

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR BARROS LEAL

Coordinateurs

LE PRINCIPE D'HUMANITÉ ET LA SAUVEGARDE DE LA PERSONNE HUMAINE

V

Cours Brésilien
Interdisciplinaire
en Droits de l'Homme





Antônio Augusto Cançado Trindade et César Barros Leal
Coordinateurs

**LE PRINCIPE D'HUMANITÉ ET LA
SAUVEGARDE DE LA PERSONNE
HUMAINE**

Fortaleza
2016

Catálogo na Publicação

Bibliotecária: Perpétua Socorro Tavares Guimarães C.R.B. 3 801/98

Le principe d'humanité et la Sauvegarde de la personne humaine
Coordenação de Antônio Augusto Cançado Trindade e César Barros
Leal.- Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2016.

148 p.

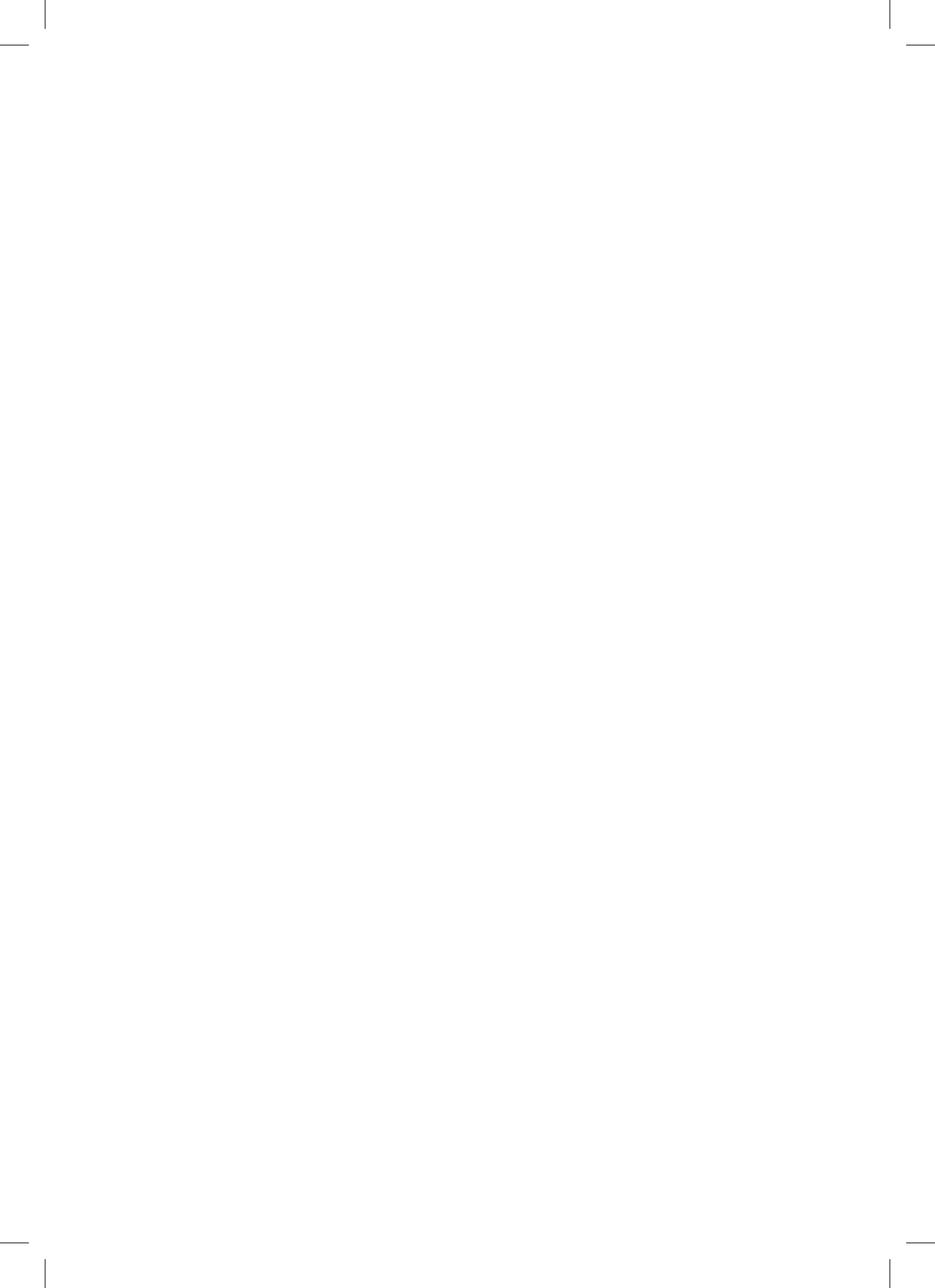
ISBN: 978-85-420-0882-1

1. Direitos Humanos 2. Princípios humanos I. Trindade, Antônio Augusto
Cançado II. Leal, César Barros. III. Título

CDD: 340

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	5
L'HUMANITÉ COMME SUJET DU DROIT INTERNATIONAL: NOUVELLES RÉFLEXIONS	
Antônio Augusto Cançado Trindade.....	7
LA JUSTICE RESTAURATIVE EN PRISON ET LE PRINCIPE D'HUMANITÉ	
César Barros Leal	29
HUMANITAS EN DROIT PÉNAL	
Eugenio Raúl Zaffaroni	45
L'AFRIQUE DANS LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITE DES CRIMES INTERNATIONAUX	
Jérôme Francis Wandji K.	61
LE PRINCIPE D'HUMANITÉ EN DROIT PÉNAL	
José Luis de la Cuesta	95
DROIT DE VISITE ET PRINCIPE D'HUMANITÉ	
Michel Péraldi.....	117
LE RASOIR DE KANT	
Ruwen Ogien.....	127



PRÉFACE

Depuis 2012, l'Institut Brésilien de Droits de l'Homme et l'Institut Interaméricain des Droits de l'homme (au travers de son Bureau Régional à Montévidéo) réalisent à Fortaleza, État du Ceará, au Brésil, la plus importante activité académique dans le domaine des droits de l'homme en Amérique du Sud, à savoir: le Cours Brésilien Interdisciplinaire en Droits de l'homme. Ce cours se tient pendant deux semaines et compte avec la participation des enseignants brésiliens et d'autres pays. Il rassemble environ une centaine d'élèves et une cinquantaine d'observateurs, venus de divers états du Brésil et de l'étranger.

Tous les ans une thématique centrale est choisie pour guider les colloques, les conférences, les panels, les ateliers thématiques et les études de cas qui intègrent l'ordre du jour de chaque événement. En 2015 le thème était le respect à la dignité de la personne humaine, et en 2016, le Vème Cours se concentrera sur le Principe d'Humanité et la Sauvegarde de la Personne Humaine. Comme l'année dernière, nous remettons aux lecteurs une compilation sur les thèmes abordés. Rédigée en cinq langues (portugais, espagnol, français, anglais et italien), elle réunit des articles de spécialistes de diverses nationalités invités à participer à cet événement, l'un des projets culturels les plus audacieux développés par les deux instituts.

Les textes qui composent les cinq livres mettent en évidence la portée du principe d'humanité, acclamé par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, et son emploi dans le droit international humanitaire, le droit international des réfugiés, le droit international des droits de l'homme, le droit pénal, dans l'exécution des peines, la vitimologie, la politique criminelle, la justice restaurative, la médiation, le trafic des personnes à des fins d'exploration sexuelle, les conflits interculturels, les armes chimiques, l'État Démocratique de Droit, parmi tant d'autres utilisations qui montrent la pertinence, le sens et le caractère universel de ce principe aussi ancien que la propre Humanité. Ce principe constitue non seulement un pilier de nombreuses branches de la connaissance, que ça soit juridique ou pas, mais revigore le sens de l'humanisme et de la justice. Il s'associe à d'autres valeurs et principes comme celui de la dignité, de la tolérance, de l'éthique et de la coopération mutuelle afin de souligner qu'au dessus de tout il faut chercher le respect à la personne humaine, alfa et omega de notre quête continue pour un monde plus juste et équitable.

Dans de multiples jugements et votes, la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (qui fait objet d'analyses pendant les cours cités, comprenant d'ailleurs la simulation des cas remis à son appréciation) met en lumière la pertinence et l'ampleur du principe d'humanité, auquel incombe animer nos actions et dont l'invocation est fondamentale, soit dans l'interprétation des normes et la résolution des litiges, soit dans l'exercice de la réflexion sur la vie, la santé, la liberté, l'égalité, la non-discrimination, dans le contexte du vaste territoire des relations humaines, les divergences interpersonnelles et intergroupes, toujours accordant une attention particulière aux limites et aux conditions d'application du droit, imposées par le respect prioritaire de l'homme, perçu dans son essentialité, indépendamment de la couleur, de la race, de l'origine, de la religion ou de l'orientation sexuelle.

Le choix du principe d'humanité comme thématique centrale du Vème Cours est né de la constatation que les recherches sur son concept et sa portée se font rares, notamment au continent latino-américain, bien qu'il soit considéré par beaucoup comme un méta-principe, cité opportunément dans la défense de la solidarité humaine et de la collaboration entre les États et leurs peuples, et dans la lutte contre toute sorte de torture ou de traitement cruel, inhumain ou dégradant.

Le lecteur, face à cette mosaïque de textes qui traitent le principe d'humanité sous les plus différentes perspectives, sera certainement motivé à le revisiter dans les textes légaux, la doctrine et la jurisprudence, élargissant ainsi l'intérêt pour sa recherche et son utilisation dans les domaines du droit et d'autres champs du savoir des hommes, ce qui sera renforcé dans les présentations du Vème Cours Brésilien Interdisciplinaire en Droits de l'Homme.

Dans un monde profondément marqué par l'exclusion, par l'injustice, par le rabaissement des droits de l'homme, le principe d'humanité s'érige dans toute la potentialité de son symbolisme, défiant les générations présentes et futures, à qui reviendra le compromis et la responsabilité de l'appliquer où que ce soit, dans toutes les circonstances, puisqu'en fin de compte, selon la Déclaration Universelle des Droits de l'homme, "la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité; et l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme".

Augusto Cançado Trindade et César Barros Leal
La Haye/Fortaleza, le 14 juillet 2016

L'HUMANITÉ COMME SUJET DU DROIT INTERNATIONAL: NOUVELLES RÉFLEXIONS

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juge à la Cour Internationale de Justice (La Haye); Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Émérite de Droit International de l'Université de Brasília, Brésil; Membre Titulaire du *Curatorium* de l'Académie de Droit International de La Haye, et de l'Institut de Droit International; Ancien Président de la Société Latino-Américaine de Droit International.

1. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Il y a déjà quelques années que j'accorde une attention particulière à la condition de l'humanité en tant que sujet de droit international. Ainsi, dans mon Cours Général de Droit International Public, délivré à l'Académie de Droit International de La Haye en 2005, j'ai consacré tout un chapitre à cette question¹. À l'heure où nous entrons dans la deuxième décennie du XXIème siècle, – et où nous commémorons 120 années de l'existence de la Faculté de Droit de l'Université Fédérale de Minas Gerais au Brésil, – il me semble opportun de reprendre les réflexions sur ce sujet, à mon avis de grande importance pour le présent et le futur du droit international. Tout d'abord, soutenir, comme je le fais, que l'humanité est un sujet de droit international, ne signifie pas, en aucun cas, suggérer qu'elle se substituerait aux États.

Il faut, alors, commencer par une précision préliminaire. En l'état actuel du droit international, les États n'ont plus l'apanage de cette qualité de sujet de droit international; ils la partagent à présent avec les organisations internationales et les individus ou groupes d'individus. En outre, l'humanité elle-même, à mon avis, a accédé au statut de sujet de droit international. Ainsi coexistetelle avec les États, sans se substituer à eux; réciproquement, les États

1 E.g., dans mon Cours Général de Droit International Public, délivré en 2005 à l'Académie de Droit International de La Haye; cf. A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye [RCADI]* (2005) ch. XI, pp. 318-333.

ne peuvent plus considérer que le droit international est au service de leurs propres intérêts et d'eux seuls. De fait, la volonté de servir les intérêts des Etats influe sur l'efficacité du droit international; mais les intérêts de tel ou tel Etat ne sauraient l'emporter sur ceux, généraux et supérieurs, de la communauté internationale dans les domaines qui la touchent directement (comme le désarmement, les droits de l'homme, protection de l'environnement, et l'éradication de la pauvreté, pour ne citer que ceux-là)².

2. A PRISE DE CONSCIENCE DES INTÉRÊTS COMMUNS ET SUPÉRIEURS DE L'HUMANITÉ EN TANT QUE TELLE

L'expérience a montré que c'est lorsque les Etats et autres sujets de droit international ont bien considéré et fait prévaloir ces intérêts généraux que le droit international a pu progresser. On ne saurait nier que les avancées que le droit international a connues au cours des dernières décennies sont attribuables à la reconnaissance et à la consécration des intérêts généraux et supérieurs de l'humanité (dans des domaines comme le droit international des droits de l'homme, le droit international de l'environnement, le droit de la mer ou le droit de l'espace extérieur). Les Etats eux-mêmes ont contribué à ces progrès, chaque fois qu'ils ont fait passer les considérations élémentaires d'humanité et les intérêts généraux de l'ensemble de la communauté internationale avant leurs propres intérêts.

D'ailleurs, le but ultime du *jus cogens* consiste précisément à garantir la primauté des intérêts et des valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble. L'interdiction absolue qui pèse sur les violations graves des droits de l'homme indique, par exemple, comme M. Lachs l'a appelé, que

l'humanité, ou la communauté internationale, au fil de l'histoire, a estimé nécessaire de proscrire, une fois pour toutes, certains actes (...). Même les contestataires et les dubitatifs sont forcés de l'admettre, s'ils acceptent les prémisses élémentaires du droit et l'impérieuse nécessité de le faire évoluer.³

2 A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1068, 1083 et 1094-1095.

3 M. Lachs, "The Development and General Trends of International Law in Our Time", 169 *RCADI* (1980) p. 205.

Il est, en fait, certaines obligations internationales qui touchent à la sauvegarde des valeurs fondamentales de la communauté internationale elle-même et qui sont distinctes des autres obligations internationales, d'où l'émergence de concepts tels que les obligations *erga omnes*, découlant du *jus cogens*, en droit international moderne⁴.

Pour apprécier le statut de l'humanité en tant que sujet de droit international, il ne suffit pas de définir et de proclamer ses intérêts communs et supérieurs. Il faut examiner le principe fondamental d'humanité et les considérations d'humanité élémentaires qui imprègnent aujourd'hui tout le *corpus juris* du droit international⁵ (en précisant certains concepts), les conséquences juridiques de l'accession de l'humanité au statut de sujet de droit international, l'applicabilité du régime des droits de l'homme et, enfin mais surtout, la question de la capacité d'agir de l'humanité et de sa représentation en justice.

3. LA RECONNAISSANCE DU PRINCIPE FONDAMENTAL D'HUMANITÉ

L'être humain doit, en toutes circonstances, être traité selon le *principe d'humanité*, qui imprègne tout le *corpus juris* du droit international, d'une manière générale, et du droit international humanitaire en particulier, qu'il soit de nature conventionnelle ou coutumière. Les actes qui, dans le cadre de certaines conventions ou de certains traités internationaux, ont été définis comme constitutifs de génocide ou de violation grave du droit international humanitaire étaient déjà prohibés par le droit international *général* avant l'entrée en vigueur de ces textes. L'on se rappellera par exemple ici, à ce sujet, que ledit principe d'humanité était universellement reconnu⁶. Selon

4 La conception classique n'admettant qu'un régime unique et uniforme de responsabilité internationale ne correspond plus à l'état actuel de la question en droit international moderne: V. Starace, "La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale", 153 *RCADI* (1976) pp. 272-275, et cf. pp. 289, 297 et 308. Les crimes internationaux et les violations du *jus cogens* (qui sont des circonstances *aggravantes* de la responsabilité internationale) portent atteinte, de par leur gravité particulière, aux valeurs fondamentales de la communauté internationale tout entière.

5 Cf. A. A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* – General Course on Public International Law – Part II", 317 *RCADI* (2005) ch. XVXXXIII, pp. 19-171.

6 A cet égard, il a déjà été signalé qu' "on en vient de plus en plus à considérer que le droit international a pour mission d'assurer un minimum de garanties

un éminent philosophe du droit dont les enseignements demeurent d'actualité, "si les règles formelles ne l'étaient pas encore elles-mêmes, à tout le moins leur contenu était-il déjà en vigueur" avant que les atrocités du XX^e siècle ne soient perpétrées sous différentes latitudes; en d'autres termes, G. Radbruch a-t-il ajouté,

ces règles répondent, de par leur teneur, à une loi suprême (...). C'est ainsi que, au sortir d'un siècle marqué par le positivisme juridique, cette idée ancienne d'une loi suprême renaît de ses cendres (...). Le moyen de régler de tels problèmes ressortait déjà implicitement de l'appellation qu'utilisaient jadis les philosophes du droit dans les universités et qui, après être resté inusitée pendant de nombreuses années, refait son apparition aujourd'hui: il s'agit du nom et du concept de *droit naturel*⁷.

Il convient de rappeler que le Tribunal pénal international *ad hoc* pour le Rwanda (TPIR) a fait remarquer à juste titre, dans l'affaire *Akayesu* (jugement du 2 septembre 1998), que la notion de crime contre l'humanité avait déjà été reconnue bien avant que le Tribunal de Nuremberg ne le fasse lui-même (1945/1946). La clause dite de Martens y avait contribué (cf. *infra*); en fait, des textes d'incrimination analogues, désignant l'humanité comme victime, étaient apparus bien plus tôt dans l'histoire humaine⁸. Le TPIR a également signalé, dans l'affaire *Kambanda* (jugement du 4 septembre 1998), que, dans l'histoire humaine, le génocide avait de tout temps infligé d'immenses pertes à l'humanité, les victimes n'étant pas seulement les personnes massacrées mais aussi l'humanité elle-même (ce qui vaut aussi bien pour les actes de génocide que pour les crimes contre l'humanité)⁹.

Nul ne peut nier que la condamnation des violations graves des droits de l'homme, actes de génocide, crimes contre l'humanité et autres atrocités était déjà gravée en substance dans la conscience

et d'humanité à tous les hommes, que ce soit en temps de paix ou en temps de guerre"; J. Pictet, *Les principes du droit international humanitaire*, Genève, Comité international de la Croix Rouge, 1966, p. 28.

7 G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho [Vorschule der Rechtsphilosophie]*, 3e éd. espagnole, Mexique, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 180.

8 Paragraphes 565-566 du jugement rendu en l'affaire *Le Procureur c. J.P. Akayesu*.

9 Paragraphes 15-16 du jugement rendu en l'affaire *Le Procureur c. J. Kambanda*. Dans le même ordre d'idées, voir les décisions du TPIR dans l'affaire *Akayesu* susmentionnée, ainsi que dans l'affaire *Le Procureur c. O. Serushago* (arrêt du 5 février 1999, par. 15).

humaine, bien avant que ces actes ne soient qualifiés ou leur condamnation codifiée sur le plan international, que ce soit dans la Convention contre le génocide de 1948 ou dans d'autres traités consacrés aux droits de l'homme ou au Droit international humanitaire. De nos jours, les crimes internationaux sont condamnés par le droit international général ainsi que par le droit international conventionnel. Cette évolution s'est faite sous l'impulsion de la conscience juridique universelle qui, à mes yeux, constitue la source matérielle ultime de tout droit¹⁰.

Le droit international contemporain (qu'il soit d'origine conventionnelle ou de nature générale) se caractérise dans une large mesure par l'émergence et l'évolution de ses normes impératives (le *jus cogens*), et par une plus grande conscience, à une échelle universelle, de l'importance du principe d'humanité (cf. *infra*). Les violations graves des droits de l'homme et du Droit International Humanitaire, les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, entre autres atrocités, emportent violation d'interdictions absolues relevant du *jus cogens*¹¹. Le sentiment d'*humanité*, propre au nouveau *jus gentium* du XXI^e siècle, a fini par imprégner tout le *corpus juris* du droit international moderne. J'ai qualifié cette évolution, notamment dans l'opinion concurrente j'ai jointe à l'avis consultatif n° 16 (du 1^{er} octobre 1999) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable*, dans le cours du processus historique vers une véritable *humanisation* du droit international¹².

Dans son avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de*

10 Cf., e.g., Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), *Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (Arrêt sur le fond du 29 avril 2004), Opinion Individuelle de M. le Juge A.A. Cançado Trindade, par. 13; CIADH, *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, Avis Consultatif no 18 (du 17 septembre 2003), Opinion Concurrente de M. le Juge A.A. Cançado Trindade, pars. 21-30.

11 Cf. A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*", in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OAS* (2008) pp. 3-29; et cf. M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2^e éd. rev., La Haye, Kluwer, 1999, pp. 210-211 (au sujet des crimes contre l'humanité).

12 Paragraphe 35 de mon Opinion Concurrente dans l'Avis Consultatif de la CIADH sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du procès équitable*.

Génocide, la Cour internationale de Justice (CIJ) a appuyé la reconnaissance des principes sous-tendant cette Convention comme "obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel"¹³. Dans sa jurisprudence constante, la CIADH, lorsqu'elle a interprété et appliqué la convention américaine relative aux droits de l'homme, a systématiquement invoqué les principes généraux du droit¹⁴. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a fait de même lorsqu'elle a eu à interpréter et à appliquer la convention européenne des droits de l'homme¹⁵. Ceux de ces principes qui possèdent un caractère réellement fondamental forment l'assise de l'ordre juridique lui-même, traduisant le *droit au Droit* dont tous les êtres humains sont titulaires¹⁶. Dans le domaine du Droit international des droits de l'homme, les principes fondamentaux de la *dignité de la personne humaine* et de *l'inaliénabilité de ses droits naturels* relèvent de cette catégorie. Dans son avis consultatif n° 18, sur la *Condition juridique et droits des migrants sans papiers* (2003), la CIADH a renvoyé expressément à ces deux principes¹⁷.

Le but ultime du Droit lui-même, de l'ordre juridique, tant au niveau national qu'à l'échelle internationale, est de faire prévaloir le principe du respect de la dignité de la personne humaine. En vertu de ce principe fondamental, tout être humain a, en tant que tel, droit au respect (de son honneur et de ses convictions) quelles que soient les

13 C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

14 Cf., notamment, CIADH, *Cinq pensionnaires c. Pérou* (Arrêt du 28 février 2003), par. 156; CIADH, Avis Consultatif no 17, *Condition juridique et droits de l'enfant* (du 28 août 2002), pars. 66 et 87; CIADH, Avis Consultatif no 16, *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du procès équitable* (du 1er octobre 1999), pars. 58, 113 et 128. Pour une analyse, cf. A. A. Cançado Trindade, "La Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et le droit international général", in *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales* (eds. G. CohenJonathan et J.F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 59-71.

15 Cf. L. Caflisch et A. A. Cançado Trindade, "Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de l'Homme et le droit international général", 108 *Revue générale de droit international public* (2004) pp. 5-62.

