à un principe d'articulation des ordres normatifs structurant le système pénal.....	70
PREMIERE PARTIE. LA BIPOLARITE DE LA LEGALITE DU CRIME CONTRE L'HUMANITE DANS LE CHAMP PENAL INTERNE	76
TITRE 1. : UNE BIPOLARITE PROVENANT DE LA DISTINCTION LEGALITE FORMELLE/LEGALE SUBSTANTIELLE APPLIQUEE AU CRIME CONTRE L'HUMANITE INTERNALISE.	82
Chapitre 1. : L'interprétation nationalisée de la legalite formelle du crime contre l'humanite.	89
Section 1. La relative autonomie normative de la norme nationale d'incrimination du crime contre l'humanité à l'égard du droit international.	94
§1- Le schéma classique de l'intégration des normes internationales en droit interne. _	95
A- La question de la validité interne du Statut de Rome dans les droits nationaux africains.	97
1- Les modèles théoriques de détermination de la validité interne du droit international.	98
a. La construction dualiste.	98
b)- La construction moniste.	99
2. L'option positive des systèmes nationaux africains.	101
B - Le rang hiérarchique du Statut de Rome dans les ordres juridiques étatiques.	103
1. La technique de la constitutionnalisation des droits de l'homme dans les constitutions africaines.	104
2. La question de l'appartenance du Statut de Rome au « bloc de constitutionnalité ».	106
§2- La définition du crime contre l'humanité dans le champ pénal interne au-delà du monisme et en dehors du dualisme : L'affirmation législative d'une marge nationale de « définition » du crime international.	110
A- L'existence de la notion de marge nationale d'appréciation dans l'articulation des rapports entre le droit interne et le droit international.	110
1. Quelques données théoriques pour appréhender la notion de « margin of appreciation ».	111

Table des matières.

2. Les indices d'appréhension de la marge nationale d'appréciation en droit international général. _____	113
3. La mise en lumière de la notion de marge nationale d'appréciation par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. _____	115
A. La notion de la marge nationale d'appréciation et le processus d'internalisation du Statut de Rome. _____	119
1. Le principe de complémentarité du Statut de Rome, vecteur de la marge d'appréciation des droits pénaux nationaux. _____	119
2. La marge nationale d'appréciation et la possible ouverture d'un « dialogue des juges » nationaux et internationaux. _____	122
Section 2- Le contenu prévisible des définitions nationales de l'incrimination de crime contre l'humanité. _____	125
§1- L'élément spécifique de l'incrimination de crime contre l'humanité : le stable. _____	126
A- L'attaque comme « élément fondamental » de l'incrimination de crime contre l'humanité. _____	127
1. L'évolution de l'élément contextuel du crime contre l'humanité. _____	127
2. La difficile appréhension de la notion d'attaque par la jurisprudence internationale. _____	128
B. Le caractère de l'attaque du crime contre l'humanité : la généralité et/ou la systématicité. _____	131
1. Distinction entre la « population civile » du crime de guerre et la « population civile » du crime contre l'humanité. _____	135
2. Distinction entre la « population civile » du crime contre l'humanité et le « groupe protégé » contre l'intention génocidaire. _____	136
§2- Les adaptations nationales du crime contre l'humanité : le variable. _____	139
A- La réception du crime contre l'humanité en droit sénégalais : l'option de la contextualisation normative. _____	142
1- Le Sénégal présenté comme « modèle » de réception des normes internationales en Afrique. _____	142
2- La définition du crime contre l'humanité en droit pénal sénégalais. _____	143
B. La réception du crime contre l'humanité au Burkina Faso, au Burundi, au Cameroun ou encore en Afrique du Sud : l'option de la contextualisation d'affichage. _____	145
1. L'internalisation du crime contre l'humanité par le législateur burkinabé. _____	146
2. L'internalisation du crime contre l'humanité le législateur burundais. _____	146
3. L'internalisation du crime contre l'humanité dans le projet de refonte du Code pénal camerounais. _____	146
4. L'internalisation du crime contre l'humanité dans le droit sud-africain. _____	148
C- La réception du crime contre l'humanité en République Démocratique du Congo et en République du Congo : l'option de la contextualisation historique. _____	148
1- L'appréhension de la notion de contextualisation historique. _____	149
2- Les internalisations congolaises comme modèle de contextualisation historique. _____	149
Conclusion du chapitre 1. Le développement d'un droit pénal national international important _____	154
Chapitre 2. : L'interprétation internationalisée de la légalité substantielle du crime contre l'humanité. _____	156

Table des matières.