16 A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brésil, S. A. Fabris Ed., 2003, pp. 524-525.

17 Paragraphe 157 de l'Avis Consultatif sur la *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*. Dans l'opinion concurrente (pars. 189) que j'avais moi-même jointe à cet avis consultatif, j'avais exposé longuement et de manière détaillée ma propre conception du rôle fondamental et de la place centrale des principes généraux du droit dans tout système juridique (national ou international).

circonstances¹⁸. Le principe de l'inaliénabilité des droits inhérents à l'être humain, lui, est considéré comme un postulat élémentaire qui soutend tout l'édifice du *corpus juris* du Droit international des droits de l'homme. Quant aux principes du Droit international humanitaire, d'aucuns ont soutenu de manière convaincante que les traités conclus en la matière représentaient dans leur ensemble l'expression et la mise au point de ces principes généraux, qui sont applicables en toutes circonstances et visent à garantir une meilleure protection aux victimes¹⁹.

Dans l'affaire *Mucić et consorts* (arrêt du 20 février 2001), la Chambre d'appel du Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'exYougoslavie (TPIY) a émis l'opinion que le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme "proc[édaient]" l'un et l'autre du souci de sauvegarder la dignité humaine, qui était à la base des règles humanitaires élémentaires formulées dans ces disciplines²⁰. En fait, le principe d'humanité peut s'entendre de différentes manières. Premièrement, il peut être compris comme soutendant l'interdiction des traitements inhumains qui est établie à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Deuxièmement, son application peut être déclenchée par référence à l'humanité dans son ensemble, s'agissant de questions présentant un intérêt commun, général et direct pour tous les hommes. Et troisièmement, ce principe peut être employé pour évoquer une qualité humaine (faire preuve d'humanité).

Dans l'affaire *Čelebići* (jugement du 16 novembre 1998), la Chambre de 1^{ère} instance du TPIY avait qualifié de *traitement inhumain* l'action ou omission intentionnelle ou délibérée qui causait de graves souffrances (mentales ou physiques) ou constituait une atteinte grave à la dignité humaine: "les traitements inhumains sont des traitements intentionnellement administrés qui contreviennent au principe fondamental d'humanité; ils constituent une catégorie

18 B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, CERIC/Univ. d'AixMarseille, 1999, p. 18.

19 R. AbiSaab, "Les 'principes généraux' du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice", *Revue internationale de la CroixRouge*, 1987, vol. 766, pp. 386 et 389.

20 Paragraphe 149 de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel en l'affaire *Le procureur c. Zejnil Delalić, Zdravko Mucić (alias "Pavo"), Hazim Delić et Esad Landžo (alias "Zenga") (affaire Čelebići)*.

dans laquelle entrent toutes les autres infractions graves énumérées dans les conventions”²¹. Par la suite, dans l’affaire *Blaškić* (jugement du 3 mars 2000), le TPIY a réitéré cette position en 1^{ère} instance²². Il a déjà été fait référence à la clause dite de Martens, dont l’importance peut être ici réaffirmée.

4. LE PRINCIPE D’HUMANITÉ DANS L’ENSEMBLE DU *CORPUS JURIS* DE LA PROTECTION INTERNATIONALE DE L’INDIVIDU

En toutes circonstances, le traitement accordé aux êtres humains doit respecter le *principe d’humanité*, qui imprègne l’ensemble du *corpus juris* de la protection internationale des droits de l’individu (englobant le Droit international humanitaire, le Droit international des droits de l’homme et le Droit international des réfugiés), sur le plan conventionnel et coutumier, aux niveaux international (Nations Unies) et régional. Le principe d’humanité sous-tend, en effet, les deux *observations générales*, n° 9 (de 1982, par. 3) et n° 21 (de 1992, par. 4) du Comité des droits de l’homme des Nations Unies, à l’article 10 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (traitement humain de toutes les personnes privées de leur liberté)²³. Le principe d’humanité, généralement invoqué dans le domaine du Droit international humanitaire, s’étend donc également à celui du Droit international des droits de l’homme. Et, comme le Comité des droits de l’homme l’a déclaré à juste titre dans son *observation générale* n° 31 (de 2004), “les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s’excluent pas l’un l’autre” (par. 11).

Par loyauté envers ma propre conception, j’ai jugé nécessaire de développer quelques réflexions sur la base du principe d’humanité

21 Paragraphe 543 du jugement rendu en l’affaire *Čelebići*.

22 Paragraphe 154 du jugement rendu en l’affaire *Le Procureur c. T. Blaškić*.

23 Concernant l’affaire *A.S. Diallo* (Guinée c. R.D. Congo), tranchée par la CIJ (arrêt du 30.11.2010), j’ai estimé opportun de préciser, dans mon *Opinion Individuelle*, notamment, que le principe d’humanité sous-tend, par exemple, l’article 7 du Pacte international des Nations Unies relatif aux Droits Civils et Politiques, qui protège l’intégrité personnelle de l’individu contre les mauvais traitements, ainsi que l’article 10 dudit Pacte (relatif aux personnes en détention), qui commence par affirmer que “[t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine” (par. 1). Cela comprend non seulement l’obligation négative de s’abstenir de tout mauvais traitement (article 7), mais également l’obligation positive de s’assurer qu’un détenu, sous la garde de l’Etat, est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (par. 98).

dans sa vaste dimension, dans de récentes décisions de la Cour internationale de Justice (ainsi que, précédemment, de la CIADH). Je l'ai fait récemment, par exemple, dans mon Opinion Dissidente²⁴ dans l'affaire de l'*Obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009), dans mon Opinion Dissidente²⁵ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (requête et demande reconventionnelle, Allemagne c. Italie, ordonnance du 6 juillet 2010), dans mon Opinion Individuelle concernant l'Avis Consultatif de la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance relative au Kosovo* (du 22 juillet 2010)²⁶, ainsi que dans mon Opinion Dissidente dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant, arrêt du 03 février 2012)²⁷.

Le droit international n'est nullement insensible à la pressante nécessité de voir un traitement humain accordé aux personnes et le principe d'humanité s'applique en toutes circonstances, de manière à proscrire tout traitement inhumain, en référence à l'humanité tout

24 Paragraphes 24-25 et 61.

25 Paragraphes 116, 118, 125, 136-139 et 179. Dans cette opinion dissidente détaillée, mes réflexions concernant le principe d'humanité sont établies notamment dans leur partie XII, sur les êtres humains en tant que véritables titulaires des droits initialement violés et les pièges du volontarisme étatique (pars. 112-123), ainsi que, dans leur partie XIII, sur l'incidence du *jus cogens* (pars. 126-146), outre les conclusions (principalement les pars. 178-179).

26 Dans l'Avis Consultatif de la CIJ sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance du Kosovo* (du 22 juillet 2010), j'ai expressément consacré une section entière (XIII(4)) de mon Opinion Individuelle détaillée au "principe fondamental d'humanité" (pars. 196-211) dans le cadre du droit des gens proprement dit. J'ai estimé opportun de rappeler que les "pères fondateurs" du droit international (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) proposaient un *jus gentium* inspiré par le principe d'humanité au sens large (pars. 73-74). Mon Opinion Individuelle précitée contient mes réflexions personnelles portant sur des considérations fondamentales d'humanité dans le traitement des peuples selon le droit des gens (pars. 67-74); la partie VI, quant à elle, est centrée sur l'actualité du *droit des gens* et assortie d'une attention particulière consacrée à la vision humaniste de l'ordre juridique international (pars. 75-96); la partie XII met l'accent sur la place centrale des peuples dans le droit international contemporain (pars. 169-176), la partie XIV, sur une conception globale de l'incidence du *jus cogens* (pars. 212-217); et la partie XIII, sur les principes du droit international, le droit des Nations Unies et les fins humaines de l'Etat (pars. 177-211). Dans cette dernière partie, j'aborde spécifiquement le principe fondamental d'humanité dans le cadre du droit des Nations Unies (pars. 196-211).

27 Paragraphes 32-40 and 61-316.

entière, afin d'assurer une protection à toutes les personnes, y compris celles qui se trouvent en situation de grande vulnérabilité (pars. 17-20). *L'humanité* est appelée à conditionner le comportement humain en toutes circonstances, en temps de paix, ainsi qu'en périodes de troubles et de conflit armé. Le principe d'humanité imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection de l'individu, et fournit l'une des illustrations des ressemblances ou convergences entre ses branches distinctes et complémentaires (Droit international humanitaire, Droit international des droits de l'homme, et Droit international des réfugiés), au niveau herméneutique, qui se manifestent également aux niveaux normatif et opérationnel²⁸.

5. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ DANS L'HÉRITAGE DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT NATUREL

Le précieux héritage de la philosophie du droit naturel, qui évoque le droit naturel de la raison droite (*recta ratio*), n'a jamais disparu et il importe de le souligner inlassablement, notamment face à l'indifférence et au pragmatisme des *droit d'étatistes* "stratégiques", si fréquents de nos jours au sein de la profession juridique. Il convient de ne pas passer sous silence le fait que le principe d'humanité s'inscrit effectivement en droite ligne dans la philosophie du droit naturel. Il sous-tend la pensée classique relative au traitement humain ainsi que le maintien de relations sociables, ce également au niveau international.

L'humanité s'est manifestée avec d'autant plus de vigueur dans le traitement des personnes en situation de vulnérabilité, voire d'impuissance, telles que celles qui se voient privées de leur liberté personnelle pour quelque raison que ce soit. Lorsque le *jus gentium* commença à correspondre au droit des gens, il en vint alors à être conçu par ses "pères fondateurs" (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) comme un droit régissant la communauté internationale composée d'êtres humains organisés socialement en Etats (émergents), existant de concert avec l'espèce humaine, correspondant ainsi au droit *nécessaire* de la *societas*

28 Sur ce point particulier, cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario – Aproximaciones y Convergencias*, Genève, CICR, [2000], pp. 1-66.

gentium. Cette dernière prévaut sur la volonté individuelle de chaque État, dans le respect de l'individu et au bénéfice du bien commun²⁹.

6. L'HUMANITÉ ET LES CONSIDÉRATIONS D'HUMANITÉ: UN PRÉCISION D'ORDRE CONCEPTUEL

Au regard de ce qui précède, il apparaît vite que le terme "humanité" a été interprété de différentes manières en droit international moderne, comme dans la jurisprudence du TPIY et du TPIR (*supra*). Ces tribunaux *ad hoc* ont clairement relié l'"humanité" au principe universel du respect de la dignité de la personne humaine, ou au sentiment d'*humanité*. La CEDH et la CIADH s'y sont également montrées sensibles en renvoyant abondamment aux principes généraux du droit dans leurs jurisprudences constantes respectives, mais convergentes. La CIJ a elle aussi invoqué des "considérations élémentaires d'humanité", dans le même ordre d'idées³⁰. Le sentiment d'humanité et la volonté de faire respecter la dignité humaine sont donc bien présents dans la jurisprudence des tribunaux internationaux contemporains.

Lorsqu'il s'agit, toutefois, d'analyser l'expansion de la personnalité juridique internationale, c'est-à-dire l'émergence de nouveaux sujets du droit international universel d'aujourd'hui, il est nécessaire de préciser certains concepts. Le droit international des temps modernes désigne ainsi comme ses sujets non seulement les États mais aussi les organisations internationales et les êtres humains, tant individuellement que collectivement, laissant entrevoir un aspect fondamental de ce que j'appellerai le processus historique d'*humanisation* du droit international. Dans ce contexte, j'ajouterai – comme déjà souligné – à la liste de ces sujets, l'*humanité* en tant que telle, qui a elle aussi accédé à ce statut (cf. *supra*).

Dans son sens collectif (*humankind* en anglais), le terme "humanité" possède une acceptation distincte et très concrète: il

29 A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/ Brésil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 9-14, 172, 318-319, 393 et 408; et cf. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

30 A. A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles", in *Droits intangibles et états d'exception* (D. Prémont, C. Stenersen et I. Oseredczuk, édés.), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 53-71, et cf. pp. 73-88.

désigne tous les membres de l'espèce humaine pris collectivement (aussi bien, du point de vue temporel, les générations présentes que futures). De fait, un nombre croissant de textes internationaux (traités, déclarations, résolutions et autres) font désormais expressément référence à l'humanité au sens collectif (*mankind* ou *humankind*), en lui conférant des droits propres. Certains concepts sont aujourd'hui en cours d'élaboration pour formuler concrètement les droits reconnus à l'humanité et les conséquences juridiques qui s'y attachent, et leur développement ira vraisemblablement en s'intensifiant dans les années à venir. Tous les progrès réalisés jusqu'ici découlent, comme il a été exposé précédemment, d'une meilleure perception et d'une plus grande conscience des intérêts communs et supérieurs de la communauté internationale dans son ensemble, ainsi que de ses valeurs fondamentales.

7. L'ÉMERGENCE DE L'HUMANITÉ EN TANT QUE SUJET DE DROIT INTERNATIONAL

À la faveur de l'évolution du droit international contemporain, la personnalité juridique en droit international, comme on l'a déjà signalé, a cessé d'être l'apanage des Etats. À l'instar de ces derniers, les organisations internationales et les êtres humains (tant individuellement que collectivement) sont désormais titulaires de droits et tenus à des obligations selon le droit international. Et l'humanité en est elle aussi venue à figurer parmi les sujets du droit international contemporain, le *jus gentium* du XXI^e siècle. Bien qu'il s'agisse là d'un phénomène assez récent, son origine remonte à la philosophie du droit qui a marqué le début de la seconde moitié du XX^e siècle, voire encore plus loin.

On se souviendra peut-être que la notion de "conscience humaine" a été reconnue en jurisprudence dès 1951, dans l'Avis Consultatif que la CIJ a rendu sur les *Réserves à la Convention contre le génocide*³¹, pour être reprise en 1976 par la Commission du Droit International (CDI) dans son projet d'articles sur la responsabilité des Etats³². Sur le plan doctrinal, c'est au début du XX^e siècle, à partir des années 1920, qu'ont eu lieu les premières tentatives en

31 C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

32 Avec l'adjonction de l'article 19, "Crimes et délits internationaux"; cf. Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international [ACDI]* (1976)-II (2^eme. partie), pp. 111-113 et 100-102. Cf. aussi les travaux ultérieurs de la même CDI:

vue de formuler les règles du droit commun régissant l'humanité. À la fin des années 1940, Alejandro Álvarez écrivait que le peuple (en tant qu'élément essentiel à la qualité d'Etat) avait enfin fait son entrée dans la vie internationale et qu'il importait au premier chef de rechercher l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble. Aux yeux du juriste chilien, c'étaient la conscience juridique internationale et l'esprit de justice qui allaient permettre la reconstruction du droit international³³.

Ce raisonnement allait être repris et systématisé par C.W. Jenks en 1958³⁴, puis par R.J. Dupuy en 1986³⁵, entre autres, et, en 1966, D. Evrigenis lançait l'idée d'un nouveau "droit universel"³⁶. À son tour, dans un article empreint de clairvoyance et paru en 1950, M. Bourquin préconisait que la communauté internationale se voie confier le rôle de "gardienne du droit objectif", surtout devant la menace de "massification" de la civilisation. Par contraste avec la conception traditionnelle, l'Etat allait agir non seulement dans la poursuite de son propre intérêt, mais aussi en tant que membre de cette communauté internationale. Selon lui, la conception volontariste traditionnelle du droit international,

[e]n faisant de la volonté de l'Etat la seule force génératrice du droit, (...) déforme le phénomène juridique; (...) elle oublie que le droit est inhérent à toute société, qu'il existe là-même où aucune organisation étatique ne participe à son élaboration³⁷.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, ONU, *ACDI* (1986)-II (1ère partie), pp. 56-57, et le projet d'articles de 1991.

33 A. Álvarez, "Méthodes de la codification du droit international public: L'état actuel de ce droit", in *Annuaire de l'Institut de droit international* Session de Lausanne (1947) pp. 45-47, 50-51, 54, 63-64 et 68-70.

34 C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 14-42; et cf. C.W. Jenks, "The New Science and the Law of Nations", in *Evolution et perspectives du droit international: Livre du centenaire de l'Institut de droit international 1873-1973*, Bâle, Karger, 1973, pp. 330-346.

35 R.J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/ UNESCO, 1986, pp. 11-182.

36 D. Evrigenis, "Institutionnalisation des droits de l'homme et droit universel", in *Internationales Colloquium über Menschenrechte* (Berlin, Oktober 1966), Berlin, Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen, 1966, pp. 26-34.

37 M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", *La technique et les principes du droit public: Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 35 et 45, et cf. pp. 21-54.

Les problèmes humains qui nous entourent actuellement à l'échelle internationale n'ont pas manqué d'attirer une attention grandissante sur les conditions de vie des être humains dans le monde et d'exercer une incidence directe sur l'édification du droit lui-même. L'être humain se retrouvait donc à nouveau au centre du droit des gens, ce qui a amené M. Bourquin à conclure que:

[n]i au point de vue de son objet, ni même au point de vue de sa structure, le droit des gens ne peut se définir comme un droit interétatique³⁸.

Vingt ans plus tard, devant les progrès du droit de l'espace, les experts venaient appuyer l'idée que la *comunitas humani generis* (incarnant la "cohésion morale de l'humanité", selon la philosophie de Francisco de Vitoria)³⁹ présentait déjà un profil juridique faisant de l'"humanité" en soi un "sujet de droit", puisque "son existence en tant qu'entité morale et politique" est une idée qui "devient progressivement réalité, avec toutes les conséquences juridiques que cela comporte"⁴⁰. Depuis, cette théorie a attiré une attention croissante, du moins chez les auteurs les plus clairvoyants. S. Sucharitkul, par exemple, s'est dit d'avis que rien n'empêchait que l'humanité en tant que telle soit sujet de droit international, quitte à être représentée par la communauté internationale elle-même. Cette conception devait prévaloir, grâce à l'*humanisation* du droit international, de façon à "renforcer le statut juridique de l'homme comme sujet de droit" et à sauver l'humanité d'un "désastre imminent" (la menace nucléaire)⁴¹.

Nagendra Singh a fait observer avec lucidité que l'évolution du droit international vers l'universalité ressort du fait que le consensus universel dont ont fait l'objet, avec le temps, les concepts et les normes du droit international (dans des domaines tels que le droit

38 *Ibid.*, pp. 53-54, and cf., p. 38.

39 Cf. A.A. Cançado Trindade, "*Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do Jus Gentium: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria*", in *24 Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* – Rio de Janeiro (2008) n. 32, pp. 197-212.

40 L. Legaz y Lacambra, "La Humanidad, Sujeto de Derecho", in *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado Homenaje al Profesor L. Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970, p. 554, et cf. pp. 549-559.

41 S. Sucharitkul, "L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain", in *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Colloque de La Haye de 1983 (ed. R.J. Dupuy), La Haye, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 1984, pp. 419 et 425-427.

international humanitaire, le droit des traités et le droit diplomatique et consulaire), et ce, en dépit des différences culturelles qui caractérisent la communauté internationale⁴². R. Quadri a pour sa part mis en évidence la nécessité de rechercher le *status conscientiae* des Etats, soutenant que la conscience juridique internationale était la source matérielle de l'ordre juridique international où règne le pluralisme⁴³. Il se dégage de la doctrine italienne en droit international une mise en garde concernant l'"unité du monde juridique":

il faut voir dans la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international ... les principes qui s'inscrivent dans la conscience universelle ... sont à considérer comme également présents dans les ordres juridiques internes...⁴⁴.

Les droits de l'humanité échappent, par définition, à la réciprocité propre aux relations purement interétatiques⁴⁵. On a fait valoir que la communauté internationale devait, en vue de la restructuration du système international, procéder de manière à assurer la survie et le bien-être de l'humanité dans son ensemble⁴⁶.

La CDI, dans le cadre de l'élaboration de son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, a posé en postulat (en 1986) qu'on pouvait concevoir le crime contre l'humanité "dans le triple sens de cruauté envers l'existence humaine, d'aviilissement de la dignité humaine, de destruction de la culture humaine". Chaque individu étant "le gardien de la dignité humaine, le détenteur des valeurs éthiques fondamentales", l'atteinte dont il est la cible peut constituer un crime contre l'humanité dès lors qu'elle heurte la "conscience humaine". On peut donc conclure – dans la perspective

42 Nagendra Singh, "The Basic Concept of Universality and the Development of International Law", *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, op. cit. supra no (36), pp. 240-241, 246 et 256-257.

43 R. Quadri, "Cours général de droit international public", 113 *RCADI* (1964), pp. 326, 332, 336-337, 339 et 350-351.

44 G. Sperduti, "La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", in *International Law at a Time of Perplexity Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 884-885.

45 M. Dupuy, "Humanité, communauté, et efficacité du Droit", in *Humanité et Droit international: Mélanges René Jean Dupuy*, Paris, Pédone, 1991, p. 137.

46 Ph. Allott, "Reconstituting Humanity New International Law", 3 *European Journal of International Law* (1992) pp. 219-252, en particulier p. 251; cf. aussi Ph. Allott, *Eunomia New Order for a New World*, Oxford, University Press, 1990, pp. 10 et 186.

préconisée par la CDI – à l’existence d’un “lien naturel entre le genre humain et l’individu: l’un est l’expression de l’autre”. Il s’ensuit que le mot “humanité” (dans l’expression “crime contre l’humanité”) s’entend du “genre humain autant dans sa globalité que dans ses diverses manifestations individuelles ou collectives”⁴⁷.

De fait, dès les débuts du droit international, on a eu recours aux “notions fondamentales d’humanité” pour régler la conduite des Etats. Ce qu’on en est venu par la suite à appeler les “crimes contre l’humanité” tire son origine du droit international coutumier⁴⁸, puis s’est développé dans le cadre du Droit International Humanitaire⁴⁹ et, plus récemment, dans celui du Droit Pénal International⁵⁰. Les crimes contre l’humanité trouvent aujourd’hui leur expression dans le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale (article 7)⁵¹; on se trouve ici au royaume du *jus cogens*.

Lorsqu’un tel crime est commis contre des êtres humains, c’est l’humanité elle-même qui en est victime, comme l’a reconnu expressément le TPIY dans l’affaire *Tadić* (1997), lorsqu’il a statué que le crime contre l’humanité était commis non seulement contre les victimes elles-mêmes, mais contre l’humanité toute entière. Dans l’affaire *Erdemović* (1996), par ailleurs, le Tribunal a fait valoir que les crimes contre l’humanité heurtaient la conscience collective et, transcendant les êtres humains qui en étaient victimes, atteignaient l’humanité elle-même⁵².

47 Nations Unies, *Annuaire de la CDI* (1986)-II (1ère partie), pp. 56-57.

48 S. R. Ratner et J. S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 45-48.

49 Cf. J. Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Genève/Paris, Inst. H.Dunant/Pédone, 1983, pp. 107 et 77; C. Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

50 Cf. D. Robinson, “Defining ‘Crimes against Humanity’ at the Rome Conference”, 93 *American Journal of International Law* (1999) pp. 43-57; pour ce qui est des conditions historiques, cf., e.g., H. Fujita, “Le crime contre l’humanité dans les procès de Nuremberg et de Tokyo”, 34 *Kobe University Law Review* (2000) pp. 1-15.

51 Cf., e.g., R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court The Making of the Rome Statute*, La Haye, Kluwer, 1999, pp. 30-31 et 90-102; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2e éd. rev., La Haye, Kluwer, 1999, pp. 332 et 363-368.

52 J. R. W. D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2e éd., Ardsley/N.Y., Transnational Publishers, 1999, pp. 111-112.

On trouve dans plusieurs traités actuellement en vigueur et régissant divers domaines du droit international des marques importantes d'un droit commun de l'humanité. Ainsi, la notion de patrimoine culturel de l'humanité trouve son expression dans la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée en 1972 par l'UNESCO⁵³. Du côté du droit international de l'environnement, depuis la référence faite à la notion de "bien de l'humanité" dans la déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement, adoptée à Stockholm en 1972 (principe 18), nombre de traités ont fait de même, constatant les obligations contractées par les Etats parties au nom de l'intérêt supérieur de l'humanité⁵⁴. C'est ainsi que cette dernière a pris sa place en droit international contemporain et est de plus en plus reconnue en tant que sujet de droit dans différents domaines (tels que le Droit International des Droits de l'Homme, le Droit Pénal International, le Droit International de l'Environnement, et la réglementation internationale des espaces, entre autres). Se pose par ailleurs la question de sa capacité, question qui n'a pas encore fait l'objet d'une analyse suffisante.

8. VERS LA RÉALISATION DE L'IDÉAL DE LA JUSTICE UNIVERSELLE

Après une longue évolution historique, le principe de la compétence universelle, tel qu'il a été énoncé dans la Convention des Nations Unies contre la Torture (articles 5(2) et 7(1)), semble entretenu, dans cette deuxième décennie du siècle XXI, par l'idéal de la justice universelle, sans limitation dans le temps (passé ou futur) ou dans l'espace (étant transfrontalier), – comme je viens de souligner dans deux arrêts récents de la Cour Internationale de Justice (CIJ)⁵⁵. De plus, ce principe dépasse la dimension interétatique, il

53 Précédée, entre autres, par la Convention pour la Protection des Biens Culturels en Cas de Conflit Armé, adoptée à La Haye en 1954.

54 En outre, on en trouve un autre exemple implicite dans les références faites à la "santé humaine" dans le préambule et à l'article 2 de la Convention de Vienne sur la Protection de la Couche d'Ozone (1985), dans le préambule du Protocole de Montréal relatif à des Substances qui Appauvrissent la Couche d'Ozone (1987), ainsi qu'à l'article premier des trois Conventions susmentionnées sur la pollution marine.

55 Cf. CIJ, affaire des *Immunités Juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant, arrêt du 03.02.2012), Opinion Dissidente du Juge A.A. Cançado Trindade (pars. 1-316); CIJ, affaire des Questions concernant l'Obligation de Poursuivre ou d'Extrader (Belgique c. Sénégal), Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade (pars. 1-184).

prétend sauvegarder non pas les intérêts des États individuels, mais plutôt les valeurs fondamentales partagées par la communauté internationale toute entière. Ce qui est primordial est l'impératif de la justice universelle. Celui-ci s'aligne avec la pensée jusnaturaliste.

La compréhension contemporaine du principe de la compétence universelle nous dévoile un nouvel horizon, plus vaste. Dans ce nouvel horizon, nous pouvons apercevoir le droit international universaliste, le nouvel *jus gentium* universel de l'actualité⁵⁶, – qui n'est pas sans nous rappeler le *totus orbis* de F. Vitoria et le *societas generis humanis* de H. Grotius. Il est impératif de poursuivre et de juger les responsables des crimes internationaux, qui bouleversent la conscience de l'humanité. La torture, par exemple, est, après tout, aujourd'hui considérée comme étant une violation grave du Droit International des Droits de l'Homme et du Droit International Humanitaire, interdite par le droit international conventionnel et coutumier. Le *jus cogens* détermine son interdiction absolue. Lorsqu'elle est systématiquement pratiquée, il s'agit d'un crime contre l'humanité.

Ceci dépasse le vieux paradigme de la souveraineté de l'État: les victimes individuelles sont reconnues comme appartenant à l'humanité; cette dernière réagit, choquée par l'inhumanité de la torture. Non seulement les droits individuels, mais également les devoirs correspondants de l'État (de protection, d'enquête, de poursuites judiciaires, de sanction et de réparation) sont issus directement du droit international. Les *prima principia*, les principes généraux du droit, – parmi lesquels figurent les principes d'humanité et du respect pour la dignité inhérente des êtres humains, – revêtent une importance capitale. Ces derniers sont rappelés dans la Convention des Nations Unies contre la Torture. Un contenu éthique est ainsi délivré et enfin attribué au *jus gentium* de l'actualité.

9. CONSÉQUENCES JURIDIQUES DE LA RECONNAISSANCE DE L'HUMANITÉ EN TANT QUE SUJET DE DROIT INTERNATIONAL

9.1. Applicabilité du Cadre des Droits de L'homme

Le recours au concept même de l'humanité en tant que sujet de droit international fait entrer en jeu d'emblée le cadre des droits de

56 Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*, Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2010, pp. 1-726.

l'homme et y place le débat. Il convient d'en prendre acte, plutôt que de laisser ce fait à l'implicite et comme coulant de source. Comme le droit ou la règle de droit ne produit pas ses effets dans l'absolu, l'humanité n'est pas une abstraction d'ordre sociologique ou juridique: elle est formée des regroupements humains, de l'ensemble des êtres humains vivant en société au fil du temps. Tout comme certaines questions ont été "soustraites" à la compétence des Etats pour prendre un caractère *international* (essentiellement en ce qui concerne la protection des droits de l'homme et le droit des peuples à l'autodétermination), certaines questions touchant l'ensemble de la planète (comme le changement climatique) sont devenues des préoccupations *communes* de l'humanité.

Là encore, l'incidence de la protection internationale des droits de l'homme et de l'environnement marque la fin de la réciprocité et l'émergence d'obligations *erga omnes*. Le cadre des droits de l'homme est incontournable pour l'analyse du système de protection de l'environnement humain dans tous ses aspects. La question qui se pose en dernière analyse est celle, cruciale, de la survie de l'humanité, par l'affirmation, devant les menaces qui pèsent sur l'environnement humain, du droit fondamental à la vie.

9.2. La Question de la Capacité D'Agir et de la Représentation Légale

Un sujet de droit est généralement considéré comme titulaire de droits et tenu à des obligations, mais aussi doté de la capacité d'agir. S'il est clair de nos jours que l'humanité est le destinataire des normes internationales et a acquis la qualité de sujet de droit international (le droit de la *comunitas humani generis*), sa capacité d'agir demeure *in statu nascendi*, ce qui soulève la question de sa représentation en justice. Le mécanisme de représentation légale le plus perfectionné, malgré ses lacunes et les revers qu'il a connus, est celui que contient la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982)⁵⁷, pour le degré d'institutionnalisation qu'emporte la constitution de l'Autorité internationale des fonds marins.

57 Cf. A. Blanc Altemir, *El Patrimonio Común de la Humanidad Hacia un Régimen Jurídico Internacional para Su Gestión*, Barcelone, Bosch, 1992, pp. 37-44 et 243-244; S. Paquerot, *Le statut des ressources vitales en Droit international* Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 91-92.

Nous nous trouvons à l'orée d'un processus d'élaboration conceptuelle qui pourrait encore nécessiter beaucoup de temps et d'efforts. La conception de l'humanité dans un cadre temporel embrassant les générations actuelles et à venir présente le double avantage de ne pas négliger le facteur temps et de faire en sorte qu'il n'y ait pas de solution de continuité entre les générations, ce qui, comme l'ont déjà relevé les experts, poserait la difficulté de faire valoir les droits des générations à venir, dont l'avènement pourrait être très éloigné. Il n'est pourtant pas impossible de concevoir, dès maintenant, la représentation en justice de l'humanité, dans ses incarnations présentes et à venir⁵⁸.

Le principe souverain de la solidarité humaine rend les vivants (la génération actuelle) comptables envers ceux qui sont à naître (les générations à venir) de leur administration du patrimoine de l'humanité et des préoccupations communes de celle-ci, obligeant les premiers à laisser aux seconds un monde qui soit dans un état aussi bon que celui dans lequel ils l'ont eux-mêmes trouvé. Après tout,

[p]ersonne ne vit en dehors du temps, et la situation juridique de chacun évolue avec celui-ci. Le passage du temps devrait avoir pour effet de renforcer les liens de solidarité qui unissent les vivants à ceux qui les ont précédés en les rapprochant. Il devrait renforcer les liens de solidarité qui unissent tous les êtres humains, jeunes et vieux, dont la vulnérabilité varie tout au long de leur existence (...). En règle générale, c'est au début, puis à la fin de cette existence que la vulnérabilité est la plus grande, lorsqu'on se trouve devant l'inconnu (...)⁵⁹.

Nous n'en sommes qu'aux premiers pas et il reste un long chemin à parcourir avant d'en arriver à mettre au point un système de représentation de l'humanité en droit international, de façon que les droits qui lui sont aujourd'hui reconnus puissent être exercés comme il se doit et de manière systématique. À mon avis, les limites actuelles à la capacité d'agir au nom de l'humanité à l'échelle internationale sont sans effet sur l'émergence de sa personnalité juridique et sa qualité de sujet de droit international. Comme j'ai cru bon de le

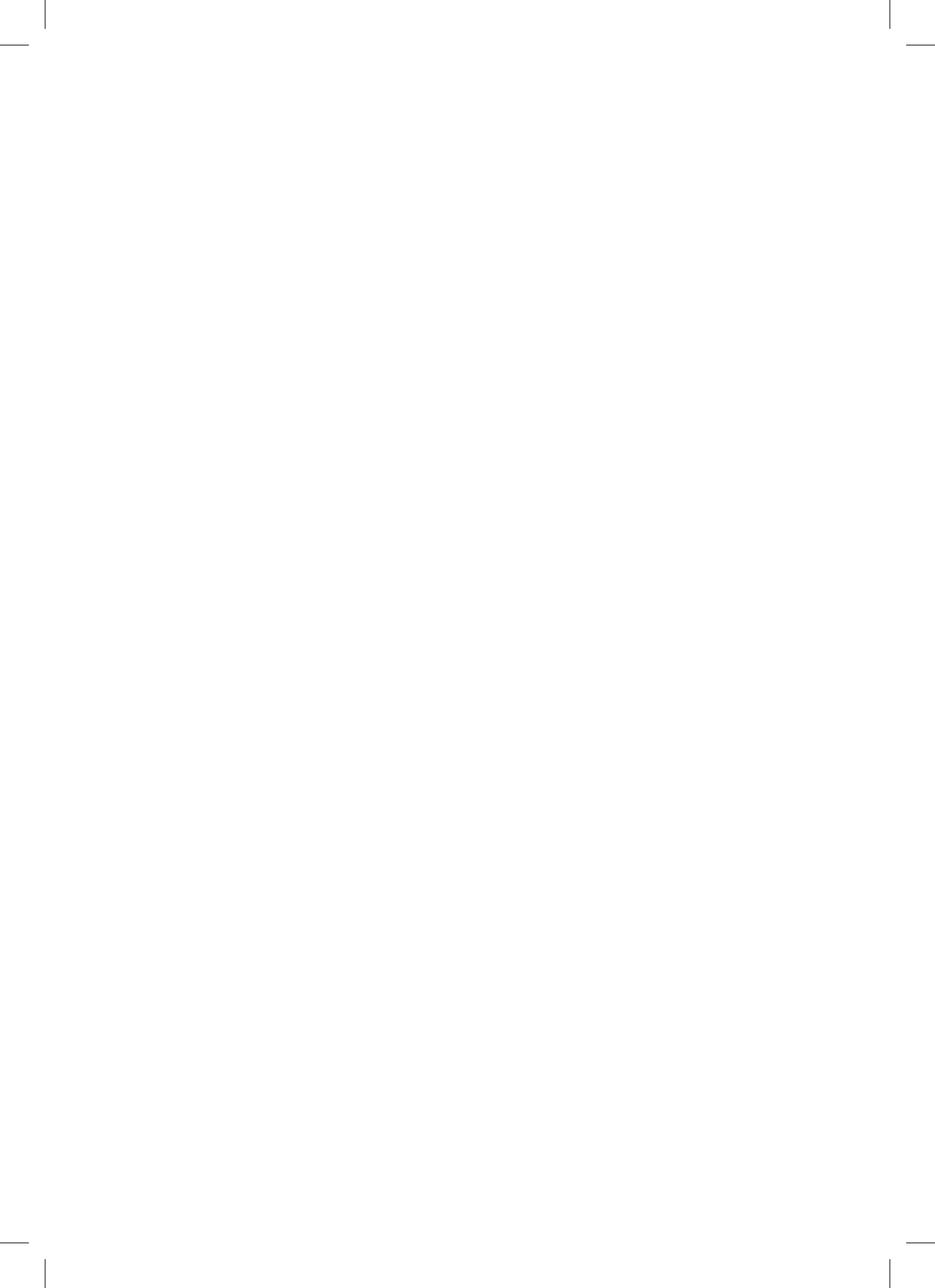
58 Cf. l'analyse et les propositions exposées in *Future Generations and International Law* (collectif sous la dir. de E. Agius, S. Busuttill et autres), Londres, Earthscan Publs., 1998, pp. 31-65.

59 CIADH, Avis Consultatif no 17 du 28 août 2002, *Condition juridique et droits de l'enfant*, Opinion Concurrente de M. le Juge A.A. Cançado Trindade, par. 45.

préciser dans l'opinion concurrente que j'ai jointe à l'avis consultatif n° 17 rendu par la CIADH (sur la *Condition juridique et droits de l'enfant*, 2002), la personnalité juridique internationale de chaque être humain reste intacte malgré les conditions de son existence et les limites imposées à sa capacité de faire valoir lui-même ses droits en justice. Ce qui importe le plus, en dernière analyse, c'est que chacun a le droit de compter sur un ordre juridique (tant à l'échelle internationale qu'à l'échelle nationale) qui protège efficacement ses droits naturels (par. 71). Et cela vaut aussi bien pour l'humanité dans son ensemble que pour chaque individu.

Quoi qu'il en soit, les progrès lents et modestes réalisés à ce jour vers un régime de représentation légale de l'humanité, qui ne sauraient manquer de s'accélérer au cours des années à venir, conjugués à la reconnaissance de sa qualité de sujet de droit international, constituent une nouvelle manifestation du processus actuel d'*humanisation* du droit international public. La conception originale *totus orbis* de Francisco de Vitoria au XVI^e siècle a ouvert la voie à la formation et à la cristallisation des notions de communauté internationale en tant que telle et d'un droit international véritablement universel, dont l'humanité serait l'un des sujets. Il est à la fois possible et souhaitable, en cette époque troublée, de rétablir cette conception et de l'appliquer aux éléments qui constituent la situation internationale contemporaine, si nous voulons vraiment léguer un monde meilleur à nos descendants. À mon avis, nous venons de pénétrer dans la *terra nova* du nouveau *jus gentium* des débuts du XXI^e siècle, le droit international de l'humanité. Il me semble clair, à ce stade, que la question ici examinée continuera d'évoluer avec le passage du temps, et qu'elle méritera une attention plus approfondie de nos cercles juridiques.

La Haye, le 28 juillet 2012.



LA JUSTICE RESTAURATIVE EN PRISON ET LE PRINCIPE D'HUMANITÉ

César Barros Leal

Procureur de l'État du Ceará (Brésil); Docteur et Post-docteur en Droit, Post-docteur en Études Latino-américaines; Professeur retraité de la Faculté de Droit de l'Université Fédérale de l'État du Ceará; Président de l'Institut Brésilien des Droits de l'Homme; Membre de l'Assemblée Générale de l'Institut Interaméricain des Droits de l'Homme (San José, Costa Rica).

En octobre 2015, j'ai été une fois de plus à San José, Costa Rica, invité par l'Institut Latino-américain des Nations Unies pour la Prévention du crime et le traitement du délinquant (ILANUD), sous la direction d'Elías Carranza, pour participer à un panel sur la justice restaurative en matière pénale, lors du Congrès International sur la criminalité et les systèmes de justice pénale en Amérique Latine et dans les Caraïbes. J'étais dans mon élément vu que je venais de publier par la maison d'édition mexicaine Porrúa, mon ouvrage "Justice Restaurative: le réveil d'une nouvelle ère. Son application dans les prisons et dans les centres d'internement d'adolescents infracteurs¹", avec la préface de l'illustre criminologue, Luis Rodríguez Manzanera.

1 Le livre est dédié au Pape Jean-Paul II, qui a pardonné son offenseur, le turc Ali Agca, détenu dans une prison de Rome. Le Pape nous laisse un sublime message d'amour et de miséricorde, comme l'avait fait Jésus Christ sur sa croix, en priant à Dieu – avant de monter au ciel pour renaitre, tous les jours, dans la mémoire et dans le coeur des hommes – dans son infinie bonté, de pardonner ses bourreaux parce qu'ils ne savaient pas ce qu'ils faisaient. Plus en avant, dans les considérations finales, je rajoute, en reprenant la dédicace initiale, que je dédie ce livre aussi aux enfants. Enfants qui ont émergés des lignes précédentes dans la force de leur potentialité et à qui revient la tâche (qui est aussi notre espoir) – avec leur étincelle magique, pour reprendre le langage de Schiller – de continuer à rompre des dogmes, de redessiner des paradigmes et de modeler, avec l'ardeur de l'idéalisme et avec la féconde rébellion de leur jeunesse, une justice criminelle plus proche. Une justice qui, étant humanisée, participative, dialogique, restauratrice et non plus un simple synonyme de punition et de retribution, préserve la valeur suprême de dignité humaine, contribue à la rupture d'un ordre effondré et anachronique et à la construction d'une culture de paix, respectueuse des droits de l'homme.

Lors de ma breve intervention, j'ai précisé que je parlais d'une justice criminelle de proximité, rapide, intégrée, ennoblie par ses bienfaits et ses résultats dans les cinq continents. Une justice qui a ses mérites dont le plus remarquable, le plus reconnu, peut être, est celui de sauvegarder les victimes qui, en reprenant les mots de Michel Foucault, sont légalement mises en otage par l'État, voire presque complètement oubliées tout au long du processus pénal; une justice qui valorise la restitution, le pardon, la réconciliation et la pacification (intégratrice) des relations sociales affectées par l'acte délictueux; une justice plus humaine qui se présente avec une légitimité sans équivoque comme une option alternative ou complémentaire à la justice traditionnelle.

Le temps qui m'a été accordé à San José était vraiment trop court et insuffisant pour présenter aux participants les piliers de la Justice Restaurative, ses effets sur la victime et l'offenseur, ses principes ainsi que ses diverses modalités, points d'ailleurs abordés dans le livre cité ci-dessus. Néanmoins, cela n'avait pas d'importance car il était question de son implementation dans le domaine pénal, en en particulier au sein des espaces de ségrégation. Ainsi ai-je rajouté que la Justice Restaurative s'emploie à l'amélioration des conditions de telles institutions, qu'elles soient pour adultes ou mineurs, à la prévention et gestion des conflits entre ses habitants (ce qui est suggéré par les Règles Minima des Nations Unies pour le Traitement des Détenus, actuellement appelées Règles Mandela) ou encore, à la conciliation des offenseurs avec leurs victimes ou des représentants des victimes. Soulignons que, dans son ensemble, les résultats sont toujours qualitatifs, au niveau émotionnel ou relationnel.

J'ai raconté aux participants qu'en 2011 j'avais rejoint Bellavista, prison à sécurité moyenne de la ville de Medellín, capitale du département d'Antioquia en Colombie. Bellavista est un des établissements pénaux les plus violents et surpeuplés d'Amérique Latine (selon les chiffres de l'Institut National Pénitenciaire et Carcéral –INPEC, l'agglomération est de 180 pour cent). J'y ai participé à une rencontre restaurative avec deux groupes de prisonniers, composés dans leur majorité des ex-guérilleros des Forces Armées Révolutionnaires de Colombie (les fameuses FARC) et de l'Armée de Libération Nationale (ELN). Cette rencontre faisait partie d'un programme appelé *Sycomore*, tenu par La Fraternité Internationale des Prisons (*Prison International Fellowship*), avec la

Confraternité Carcérale de Colombie. Il s'agissait d'un cours intensif réunissant un groupe de victimes qui discutait les raisons et les conséquences du crime, les dommages causés, la nécessité d'une procédure réparatrice, la connaissance mutuelle entre victimes et offenseurs, l'abandon de la rancune, l'arrêt de l'hostilité et de l'esprit vindicatif, en plus le pardon et l'intériorisation de la responsabilité de l'acte commis. Je leur ai avoué que c'était très bouleversant de me retrouver face à ceux ayant révélé avoir pratiqué de multiples homicides mais qui laissaient transparaître, par leur initiative de s'inscrire au programme, leur envie de changer et de demander pardon à leurs victimes ou aux membres de leurs familles.

Dans notre livre – j'ouvre ici une parenthèse – j'explique que le nom *Sycomore* est repris du passage biblique qui décrit la rencontre entre Zachée et Jésus (Lucas, 19:1:10). Avec cette symbolique (biblique) et soucieux de récupérer l'humanité qui est au sein de chacun de nous (nous appartenons, en fin de compte, tous au genre humain), le programme Sycomore est une expérience d'une grande ampleur sur différents aspects (responsabilisation, confession, repentance, pardon, restitution, accord), et apporte un haut niveau de satisfaction reconnu non seulement par les prisonniers mais aussi par les victimes et les membres de leurs familles.

Lors de ce congrès, organisé depuis longtemps par les Etats Unis, j'ai parlé du contact *tête-à-tête* entre victimes et offenseurs, perçus comme des personnes étant supérieures à l'erreur commise, peu importe sa nature ou sa gravité. Un raisonnement analogue se développe d'ailleurs quant aux combattants blessés sur les champs de bataille, ce qui a conduit à la rédaction de l'article I (2) du Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux de 1977. Pour les cas qui ne sont pas prévus dans ce Protocole ou dans d'autres accords internationaux, les civils et les combattants restent sous la protection et l'autorité des principes du droit international dérivés des usages établis, des principes d'humanité, et de ceux dictés par la conscience publique. C'est ce qui se passe d'ailleurs avec les prisonniers en attente de leur exécution dans le couloir de la mort.

Howard Zehr, un des pères de la Justice Restaurative, fait référence au mouvement "Soutien aux victimes sur la base de la défense" (*Defense Based Victim Outreach*), qui cherche à établir, dans ce cas, un lien entre la famille de la victime du criminel et les

avocats de la défense, le but étant de porter assistance aux victimes et diminuer les traumatismes du processus judiciaire. Au fond, les quelques survivants souhaitent uniquement connaître la vérité des faits et obtenir la reconnaissance de la responsabilité de l'offenseur, en d'autres mots, son aveu de culpabilité.

Des pays comme la Belgique, le Royaume Uni, l'Australie, Singapour, la Létonie, l'Espagne, le Mexique et beaucoup d'autres développent des programmes restauratifs qui réussissent, encouragés et soutenus par le Bureau des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime*), institution responsable par la publication en 2006 d'un excellent manuel sur les programmes de Justice Restaurative. Ce manuel met en évidence la centralité de la personne humaine et explique, de façon détaillée, en quoi consistent les programmes: a) une réponse adaptée aux circonstances du délit, au délinquant et à la victime, permettant que chaque cas soit traité individuellement; b) une réponse au crime qui respecte *la dignité et l'égalité de chacune des personnes*, qui développe l'entente et favorise l'harmonie sociale au travers de la réparation de victimes, des délinquants et des communautés; c) une alternative viable, dans beaucoup de cas, au système de Justice pénale formelle et à ses effets stigmatisants pour les délinquants; d) une méthode qui peut être appliquée conjointement avec les processus et les sanctions de la Justice pénale traditionnelle; e) une méthode qui incorpore la solution des problèmes et est dirigée vers les causes sous-jacentes du conflit.