Section 1- Le fondement de l'interprétation internationalisée de la légalité substantielle du crime contre l'humanité : considérations sur la trajectoire du bien juridique protégé. ____	158
§1- Les antécédents de l'incrimination de crime contre l'humanité. _____	160
A- La doctrine de l'intervention d'humanité. _____	160
1- Le point de départ : l'humanité comme borne de la souveraineté étatique. _	161
2- L'évolution : la théorie des droits humains. _____	162
B- L'évolution des lois d'humanité. _____	165
1- L'origine des lois d'humanité : la codification du <i>ius ad bellum</i> _____	165
2- Le développement des lois d'humanité : les prémisses de la construction de la figure « <i>hotis humani generis</i> ». _____	167
§2- Le projet de l'incrimination de crime contre l'humanité : la cristallisation d'une communauté humaine au-delà d'une simple communauté interétatique. _____	168
A – De l'insaisissable communauté internationale à l'utopie d'une communauté humaine mondiale. _____	169
1. L'évolution de la notion de communauté internationale. _____	169
2- L'activation de la vieille idée kantienne d'un droit cosmopolitique. _____	171
B- De la nécessité d'imputer l'inhumain à l'humain. _____	172
1. L'irréductible humanité de l'humain et son intégration dans la communauté humaine. _____	172
2. La nécessaire relativisation de l'hypothèse du crime contre l'humanité comme un crime d'Etat. _____	174
Section 2 – Les éléments d'une interprétation internationalisée de la légalité substantielle du crime contre l'humanité : considérations sur l'internationalité de la catégorie pénale. 179	
§1- L'application de la doctrine internationale du droit impératif à la détermination du statut de l'incrimination. _____	180
A- Le statut de <i>ius cogens</i> des crimes contre l'humanité. _____	180
1- Approche théorique du <i>jus cogens</i> en droit international. _____	181
2- La dynamique de la jurisprudence internationale dans la systématisation du <i>ius cogens</i> comme socle de la légalité substantielle des crimes contre l'humanité. __	184
B- L'admission d'obligatio erga omnes. _____	188
§2- L'application de la règle internationale de compétence obligatoire à la détermination du caractère l'incrimination. _____	190
A- La formulation de la règle de compétence obligatoire dans le Statut de Rome. 191	
1- La question de la juridicité de l'obligation internationale. _____	194
2- La portée normative du préambule du Statut de Rome. _____	194
3- L'herméneutique de l'article 17 du Statut de Rome : la complémentarité « positive » ou l'admission de <i>l'inaction</i> de l'Etat comme une donnée positive de la règle de compétence obligatoire. _____	198
B- La portée de la règle de compétence obligatoire. _____	200
1- Le crime contre l'humanité, une incrimination faisant échec à l'amnistie, aux immunités et à la prescription en droit international. _____	201
a) - Echec à l'amnistie. _____	201
b- Echec aux immunités. _____	205
c) - Echec à la prescription. _____	210
2- La compatibilité de la qualification du crime contre l'humanité avec les droits pénaux nationaux. _____	214
a- L'hypothèse basée sur la vision hiérarchique des rapports entre l'ordre interne et l'ordre international: critique de l'option d'une adaptation générale des constitutions nationales au statut de Rome. _____	214

Table des matières.