J'ai souligné qu'au Brésil le projet de réforme de la Loi d'Exécution Pénale (LEP) prévoit l'application de la Justice Restaurative, comptant aujourd'hui avec l'inconditionnel soutien du Conseil National de Justice qui a créé un groupe de travail composé par des juges de diverses unités fédératives. Ces derniers sont chargés de mener des études et de proposer des mesures dans le but de favoriser ce modèle de justice bienveillante à tout moment de la procédure pénale, y compris *intra muros*. Dans mon pays, les législateurs ainsi que les opérateurs du droit sont aussi attentifs à une expérience unique née au Brésil: *l'humanisation de l'exécution de la peine*. Cette expérience se développe aujourd'hui en Australie, Nouvelle Zélande, Corée du Sud, Bulgarie, Hongrie, Norvège, Allemagne, Angleterre, Pays Bas, Argentine, Chili, Colombie, Pérou, El Salvador, Equateur, Mexique et Porto Rico. L'un des théoriciens les plus respectueux de la

Justice Restaurative – Daniel Van Ness – qualifie l'*humanisation de l'exécution de la peine* comme le modèle de ce qu'on appelle régime pénitentiaire réparateur. Il s'agit des Associations pour la Protection et l'assistance aux Condamnés (APACs), c'est-à-dire des petites prisons, connues comme prisons vertueuses, qui fonctionnent sous la surveillance du Pouvoir Judiciaire et qui n'ont pas de gardiens de prison. Elles adoptent une méthodologie fondée sur des principes visant à "tuer le criminel pour *sauver l'homme*" qui existe à l'intérieur du criminel; sur une discipline stricte, mais appliquée avec amour; sur des principes religieux avec la liberté de culte; sur la réciprocité d'entraide entre les prisonniers; sur l'assistance à tous les niveaux et sur le régime progressif d'exécution de la peine. L'APAC se base sur des principes essentiels tels que: la participation de la communauté; l'entraide; le travail; la religion; l'assistance santé et juridique; la valorisation de l'homme (de l'homme trop humain, comme Nietzsche nous l'a enseigné et comme Grecianny Carvalho Cordeiro nous le rappelle dans son article "Le Principe d'humanité et le trafic des personnes à des fins d'exploitation sexuelle", figurant dans un des livres du V Cours) et la valorisation de sa famille, de l'équipe de bénévoles, de l'accent mis sur le mérite, etc.

Il est vrai que les pratiques restauratives deviennent de plus en plus fréquentes dans les centres de détention et incarnent une réponse au fiasco du traitement, de la violence, de l'absence d'humanité et de l'inaptitude de l'administration d'affronter les problèmes internes. Par ce biais, on arrive à la réforme et l'amélioration des prisons, avec un environnement plus sûr, une zone d'apaisement, de réduction des niveaux de peur et tension, et l'atténuation des effets de la prison. Celle-ci est saluée par Michel Foucault comme une avancée sur les sanctions corporelles et l'accès de la Justice pénale à l'humanité (le Temps, maître de la raison, nous a démontré que cela ne se passerait pas exactement comme cela). Tout cela, ai-je conclu à San José, démontre le sens de l'application des pratiques et des principes restauratifs derrière les barreaux, sans jamais oublier qu'il ne s'agit pas d'une panacée.

Il serait légitime que le lecteur se demande pourquoi nous faisons référence à ce sujet dans le présent article, qui lui, essaiera de définir de manière plus précise la relation entre la Justice Restaurative et le principe d'humanité. Bref, après la fin du panel, un étudiant de droit de l'Université du Costa Rica s'est approché de moi pour

essayer de savoir un peu plus sur ce lien, d'autant plus que ce thème, partie intégrante de ses études universitaires de droit et considéré par lui comme très stimulant, est inclus dans le programme du *Cours Brésilien Interdisciplinaire en Droit de l'Homme: le Principe d'humanité et la sauvegarde de la personne humaine*, qui se tiendra du 05 au 16 septembre 2016 à Fortaleza, au Ceará, Brésil. Ma réponse a renforcé son intérêt à participer à l'événement et m'a motivé à rédiger cet article.

Je me souviens que l'année dernière, lors de la quatrième édition de ce même cours, qui avait comme thématique centrale "le respect à la dignité humaine", j'avais présenté un chapitre de mon livre déjà cité auparavant. Celui-ci aborde les principes de la Justice Restaurative: la reconnaissance de la responsabilité; la bonne-foi; la célérité ou la durée raisonnable; la complémentarité; la confidentialité; le consentement éclairé; la coopération; la dignité humaine ou l'humanité; la discipline; l'économie des coûts, l'équité; l'informalité; le respect mutuel et la participation volontaire. Lors de mon discours, j'avais fait remarquer que le principe de la dignité humaine est le plus universel de tous les principes et que ceux cités ci-dessus ne sont pas *numerus clausus*. Le principe d'humanité, aussi vieux que la propre espèce humaine et profondément lié à celui de la dignité, reste à nos yeux, beaucoup plus vaste. Le voici à présent:

L'Humanitas ou la dignité de la personne humaine, qui traduit l'idée du respect essentiel accordé à la valeur humaine et à son essence, "est une perpétuelle quête dans le droit qui provient du droit romain et traverse toute l'histoire de notre savoir, ayant subi de multiples vicissitudes, qui n'ont jamais pu occulter la permanente demande réciproque: le droit réclame toujours, tout simplement parce que le savoir juridique n'est pas plus qu'un instrument pour la réalisation de l'être humain et, en tant que tel, il n'a pas de boussole quand il s'éloigne de l'anthropologie basique qui fait de lui une chose parmi d'autres choses."²

2 ZAFARRONI, Eugenio Raúl. *El Humanismo en el Derecho Penal*. México: Editora Ubijus/Instituto de Formação Profissional, 2009, p. 7. Vid: " ...toute cette formelle et historique proclamation d'être la personne humaine porteuse d'une dignité "innée" c'est le propre du Droit à reconnaître le suivant: l'humanité qui habite en chacun de nous est en soi le fondement logique ou le titre de légitimation de telle dignité. Il ne revient pas au Droit de jouer un autre rôle, qui ne soit de la déclarer. " (BRITTO, Carlos Aires. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010, p. 25)

Cette pensée est partagée par le professeur Ignacio José Subijana Zunzunegui, de l'Université du Pays Basque (UPB), pour qui le paradigme d'humanité "doit imprégner la justice lorsqu'à la fois il répond à une structure dite "heterocomposite" – dans laquelle le juge résout une dispute entre les parties – que quand il repose sur un modèle dit "autocomposite" – dans lequel le juge homologue la solution accordée au conflit par les parties originalement en dispute. Dans la méthode "heterocomposite" se détache le renforcement du jugement en tant qu'espace dans lequel les individus parlent des faits qui façonnent leurs expériences, et la pertinence de leur transférer une réponse qui, étant fondée sur des raisons acceptables et compréhensibles, véhicule un message doté d'une haute qualité communicatrice. Dans le modèle dit "autocomposite", la priorité est attribuée à la construction d'un socle de dialogue qui s'alimente du respect, de l'écoute, de la compréhension et de la reconstruction conjointe de ce qui a été endommagé."³

Il semble essentiel de signaler, à ce propos, qu'au Costa Rica, pays qui a plusieurs enseignements à donner au monde, la Salle Constitutionnelle de la Cour Suprême de Justice, lors de son vote 6829, du 24 décembre 1993, s'est prononcée de la façon suivante: "Les peines privatives de liberté doivent être organisées sur une vaste base d'humanité, éliminant de leur exécution ce qui agresse la dignité humaine. Les peines privatives doivent prendre surtout en compte l'homme qui est à l'intérieur du délinquant... celui qui continue à faire partie de la communauté, en pleine possession des droits qui lui appartiennent en tant qu'homme et citoyen, sauf les droits perdus ou diminués en conséquence de sa condamnation. Parallèlement il faudrait développer et renforcer le sens des responsabilités et le propre respect à la dignité de sa personne. Il se doit d'être traité avec la juste considération par rapport à sa nature d'homme."⁴ Il convient de préciser que le Costa Rica ne possède pas d'armée, qu'il est le siège social de la Croix Rouge, de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme et de l'Institut Latino-Américain des Nations Unies pour la Prévention du crime et le traitement des délinquants.

3 ZUNZUNEGUI, Ignacio José Subijana. El Paradigma de Humanidad en la Justicia Restaurativa, article extrait du Web.

4 QUESADA, Carlos Brenes. Justicia Restaurativa: Una Herramienta para la Solución al Fenómeno de la Criminalidad Costarricense. Monographie pour l'obtention du diplôme en Droit. San José, Costa Rica: Cours de Droit, Université Fidélitas, juillet 2009, p. 25.

Dans un autre extrait du vote 6829-93 on peut lire: "A côté du principe d'humanité, qui doit prédominer lors de l'exécution pénale, l'accent est mis, dans notre milieu, sur l'aspiration à réhabiliter (article 51) du Code Pénal. Cette conception relative aux fins de la peine est une doctrine de prévention et d'anti-retribution de l'acte, fondée sur le respect des Droits de l'Homme, sur la ré-socialisation des délinquants qui rejette l'idée du Droit Pénal repressif. Ce dernier doit être remplacé par des systèmes préventifs et par des interventions éducatives et de réhabilitation des internes. Dans le cas d'une intervention pour chaque personne, la peine doit être individualisée, selon les limites fixées par le législateur, prenant en considération certaines circonstances personnelles de l'individu actif (article 71 du Code Pénal). Le Plan de Développement Institutionnel de l'Institut National de Criminologie doit mettre en pratique les principes mentionnés, dans le but de réussir la réintégration du condamné à la peine de prison en milieu social duquel il a été éloigné..."⁵

Selon ce sens également, qui présente un regard humain de l'exécution pénitentiaire, dans le contexte duquel le détenu doit être perçu non pas comme un citoyen de troisième catégorie, voire même sans aucune catégorie, mais plutôt comme quelqu'un qui doit être respecté et avoir un traitement digne: "il semble évident pour tous, aujourd'hui, que l'exécution de la peine, matériellement parlant, n'est que l'imposition d'un mal au délinquant – ce qui, d'un côté, est parfaitement cohérent avec la finalité du processus pénal – mais qui n'est pas souhaitable dans un État social et démocratique de Droit. Celui-ci ne peut pas réduire sa fonction à être le simple surveillant du délinquant sans se préoccuper du destin de ce dernier. Dans ce modèle d'État, il faut aller bien au delà, l'exécution de la peine doit être quelque chose de plus. Dans une conception d'État Démocratique de Droit, la pratique d'un délit n'implique pas la perte de la dignité de la personne et, par conséquent, la réaction du Droit pénal doit partir de cette prémisse. Le principe d'humanité – nous rappelle Morillas – oblige que toutes les relations humaines que le Droit pénal distingue se règlent sur la base d'un lien de réciprocité, d'une responsabilité sociale envers le citoyen délinquant. Il agit donc sur la base d'une compréhension humanitaire et sociale de la personne du délinquant,

5 SANABRIA, Carlos Eduardo Montenegro. *Manual sobre la Ejecución de la Pena: Reglamento de Derechos y Deberes de los Privados y las Privadas de Libertad. Jurisprudencia Constitucional*. San José, Costa Rica: Editora Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 36.

à partir de laquelle le pouvoir punitif humanitaire n'est plus compris comme simple charité ou bienveillance, pour émerger pour ce qu'il est réellement: la manifestation du respect à la personne humaine et à la nécessité sociale de sanction, par-dessus toute considération scientifique et théorique. C'est donc le principe d'humanité qui, interdisant l'imposition des sanctions inutiles – quand elles ne sont pas clairement préjudiciables au condamné – répond au souhait d'adapter les peines privatives de liberté aux exigences actuelles des sciences criminologiques et pénales..."⁶

Dans cet ordre d'idée, la Justice Restaurative, la justice à visage humain avec laquelle tout le monde gagne et personne ne perd⁷, une justice ancrée dans la convergence d'intérêts, du dialogue, de la présomption de responsabilité, du soin avec la victime, de la réparation et la compensation pour le préjudice subi, soit matériel et/ou moral, rejette toute sorte de torture et de traitement cruel, inhumain ou dégradant pour l'infracteur (sans aucune discrimination, conformément à la pensée kantienne selon laquelle les personnes devraient être considérées comme une fin en soi, réflexion présentée de façon directe ou indirecte par des criminalistes de renom comme, v.g., Luigi Ariel Dotti, Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli e René Ariel Dotti). La Justice Restaurative proclame la nécessité de respect du préambule de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, dans laquelle on considère que la liberté,

6 SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la Prisión*. México: Institut National des Sciences Pénales, 2004, pp. 260-261.

7 Regardons le passage "Tout le monde gagne et personne ne perd" de notre livre sur la Justice Restaurative: "Dans notre époque post-moderne, que beaucoup qualifieraient de *modernité tardive*, où le niveau de criminalité adulte et enfantine, et surtout la criminalité quotidienne (*Alltagskriminalität*), augmente rapidement sans que le système de justice pénale vertical, ordinaire et dogmatique arrive à lui donner une réponse adéquate et égalitaire, la Justice Restaurative devient impérative en tant qu'option alternative ou complémentaire à la justice traditionnelle, soit pour empêcher l'augmentation du recours au droit pénal, soit pour fournir une solution moins lente, plus économique, plus humaine et efficace aux conflits engendrés par les délits, surtout les moins graves (excepté ceux qui sont insignifiants, de bagatelle, sans importance pénale), sans exclure ceux de moyenne et haute envergures. Si la Justice Restaurative, à ces débuts, était appliquée basiquement pour des petits délits (patrimoniaux), aujourd'hui il est possible de l'adopter, dans certains cas, lors des délits plus graves, comme par exemple, l'homicide, le viol, le trafic des personnes et la pollution environnementale." (BARROS LEAL, César. *Justiça Restaurativa: Amanhecer de uma Era –Aplicação em Prisões e Centros de Internação de Adolescentes Infratores*. México: Porrúa, 2015, pp. 9-10).

la Justice et la paix dans le monde ont pour base la reconnaissance de la dignité intrinsèque et des droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine. La lecture d'un grand nombre de documents internationaux est recommandable, parmi lesquels se distinguent les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire (Résolution 60/147 adoptée par l'Assemblée Générale le 16 décembre 2005): les victimes devraient être traitées avec humanité ainsi que dans le respect de leur dignité et de leurs droits humains; des mesures appropriées devraient être prises pour assurer leur sécurité, leur bien-être physique et psychologique et la protection de leur vie privée, et de leur famille. L'État (selon Recaséns Siches, créé pour servir les êtres humains) devrait veiller à ce que sa législation interne, dans la mesure du possible, permette aux victimes de violences ou de traumatismes de bénéficier d'une sollicitude et des soins particuliers afin de leur éviter de nouveaux traumatismes au cours des procédures judiciaires et administratives destinées à assurer justice et réparation.

Exposant cette question dans son article intitulé "Le Principe d'Humanité dans le Droit Pénal", J. L. de La Cuesta Arzamendi, Directeur de l'Institut Vasco de Criminologie et Président de l'Association International de Droit Pénal, souligne que:

Le principe d'humanité n'est pas seulement méconnu par la nature même de certaines peines. Ce principe a aussi un impact important sur le plan pénitentiaire, qui doit évidemment être conçu comme un espace respectant l'être humain et, par conséquent, devrait éviter tout traitement inhumain ou dégradant. Ainsi, l'article 10.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques exige que "toute personne privée de sa liberté doit être traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine". Des recommandations internationales – comme par exemple, l'Ensemble des règles minima internationales (et les Règles pénitentiaires européennes) – constituent dans ce sens un important développement du principe d'humanité et peuvent servir de référence aux tribunaux dans la vérification de la compatibilité, ou pas, des cas soumis à leur examen au regard de cette disposition (ou avec l'article 3 de la Convention de Rome).

Tant le Comité des droits de l'homme que la Cour européenne des droits de l'homme ont eu plusieurs fois à examiner des plaintes concernant ces questions. La jurisprudence de ce haut tribunal –qui jusqu'en 1998 n'avait pas jugé qu'il y avait eu une violation de l'article 3, malgré la constatation du non-respect de certaines normes et standards internationaux en matière pénitentiaire (non pas dans certains cas présumés de détention policière et des forces de sécurité), a prêté, au cours des dernières années, une attention croissante aux violations de la Convention de 1950 découlant de pratiques pénitentiaires discutables. Diverses sentences ont ainsi déclaré que certaines pratiques et conditions d'emprisonnement violent l'article 3, particulièrement en ce qui concerne certaines catégories de prisonniers, qui, en raison de leur âge avancée, de troubles mentaux ou de maladies graves, ont besoin d'une prise en charge spécifique et ne devraient pas être soumis à des pratiques disciplinaires et/ou de restriction physique sans que leur nécessité ait été vérifiée préalablement. Dans le même sens, la Cour a déclaré également contraire à l'article 3: l'alimentation forcée de détenus en grève de faim, avec l'emploi de méthodes extrêmes et sans que la nécessité thérapeutique réelle soit vérifiée; les conditions de détention à l'île d'Aruba; ainsi que les fouilles corporelles complètes, incluant des inspections annuelles systématiques (effectuées après chaque visite et pendant une période de deux ans).

Les plus hautes cours judiciaires des États sont elles aussi en train de développer leur propre jurisprudence dans ce domaine. Ainsi, par exemple, la plupart des cas de torture et de traitement inhumain ou dégradant analysés par le Tribunal Constitutionnel espagnol (TC) sont en relation avec le contexte carcéral. Le Tribunal Constitutionnel a qualifié de violation de l'art. 15 de la Constitution espagnole l'imposition de l'assistance médicale par la force et contre la volonté d'un détenu atteint d'une maladie grave et incurable (STC 48/1996) mais a refusé de l'admettre en cas d'alimentation forcée d'un détenu en grève de faim, en cas de traitement progressif comportant des degrés ou de l'octroi de la libération conditionnelle, et dans des affaires concernant l'application des moyens de sécurité et de contrôle, la restriction des relations intimes, l'interdiction

de l'application de traitements médicaux alternatifs et, enfin, l'isolement dans une cellule.⁸

Parlons maintenant de la médiation, *instrument privilégié* de la Justice Restaurative. La médiation, présente dans l'histoire culturelle et dans la réalité contemporaine des pays de l'Orient et de l'Occident, est habituellement définie comme un moyen pacifique de solution autocomposite de controverses (différent du modèle accusatoire, de la rétribution, structuré sur la confrontation, dans une relation incontestablement traumatique), au travers duquel, avec l'aide d'un médiateur ou facilitateur, s'établi un accord acceptable pour tous les acteurs: offenseur, victime et communauté. Pouvant être employé pendant toutes les phases du processus, ce moyen apporte, à partir de la perspective du principe *pro homine*, une réponse attentive à la situation des victimes, principal objet de la Justice Restaurative.

Le médiateur, qui doit disposer d'une formation adéquate et humaine, assume le rôle et le compromis d'informer et d'écouter attentivement les parties, laissant son rôle et les règles de la médiation bien définis. Il doit rester neutre et ses interventions doivent motiver les parties prenantes dans le conflit afin qu'elles aboutissent à un accord satisfaisant. Bonne-foi, confidentialité, respect mutuel, humanité, sont quelques uns des mots-clés présents lors de cette médiation nécessairement spontanée et neutre, où la victime joue un rôle central. Cela représente pour nous, indéniablement, un nouveau paradigme et surtout un axiome d'humanité.

Celui qui agit comme médiateur dans l'espace pénitentiaire et qui prétend approfondir ses connaissances professionnelles, devra se familiariser avec *l'Annexe aux Principes fondamentaux relatifs au recours à des programmes de Justice Restaurative en matière pénale* (Résolution n. 2002/12 du Conseil Économique des Nations Unies, dont on peut lire dans le Préambule: *Insistant sur le fait que la Justice Restaurative constitue, face à la criminalité, une réponse dynamique qui respecte la dignité de chacun et l'égalité entre tous, elle favorise la compréhension et contribue à l'harmonie sociale en veillant à la récupération des victimes, des délinquants et des communautés.* Elle préconise que "le médiateur accomplisse ses fonctions avec

8 CUESTA ARZAMENDI, J. L. de la. "El Principio de Humanidad en el Derecho Penal", in *El Principio de Humanidade e a Salvaguarda da Pessoa Humana*, V Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos. Fortaleza: Expressão Gráfica Editorial, 2016.

impartialité, en respectant dûment la dignité des parties". Un autre document aussi important et déjà cité auparavant est le *Manuel sur les Programmes de Justice Restaurative*. Selon lui le processus de médiation victime-délinquant, pendant l'exécution de la peine, dispose de pleines conditions d'obtenir du succès et contribuer à la réhabilitation y compris des condamnés à des peines de longue durée. Pour toutes ces raisons, on espère que le processus de médiation "atteigne tous ses objectifs si les victimes et les délinquants se retrouvent tête-à-tête pour qu'ils puissent exprimer directement leurs sentiments et développer une nouvelle compréhension de la situation. Avec l'aide d'un facilitateur compétent, ils peuvent arriver à un accord qui les aide, tous les deux, à trouver une issue pour l'incident."

Je cite à nouveau le texte de J. L. de La Cuesta Arzamendi, avec sa mention aux deux profils du principe d'humanité, qui émergent, d'un côté, de l'interdiction d'attitudes ou d'actes aux colorations négatives, et de l'autre côté, de la prescription de postures ou d'actions affirmatives de respect à la personne humaine:

Si traditionnellement le principe d'humanité est centré sur le sujet actif du délit et se présente comme un des postulats limitant le pouvoir punitif de l'État, à partir des enseignements de la victimologie il n'échappe à personne qu'une politique criminelle inspirée par le principe d'humanité ne peut ignorer les besoins des victimes, mais doit assumer, comme une de ses fonctions les plus basiques, l'obligation de s'efforcer à donner une attention et une satisfaction aux victimes. Dépasant la perspective limitée de la victime considérée en tant que sujet passif de l'action ou du délit, le respect du principe d'humanité en droit pénal exige de faire passer les victimes "de l'oubli à la reconnaissance", en garantissant tous leurs droits, en leur attribuant une place de protagoniste au sein du système pénal et en plaçant le principe de protection des victimes au même niveau que celui de l'interdiction des peines et traitements inhumains ou dégradants, et de l'orientation resocialisatrice de la peine.

Toute politique criminelle soucieuse d'appliquer le principe d'humanité à l'égard des victimes, doit veiller à leurs droits. Ceux-ci vont bien au-delà de la simple réparation civile. Les victimes doivent être traitées humainement et en pleine reconnaissance et respect de ce que suppose juridiquement leur condition de victime: en particulier, leur droit à l'information et à la vérité, l'accès à la justice et à la réparation. Le droit des

victimes à la réparation ne devrait pas s'en tenir seulement au plan patrimonial. Il devrait comprendre, au moins, la prévention des situations d'abandon, à côté de la restitution, de la réparation des dommages et de l'indemnisation des préjudices. Lorsque l'agression atteint des biens personnels d'une certaine ampleur, on doit chercher une réparation intégrale, incluant des mesures d'assistance et d'accompagnement, l'accès au bénéfice des aides publiques permettant de surmonter la victimisation (réhabilitation personnelle et réinsertion sociale).⁹

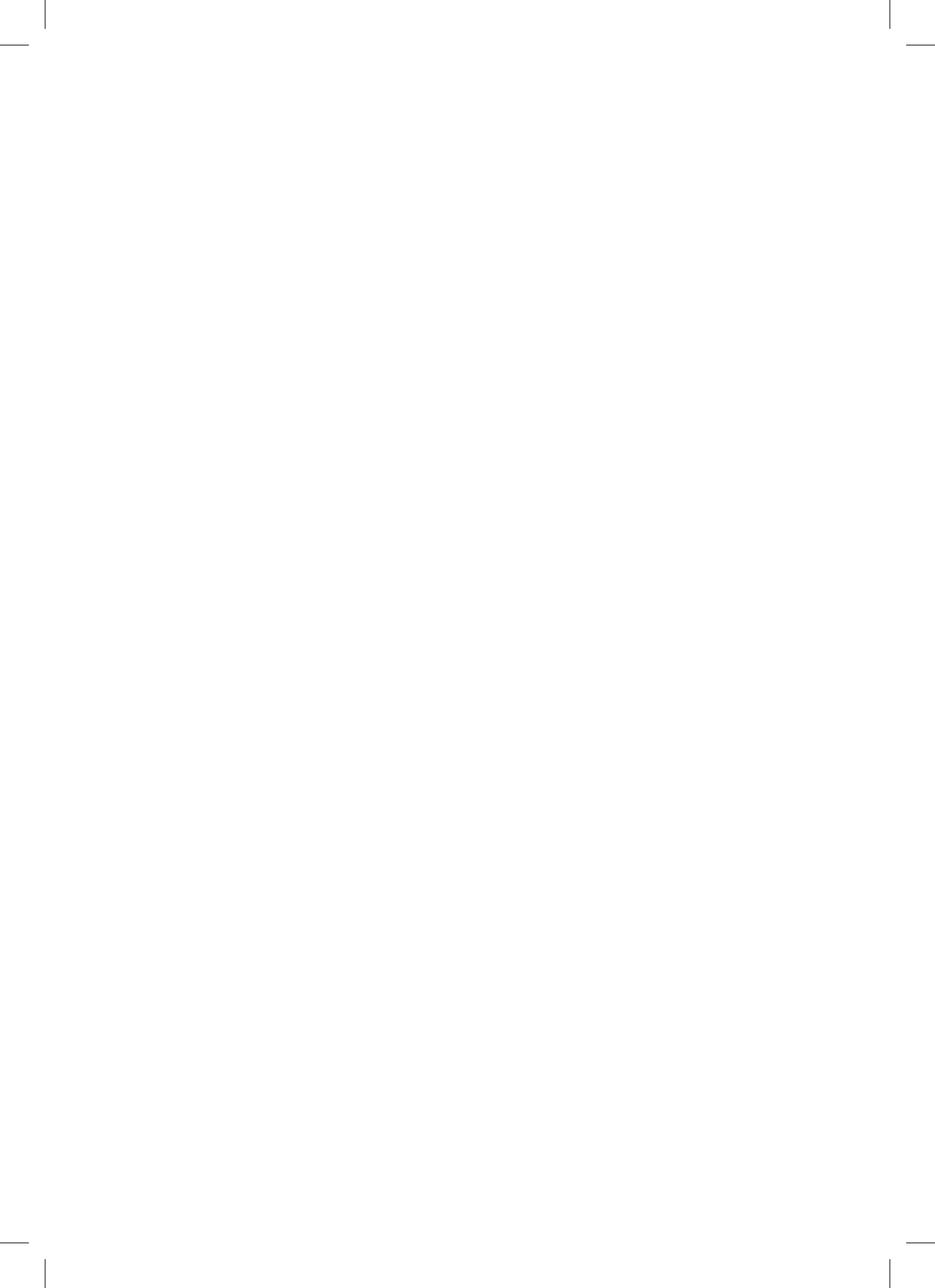
Le principe d'humanité sédimente et renforce le sens de Justice, englobant d'ailleurs d'autres principes tels que la raisonnable et la proportionnalité. Quand nous faisons appel à lui dans le milieu carcéral nous devons prendre en compte l'enseignement du penseur illuministe Cesare Beccaria dans "Traité des délits et des peines", chef d'oeuvre du droit pénal humaniste universel, selon lequel la prison est l'endroit d'exécution d'une peine à cause d'un délit commis, n'autorisant pas le *ius puniendi* à l'arbitraire, à la rigueur punitive, à la torture, ou à toute autre forme d'abus ou d'infliction de souffrance, ou à toute pratique portant atteinte à l'intégrité physique et morale du détenu et à la dignité substantielle inhérente à sa condition humaine.

Certes, pour conclure, il est possible d'aller encore plus loin. Le succès de l'exécution de la peine, par exemple, ne réside pas simplement dans l'assistance matérielle (mentionnons l'assistance juridique, sociale, éducative, religieuse, etc.), dans l'offre de travail (méritoire mais sans lien avec le marché du travail), dans les programmes institutionnels de réhabilitation – presque toujours inconsistants, inutiles et parfois évasifs –, mais réside principalement dans le traitement cordial, digne, humain, de ceux qui, pour différentes raisons, ont été privés de leur liberté, ce qui n'est pas rien. Ils conservaient cependant tous les autres droits et libertés que leur statut de citoyen leur octroie en tant qu'individu avec une identité propre (supérieure, sans aucun doute, à celle de son groupe circonstanciel et non pas d'appartenance, c'est-à-dire, la masse anonyme de prisonniers provisoires ou condamnés, primaires ou récidivistes).

La Justice Restaurative est une réponse positive à la pléthore de problèmes qui font de la prison un univers unique, singulier, où

⁹ Ídem.

prédominant de forme exacerbée, la tension, la violence, la terreur, la peur, l'insécurité et plus encore. Pour dépasser ses exaspérations et diminuer ses vulnérabilités, l'on exige en contrepartie, une dose élevée de dialogue, d'intériorisation des valeurs, de convergence d'intérêts à la recherche d'un minimum de culture consensuelle et de paix. Ce n'est pas une tâche facile, mais nous ne pouvons pas laisser tomber le rêve. Tout compte fait, il en ressortira une évidence, affirmée par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: nous sommes nés tous égaux en dignité et en droits. Nous sommes tous humains.



HUMANITAS EN DROIT PÉNAL

Eugenio Raúl Zaffaroni

Juge de la Cour Suprême de l'Argentine.

Humanitas ou la dignité de l'être humain, la centralité de celui-ci conçu comme personne, le respect de son essence, est une quête perpétuelle du droit qui provient du droit romain et traverse toute l'histoire de notre savoir, en passant par de multiples vicissitudes, qui n'ont jamais occulté cette exigence réciproque permanente: le droit requiert toujours *l'humanitas*, tout simplement parce que le savoir juridique n'est rien de plus qu'un instrument au service de la réalisation de l'être humain et, comme tel, il n'a plus de boussole lorsqu'il s'éloigne de l'anthropologie basique qui fait de celui-là une personne, pour le chosifier, le réduire à une chose parmi les choses.

J'ai conscience que les spécialistes en anthropologie philosophique affirment qu'elle naquit avec Max Scheler¹, tout comme les juristes ont coutume d'affirmer que la science ou le savoir juridique naquit avec la dogmatique de Rudolf von Jhering². J'estime cependant qu'un savoir peut s'épurer et perfectionner sa définition épistémologique et sa méthode à un certain moment important de son évolution, mais cela ne signifie pas qu'il naisse à ce moment là. Personne n'épure ou ne perfectionne des connaissances à propos desquelles on ne spéculait ou ne réfléchissait pas déjà auparavant. L'anthropologie philosophique naquit avec le premier être humain qui s'est demandé: "à qui suis-je?" Le savoir juridique commença lorsque les premiers chercheurs crurent nécessaires d'introduire l'esprit de système aux fins d'interprétation des lois. Notre savoir fut initié en Europe centrale, spécialement dans le Nord de l'Italie, il y a plus de mille

1 Cf. Carlos Beorlegui, *Antropología filosófica. Nosotros: urdimbre solidaria y responsable*, Université de Deusto, Bilbao, 2004, p. 336.

2 Rudolf von Jhering, *L'esprit du Droit Romain dans les diverses phases de son développement*, trad. De O. de Meulenaere, Paris, 1877; Antonio Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, I, p. 132; Dino Pasini, *Ensayo sobre Jhering*, Buenos Aires, 1962.

ans, avec les premières universités, formées autour des études juridiques³, avec les glossateurs et postglossateurs⁴ et, sans doute, fût-il façonné à partir des oeuvres des praticiens⁵.

L'anthropologie philosophique et le droit, et je me réfère ici en particulier au droit pénal en tant que savoir juridique pénal, se croisent et se séparent tout au long de l'histoire de ce dernier. *L'humanitas* est la composante qui nous permet de diagnostiquer si un savoir juridique pénal remplit sa fonction de sauvegarde de la dignité de la personne ou s'il s'écarte d'elle pour se ravalier au rang de vulgaire rationalisation de l'exercice du pouvoir vertical d'un état. Pour le dire en termes plus précis et plus clairs: *l'humanitas* nous dit si nous nous trouvons face à un *droit pénal libéral* ou face à un *droit pénal autoritaire*.

Le droit pénal est un savoir, ce ne sont pas les lois pénales, la législation pénale, mais *le système d'interprétation des lois pénales forgé par les juristes*. Ces lois, dans leur lettre, peuvent méconnaître *l'humanitas*, elles peuvent être aberrantes, à l'image de ces lois qui autorisent la torture ou fulminent des peines cruelles et disproportionnées, deux catégories adoptées trop fréquemment dans le monde actuel.

Cependant, *l'humanitas* est loin d'être neuve, ne tirant pas son origine du libéralisme pénal, mais de la vieille législation romaine. L'affirmation de Carrara, selon laquelle les romains furent des géants du droit civil mais des nains s'agissant de droit pénal, fut sévèrement critiquée par plusieurs auteurs de toutes les époques postérieures⁶. Pourtant la phrase du maître de Lucques renferme une part de vérité.

3 Cf. Joaquim Veríssimo Serrão, *História das Universidades*, Porto, 1983; Jacques Le Goff, *Os intelectuais na Idade Média*, Rio de Janeiro, 2003, pp. 151 et s.; Rolando Tamayo y Salmorán, *La universidad epopeya medieval (Notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medioevo)*, México, 1987.

4 V. Francesco Calasso, *Medio Evo del Diritto*, Milano, 1954, I.

5 À titre d'exemple: *Clementinae, si furiosus De homicidio, relectio: authore Didacto Couarruuias à Leyua*, Salmanticae, 1510; sur Covarrubias, Julián Pereda, S.J., *Covarrubias penalista*, Barcelona, 1959; Friedrich Schaffstein, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid, 1957.

6 Notamment, Enrico Ferri, *La riabilitazione del diritto penale romano*, in "Studi sulla criminalità ed altri Saggi", Turin, 1926, p. 375; Ladislao Thot, *Historia de las antiguas instituciones del derecho penal (Arqueología criminal)*, Buenos Aires, 1927, pp. 13 et s.; Horacio C. Rivarola, *En defensa del derecho penal de los romanos*, in "Rev. de Derecho Penal", Buenos Aires, 1947, pp. 321 et s.

L'étude monumentale de Mommsen⁷ et bien d'autres l'ayant suivi ou précédé⁸ semblent indiquer le contraire. La tradition de centralité de la personne dans le procès pénal républicain romain et au sein du droit pénal lui-même fut soulignée par les libéraux eux-mêmes, tel Pagano⁹, qui en peu de pages synthétise un processus de décadence de l'*humanitas* sous l'empire, où les peines redeviennent atroces et où l'on introduit la torture¹⁰. Les *libris terribilis* du Digeste¹¹ compilèrent les lois de cette décadence et, en vérité, si le jugement Carrarien s'y réfère, il est juste.

L'impression négative laissée par le droit pénal romain provient de la réception des *libris terribilis* au moyen-âge, bien que cette même réception ait ouvert la voie vers la systématisation et ainsi initié notre savoir juridique pénal. La glose constitue une partie de cette réception, dont Bartola de Sassoferrato est couramment mentionné comme son représentant, et dont on dit que face à un problème il énumérait les arguments pour et contre pour ensuite conclure selon ce que bon lui semblait, attribuant la solution au droit romain alors qu'en réalité il ne s'agissait que de son opinion personnelle plus ou moins arbitraire¹². Le *bartolisme*, fait de méthode rudimentaire et dépourvue de philosophie, composé d'abondantes citations historiques, n'est pas circonscrit au moyen-âge, mais initie une tradition qui perdure encore aujourd'hui et qui n'honore pas le droit pénal, car, en définitive, il ne s'agit pas d'un savoir mais d'un ensemble d'opinions passablement arbitraires. Je ne peux résister à la tentation de voir, avec des siècles de distance, un parallèle entre

7 R. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899; trad. française, Paris, 1906-1907; trad. espagnole de Pedro Dorado Montero, Madrid, s.f., sans notes.

8 Pour la bibliographie du XIX^e siècle, Contardo Ferrini, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in "Enciclopedia Pessina", Milan, 1905, I, pp. 3-428.

9 Francisco Mario Pagano, *Principi del Codice Penale*, Milan, 1803, trad. Espagnole: *Principios del Código Penal*, Buenos Aires, 2002.

10 "Au moment même où l'on établissait les peines les plus rudes et les plus graves, celles-ci se faisaient plus arbitraires, soit que l'arbitraire judiciaire fut la conséquence de l'arbitraire politique, soit en raison de l'absence d'un code pénal." (Pagano, *op. cit.*, p. 67; *ndt*: traduction libre).

11 Il s'agit des livres XLVII et XLVIII du Digeste, v. Manuel Gómez Marín y Pacual Gil y Gómez, *El Digesto del Emperador Justiniano en castellan y latin, El Digesto del Emperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca*, Madrid, 1874, III pp. 565 et s.

12 Giuseppe Salvio, *Storia del diritto italiano*, Turin, 1930, p. 105.

cette démarche et l'oeuvre colossale de compilation de précédents par Vincenzo Manzini¹³.

C'est avec les postglossateurs et en particulier avec les praticiens, comme je le disais au commencement, que naquit en vérité notre savoir: émerge alors le système, une théorie primitive de l'infraction, naïve, mais faisant finalement système et conforme au critère objectif/subjectif¹⁴. Tous les commencements ont leurs balbutiements, il en fut également de même pour le savoir juridique pénal.

Toutefois, du droit romain ne nous vient pas seulement l'*humanitas*, mais également son antonyme, soit la possibilité de nier la condition de personne de l'être humain, ce qui advient lorsqu'il est considéré comme *hostis*, comme l'ennemi. L'*hostis* dans le droit romain était l'intrus, l'étranger, et était considéré comme tel non seulement l'étranger au sens strict mais aussi le citoyen qualifié d'*hostis* afin de le priver de tous ses droits civils: telles étaient les catégories de l'*hostis alienigena* et de l'*hostis declaratus*. Au moins l'*hostis alienigena* demeurerait-il provisoirement protégé par le *jus gentium*, alors que l'*hostis declaratus* ne bénéficiait d'aucune protection, étant privé de toute condition de personne par l'autorité de la *potestas* que détenait le Sénat¹⁵.

Humanitas et *hostis* sont les deux catégories opposées d'une dialectique qui débute à Rome aux temps de la République et se poursuit de nos jours, jusques et y compris par la permanence des deux classes d'*hostis*. Je viens de me pencher sur l'*hostis* dans un ouvrage récent¹⁶, ici je souhaite m'intéresser à l'*humanitas* et, par conséquent, je passe outre les variantes de sa figure opposée.

L'*humanitas* s'opacifie jusqu'à disparaître avec le retour de la confiscation de la victime au bas moyen-âge, c'est-à-dire, lorsque le seigneur (*dominus*) usurpe à nouveau la place de la victime et enquête par *inquisitio*, lorsque la vérité procédurale s'obtient par

13 Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948.

14 Au XVIIIème siècle, ce système peut être observé très clairement: Pierre-François Muyard de Vouglans, *Institutes au Droit Criminel*, Paris, 1757; Lurentii Matthaeu et Sanz, *Tractatus de re criminali*, Ludguni, 1702; Joseph Márcos Gutiérrez, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804.

15 Cf. R. von Jhering, *op. cit.*, I, p. 228; Albert Du Boys, *Histoire du Droit Criminel des peuples Anciens*, Paris, 1845, p. 245; Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, 2004, p. 146.

16 *El enemigo en el derecho penal*, Bogotá, 2006; Buenos Aires, 2006.

l'interrogation violente¹⁷, et atteint la limite extrême de sous-estimation de *l'humanitas* avec la persécution des hérétiques et des sorcières, sous l'inquisition romaine et la laïcisation encore plus étendue de son procès.

L'humanitas réapparaît justement à la faveur de la critique de ces aberrations. La *Cautio Criminalis* de Friedrich Spee en 1631¹⁸ en constitue une preuve éclatante, là où le poète jésuite¹⁹ démonte les arguments inquisiteurs et invoque une douzaine de fois la raison. On le perçoit avec une plus grande clarté dans la critique définitivement dévastatrice de Christian Thomasius, soixante-dix ans plus tard²⁰.

L'humanitas brille sans doute, de sa plus grande splendeur, sous les Lumières et le libéralisme pénal, entre les dernières décennies du XVIIIème siècle et la première moitié du XIXème. On ne distingue pas clairement la tradition latine dans l'oeuvre de Beccaria, dont la formation juridique ne semble pas avoir été très approfondie²¹, indépendamment de l'originalité et de l'importance inégalables de son oeuvre, mais elle est transparente dans la *Scienza della Legislazione* de Gaetano Filangieri²². La culture juridique classique de l'illustre espagnol Manuel de Lardizabal y Uribe²³ est sans égal.

17 Sur cette forme d'accès à la vérité, Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, 1980.

18 Friedrich von Spee, *Cautio Criminalis oder rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse*, édition allemande de Joachim-Friedrich Ritter, Weimar, 1939; voir aussi *Cautio Criminalis herausgegeben von Theo G. M. van Oorschot*, Tübingen et Bâle, 1992; trad. italienne de Mienta Timi en l'honneur d'Anna Foa, *I processi contro le streghe (Cautio Criminalis)*, Roma, 2004.

19 Sur la personnalité à multiples facettes de Spee: Friedrich von Spee. *Dichter, Theologe und Bekämpfer der Hexenprozesse*, édité par Italo Michele Battafarano, Trente, 1988.

20 Christian Thomasius, *Über die Hexenprozesse*, Weimar, 1967; *Fundamento del derecho natural y de gentes*, trad. de S. Rus Rufino et M. A. Sánchez Manzano, Madrid, 1994; sur l'importance de cet auteur: Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, 1971, p. 171; Ernst Bloch, *Christian Thomasio, un intelectual alemán sin miseria* (1953), in *Derecho Natural y dignidad humana*, Madrid, 1980, pp. 285 et s.

21 Ce qui ne justifie pas la sous-estimation de son oeuvre par Ugo Spirito, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Turin, 1932, p. 39.

22 Gaetano Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, Milano, 1817.

23 *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes penales de España para facilitar su reforma, por don Manuel de Lardizabal y Uribe*, Estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Vitoria, 2001; *Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro ó Fuero de los Jueces y su versión castellana, in Fuero Juzgo en Latín y Castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real*

Francesco Mario Pagano écrivait l'italien en conservant des structures latines²⁴ et l'illustre portugais Pascoal José de Melo Freire rédigeait directement en latin²⁵, tout comme Giovanni Carmignani²⁶.

Entre ces deux siècles, le XVIII^e et le XIX^e, l'*humanitas* réapparaît chez les représentants des Lumières qui écrivent des oeuvres de politiques pénales, tel Beccaria, Filangieri, Verri²⁷, Hommel²⁸, Sonnenfels²⁹, etc., mais ces oeuvres seraient restées sur le pur plan de la critique si elles n'avaient été introduites par la suite au sein du droit pénal systématique, tâche que menèrent à son terme les pénalistes qui, avec la technique des postglossateurs, firent en sorte que ces idées imprègnent les projets de jurisprudence de l'époque et de cette manière des décisions des juridictions. Telle fut l'oeuvre de Feuerbach³⁰, de Pagano, de Carmignani, de Mori³¹ et, évidemment, de Francesco Carrara avec son *Programme* monumental dont le parallèle allemand peut être l'oeuvre de Binding³².

Néanmoins, dans la moins heureuse de toutes les théories du génial Feuerbach, celle de la coercition psychologique comme objectif de la peine (*psychologische Zwang*) et celle parallèle de la peine comme contre-impulsion pénale neutralisant l'impulsion criminelle de Romagnosi³³, était en germe une nouvelle décadence de l'*humanitas*, que ces auteurs n'avaient perçus. ¿Pourquoi la réaction pénale devait-elle prendre la mesure de l'atteinte? ¿Ne dépendra-t-

Academia Española, Madrid, 1815; Francisco Blasco y Fernández de Moreda, *El primer penalista de América Española*, México, 1957.

24 Voir le texte original de ses *Principi del Codice Penale*, dans l'édition posthume de Milan, précitée.

25 Pascoal José de Melo Freire, *Instituciones Juris Criminalis Lusitani*, Lisbonne, 1789.

26 Joannis Carmignani in Pisana Academia antecessoris, *Juris Criminalis Elementa*, Pisis, 1822.

27 Pietro Verri, *Observaciones sobre la tortura*, trad., prologue et notes de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977.

28 Kart Ferdinand Hommel, *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, 1778 (rééd. 1966); *Philosophische Gedanken über Criminalrecht*, Breslau, 1784; *Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetze*, 1772 (rééd. Berlin, 1970).

29 Sonnenfels, *Über die Abschaffung der Tortur*, Zürich, 1775 (rééd. 1970).

30 Anselm Ritter von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen, 1847 (trad. espagnole disponible).

31 *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, Livorno, 1847.

32 *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig, 1872.

33 G. D. Romagnosi, *Genesi del Diritto Penale*, Prato, 1833.

elle plus des caractéristiques de l'auteur? Cette question fut énoncée par Carlo Cattaneo³⁴ et c'est ainsi que la peine perdit le rapport de proportion avec l'atteinte (le dommage) et le reproche (la faute).

Au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, lorsque la peine fut dégagée du rapport de proportion avec l'entité de l'infraction, le droit pénal fut pénétré de concepts pseudo-scientifiques biologistes et ouvertement racistes d'emprunte Spencerienne et l'*humanitas* en fut réduite à sa plus simple expression au milieu d'une totale décadence de la pensée du droit pénal.

Le positivisme pénal et la dangerosité furent la négation la plus radicale de l'*humanitas*, avec un retour ouvert aux structures inquisitoriales à la mesure de l'obsession pour l'ordre de l'organisation policière de la société. Les classes subalternes, les grévistes, les colonisés, les dissidents, les citadins indésirables et les masses populaires composaient l'ensemble des ennemis marqués par la dégénérescence³⁵ comme expression de l'infériorité biologique.

Les grossièretés du baron Garofalo³⁶ et les expressions, substantiellement comparables –bien que plus fines et plus élaborées, comme il convenait à un juriste sérieux– de Franz von Liszt³⁷ ouvrirent la voie vers l'élimination de tous les indésirables au pouvoir et à la hiérarchisation croissante de la nouvelle société urbaine de l'industrialisation. L'infraction perdit en importance sur le plan de l'atteinte pour ne la conserver seulement qu'en tant que symptôme requérant un plus ou moins grand degré de neutralisation de l'auteur.

La personne disparut, laissant l'être humain réduit à une entité parmi d'autres, se distinguant uniquement par sa plus grande complexité, c'est-à-dire une chose qui à l'occasion pouvait être dangereuse et, face à un signe en ce sens, devait être réparée ou détruite. La voie vers le génocide se trouvait dégagée comme à chaque fois que l'*humanitas* disparaît ou est sous-estimée.