b- L'hypothèse basée sur la vision complémentaire des rapports entre l'ordre interne et l'ordre international : la compétence exclusive du droit international et les limites de l'adaptation du droit national. _____	216
Conclusion du Chapitre 2. : L'ordre juridique international comme composante du champ pénal étatique _____	218
Conclusion du titre 1. La dualité des sources du crime international par nature dans le champ interne croisement et non superposition de deux manifestations de souveraineté (la ratification et la loi). _____	220
TITRE 2 : UNE BIPOLARITE DECOULANT DE LA TEXTURE OUVERTE DES COMPOSANTES NORMATIVES DU CRIME CONTRE L'HUMANITE _____	222
Chapitre 3. Le caractère ouvert du « référent normatif » du crime contre l'humanité : d'un interdit fondateur international à la sédimentation nationale des droits fondamentaux. _____	229
Section 1- Les droits fondamentaux comme « référent normatif » explicite d'interprétation de la protection juridique de l'humanité dans les champs pénaux nationaux. _____	233
§1- L'internalisation du crime contre l'humanité ou une nouvelle consécration des droits fondamentaux dans le champ pénal interne. _____	233
A- La complémentarité entre l'interdit de crime contre l'humanité et l'affirmation de la théorie des droits fondamentaux. _____	234
1- Le respect de la dignité humaine au fondement de la protection des droits fondamentaux. _____	235
2- La dignité humaine fondement de l'interdit de crime contre l'humanité. _____	237
B- Une nouvelle dynamique de consécration interne des droits fondamentaux fondée sur l'introduction des obligations positives relatives aux droits de l'homme dans le champ pénal interne. _____	238
1- Quelques données d'analyse de la notion d'obligation positive en matière de droits de l'homme. _____	238
2- La prise en compte nationale de l'obligation positive de protection pénale directe de l'humanité. _____	241
§2- La fonction charnière des droits fondamentaux entre les ordres et les systèmes juridiques nationaux et non nationaux. _____	242
A- Les droits fondamentaux, vecteurs de communication entre les ordres et les systèmes juridiques nationaux et non nationaux. _____	243
1- Les raisons exogènes de la communicabilité normative des droits fondamentaux. _____	243
2- Les raisons endogènes de la communicabilité normative des droits fondamentaux. _____	245
a)- La nature fondatrice des droits fondamentaux. _____	245
b)- La vocation « universalisante » des droits fondamentaux. _____	247
B- La technique de l'emprunt normatif et le caractère communicant des droits fondamentaux. _____	247
1- La technique de l'emprunt normatif fondée sur l'idée de l'unité de l'ordre juridique international. _____	249
2- Les droits fondamentaux, référant transversal de la technique de l'emprunt normatif. _____	250
Section 2- Les droits fondamentaux comme « référent normatif » implicite de l'harmonisation pénale en matière de crime contre l'humanité. _____	251

Table des matières.

§1- Le processus d'harmonisation pénale en matière de crimes graves. _____	252
A- Quelques facteurs du processus de l'harmonisation pénale en matière de crimes graves. _____	253
1- Le facteur lié à la permanence du crime. _____	253
2- Le facteur résultant de la supranationalisation du crime. _____	253
B- Quelques remarques sur la norme juridique harmonisée. _____	255
1- La spécificité de la norme juridique harmonisée. _____	255
2- Les rapports entre la norme juridique harmonisée et le droit international des droits de l'homme. _____	257
§2- L'effet harmonisateur du Statut de Rome : le crime contre l'humanité nouveau « délit de base » dans la famille des incriminations de protection des droits fondamentaux dans le champ pénal interne. _____	259
A- La dimension classique des rapports d'harmonisation pénale ou la double perspective de l'effet harmonisateur du Statut de Rome sur les législations pénales nationales. _____	259
1- La perspective obligatoire de l'harmonisation du Statut de Rome avec les législations nationales. _____	260
2- La perspective « facultative » de l'harmonisation du Statut avec les législations nationales. _____	261
B- La nouvelle dimension de l'harmonisation pénale : le crime contre l'humanité comme « délit de base ». _____	262
1- L'internalisation du crime contre l'humanité et le renforcement de la qualité et de l'intensité juridique de l'interdit pénal national de torture ou encore d'esclavage. _____	264
2- L'internalisation du crime contre l'humanité et le renouvellement de la définition du délit viol. _____	265
C- La question spécifique de l'adoption nationale de la peine de mort comme peine d'incrimination du crime contre l'humanité et l'effet harmonisateur du Statut de Rome. _____	266
1- La singulière relation entre la sanction pénale et le droit international. _____	267
2- Liberté « totale » des Etats dans le choix de la sanction pénale et discontinuité de l'effet harmonisateur du Statut de Rome. _____	269
a)- Sanctions pénales nationales du crime contre l'humanité et protection des droits fondamentaux. _____	269
b)- La peine de mort applicable au crime contre l'humanité et la question des droits fondamentaux. _____	270
Conclusion du chapitre 3. Le champ pénal interne sous l'emprise de l'interdit fondateur du futur ordre national. _____	273
Chapitre 4. La nature ouverte du « procede normatif » du crime contre l'humanité : une coexistence nationale crime international/infractions de droit commun. _____	275
Section I : Coexistence <i>pacifique</i> entre norme interne et norme internationale : la pénalisation d'un fait culturel national comme facteur de complétude de l'incrimination internationale. _____	279
§1- Le double rapport de l'infraction de crime contre l'humanité avec la diversité culturelle. _____	282
A- Le caractère pénal de l'incrimination de crime contre l'humanité et la diversité culturelle : le droit pénal face à la diversité culturelle. _____	282

Table des matières.

1- La notion d'infraction culturelle. _____	284
2- L'appréhension du « facteur culturel » par les systèmes pénaux africains : l'option du modèle de politique criminelle dit « assimilationniste ». _____	287
B- La nature internationale de l'incrimination de crime contre l'humanité et la diversité culturelle : le droit international face à la diversité culturelle. _____	289
§2- La notion « d'autres actes inhumains » du crime contre l'humanité et la pénalisation du « fait culturel » de l'excision. _____	290
A- La pénalisation du fait culturel de l'excision dans les systèmes pénaux nationaux. _____	291
1- L'origine fondamentalement culturelle de la pratique d'excision. _____	291
2- Le processus de mise en forme de la pratique culturelle par le droit national. _____	292
B - Le délit national d'excision comme élément de détermination du contenu normatif de la notion d' « autres actes inhumains » du crime contre l'humanité. _____	295
1- La force normative internationale créatrice du délit d'excision en droit interne. _____	295
2- La possible mobilisation de la notion « des autres actes inhumains » du crime contre l'humanité pour une requalification pénale du délit d'excision. _____	298
Section II : Coexistence conflictuelle norme interne et norme internationale : la pluralité de qualification à l'épreuve de l'unicité des faits. _____	300
§1- La complexité de l'opération de qualification pénale en matière de crime contre l'humanité. _____	303
A- L'origine de la complexité de l'opération de qualification : la structure duale des core crimes en général. _____	303
1- La dualité du crime contre l'humanité à la lumière du processus de qualification des faits : exemple de l'affaire <i>Jean Pierre Bemba Gombo</i> devant la CPI. _____	304
2- La dualité du crime de génocide à la lumière du processus de qualification des faits dans l'affaire <i>Jean Paul Akayesu</i> devant le TPIR. _____	306
B- Le facteur de complexité de l'opération de qualification : le concours d'infractions inhérents à la notion d'acte inhumain en particulier. _____	308
1- Le concours d'infractions en matière de crimes graves dévoilé par le cumul de qualifications des actes inhumains dans l'acte d'accusation. _____	309
a)- Le raisonnement des juges dans la jurisprudence <i>Akayesu</i> . _____	309
b)- La jurisprudence <i>Kayishema/Ruzindana</i> . _____	310
c)- La jurisprudence <i>Kupreskic et consorts</i> . _____	311
d)- La jurisprudence <i>Celebici</i> . _____	311
2- Le concours d'infractions en cas de qualification des actes inhumains résultant de l'indétermination du droit applicable. _____	312
a)- Les mêmes faits et la qualification d'acte inhumain : le concours d'infraction entre le crime contre l'humanité et le crime de génocide et/ou les crimes de guerre. _____	312
b)- Les mêmes faits et la qualification d'acte inhumain : le concours d'infraction à l'intérieur du crime contre l'humanité. _____	314
§2- Le crime contre l'humanité dans le champ pénal national : du concours d'infractions en droit international aux hypothèses des qualifications multiples en droit interne. _____	315
A- Coexistence crime contre l'humanité/infractions de droit commun dans l'ordre interne et hypothèses des qualifications multiples. _____	316
1- Apparition des hypothèses de qualification en option dans le champ pénal national entre le crime contre l'humanité et les crimes de droit commun. _____	317