Pour les positivistes purs la peine n'était rien de plus que la neutralisation des entités dangereuses. Pour ceux qui suivirent les chemins tortueux d'une mise en compatibilité impossible et mêlèrent des anthropologies incompatibles, soit l'éthique traditionnelle de

34 Cf. Giulio Andrea Belloni, *Cattaneo tra Romagnosi e Lombroso*, Turin, 1931.

35 Daniel Pick, *Volts della degenerazione, Una sindrome europea 1848-1918*, Milan, 1999.

36 R. Garofalo, *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*, Turin, 1891.

37 Franz von Liszt, *La idea de fin en el derecho penal*, Valparaíso, 1994.

Aristote, Thomas d'Aquin, Kant, Hegel, etc. avec le biologisme de Spencer, les peines proportionnées à l'infraction se complétaient de peines neutralisantes, celles qu'au moyen du dit mensonge des étiquettes³⁸ on nomma mesures de sûreté et auxquelles on prétendait conférer une nature administrative. C'est ce qui advint avec une certaine prudence dans la législation suisse patiemment élaborée par un disciple de Liszt, Karl Stoops, et avec moins de précaution dans le code fasciste de Rocco de 1930.

La prudence se perd lorsque manque l'*humanitas* et spécialement dans les moments de crise économique ou guerrière. Pourquoi conserver ces choses dangereuses qui coûtent de l'argent? Pourquoi les réparer alors qu'il est plus facile de les changer comme de l'électroménager? Lorsque l'on a besoin d'argent pour les écoles, les hôpitaux et les routes, pourquoi le destiner aux indésirables et aux nuisibles? Si une jeunesse saine se tue en guerre pour la patrie, pourquoi payer pour garder de tels parasites?

Lorsque manque l'*humanitas*, les humains deviennent interchangeables et, partant, leur élimination ou conservation est une question de coût/bénéfice pour le pouvoir. Il n'est pas surprenant alors que le programme final et cohérent du positivisme, jusque dans ses ultimes conséquences, parvint à cette extrémité que fut le *Konzentrationslager* nazi ou le goulag stalinien.

Un biologiste profondément raciste comme Franz Exner³⁹ et un pénaliste pour qui l'*humanitas* ne comptait pas, bien qu'il ait développé à un point des plus élevés la technique des praticiens, à savoir un néopraticien du XX^{ème} siècle, Edmund Mezger, projetèrent dans le déclin du nazisme, une législation pour l'élimination en camps de concentration des étrangers à la communauté (*Gemeinschaftsfremde*)⁴⁰.

Comme Mezger, dans ses élaborations néo-pratiques conservait quelques lambeaux de référence à l'entité de l'infraction, un positiviste italien, professeur à Milan, Filippo Grispigni polémique avec lui, lui signifiant qu'il était un piètre nazi, puisque les innovations les plus importantes depuis des siècles étaient la théorie

38 Ed. Kohlrausch, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in ZStW, 1924.

39 Franz Exner, *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*, Barcelone, 1957. Voir spécialement le chapitre sur la délinquance des afro-américains aux états-Unis.

40 Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal del Nacionalsocialismo*, Valence, 2003.

de la race et la stérilisation du nazisme⁴¹. De cette manière, le positivisme de la dangerosité, par la bouche de l'un de ses ultimes et plus grands représentants, confessait que le génocide nazi était son aboutissement logique et qu'il l'appuyait avec un enthousiasme singulier. *L'humanitas* avait totalement disparu.

L'Union soviétique connût une expérience semblable. Nikolai Krylenko porta le positivisme au comble de sa cohérence en proposant un code pénal sans partie spéciale, étant donnée la faible importance de l'infraction, c'est-à-dire en laissant aux mains des juges l'individualisation des signes de dangerosité. Krylenko fut éliminé comme trotskyste au cours des purges des années trente, victime de sa propre thèse⁴², et le positivisme allié à la défense de l'état fut l'objectif central de la théorisation pénale que rationalisait le goulag.

L'humanitas renaquit après la Seconde Guerre Mondiale. La catastrophe convainquit la science pénale de repenser son savoir. Le vieux culte de la lettre de la loi avait fonctionné dans une Europe cherchant à consolider ses états nations, à verticaliser ses sociétés toujours prêtes à se faire la guerre. Karl Binding, avec son obsession pour les normes déduites du droit positif, était le théoricien de l'ère de la consolidation de l'unité allemande avec le prince Bismarck. Le positivisme de Liszt répondait à l'ordonnancement planifié de la seconde étape de l'empire. Le positivisme légal avait été le refuge de la science pénale durant la dictature italienne. La fuite vers un normativisme de style néokantien avait servi à perfectionner le système et à lui permettre de survoler la dictature allemande et ses aberrations sans se troubler le moins du monde. Jusqu'à la Seconde Guerre, il était permis de dire en toute tranquillité qu'une loi ordonnant de tuer tous les enfants aux yeux bleus était bien du droit, mais lorsqu'il ne s'agit plus seulement de spéculations théoriques et que de telles lois accédèrent à l'existence, il devint impossible de continuer à le soutenir impassiblement. Le racisme, l'Holocauste, la stérilisation massive, la mort massive de malades, tout cela était devenu réalité et non pure spéculation.

41 Filippo Grispigni – Edmondo Mezger, *La riforma penale nazionalsocialista*, Milan, Dott. A. Giuffrè, 1942.

42 Cf. Simon Sebag Montefiore, Stálin, *A corte do Czar vermelho*, Sao Paulo, 2006, p. 271.

Dans les pays qui avaient souffert des totalitarismes de l'entre-deux guerres, la science pénale opéra un virage important, dont les auteurs les plus significatifs, à mon sens, furent Hans Welzel en Allemagne et Giuseppe Bettiol en Italie. Ce sont les pénalistes de la renaissance de l'*humanitas* au moment de la construction de leurs Républiques respectives, de la restauration de leurs démocraties. Ils furent les pénalistes du temps de Konrad Adenauer et Alcide De Gasperi.

Il était difficile pour les penseurs de Lumières et les rationalistes de rejeter une loi pénale positive aberrante, dans la mesure où au commencement du XIX^{ème} siècle, Anselm von Feuerbach affirmait catégoriquement que la philosophie était la source du droit pénal et, durant sa seconde moitié, Carrara déduisait son système de la raison ce qui revenait plus ou moins au même. Quoi qu'il en soit, ces positions étaient critiquées et discréditées, taxées de jusnaturalistes par les positivistes de leur époque et par ceux qui suivirent. Dans l'agonie de la Seconde Guerre Mondiale, Giuseppe Bettiol reprît la position de Feuerbach⁴³, Gustav Radbruch développait ses angoisses face à l'omnipotence législative⁴⁴ et Hans Welzel cherchait les limites du législateur avec sa théorie des structures logico-réelles (*sachlogischen Strukturen*). Le débat entre jusnaturalisme et positivisme redoubla, avec un avantage pour le premier, mis en lumière par les premières décisions du tribunal constitutionnel allemand. À quoi devait-on cette tendance?

Si nous nous replaçons dans le contexte de l'époque, c'est-à-dire au milieu du siècle passé, on s'aperçoit alors que c'était le début de la guerre froide, que les Droits de l'homme composaient la matière d'une Déclaration dépourvue de valeur juridique supérieure, que les Constitutions de la République fédérale d'Allemagne (1949) et de la République italienne (1947) étaient des documents récents au futur incertain, à en juger par ce qui advint de la *Weimarer Grundgesetz* et

43 Giuseppe Bettiol, *Scritti giuridici*, Padoue, 1966, II, p. 623.

44 Gustav Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie* (1945); *Gerechtigkeit und Gnade* (1949); *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, en appendice à son *Rechtsphilosophie herausgegeben von Erik Wolf*, Stuttgart, 1970; sur ce thème, de nombreux travaux parmi ceux publiés in *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch, herausgegeben von Arthur Kaufmann*, Göttingen, 1968; Zong uk Tjong, *Über die Wendung zum Naturrecht bei Gustav Radbruch*, in *ARSP*, 1970, LVI/2; Giuliano Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milan, 2001.

du fragile Statut Albertin, sans oublier la destinée des constitutions autrichienne, tchécoslovaque et espagnole. La Convention de Rome (1950) ne garantissait pas non plus un système régional de protection des droits de l'homme. Il était urgent que la science pénale elle-même s'érige en réassurance de *l'humanitas*, face à la faiblesse du droit positif, insuffisant et de validité toujours risquée. La science pénale sentit la nécessité de fournir les éléments permettant d'écarter les éventuelles lois aberrantes.

C'est cette direction qu'empruntèrent Welzel et Bettioli. Ils furent deux auteurs dont la pensée était plutôt conservatrice mais au sein de laquelle *l'humanitas* recouvrit tout l'éclat qu'elle avait perdu, sous-estimée par le positivisme pénal et le néokantisme indifférent au monde.

Welzel théorisa ses structures logico-réelles ou logico-objectives comme un retour au réalisme, renversant les propositions néo-kantiennes. Conformément à cette thèse⁴⁵, le droit se relie aux structures de la réalité, les concepts juridiques qui invoquent la réalité ne peuvent l'altérer, donnant lieu ainsi à ce qui fût considéré comme un jusnaturalisme en négatif⁴⁶: il ne prétend pas affirmer comment doit être le droit, mais énonce que certaines choses ne sont pas du droit. Mais surtout, Welzel considérait qu'existait une structure logico-éelle fondamentale, dont la violation et la méconnaissance faisait disparaître le droit, et tenant au rattachement de ce dernier avec la personne, avec la considération de l'être humain comme entité dotée de conscience morale. C'était ainsi sans aucun doute *l'humanistas* qui revenait de plein droit et par la voie du réalisme juridique.

Welzel n'a pas développé jusque dans ses ultimes conséquences sa thèse réaliste révolution-naire, car il n'est pas allé jusqu'à la porter sur le terrain de la théorie de la peine. Dans son oeuvre, on observe une coupure théorique nette entre les théories de l'infraction et de la peine⁴⁷. La légitimation des mesures de sûreté est contradictoire avec son point de départ. Toutefois, il ne fait aucun doute qu'il révolutionna la théorie de l'infraction.

45 Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1962; *Naturrecht und Rechtspositivismus*, in "Fest. für Niedermeyer", Göttingen, 1953; *Das Recht als Gemeinschaftsordnung*, in "Fest. für Henkel", Berlin, 1974.

46 Julius Moor, cité par Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, Munich, 1971, p. 240.

47 Nous le signalons dans *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, 1989.

Giuseppe Bettiol suivit un chemin partiellement différent, puisqu'il concentra son attention sur les peines. À un certain point, il affirma qu'il reprendrait son oeuvre conformément au système de Welzel au sein de la théorie de l'infraction⁴⁸, mais il ne le fit pas. Il était bien plus préoccupé par les mesures de sûreté, représentant sans aucun doute une survivance du positivisme. Ainsi, comme il avait en pleine période fasciste critiqué la stérilisation de la manière la plus sévère que tolérait le régime⁴⁹, il soutint que la philosophie était la source du droit pénal⁵⁰, il fût l'ennemi de la peine de mort⁵¹, il lutta pour le retour à un droit pénal de la culpabilité⁵², il combattit sans quartier les mesures de sûreté⁵³ et proposa le retour au Code Zanardelli et l'abrogation du Code Rocco⁵⁴. Il fût, incontestablement, le plus fin des pénalistes italiens du XXème siècle⁵⁵.

Catholique et militant de la démocratie chrétienne, député constituant de 1947 et ministre de De Gasperi, on dit de lui qu'il fût l'inspirateur de l'allocution de Pie XII aux participants du Congrès International de droit pénal de 1953, où celui-ci soutint fermement un droit pénal fondé sur la culpabilité⁵⁶. Lorsqu'au cours de son ultime visite à Buenos Aires en 1980, il réfléchissait à un droit pénal chrétien, il affirma que celui-ci correspondait en définitive au droit pénal libéral et il rappela que le Vatican, *état certainement confessionnel, est régi par un code pénal laïc libéral, oeuvre de Zanardelli, grand maître de la maçonnerie*⁵⁷.

48 C'est ainsi qu'il l'exprimait dans la préface à la seconde édition de son *Diritto Penale*.

49 V. *Sterilizzazione e diritto penale in Germania*, in "Rivista Italiana di Diritto Penale", 1934, reproduit in *Scritti Giuridici*, I, p. 102.

50 V. en espagnol, *El problema penal*, trad. de José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, 1995, pp. 25 et s.

51 Cf. *Scritti Giuridici*, II, p. 761.

52 Cf. *Scritti Giuridici*, II, pp. 535, 687, 739.

53 Cf. *Scritti Giuridici*, II, pp. 937 et 974.

54 Cf. sa position critique face au Code Rocco, in *Scritti Giuridici*, II, p. 1013.

55 Sur Bettiol, Gaetano Marini, *Giuseppe Bettiol, Diritto Penale come filosofia*, Napoli, 1985.

56 Message de S.S. Pie XII au VI^o Congrès International de Droit Pénal, in "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", T. VIII, 1953, pp. 579-594; voir aussi, Julián Pereda, *La culpa y la pena según SS. Pio XII*, in "Estudios Deusto", janvier-juin 1955, pp. 159 et s.

57 G. Bettiol, *Gli ultimi scritti 1980-1982 e la lezione di congedo 6.V.1982*, en l'honneur et avec la préface de Luciano Pettoello Mantovani, Padova, 1984, p. 8.

Ces deux lumières du XX^{ème} siècle ont marqué une époque de la science pénale, celle de la renaissance de la démocratie européenne, dont la clarté s'étend jusqu'à présent. Les années ont passé, les démocraties se sont installées, les Constitutions se sont consolidées, mais, surtout, le droit international des droits de l'homme s'est développé. Depuis la Conférence de Téhéran, la Déclaration Universelle fait partie de la Charte de l'ONU, et les pactes internationaux sur les droit civils et politiques et les droit économiques, sociaux et culturels ont donné un statut légal au système universel de droits de l'homme, les Conventions de Rome et San José du Costa Rica sont entrées effectivement en vigueur tandis que se sont développés avec efficacité les systèmes régionaux européen et américain de droits de l'homme. *L'humanitas*, autrement dit, le droit naturel de *Feuerbach* et de Carrara, ainsi que celui de Bettiol et de Welzel, se sont transformés en droit positif international.

Dans notre pays, une chose curieuse s'est produite: pendant que l'Europe continentale n'admettait pas que les tribunaux puissent écarter l'application de lois aberrantes, en tant qu'états légaux –et non constitutionnels– de droit, nous autres, suivant le modèle nord-américain depuis 1853, à tout le moins formellement, étions un état de droit constitutionnel, avec un contrôle diffus de constitutionnalité consacré dans notre loi fondamentale. Mais ce qui est curieux c'est que nous suivions la doctrine pénale des états européens qui ne connaissaient pas ce contrôle et bien que notre doctrine pénale se convertît très tôt au mépris positiviste de *l'humanitas*, par chance, ce fût davantage déclamatoire que de portée pratique⁵⁸, au point qu'en 1921 nous approuvions un code pénal –aujourd'hui lamentablement désarticulé par l'irresponsabilité législative– qui n'est pas positiviste, et que nous n'avons jamais approuvé des lois sur l'état dangereux sans infraction en dépit de nombreux projets, tandis qu'en 1933, nous rejetions une réforme d'inclination positiviste clairement autoritaire, qui n'obtint le soutien que de la moitié du Sénat⁵⁹. En dépit de notre incohérence, *l'humanitas* n'a jamais totalement disparu de notre droit pénal, et lorsqu'avec la dictature la plus sanguinaire de notre histoire, elle disparut de la réalité, par chance pour la dignité et le

58 En cours d'impression: Giuditta Crezzo, *El positivismo italiano en la Argentina*, où se vérifie l'engagement plus formel que de fond des auteurs argentins.

59 José Peco, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936.

prestige de la science pénale argentine il n'y eut aucun pénaliste pour s'aventurer à en tenter la rationalisation.

Ce qui est sûr c'est que la dialectique entre *humanitas* et son antonyme perdure, ainsi que l'impose la dynamique de l'histoire. L'implosion des pays du socialisme réel en Europe, l'adaptation de la Chine, les excédants de capitaux à l'origine de nouvelles guerres, ont engendré de nouveaux *hostis* dans un panorama mondial menaçant pour les droits de l'homme. Les lois qui méconnaissent l'*humanitas* se répandent à travers le monde, dans l'espace national, impulsées par des vagues de populisme pénal, vindicatif et démagogique, dans l'espace international, par l'administration républicaine de la puissance hégémonique mondiale qui abandonne avec rapidité les meilleures traditions démocratiques des États-Unis⁶⁰. Face aux lois aberrantes, s'élèvent d'importantes réactions judiciaires qui invoquent l'*humanitas*⁶¹.

Au milieu de tout cela, le droit pénal voit resurgir des néopratiques, uniquement soucieux de perfectionner le système. S'il est vrai qu'aucun ne théorise la sous-estimation de l'*humanitas*, certains proposent néanmoins d'aménager un espace pour son antonyme pour contenir son irrésistible essor⁶².

La dialectique se poursuit sous des habits différents, au travers de corporations et agences distinctes des précédentes qui luttent entre elles pour l'hégémonie du pouvoir punitif. Certes, l'inquisition romaine n'est plus, pas plus que la police urbaine des temps positivistes, la globalisation imposant de nouvelles règles, mais les atours clinquants et innovants cachent les mêmes corps, les mêmes figures, la même contradiction, et obligent seulement à aiguïser l'ingéniosité et l'attention pour les percevoir et ne pas s'y laisser prendre. *Humanitas* et *hostis*, droit pénal libéral et droit pénal autoritaire continuent de se concurrencer, le long d'une course

60 Cf. John W. Dean, *Conservatives without conscience*, New York, 2006.

61 *Opinion of the Lords of Appeal on thursday 16 December 2004*, "The United Kingdom Parliament", Publications on the Internet; George P. Fletcher, *¿Ciudadanos o personas? Análisis de las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos Hamdi, Padilla y los prisioneros de Guantánamo*, in "Revista Penal La Ley", n° 16, Madrid, juillet 2005.

62 Günther Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in HRRS, mars 2004, trad. espagnole in Günther Jakobs/Manuel Cancio Meliá, *Derecho Penal del enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.

dramatique, car l'histoire, pas si lointaine, nous enseigne que la radicalisation débouche sur l'option entre *humanitas* et génocide.

Trente ans depuis la disparition de Welzel, vingt ans depuis celle de Bettiol, il est de notre devoir de regarder en arrière vers ceux qui depuis le siècle passé peuvent éclairer notre route pendant les difficiles commencements du XXIème siècle. D'autres noms du siècle passé, jettent également un peu de lumière, comme le mémorable Alessandro Baratta⁶³. Il en est bien d'autres qui de nos jours partagent nos craintes; je me contenterai de n'en citer qu'un: Luigi Ferrajoli⁶⁴, comme illustration claire de la présence de l'*humanitas* aujourd'hui. Notre savoir, en dépit du contexte négatif qui lui impose de vivre parmi ces *corsi e ricorsi*, défend sa dignité, sans aucun doute.

J'achève cette leçon en présentant mes excuses pour cette synthèse qui oblige à omettre des nuances, pour cet exercice qui contraint à simplifier, qui dans une certaine mesure déforme, mais sans préjudice des analyses particulières et par conséquent plus précises, de temps à autre, il est nécessaire d'avoir une vue d'ensemble, pour savoir où se trouve chaque territoire sur la carte générale. Dans peu d'années / en peu d'années –mais je ne sais après combien de désastres– nous devons reconstruire la démocratie dans le monde, car *tout change*, Héraclite s'impose, voilà pourquoi j'ai voulu aujourd'hui tout particulièrement revendiquer la pensée pénale de la reconstruction démocratique, les structures logico-réelles de Welzel et le souci de la culpabilité de Bettiol, l'*humanitas* dans la renaissance des démocraties européennes.

Ce sera la tâche des étudiants d'aujourd'hui que de reconstruire le droit pénal dont nous essayons d'éviter la destruction, et c'est la raison pour laquelle ils doivent savoir vers qui se tourner pour y puiser leur inspiration.

J'adresse tout particulièrement ces derniers mots aux étudiants: s'il devait y avoir le moindre doute concernant la prise de position du savoir pénal pour l'*humanitas*, il suffirait pour l'écarter d'observer

63 Alessandro Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, 1982, trad, espagnole de Alvaro Bunster, México, 1986; *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*, Montevideo–Buenos Aires, 2004; *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milan, 1963; pour un panorama complet de son oeuvre et de ses travaux voir: Universität des Saarlandes, Universitätsreden 55, *Gedenkfeier für Universitätsprofessor Dr. jur. Dr. H. C. mult Alessandro Baratta, 2. Juli 2003*.

64 Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1989.

qu'aucun institut, aucune faculté, université, centre ou structure académique ne porte le nom de Torquemada, de Rosenberg, des nazis de la *Kielerschule* ou du Procureur Vichinski. *Notre science est toujours du côté de l'humanitas et elle ne pardonne pas ceux qui la trahis.*

L'AFRIQUE DANS LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ DES CRIMES INTERNATIONAUX

Jérôme Francis Wandji K.

Docteur en Droit Public de l'Université d'Auvergne (Clermont-Ferrand); Membre du GREDA
(Groupe de recherches sur l'état de droit en Afrique), Université de Douala.

S'il y a une constance en Afrique à retenir depuis la période de décolonisation, ce sont les conflits, soit d'indépendance, soit interétatiques, soit internes aux États; toutes choses faisant de ce continent un terreau favorable aux crimes internationaux ou de droit des gens. Ceux-ci sont, en règle générale, des faits contraires à l'ordre humain ou à l'ordre public international bien que commis dans des espaces de souveraineté. La qualification internationale de ces crimes ressortit aussi bien à leur interdiction par des conventions internationales les reconnaissant comme tels¹, qu'à leur exceptionnelle gravité parce qu'ils sont la violation des droits individuels intangibles (droit à la vie, à la dignité et à la justice), ceux dont l'universalité est indiscutable car relevant de "considérations élémentaires d'humanité"² qui obligent les États à les respecter et à les faire respecter intégralement à l'égard de tous et ce, en toutes circonstances en conséquence de la responsabilité de protéger³ qui leur incombe. L'exceptionnelle gravité attachée au crime international est

1 La Convention sur la prévention et la répression du génocide du 9 décembre 1948, les quatre Conventions de Genève du 12 août 1949, la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984.

2 CIJ, Affaire du détroit de Corfou (fond), 9 avril 1949, Recueil, 1949, p. 22; CIJ, Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, 27 juin 1986, Recueil, 1986, § 117-122 et 219-220.

3 La notion de responsabilité de protéger rappelle le principe "respecter et faire respecter" à ceci près que "la première notion a des contours plus larges que le principe évoqué, étant donné qu'elle ne présuppose pas l'existence d'un conflit international ou interne"; L. Boisson de Chazournes, L. Condorelli, "De la responsabilité de protéger, ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie", Revue générale de droit international public, 2006, p. 16.

telle qu'elle transcende la victime "puisque, en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité. C'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque la spécificité"⁴ de ce crime. Raison pour laquelle il heurte profondément "la conscience humaine"⁵ et de ce fait affecte "l'ensemble de la communauté internationale".⁶

Aussi depuis le début des années 1990, à la faveur de la fin de la Guerre froide qui favorisait un environnement moins regardant en matière de respect des droits de l'homme⁷, les crimes internationaux font-ils l'objet d'une attention redoublée de la communauté internationale parce qu'ils entrent "en contradiction avec l'esprit et les fins des Nations Unies"⁸, en ce qu'ils font "peser une menace sur la paix et la sécurité"⁹ de l'humanité au fondement de l'ordre juridique international. L'impunité de tels crimes serait de ce fait "un mal pire que le crime lui-même"¹⁰ ce qui explique qu'ils ne connaissent plus ni amnistie¹¹, ni prescription¹².