2- Intensification des hypothèses des qualifications en option au regard de la question de l'intégration d'un crime commis au contexte d'une attaque. _____	319
B- Coexistence crime contre l'humanité/infractions de droit commun dans l'ordre interne et évolution de la notion d'infraction collective en droit interne. _____	322
C. Esquisse de solution au conflit des normes interne et internationale en cas de qualification alternative entre le crime contre l'humanité et les infractions de droit commun. _____	323
Conclusion du chapitre 4. Le crime contre l'humanité, un interdit en extension. ____	326
Conclusion du titre 2. La « texture ouverte » des normes comme outil conceptuel de la théorie de l'internormativité des systèmes juridiques _____	327
Conclusion de la première partie. La détermination « étatique » du crime contre l'humanité entre l'internationalité de l'incrimination et le nationalisme des champs pénaux internes. _____	329
 SECONDE PARTIE : LA DUALITE DE LA LOGIQUE REPRESSIVE DE L'INCRIMINATION « DE CRIME CONTRE L'HUMANITE » DANS LE CHAMP PENAL ETATIQUE. _____	 331
TITRE 3 : L'AFFIRMATION DE LA LOGIQUE REPRESSIVE AXEE SUR L'AUTEUR DE L'ACTE ET L'UNIVERSALISATION D'UN « NOUVEAU » IUS PUNIENDI. _____	342
Chapitre 5 : La systématisation d'un concept de responsabilité pénale internationale. _____	347
Section préliminaire : La notion de « crime d'Etat » et l'attribution de la responsabilité pénale internationale. _____	350
§1- Porte d'entrée au débat : proposition d'une dualité de régime au sein de la responsabilité internationale de l'Etat. _____	352
§2- Piste de sortie du débat : la nécessaire admission de la dualité du régime de la responsabilité internationale. _____	355
Section 1. L'histoire du concept de responsabilité pénale internationale. _____	356
§1- Le fondement juridique du concept de responsabilité pénale internationale. _____	357
A- Le fondement international de la responsabilité pénale internationale. _____	358
1- Les lois et coutumes de guerre comme fondement du concept de responsabilité pénale internationale. _____	359
2- La dynamique de renforcement par extension du régime de protection des droits de l'homme. _____	360
B- Le fondement pénal du concept de responsabilité pénale internationale. _____	361
1- Une responsabilité fondée sur le caractère collectif du bien juridique protégé. _____	361
2- Une responsabilité fondée sur la nécessaire identification du sujet-commettant. _____	363
a- Le sujet commettant une faute pénale internationale. _____	365
b- Un sujet commettant coupable « d'une culpabilité pénale internationale ». _____	367
§2- La formulation juridique du concept de responsabilité pénale internationale. _____	370

Table des matières.

A- La formulation du concept de responsabilité pénale internationale par les tribunaux pénaux internationaux ou le passage d'une norme juridictionnelle à une norme substantielle.	371
1- L'apport des tribunaux pénaux internationaux <i>ad hoc</i> dans l'autonomisation de la norme attribuant la responsabilité pénale internationale.	372
2- L'apport des tribunaux pénaux internationaux <i>hybrides</i> dans l'autonomisation de la norme attribuant la responsabilité pénale internationale.	373
B- Le Statut de Rome ou la systématisation de la norme attribuant la responsabilité pénale internationale.	375
Section 2- Les composantes du concept de responsabilité pénale internationale.	377
§1- La notion « d'entreprise criminelle commune ».	381
A- Esquisse du développement de la notion « d'entreprise criminelle jointe » en droit pénal international.	383
1- De l'origine de la notion à sa controverse.	383
2- De la controverse à la consécration de la notion.	385
B- L'entreprise criminelle commune au regard des théories traditionnelles explicatives de la <i>participation criminelle</i> .	387
1- L'entreprise criminelle commune, notion autonome ou forme renouvelée de la théorie de la coaction ?	388
a- L'« entreprise criminelle commune », nouvelle forme de développement subjectif de la théorie de la coaction.	390
b- Confusion entre la notion de « contrôle sur le crime » et la théorie de la coaction.	391
2- L'entreprise criminelle commune, notion nouvelle ou forme éclatée de la théorie de la complicité ?	392
§2- La « doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique ».	394
A- Le développement international de la norme prescrivant la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique.	397
1- La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique de <i>Yamashita à Blaskic</i> ou l'affirmation de l'origine militaire de la norme.	398
2- La doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le Statut de Rome ou la démilitarisation formelle de la norme.	402
B- Le contenu de la norme attribuant la responsabilité au supérieur hiérarchique.	403
1- L'articulation de la responsabilité du supérieur hiérarchique militaire aux termes de l'article 28 (a) du Statut de Rome : l'affaire <i>Jean-Pierre Bemba Gombo</i> .	406
i- L'existence d'une chaîne de commandement ou d'un rapport hiérarchique entre le sujet-commettant et le chef militaire.	407
α. La notion de chef militaire.	407
β. L'exercice d'un contrôle effectif sur le subordonné sujet-commettant.	408
θ. L'exercice d'un pouvoir <i>de jure</i> ou <i>de facto</i> sur le subordonné.	410
ii- L'acte d'omission du chef militaire.	411
α. La responsabilité pénale du chef militaire pour omission : une responsabilité accessoire ou le nécessaire lien de causalité entre l'omission du chef militaire et la commission des crimes ?	412
β. La responsabilité pénale du chef militaire pour omission : une responsabilité autonome ou la commission du crime par le subordonné comme condition préalable ?	416
b)- La <i>mens rea</i> de la responsabilité pour omission du chef militaire d'après le Statut de Rome.	418

i- L'imputation de la faute au chef militaire qui « savait ». _____	419
ii- L'imputation de la faute au chef militaire qui « aurait dû savoir ». _____	420
2- L'articulation de la responsabilité du supérieur hiérarchique non militaire aux termes de l'article 28 (b) du Statut de Rome. _____	423
Conclusion du chapitre 5. La responsabilité pénale face aux crimes contre l'humanité : internationalisation du concept et renouvellement des théories de laparticipation criminelle. _____	427
Chapitre 6. l'articulation des compétences juridictionnelles entre le principe de complémentarité et la notion de « juridiction » pénale nationale. _____	430
Section 1. La complémentarité entre les compétences étatiques traditionnelles et la « juridiction » internationale : l'articulation des compétences nationales et supranationales. _____	437
§1- De la complémentarité : des rapports entre le national et le supranational. _____	437
A- Variation des modes d'articulation entre le national et le supranational dans la répression des crimes contre l'humanité à partir de certains aspects du principe de complémentarité. _____	439
1- Primauté et compétences concurrentes entre les juridictions nationales et les tribunaux pénaux internationaux : une interprétation hiérarchique de la complémentarité. _____	440
2- Le jeu de la règle <i>ne bis in idem</i> entre le national et supranational ou une autre dimension de la complémentarité. _____	443
B- La complémentarité comme « principe organique du fonctionnement de la justice pénale internationale » _____	444
1- La CPI juridiction auxiliaire de l'Etat ou le principe de complémentarité et l'hypothèse de l'émergence d'un nouveau « critère étatique de compétence internationale ». _____	445
2- Le caractère subsidiaire de la Cour pénale internationale. _____	447
3- Détermination du seuil d'intervention du niveau supranational : le critère d'articulation des compétences fondé sur la notion de gravité des faits. _____	448
§2- D'une complémentarité à l'autre : quelle « relevance juridique » entre le supranational et le supranational. _____	451
A- L'évolution vers le projet de création d'une section criminelle au sein de la Cour africaine de justice et des droits de l'homme. _____	453
1- Quelques données sur l'évolution de l'option juridictionnelle de protection des droits de l'homme dans le cadre de l'Union Africaine. _____	453
2- L'introduction d'une section de droit pénal international au sein de la CAJDH. _____	455
B- A la recherche d'une « relevance juridique » entre la future section criminelle de la CAJDH et la CPI. _____	459
1- La double nature des « relevances juridiques » pouvant exister entre la section criminelle de la CAJDH et la CPI. _____	460
a- Le développement certain d'une « relevance juridique » <i>directe</i> entre la future section criminelle de la CAJDH et la CPI. _____	460
b- Le développement incertain d'une « relevance juridique » <i>indirecte</i> entre la future section criminelle de la CAJDH et la CPI. _____	461
2- La portée des <i>relevances juridiques</i> décrits sur la détermination du mode d'articulation possible entre la future section criminelle de la CAJDH et la CPI. _____	462