4 TPIY, jugement Erdemovic, 1996; cité par M. Delmas-Marty, "Introduction", in M. Delmas-Marty, I. Fouchard, E. Fronza, L. Neyret, *Le crime contre l'humanité*, Paris, PUF (Que sais-je?), 2009, p. 4.

5 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 17 juillet 1998, préambule, al. 2.

6 Ibid., al. 4.

7 Voir E. Decaux, "Les Nations unies et les Droits de l'homme: 60 ans après...", *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 7, 2009, p. 36.

8 Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, préambule, § 1.

9 Résolution 955 du Conseil de sécurité des Nations unies portant création d'un Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR), préambule, al. 5; voir aussi Résolution 827 du Conseil de sécurité des Nations unies du 25 mai 1993 portant création d'un Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (TPIY), préambule, al. 4.

10 G. P. Fletcher, "Against Universal Jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, n° 3, 2003, pp. 580-584; cité par I. Blanco Cordero, "Compétence universelle. Rapport général", *Revue internationale de droit pénal*, vol. 79, 2008, p. 13.

11 Tout en reconnaissant que l'amnistie est une notion juridique acceptée qui représente un geste de paix et de réconciliation à la fin d'une guerre civile ou d'un conflit armé, l'ONU, par la voix de son secrétaire général, affirme qu'elle ne peut être accordée à l'égard des crimes internationaux. Voir le Rapport du secrétaire général sur la mise en place d'une Cour spéciale pour la Sierra Leone, 4 octobre 2000, S/2000/915; cité par I. Blanco Cordero, "Compétence universelle...", p. 47.

12 Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, 26 novembre 1968; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 29.

Les crimes de droit des gens sont variés et ont été suffisamment énumérés, depuis la création du Tribunal militaire international *ad hoc* de Nuremberg (8 août 1945) jusqu'au Statut de Rome (17 juillet 1998) instituant la Cour pénale internationale (CPI), à un point tel que la liste puisse sembler exhaustive et que l'opinion publique semble aujourd'hui familiarisée avec les notions qui globalement les expriment, à savoir le crime de guerre, le crime de génocide et le crime contre l'humanité. Mais leur codification n'étant pas définitivement faite,

[...] si ce n'est, de façon très sommaire, dans le statut du Tribunal de Nuremberg ainsi que, de façon plus développée, dans les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et le Rwanda (TPIR) et dans celui de la Cour pénale internationale (CPI)¹³, le souci didactique oblige, à partir de ces éléments épars, de proposer des définitions doctrinales de ces notions en direction de cette partie de l'opinion moins bien informée qui n'a du crime international qu'une perception approximative, journalistique ou caricaturale. À s'en tenir aux statuts précités et à la jurisprudence pénale internationale récente, les notions de crime contre l'humanité, de crime de génocide et de crime de guerre ne sont en effet pas interchangeables.

En effet, contrairement aux crimes de guerre et de génocide, le crime contre l'humanité possède une qualification évolutive, susceptible de recouvrir "tout comportement inhumain de nature grave qui s'inscrirait dans le contexte spécifique"¹⁴ d'une violation flagrante des droits d'un individu ou

[...] d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse¹⁵.

La raison d'une telle approche évolutive de la notion est tirée de l'impossibilité à figer les excès humains qui sont susceptibles de varier avec le temps. C'est pourquoi,

13 M. Henzelin, "La compétence pénale universelle. Une question non résolue par l'arrêt Yerodia", *Revue générale de droit international public*, 2002, p. 824.

14 I. Fouchard, "La formation du crime contre l'humanité en droit international", in M. Delmas-Marty et al., *Le crime contre l'humanité*, p. 10.

15 Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 3.

[...] l'article 22 paragraphe 3 du Statut de Rome (*nullum crimen sine lege*) n'empêche pas qu'un comportement non prévu par le Statut puisse être qualifié de crime au regard du droit international¹⁶.

Au-delà de cette épithète, nous sommes d'avis avec Jean-Philippe Feldman qu'en règle générale, un crime contre l'humanité peut se définir comme

[...] la violation délibérée et ignominieuse des droits fondamentaux d'un individu ou d'un groupe d'individus inspirée par des motifs politiques, philosophiques, raciaux ou religieux¹⁷.

Une telle définition suggère que le crime contre l'humanité est à la fois un crime international de droit humanitaire et de droit de l'homme: il se commet en temps de guerre comme en temps de paix. Mais cette définition donne à voir aussi que le crime contre l'humanité est susceptible de violer les deux aspects de la condition humaine: il peut être une atteinte individuelle, lorsqu'un individu isolé voit ses droits intangibles bafoués par exemple par le meurtre, l'assassinat, l'emprisonnement arbitraire, la torture, la réduction en esclavage notamment sexuel, la déportation, etc. Il peut être aussi une atteinte collective lorsqu'un groupe de personnes identifiées à partir d'éléments précis d'appartenance est, dans le cadre d'une politique délibérée, victime de traitements inhumains, de persécutions ou d'atteintes à leur intégrité physique pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou culturels: extermination, déportation, apartheid, stérilisation forcée, réduction en esclavage, etc.¹⁸.

Il suit de là que le concept de crime contre l'humanité englobe ceux de crime de guerre et de crime de génocide tout en étant bien plus large. L'existence de ces deux derniers à part, à côté de la notion de crime contre l'humanité, relève plus de la volonté de mettre un accent particulier sur les circonstances de la perpétration du crime de guerre d'une part et d'autre part sur l'horreur, la cruauté ou la

16 M. Henzelin, "La compétence pénale universelle...", p. 833.

17 J.-P. Feldman, "Le crime contre l'humanité", in Dictionnaire de la culture juridique, D. Alland, S. Rials (dir.), Paris, PUF, 2003, p. 331.

18 Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 5; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 3; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 7.

barbarie du crime de génocide¹⁹. Autrement dit, le crime de guerre est ce type de crime contre l'humanité qui a la particularité de se commettre en des circonstances exceptionnelles, celles d'un conflit armé; c'est un crime de droit humanitaire en ce qu'il est violation grave du droit de la guerre et du droit d'assistance, c'est-à-dire des règles visant à faire conserver au conflit armé un caractère humain, règles codifiées dans les Conventions de droit humanitaire de Genève du 12 août 1949²⁰. Quant au crime de génocide, c'est un autre type particulier de crime contre l'humanité d'une exceptionnelle atrocité, d'une cruauté démesurée "impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers"²¹ en ce qu'il est collectif ou de masse commis aussi bien en temps de paix que de guerre dans l'intention de détruire tout ou partie d'un groupe de personnes pour des motifs d'appartenance nationale, ethnique, raciale ou religieuse²².

La communauté internationale, à qui il incombe au principal "la responsabilité de protéger"²³ tous les êtres humains contre ces abominations en conséquence de son rôle de maintien de la paix et de la sécurité internationales (conformément au chapitre I, art. 1^{er} et 24 de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945), a mis sur pied un mécanisme de lutte contre l'impunité des auteurs des crimes internationaux. Il consiste, d'une part, en l'adoption de conventions les prévenant ou les interdisant et, d'autre part, en la création de

19 Voir TPIY, Le Procureur c. Dusko Tadic, IT-94-1, jugement, 7 mai 1997, § 622: "D'autres codifications du droit international ont également confirmé le caractère de droit coutumier de l'interdiction des crimes contre l'humanité ainsi que de ses deux manifestations les plus infâmes: génocide et apartheid".

20 Les tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo en sont une illustration dont la seule tâche était de traduire en justice les principaux criminels de guerre en application du droit international humanitaire, le droit des conflits armés élargi aujourd'hui au droit des catastrophes naturelles d'ampleur exceptionnelle. Voir aussi R. Badinter, "De Nuremberg à La Haye", Revue internationale de droit pénal, vol. 75, 2004, pp. 699-707.

21 CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951, p. 23.

22 Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, art. 1 et 2; Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 6; Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, art. 2; Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, art. 4.

23 "Nouvelle norme prescrivant une obligation collective internationale de protection"; voir le rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États (CIJSE), "La responsabilité de protéger", décembre 2001.

tribunaux internationaux aussi bien *ad hoc*²⁴ que permanents²⁵ pour sanctionner les auteurs de ces violations.

La question qui vient dès lors à l'esprit est celle de savoir si l'Afrique contribue à ce mécanisme de lutte et de quelle manière? En d'autres termes, concourt-elle à prévenir et à réprimer les crimes internationaux? Une réponse invite à dire ici que la réussite de la lutte contre l'impunité de tels crimes dépend notamment de deux attitudes, celle des États pris séparément et celle des structures interétatiques, c'est-à-dire d'une part l'engagement des États africains²⁶ et d'autre part la coopération de l'Union africaine (UA)²⁷. Cependant, l'observation des uns et de l'autre donne à constater que l'engagement étatique est partiel (I) et côtoie une contribution mitigée de l'organisation panafricaine (II).

I. L'ENGAGEMENT PARTIEL DES ÉTATS AFRICAINS DANS LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ DES CRIMES INTERNATIONAUX

L'implication de l'État dans la lutte contre les crimes internationaux relève de ses obligations en tant qu'agent de la communauté internationale, responsable de la paix et de la sécurité dans le cadre ses prérogatives régaliennes territoriales en conséquence de la souveraineté étatique. Autrement dit, la prévention et la répression des atteintes aux droits individuels intangibles sont avant

24 Le Conseil de sécurité qui a la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales (art. 24), a, sur la base de l'article 29 de la Charte, créé le TPIY (résolution 827), le TPIR (résolution 955) et le Tribunal spécial pour la Sierra Léone (TSSL; résolution 1315).

25 Création par suite d'une conférence diplomatique des plénipotentiaires de l'ONU (120 États) en conséquence des travaux de la CDI à la demande de l'Assemblée générale de l'ONU en 1990 de préparer un texte établissant une cour criminelle internationale. Voir R. Badinter, "De Nuremberg à La Haye", p. 702.

26 Voir H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], trad. de P. Pradié-Fodéré [1867], Paris, PUF, 1999, livre II, chap. XXI, § III, 1 et 2: "Des délits [existent] qui intéressent de quelque façon la société humaine, délits que les autres États, ou leurs chefs, ont droit de poursuivre, de la même manière que dans chaque État. Il est donné une action populaire à raison de certains délits".

27 Voir P.-M. Dupuy, "L'obligation en droit international", *Archives de philosophie du droit*, t. 44, 2000, *L'obligation*, p. 227: "L'intérêt à l'action en responsabilité se généralise et, devenu objectif, doit logiquement être soit exercé par un organe centralisant la défense des intérêts de la communauté internationale, soit pouvoir être mis en œuvre par chacun des membres, au titre d'une véritable *actio popularis* internationale".

tout de la responsabilité juridique de l'État²⁸ qui doit agir pour qu'il ne soit pas nécessaire à la communauté internationale de devoir réagir. Dans ce sens, le respect de la souveraineté de l'État se fait à deux conditions: d'une part, s'il y a ratification ou adhésion (le cas échéant succession) aux conventions contre les crimes internationaux; d'autre part, si ce consentement à être lié est suivi d'une incorporation des dispositions de ces conventions dans la législation ou le droit national, de telle sorte qu'il soit possible de sanctionner les auteurs de violation des droits individuels intangibles. Cependant, les politiques pénales des États africains laissent entrevoir une volonté d'exclusion ou de limitation des effets juridiques de ces conventions, d'une part par défaut de ratification ou d'adhésion des uns, par le fait d'une ratification tardive des autres doublée d'un refus de donner effet à certaines dispositions non moins importantes (A). D'autre part, quand bien même ratification ou adhésion il y a eu, on est confronté sur le terrain africain à une volonté politique de différer l'application ou les effets de ces conventions sur le plan interne (B).

a. La volonté de limitation des effets des conventions contre les crimes internationaux par défaut de ratification ou d'adhésion des uns, par le consentement tardif des autres à être lié et/ ou par défaut de déclaration d'acceptation de la clause de compétence d'organismes de protection desdites conventions

En dehors du Traité de Rome sur la CPI à l'existence relativement récente (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2002), les conventions interdisant les atteintes les plus graves au principe d'humanité datent pour les unes de l'immédiat après-Deuxième Guerre mondiale, dont les atrocités en ont été le soubassement, et pour les autres des années 1970-1980 au plus fort du régime de l'apartheid en Afrique du Sud institué en 1948: ce sont la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948; les Conventions de Genève du 12 août 1949 réglementant les conflits armés ainsi que les méthodes de guerre et établissant la responsabilité des belligérants afin de limiter les effets des hostilités; la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre

28 Voir L. Boisson de Chazournes, L. Condorelli, "De la responsabilité de protéger...", p. 13.

l'humanité du 26 novembre 1968²⁹. Peuvent également être citées la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973 et la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984. Ceci énuméré, un constat s'impose à l'esprit. Malgré le caractère de droit coutumier de certaines de ces conventions (celles de 1948, 1949 et 1984, qui s'imposent même aux États qui ne les ont pas ratifiées), leur effet juridique est limité par au moins trois attitudes des États africains: le défaut de ratification ou d'adhésion d'un certain nombre, nombre plus ou moins important suivant la convention; le caractère tardif d'un nombre de ratifications ou d'adhésions et le défaut d'engagement des États à la prise d'effet de certaines dispositions de ces conventions.

Même si une ratification ou une adhésion n'augure pas de l'efficacité de l'État dans la sanction des auteurs des crimes internationaux déjà commis ou en voie d'être commis, elle a tout au moins une vertu préventive ou pédagogique en ce qu'elle peut décourager la commission de nouveaux crimes. Cette fonction didactique est pourtant inexistante dans un nombre non négligeable d'États du continent africain où le défaut de ratification ou d'adhésion peut être perçu comme un refus du consentement à être lié par la convention si l'on tient compte de sa date assez lointaine d'adoption par rapport à l'indépendance des États africains. Il en est ainsi de la part de 23 pays pour ce qui est de la Convention de 1948³⁰ même si, fort heureusement, 6 États seulement ne sont pas encore parties aux Conventions de 1949 et ses Protocoles additionnels I et II du 8 juin 1977³¹. Mais à ce jour la quasi-totalité des États africains

29 Qui apparaît comme une tentative de lever les obstacles à la coopération ou l'entraide judiciaire internationale (refus d'extrader) qui s'applique à la répression desdits crimes et qui se déroule dans le cadre de traités bilatéraux ou multilatéraux d'extradition. Il n'existe en effet pas en cette matière de convention internationale multilatérale qui lierait tous les États en même temps, le défaut de convention bilatérale ou multilatérale créant des paradis judiciaires dans les pays qui n'ont pas signé ces textes.

30 Angola, Benin, Botswana, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo-Brazzaville, Djibouti, Érythrée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Kenya, Madagascar, Malawi, Maurice, Mauritanie, Niger, Sierra Leone, Somalie, Swaziland, Sao Tomé et Príncipe, Tchad et Zambie. Voir Nations unies, Recueil des traités, vol. 78, p. 277.

31 Érythrée, Maroc (Protocoles I et II), Somalie (Protocoles I et II), Soudan (Protocoles I et II), Angola (Protocole II), République démocratique du Congo (Protocole II).

(44 en tout) n'ont toujours pas manifesté leur intention de voir prendre effet la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité de 1968³². On se serait même attendu à ne voir aucun pays africain en reste en ce qui concerne la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid ne serait-ce que par simple solidarité géopolitique et socioculturelle avec l'Afrique du Sud. Mais force est de constater que dans la réalité l'Afrique s'est toujours montrée divisée contre le régime raciste d'Afrique du Sud, ce qui peut expliquer que jusqu'à ce jour 14 États du continent n'aient toujours pas manifesté leur consentement à être lié par cette Convention qui date pourtant de 1973³³ et, plus curieux encore, l'Afrique du Sud, jadis principale victime, ne l'a toujours pas ratifiée. Le politique lui a préféré la Commission Vérité et Réconciliation³⁴, un expédient politique faisant fi du souci de justice et d'imputabilité des crimes³⁵, très controversée du point de vue de ses mécanismes de transparence ayant au final débouché non pas sur la réparation ou une condamnation des bourreaux, mais souvent sur une simple reconnaissance d'une responsabilité morale et par suite l'expression d'un pardon public au mépris des souffrances des victimes très nombreuses. Quant à la Convention sur la torture de 1984, n'y sont toujours pas parties 10 États africains (au 13 février 2013)³⁶ contre 20 pour le récent statut de la CPI³⁷. Dans tous ces cas de refus à consentir se retrouvent deux États, l'Angola et l'Érythrée: une telle récurrence s'expliquerait par le fait qu'il s'agisse

32 À l'exception du Cameroun (6 octobre 1972), de la Gambie (29 décembre 1978), du Ghana (7 septembre 2000), de la Guinée (7 juin 1971), du Kenya (1^{er} mai 1972), de la Libye (16 mai 1989), du Nigeria (1^{er} décembre 1970), du Rwanda (16 avril 1975), de la Tunisie (15 juin 1972) et du Libéria (16 septembre 2005). Voir Nations unies, Recueil des traités, vol. 754, p. 73.

33 Afrique du Sud, Angola, Botswana, Comores, Côte d'Ivoire, Djibouti, Érythrée, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Malawi, Maroc, Maurice, Sierra Leone, Swaziland.

34 Voir Jeune Afrique, hors-série n° 5, avril 2007, p. 169.

35 F. Djonko, "Affaire le Procureur près la Cour pénale internationale c. Omar El Béchir, Président du Soudan: décryptage des jeux et enjeux d'un mandat d'arrêt international", Miroir du droit, n° 1, avril-juin 2009, p. 75.

36 Angola, Centrafrique, Comores, Érythrée, Gambie, Guinée-Bissau, Sao Tomé et Príncipe, Soudan, Tanzanie et Zimbabwe. Voir Nations unies, Recueil des traités, vol. 1465, p. 85.

37 Algérie, Angola, Cameroun, Centrafrique, Côte d'Ivoire, Égypte, Érythrée, Éthiopie, Guinée-Bissau, Guinée équatoriale, Libye, Maroc, Mauritanie, Mozambique, Rwanda, Sao Tomé, Somalie, Soudan, Togo, Zimbabwe.

de pays dont l'histoire lointaine et / ou récente s'identifie avant tout à la guerre avec son cortège d'horreur et de violations flagrantes des droits humains élémentaires.

Mais en règle générale sur le continent, le défaut de consentement à être lié par une convention contre les crimes internationaux est la preuve, s'il en était besoin, de l'opposition ou du refus des représentants de l'autorité de l'État à établir les responsabilités dans des conflits réels, latents ou éteints. Il est aussi la preuve que les principes démocratiques (de tolérance, de pluralisme, de liberté, etc.) ne sont pas le lieu commun en Afrique malgré les discours officiels et, plus concrètement, que les droits intangibles des individus n'y sont pas toujours respectés partout par le politique. Par le défaut de consentir, celui-ci manifeste ainsi sa crainte à être condamné, à condamner ou à voir condamner un ressortissant de son État. En effet, l'histoire montre que les crimes dont il est question ici impliquent par nature les autorités politiques nationales (directement par leurs ordres) ou leur complicité (par leur consentement, incitation à perpétrer ou silence), et que par ailleurs les gouvernants tardent à juger d'autres gouvernants ou éprouvent beaucoup de difficultés à le faire, à l'exemple du Rwanda après le génocide de 1994 ou de Hissène Habré (président tchadien de 1982 à 1990) au Sénégal. L'exemple du Cameroun est aussi illustratif, tant la guerre civile (1958-1970), les troubles sanglants consécutifs à la période de transition démocratique des années 1990, voire la présence encore au pouvoir des protagonistes de ces périodes fournissent une explication au défaut actuelle d'adhésion à la Convention sur le génocide de 1948 ou l'absence de ratification du Statut de Rome du 17 juillet 1998 sur la CPI pourtant déjà signé.

L'autre procédé pour limiter les effets juridiques ou l'autorité des conventions contre les crimes internationaux, c'est le choix de manifester tardivement son consentement. Pour les États africains, cette lenteur peut s'apprécier par rapport à leur date d'accession à la souveraineté internationale. À partir de ce point, on peut relever sans soulever grande désapprobation ou équivoque que, pour la Convention de 1948, les délais observés par un certain nombre d'États avant d'en être partie ont oscillé entre 20 et 49 ans. Ainsi, la Guinée, indépendante le 2 octobre 1958, n'en est-elle partie que depuis 2000, soit 42 ans plus tard; le Nigeria, quant à lui, a attendu 49 ans (21 juillet 2009) pour en être lié; le Soudan, 47 ans (le 13 septembre 2003); la Côte d'Ivoire, 35 ans (1995); la Libye, 38 ans

(1989); le Burundi, 35 ans (1997); le Togo, 24 ans (1984); la Tanzanie, 23 ans (1984); le Gabon et le Sénégal, 23 ans (1983); le Cap-Vert n'a formulé son adhésion que récemment le 10 octobre 2011, 18 ans après son accession à la souveraineté internationale.

Enfin, la non-déclaration d'acceptation de la clause de compétence de l'organisme prévu pour veiller au respect de la convention participe aussi d'une tentative de se soustraire aux obligations qu'elle impose. En effet, malgré le nombre réduit (6 en tout) d'États n'ayant pas ratifié ou adhéré aux Conventions de 1949, ce qui doit être retenu et qui limiterait leurs effets tout en démontrant l'engagement partiel des États africains ou alors le refus d'un engagement plein et entier, c'est le nombre relativement élevé d'États n'ayant pas encore manifesté leur consentement à voir les Protocoles additionnels (I et II) du 8 juin 1977 prendre effet dans l'ensemble de ses dispositions, qui plus est, essentielles. En réalité, la ratification ou l'adhésion aux conventions contre les crimes internationaux est tout au plus dissuasive ou ne sert pas à grand-chose dans le sens de leur respect si dans le même temps l'État refuse d'accepter sa mise en cause soit par un organisme international chargé d'en contrôler l'application, soit par la prétendue victime, soit par un autre État partie ou de nationalité de la victime.

L'exemple du Protocole I de 1977 additionnel à la Convention de 1949 est assez illustratif. En effet, 43 États africains³⁸ n'ont pas encore manifesté leur volonté à être liés par la clause de compétence de la Commission internationale humanitaire d'établissement des faits prévue à l'article 90 du Protocole alors même qu'il s'agit du seul organe d'enquête permanent prévu par les Conventions de 1949. En d'autres termes, ils ont décidé de ne pas accorder à cet organe la possibilité d'enquêter sur leurs violations graves de droit humanitaire, ce qui est son rôle, pour la raison simple qu'il s'agit, d'une part, d'une clause optionnelle ou facultative, d'autre part et surtout parce qu'il s'agit d'un organe indépendant d'enquête ou de contrôle des États "fondé sur des motifs d'ordre public et de respect de la légalité internationale"³⁹. On comprend dès lors que ce que redoutent lesdits États, c'est ce dernier aspect qui induit l'absence d'un parti pris de la part de la Commission, ce d'autant plus qu'elle possède le pouvoir

38 Excepté l'Algérie, le Burkina-Faso, le Cap-Vert, la Guinée, Madagascar, le Mali, la Namibie, la République démocratique du Congo, le Rwanda, les Seychelles et le Togo.