Section 2. La complémentarité entre la compétence universelle et la juridiction internationale : l'articulation des compétences entre le national et le national. _____	464
§1- Esquisse d'une théorie de la compétence universelle à l'aune du principe de la complémentarité. _____	465
A- Le lien entre normes impératives et compétence universelle. _____	467
1- La qualification d'un crime international en crime de <i>ius cogens</i> emporte l'émergence d'une compétence universelle <i>absolue</i> . _____	469
2- La qualification d'un crime international en crime de <i>ius cogens</i> emporte <i>absolument</i> établissement de la compétence universelle. _____	471
B- Principe de complémentarité, compétence universelle et désétatisation du droit pénal. _____	474
1- La compétence universelle, élément de renouvellement du paradigme juridique dans le champ pénal. _____	474
2- La question de <i>l'unilatéralisation</i> de l'établissement de la compétence universelle _____	476
§2. Y a-t-il une perspective africaine de la compétence universelle ? _____	478
A- La dénonciation par l'Union Africaine d'une utilisation <i>abusive</i> de la compétence universelle. _____	478
1- Le rejet d'une conception pyramidale de la compétence universelle, facteur de l'abus. _____	479
2- Un cas de mise à l'épreuve de l'ouverture des systèmes pénaux africains à partir du mécanisme de compétence universelle : l'affaire <i>Hissène Habré</i> devant le système pénal sénégalais. _____	480
B- Vers une nouvelle conception de la compétence universelle dans les systèmes pénaux africains ? _____	483
Conclusion du chapitre 6. Montée en puissance des juges et absence de hiérarchie judiciaire. _____	485
Conclusion du titre 3. L'affirmation constante du développement d'un modèle de justice pénale institutionnelle. _____	487
TITRE 4. LE DEVELOPPEMENT PROGRESSIF D'UNE LOGIQUE REPRESSIVE AXEE SUR L'ACTE DE L'AUTEUR ET LA RESTAURATION D'UNE RATIONALITE PENALE « PERDUE ». _____	489
Chapitre 7. Le mouvement de captation supranationale de la philosophie pénale africaine pour une recentralisation du proces pénal international. _____	497
Section 1. Détermination de la norme pénale originellement africaine captée par les instances pénales supranationales. _____	500
§1- Quelques données d'appréhension de la philosophie pénale africaine. _____	500
A- Conception du crime et perception de la justice pénale dans les sociétés africaines. _____	500
1- La conception du crime en Afrique. _____	500
2- La perception de la justice pénale dans les sociétés africaines. _____	502
B- Quelques éléments d'une théorie de la responsabilité pénale dans les droits pénaux africains. _____	503
1- Le « principe du retour à l'équilibre » comme fondement de la théorie de la responsabilité pénale dans les droits pénaux africains. _____	504

Table des matières.

2- Distinction entre la responsabilité collective issue des droits africains et le processus normatif de collectivisation de la faute pénale dans les crimes de masse.	
505	
§2- Une norme pénale africaine émergente : la notion de réconciliation nationale.	507
Section 2. La captation de la philosophie pénale africaine par les instances pénales supranationales.	509
§1- Le préalable au processus de captation : la problématique de la « fabrication » du droit pénal international et la posture épistémologique du juge.	509
A- Le pouvoir normatif <i>in abstracto</i> du juge en droit pénal international ou la théorie du juge « autonome ».	510
1- Le premier élément de « l'autonomie » du juge en droit pénal international : le « particularisme de la posture » du juge pénal international.	510
2- Le second élément de l'autonomie du juge en droit pénal international : l'« auto-habilitation » des juges pénaux internationaux par le recours à la théorie des pouvoirs implicites.	512
B- Le concept de juge « tisseur » de Massimo Vigliotti.	514
§2- Les procédés de captation de la philosophie pénale africaine par les instances pénales supranationales.	516
A- L'approche collective de la production de la décision judiciaire dans la justice pénale internationale.	516
1- Admission et participation de l'amicus curiae dans le procès pénal international.	517
2- L'institutionnalisation de la participation des victimes au procès pénal international devant la Cour pénale internationale.	522
B- La portée « collective » de la décision sur la peine rendue par le juge pénal international : « la justice pénale internationale s'empare de la réconciliation nationale »	525
1- L'incapacité d'une peine individualisée à sanctionner des violences collectives.	526
2- Le juge « tisseur » combine sanction pénale et réconciliation nationale.	527
a)- Les deux étapes de l'idéologie sous-jacente du discours de politique criminelle du juge « tisseur ».	528
i- Le juge « tisseur » associant justice et paix.	528
ii- Le juge « tisseur » ouvert à la mission de réconciliation nationale lors de la motivation de la peine.	530
b)- Le juge « tisseur » saisi par les intérêts collectifs.	531
Chapitre 8. La dynamique des emprunts officiels à la culture juridique africaine pour une légitimation de la repression des crimes de masse.	535
Section 1- La « culture juridique africaine » <i>redécouverte</i> et la superposition des modèles de justice pénale: l'ouverture des systèmes pénaux à l'option non juridictionnelle des CVR.	542
§1- Le développement des Commissions Vérité Réconciliation ou comment dépasser la stricte logique judiciaire face aux crimes contre l'humanité.	542
A- Quelques variantes des commissions de vérité.	544
1- L'archétype des commissions de vérité : la CVR Sud-africaine ou une autre forme de mise en forme de la justice.	544
2- Le « Bushingantahe » burundais ou réinvestir la tradition locale à l'échelle nationale.	546
B- Quelques difficultés d'interprétation juridique des commissions de vérité.	548
	697

Table des matières.

1- Les commissions de vérité font-elles de la « vérité » une composante du droit à la réparation des victimes des crimes contre l'humanité? Un prolongement de la distinction entre indemnisation du préjudice de la victime et réparation de la personne de la victime. _____	549
2- Les commissions tendent-elles à réinvestir une justice de proximité ? _____	551
3- Les commissions de vérité peuvent-elles constituer un élargissement du champ d'application de la catégorie juridique des mesures de clémence en matière criminelle ? _____	552
§2- Les articulations possibles entre les commissions vérité et l'instance judiciaire classique. _____	554
A- La problématique générale des rapports entre l'instance judiciaire classique et les commissions de vérité : une question d'interprétation de l'article 53 du Statut de Rome ? _____	555
B- Un exemple d'articulation entre l'instance judiciaire classique et les commissions de vérité : l'expérience hybride de la Sierra Leone. _____	556
1- Le mandat de la Commission Vérité et Réconciliation de la Sierra Leone. _____	557
2- L'hybridation du mécanisme judiciaire de la Sierra Leone. _____	558
Section 2. La « culture juridique africaine » réinventée et l'hybridation du modèle de justice pénale positif : le cas typique des juridictions Gacaca du Rwanda. _____	559
A- La tradition de la <i>Gacaca</i> au Rwanda _____	562
1- La dimension collective de la <i>Gacaca</i> pour surmonter ensemble le génocide. _____	562
2- La dimension restaurative de la <i>Gacaca</i> pour revivre ensemble sur les collines. _____	564
B- La <i>Gacaca</i> réinventée : de la tradition aux juridictions. _____	566
1- Les éléments de compétence des « juridictions <i>Gacaca</i> ». _____	567
2- La structure de fonctionnement des « juridictions <i>Gacaca</i> ». _____	570
§2- La diversité des représentations des « juridictions <i>Gacaca</i> » : une analyse de la complexité du jugement des crimes contre l'humanité. _____	571
A- Le droit applicable par les <i>inyagamugayo</i> dans le procès pour crime contre l'humanité devant les <i>Gacaca</i> . _____	573
1- La <i>Gacaca</i> et la répression du génocide : les <i>inyagamugayo</i> entre la loi et la coutume. _____	573
2- Les <i>inyagamugayo</i> et l'application du droit à un procès équitable devant les « juridictions <i>Gacaca</i> ». _____	575
B- L'aveu dans la détermination de la culpabilité des génocidaires devant les « juridictions <i>Gacaca</i> ». _____	576
Conclusion du chapitre 8. De la superposition à l'hybridation des modèles de justice pénale dans le système pénal africain. _____	579
Conclusion du titre 4. Le développement progressif d'un modèle de justice pénale relationnelle. _____	581
Conclusion de la seconde partie. La répression « étatique » des crimes contre l'humanité entre modèle de justice pénale institutionnelle et modèle de justice pénale relationnelle. _____	583
CONCLUSION GENERALE _____	587
INDEX _____	592
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE _____	597

Table des matières.

I- Philosophie, méthode et recherche. _____	597
II- Théorie et philosophie du droit, épistémologie juridique, positivisme juridique et droit comparé. _____	598
a)- Ouvrages généraux _____	598
b)- Mélanges, ouvrages collectifs, monographies, thèses. _____	599
c)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence. _____	604
III- Internationalisation pénale, internormativité, pluralisme juridique, et émergence d'un nouveau paradigme juridique. _____	609
a)- Ouvrages spécifiques, monographies, thèses. _____	609
b)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence. _____	613
IV- Théorie et philosophie du pénal, criminologie, politique criminelle. _____	625
a)- Ouvrages généraux. _____	625
b)- Ouvrages collectifs, monographies, thèses. _____	626
c)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence. _____	629
V- Théorie et sources du droit international, droit international des droits de l'homme, incrimination internationale. _____	636
a)- Ouvrages généraux _____	636
b)- Ouvrages collectifs, monographies, thèses, recueil des cours. _____	636
c)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence. _____	641
VI- Justice et crimes de masse, responsabilité pénale internationale, articulation des compétences nationales et supranationales. _____	655
a)- Ouvrages collectifs, monographies, thèses. _____	655
b)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence. _____	659
VII- Droit africain, droits pénaux africains, politiques criminelles africaines. _____	678
a)- Ouvrages collectifs, monographies, thèses. _____	678
b)- Articles de doctrine, chroniques de jurisprudence. _____	681