39 F. Bouchet-Saulnier, *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 2006, p. 96.

de rendre public son rapport d'enquête si elle estime que rien n'est fait pour faire cesser les violations. Au contraire voit-on, quand ces violations sont flagrantes, la préférence des États pour la désignation des organes d'enquête *ad hoc* qui ont malencontreusement une fonction plus diplomatique que judiciaire. L'absence d'acceptation préalable de la compétence de la Commission internationale devient d'autant plus préjudiciable au respect des Conventions de Genève que les organisations non gouvernementales, et encore moins les individus, n'ont pas le droit de saisir cette Commission d'établissement des faits d'infraction au droit humanitaire.

Les effets de la Convention de 1984 sont également limités par des dispositions analogues. L'organe qui surveille son application par les parties, le Comité contre la torture (CCT) prévu par l'article 17 (et composé d'experts indépendants siégeant à titre personnel) voit son rôle limité par les dispositions des articles 21 et 22. En effet, le Comité ne peut être compétent pour recevoir et examiner les communications étatiques (plainte d'un État partie contre un autre qui viole les dispositions de la Convention ou ne respecte pas ses obligations) d'une part (art. 21) et les communications individuelles (plainte d'un individu victime d'une violation contre un État partie) d'autre part (art. 22) que si l'État en cause a fait deux déclarations pré-alables distinctes reconnaissant la compétence de l'organisme pour recevoir de telles requêtes. Outre le nombre non négligeable d'absence de ratification ou d'adhésion des États africains à cette Convention, l'effet du nombre de consentements à être lié manifesté est tempéré par la décision d'un nombre élevé d'États du continent (32 au total)⁴⁰ de ne pas accepter les enquêtes du Comité ou de ne pas souscrire aux deux clauses facultatives ci-dessus, celles qui pourtant sont susceptibles de permettre véritablement d'établir l'état des violations de la Convention. Quand on sait que la torture est le plus souvent le fait de l'État ou de ses agents, on est fondé à penser que les rapports officiels périodiques (tous les quatre ans qui ne donnent lieu qu'à des commentaires transmis à l'État; art. 19) ne seront pas toujours empreints d'objectivité. On ne peut pas raisonnablement laisser exclusivement le soin ou demander à une partie prenante, bourreau éventuel (la torture et autres traitements

40 Le Gabon et l'Ouganda ont accepté la compétence du Comité pour seulement recevoir les communications étatiques et les Seychelles ont accepté la compétence du Comité pour les plaintes individuelles.

dégradants se faisant dans les prisons et les commissariats), de se mettre en cause sans qu'elle ne trouve à minimiser ses infractions ou sévices. Au final, l'efficacité de la Convention de 1984 ne peut être que limitée sur le continent dès lors que seulement 7 États africains⁴¹ l'ont approuvée dans toutes ses dispositions en acceptant pour ainsi dire d'être éventuellement mis en cause aussi bien par d'autres États parties que par les victimes prétendues.

B. L'application différée des conventions contre les crimes internationaux par les États africains

La ratification ou l'adhésion à une convention contre les crimes internationaux est en soi insuffisante puisque, de ce seul fait, elle ne produit pas automatiquement des effets dans l'ordre juridique interne. Encore faudrait-il qu'il existe dans ledit ordre des moyens mis en œuvre pour lutter efficacement contre ces infractions qui lèsent la communauté internationale. Pour ce faire, l'approbation de la convention par l'État doit être accompagnée de la modification de sa législation, c'est-à-dire de l'intégration ou de l'adaptation de son système judiciaire à deux principes fondamentaux et complémentaires dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux, faute de quoi l'engagement international resterait un serment de principe qui ne parviendra jamais à être appliqué dans les procédures judiciaires concrètes: il s'agit du principe de compétence universelle posé par les Conventions de 1948⁴², 1949⁴³ et 1984⁴⁴ et du principe de

41 Afrique du Sud, Algérie, Cameroun, Ghana, Sénégal, Togo et Tunisie.

42 Art. 5: "Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide [...]".

43 Convention I, art. 49 et Convention II, art. 50: "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 définies à l'article suivant. Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné 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. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes [...]".

44 Art. 5: "tout État partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître lesdites infractions dans les cas où l'auteur présumé de celles-

complémentarité de la justice pénale internationale par rapport à la justice pénale nationale introduit par le statut de la CPI (art. 17).

Les Conventions de 1948, 1949 et 1984 interviennent en effet dans un contexte d'inexistence d'une juridiction pénale internationale. C'est pour y remédier qu'elles prévoient un principe de justice universelle qui est un mécanisme exceptionnel en droit pénal. Afin d'éviter que l'absence d'une cour criminelle internationale ne conduise à l'impunité des auteurs des crimes internationaux, ces Conventions ont imposé à tous les États parties (et même non parties du fait de leur caractère coutumier) trois obligations:

- rechercher les personnes suspectées d'avoir commis ou d'avoir donné l'ordre de commettre une infraction grave aux droits de l'homme même si l'État n'a pas de lien avec l'accusé, la victime ou les actes commis;
- les déférer devant ses propres tribunaux quelle que soit leur nationalité;
- ou les remettre pour jugement à une autre partie contractante.

La compétence universelle suppose ainsi la possibilité pour un État sur le territoire duquel se trouve une personne présumée coupable de crimes internationaux (ou ne s'y trouve pas dans le cas de la Belgique⁴⁵), de la poursuivre et la juger ou l'extrader, quels que

ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction".

45 Jusqu'au 1^{er} août 2003, la loi belge du 16 juin 1993 transposant les Conventions de Genève de 1949 appliquait une compétence universelle dite "absolue" ou inconditionnelle pour les infractions auxdites conventions et pour les crimes contre l'humanité d'abord parce que les poursuites pouvaient être engagées sans que le crime international ait un lien de rattachement avec la Belgique, c'est-à-dire quelle que soit la nationalité de l'auteur ou de la victime et indépendamment du lieu de la commission du crime, la présence de l'accusé sur le territoire national n'étant pas une condition d'exercice de la compétence des juges nationaux à la différence de la France; ensuite inconditionnelle en ce sens que la qualité officielle de l'auteur présumé ou l'immunité de juridiction pénale ne faisait pas obstacle à la compétence universelle des tribunaux belges pour les crimes internationaux. Ainsi avant 2003, plusieurs plaintes au pénal ont été déposées contre des officiers américains de la première guerre du Golfe et contre le Premier ministre israélien Ariel Sharon pour les crimes commis dans les camps de Sabra et Chatila au Liban sud en 1982. Mais le 1^{er} août 2003, par suite de la décision de la Cour internationale de justice (CIJ) dans l'affaire Yerodia (14 février 2002), la Belgique a amendé sa loi et l'exercice de la compétence universelle a été soumis à plusieurs filtres permettant une analyse au cas par cas afin de déterminer si la poursuite est appropriée ou non. La loi opère désormais une distinction parmi les victimes non belges: il y a celles qui ont vécu

soient la nationalité de l'accusé ou de la victime, le lieu et l'année de la commission des actes incriminés⁴⁶, ce qui a le mérite d'apporter un remède aux limites de la compétence rationae temporis de la CPI, celle-ci n'étant en effet compétente que pour les crimes internationaux commis après l'entrée en vigueur de son statut le 1^{er} juillet 2002 (art. 11).

Quant au principe de complémentarité au fondement de la CPI, il implique la primauté du système répressif national sur la Cour qui suppose que la justice pénale internationale ne peut ou ne doit intervenir que si la justice pénale nationale est incapable ou alors manifeste peu / pas de volonté à rechercher, poursuivre et juger les auteurs des crimes internationaux⁴⁷. Cette prééminence nationale repose sur

[...] l'idée que l'exercice du pouvoir de police et la répression pénale des violations du droit international commises par les individus est une prérogative de l'État et que les juridictions internes devraient avoir la primauté sur la Cour⁴⁸.

Il est donc du "devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux"⁴⁹, la compétence de la CPI ne pouvant découler que de l'absence de "volonté" ou de "l'incapacité" de l'État concerné⁵⁰.

en Belgique trois ans au moins (et qui seront dès lors soumises au même traitement que les victimes belges), et les autres victimes non belges, pour ces dernières, le nouvel amendement instaure une discrétion exclusive de la part du Procureur fédéral quant à savoir s'il y a lieu de poursuivre pénalement ou non, ce qui fait de lui un filtre susceptible d'éviter les précédents incidents diplomatiques. De plus, le nouvel amendement prévoit que le Procureur fédéral s'abstiendra d'entamer des poursuites pour une plainte qui pourrait être mieux traitée devant un tribunal international ou devant une autre juridiction nationale. Voir S. Maupas, *L'essentiel de la justice pénale internationale*, Paris, Gualino, p. 133; M. Henzelin, "La compétence pénale universelle...", pp. 819-854; CIJ, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, 14 février 2002, Recueil, 2002.

46 J. Verhoeven, "Quelques réflexions sur l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000", *Revue belge de droit international*, n° 1-2, 2002, p. 534.

47 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, préambule, al. 10; art. 1^{er} et 17.

48 M. Itsouhou Mbadinga, "Variations des rapports entre les juridictions pénales internationales et les juridictions nationales dans la répression des crimes internationaux", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 56, octobre 2003, p. 1241.

49 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, préambule, al. 6.

50 Ibid., art. 17, 1 (a) et (b).

Mais pour prendre en compte l'un et l'autre des principes ci-dessus, l'adaptation du droit national qui s'impose doit se faire sous deux angles afin de répondre aux principes de légalité et de respect des droits de la défense, ceux sur lesquels repose une répression quelle qu'elle soit, internationale ou interne. Premièrement, il importe d'introduire et définir ces crimes internationaux en droit interne en tant qu'infraction dans le droit pénal et prévoir en même temps l'échelle de sanctions appropriées encourues; ceci ne pose pas de difficulté particulière dans la mesure où les conventions internationales en donnent les éléments de définition et même l'échelle des sanctions; bien plus, "la jurisprudence des tribunaux internationaux permet de dépasser l'affirmation de principes généraux, et d'éclairer le contenu de nombreuses notions juridiques dont la portée pratique n'avait pas été précisée. On pense par exemple [...] à la définition de la torture et de mauvais traitements [...]"⁵¹. Deuxièmement, il importe d'adopter une démarche procédurale se fondant sur le respect des droits individuels. Elle consiste en deux points: d'une part, organiser les juridictions nationales en conséquence, c'est-à-dire définir les règles de compétence ou déterminer quelle juridiction d'instruction ou de jugement peut connaître de l'affaire de crime contre l'humanité. D'autre part, définir les règles de procédure ou de procès équitable qui respectent les standards internationaux posés tout particulièrement à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 en la matière, de sorte à protéger les droits de la personne dont la violation est alléguée, garantir la présomption d'innocence et permettre de rechercher les auteurs, de les juger sans retard excessif et par cela même assurer l'efficacité de la répression. En effet, la définition préalable d'une procédure est une exigence minimale en matière de respect des droits individuels ou fondamentaux; il est impérieux que face à une mise en cause, on ne procède pas n'importe comment (à la tête de l'incriminé ou de la prétendue victime) pour établir les faits de la cause ou la culpabilité d'un tel. En réglementant les modalités de mise en cause, on garantit dès lors que les droits de quiconque ne seront pas bafoués.

L'adaptation du droit national à ces conventions apparaît donc primordiale dans la lutte contre l'impunité des crimes internationaux à plus d'un titre:

51 F. Bouchet-Saulnier, Dictionnaire pratique du droit humanitaire, p. 17.

– Elle empêche le mécanisme international répressif de se déployer, ce qui fait gagner en rapidité (la lenteur d'une procédure étant considérée comme un déni de justice). Il est en effet a priori plus aisé, voire plus facile pour un État dans le cadre de l'exercice de sa souveraineté, de rechercher les coupables et de les livrer à la justice.

– L'adaptation du droit national aux conventions permet ensuite de punir les auteurs de ces crimes odieux, à la victime d'obtenir réparation du préjudice subi et à la société internationale d'obtenir satisfaction car victime elle aussi du fait qu'il s'agit d'une atteinte à l'ordre public international, à l'humanité tout entière, à l'espèce humaine dont la reconnaissance du sacrosaint caractère transcende les frontières étatiques.

– Enfin, l'appropriation nationale des conventions contre les crimes internationaux permet de dissuader ceux qui seraient tentés de les commettre dès lors qu'il est connu que la peine "suffit à retenir sur la pente du crime un certain nombre de personnes"⁵² concourant "ainsi à la prévention de nouveaux crimes"⁵³.

Or, la conformité du droit national aux conventions prescrivant les crimes de droit des gens n'apparaît pas aujourd'hui comme la chose la mieux partagée en Afrique où il est facile à relever l'inexistence quasi générale d'une politique appropriée au niveau de chaque État en dépit de ce que "l'exercice de la compétence nationale contre de tels crimes n'est pas seulement un droit mais aussi une obligation des États"⁵⁴. En effet, la lecture des instruments du système répressif (codes pénal et de procédure pénale) des États africains francophones⁵⁵ démontre le défaut d'incorporation ou d'appropriation nationale des crimes contre l'humanité (exception faite du Burundi, du Burkina-Faso, du Congo-Brazzaville, du Mali et de la République centrafricaine) et par suite du principe de compétence universelle. On n'y trouve trace nulle part d'une énumération de faits constitutifs de ces crimes encore

52 J. Larguier, *Le droit pénal*, Paris, PUF, 2001 (Que sais-je?), p. 12.

53 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, préambule, al. 5.

54 CPI, "Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur" (accessible sur le site <http://www.icc-cpi.int>); cité par C. A. E. Bakker, "Le principe de complémentarité et les auto-saisines: un regard critique sur la pratique de la Cour pénale internationale", *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 367.

55 Les codes du Bénin n'ont pas été consultés.

moins leur définition; par ricochet, aucune procédure n'est prévue à cet effet au point où l'on peut craindre pour le respect des droits individuels d'un mis en cause devant les juridictions de ces États. La crainte est d'autant plus forte que, par ailleurs, ces États n'ont pas suffisamment intégré le principe de bonne administration de la justice qui relève du registre des principes d'un procès équitable tant la corruption semble gangrener jusqu'au juge dans des proportions cependant variables d'un État à l'autre.

Mais en règle générale, si ce vide ou insuffisance juridique peut apparaître comme l'expression manifeste du peu de volontarisme des États africains à sanctionner les auteurs des crimes internationaux, il est dans bien des cas le signe de l'incapacité d'un État à pouvoir mobiliser un système judiciaire adéquat pour sanctionner, c'est-à-dire du constat fait qu'il ne peut mener à bien la procédure, autrement dit se saisir de l'incriminé, réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires⁵⁶. Cette insuffisance juridique a un temps fourni une explication au fait que l'ex-président tchadien Hissène Habré, accusé de crime contre l'humanité, n'a pas été poursuivi devant les tribunaux sénégalais suivant le principe de compétence universelle, celle-ci n'étant pas prévue par le Code de procédure pénale sénégalais alors en vigueur. Et c'est l'incapacité à mobiliser un système judiciaire adéquat qui justifierait la mise en œuvre du principe de complémentarité du fait que certains États africains aient décidé de faire faire ce qu'ils ne pouvaient ou ne voulaient faire pour des raisons liées à l'absence de réalité du principe de bonne administration de la justice (absence d'indépendance et d'impartialité du juge, défaut de moyens requis pour juger) ou le plus souvent pour des raisons légitimes ou non de politique interne (climat politique défavorable). D'où la demande adressée par trois États au Procureur de la CPI d'ouvrir des enquêtes dans leurs territoires où un ou plusieurs crimes relevant de la compétence de la Cour paraissent avoir été commis⁵⁷: la République démocratique du Congo pour la situation dans la région de l'Ituri⁵⁸, l'Ouganda pour la situation dans

56 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 17, 3.

57 Ibid., art. 14, 1.

58 CPI, communiqué de presse du 14 avril 2004, Renvoi devant le Procureur de la situation en République démocratique du Congo, ICC-OTP-20040419-50-Fr.

le nord du pays⁵⁹ et la République centrafricaine⁶⁰. Cette coopération ne se manifeste cependant pas dans les mêmes termes en ce qui concerne l'organisation panafricaine.

II. LA CONTRIBUTION MITIGÉE DE L'UNION AFRICAINE À LA LUTTE CONTRE L'IMPUNITÉ DES CRIMES INTERNATIONAUX

Il en est ainsi parce que l'organisation panafricaine présente un niveau insuffisant de protection théorique des droits de l'homme, d'une part (A) et, d'autre part, elle se montre peu volontariste à coopérer à la répression de l'impunité des auteurs de crimes internationaux (B).

A. L'inexistence de convention thématique à vocation régionale africaine pour la prévention et la répression des crimes internationaux

Une lecture de l'Acte constitutif de l'UA⁶¹ du 11 juillet 2000 donne à constater l'affirmation de son adhésion à un instrument de portée générale et à vocation universelle sur les droits de l'homme, à savoir la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 (DUDH). Le même acte fondateur manifeste l'adhésion de l'organisation panafricaine aux autres instruments pertinents relatifs aux droits de l'homme⁶²; ce qui peut laisser entendre qu'il s'agisse des deux Pactes internationaux du 16 décembre 1966, textes onusiens également de portée générale qui interviennent pour préciser et développer les principes de droit, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels posés dans la DUDH; ils sont de ce fait ses compléments indispensables et forment avec elle, la Charte internationale des droits de l'homme⁶³. Mais l'Acte constitutif de l'UA ne fait expressément aucune référence à la moindre convention

59 CPI, communiqué de presse du 29 janvier 2004, Le Président ougandais renvoie la situation concernant l'Armée de résistance du Seigneur (ARS) à la CPI, ICC-200401129-44.

60 CPI, communiqué de presse du 7 janvier 2005, Renvoi devant le Procureur de la situation en République centrafricaine, ICC-OTP-20050107-86-Fr. Voir C. A. E. Bakker, "Le principe de complémentarité et les auto-saisines...", pp. 361-362 et 368-372.

61 Acte constitutif de l'Union africaine, 11 juillet 2000, art. 3 (e).

62 Ibid., art. 3 (h).

63 J.-L. Mathieu, *La défense internationale des droits de l'homme*, Paris, PUF (Que sais-je?), 1998, p. 5.

thématique à vocation universelle, c'est-à-dire des conventions adoptées sous l'égide de l'ONU pour protéger certains droits spécifiques et interdire certains comportements. Citons par exemple la Convention sur la prévention et la répression des crimes de génocide de 1948, la Convention de Genève de 1949, la Convention contre le crime d'apartheid de 1973 ou encore celle contre la torture et autres traitements cruels et inhumains de 1984.

L'Acte constitutif de l'UA a plutôt préféré poser des principes directeurs et compte au nombre de ces "principes de fonctionnement" la promotion du "respect du caractère sacro-saint de la vie humaine", la "condamnation et le rejet de l'impunité [...]" ou le droit de l'Union d'intervenir dans un État membre mais sur décision de la Conférence, dans certaines circonstances graves, à savoir: les crimes de guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité⁶⁴. Toutefois, en tant que principes, ils doivent être pris pour ce qu'ils sont, c'est-à-dire comme fondement ou sources de règles juridiques ultérieures; cette énumération remplit donc une fonction, celle de fixer la norme souhaitable car ces principes appellent à engendrer des commandements ou des règles juridiques complémentaires plus précises. Certes, une Charte africaine des droits de l'homme et des peuples existe depuis son adoption le 27 juin 1981 (entrée en vigueur le 21 octobre 1986). Mais il ne s'agit encore que d'un cadre général des droits de l'homme (comme la DUDH) au niveau régional élargi aux droits des peuples⁶⁵, une spécificité africaine oubliée par la DUDH, une manière d'intégrer un courant communautaire des droits de l'homme bien en phase avec les "vertus des traditions historiques et des valeurs de civilisation africaine"⁶⁶.

Qui plus est, l'efficacité d'une telle convention d'énonciation de droits généraux est limitée en ce sens qu'elle privilégie les mécanismes plus diplomatiques que judiciaires chargés de déterminer l'existence d'une violation plutôt que de la sanctionner. La voie du règlement amiable est privilégiée: c'est la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples (Comm. ADHP) qui a en charge à titre principal, d'assurer la protection des droits de l'homme et des peuples en Afrique⁶⁷ notamment par médiation ou conciliation entre les

64 Acte constitutif de l'Union africaine, art. 4 (o).

65 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 19-24.

66 Ibid., préambule, al. 5.

67 Ibid., art. 30.

parties en cause⁶⁸. Mais ce mécanisme se révèle un contrôle politique peu contraignant: son rôle est limité à faire des recommandations utiles aux États en cause en cas de constatation de violations des droits humains et la Commission est soumise dans son fonctionnement à la tutelle de la Conférence de l'Union, organe suprême de l'Organisation⁶⁹ composé de chefs d'État et de gouvernement; c'est elle qui décide de la continuation de la procédure si les communications reçues par la Commission font état de violations massives des droits de l'homme; c'est encore elle qui décide si la Commission doit ou non rendre public son rapport d'enquête sur ces situations insoutenables⁷⁰. Le droit à publicité d'office des conclusions de la Comm. ADHP aurait pu aider à la protection des droits humains car susceptible de décourager d'autres violations par la réprobation et l'indignation qu'une publicité suscite le plus souvent dans l'opinion publique. Dans les conditions actuelles, la Comm. ADHP peut difficilement jouer son rôle ou condamner les violations du principe d'humanité qui mettent directement en cause les dirigeants africains dès lors que ce sont eux qui font la donne⁷¹. L'autre mécanisme, celui de la voie contentieuse, est un accessoire, et n'a été conçu que pour être le complément de la Comm. ADHP; son étude donne à voir qu'il s'agit en outre d'un contrôle judiciaire balbutiant qui tarde à s'organiser définitivement: la Cour africaine de justice et des droits de l'homme (CAJDH), appelée à remplacer la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (Cour ADHP), ne fonctionne guère car le Protocole de Charm el-Cheikh (Égypte) adopté le 1^{er} juillet 2008 l'instituant n'est toujours pas entré en vigueur à ce jour par défaut du nombre suffisant de ratification; mais, plus encore, à l'heure actuelle, aussi bien l'une et l'autre Cour ne peuvent recevoir des plaintes individuelles contre les violations d'un État africain que si celui-ci a fait une déclaration préalable d'acceptation de sa compétence pour recevoir une telle requête. Il faut alors s'attendre à ce qu'elles n'en reçoivent que peu ou pas du tout car seul un nombre

68 Ibid., art. 52.

69 Voir Acte constitutif de l'Union africaine, art. 6, 2: "La Conférence est l'organe suprême de l'Union".

70 Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, art. 58-59.

71 À preuve, pendant la période d'intersession entre la 49^e et 50^e session ordinaire de la Comm. ADHP, celle-ci a examiné 92 communications mais ne s'en est saisie que de 6 pour enfin en examiner 3 sur la recevabilité et une sur le fond. Voir Comm. ADHP, 31^e rapport d'activités de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, novembre 2011, EX.CL/717 (XIX), p. 195.

restreint d'États (le Burkina-Faso, le Mali, le Malawi, la Tanzanie et le Ghana en 2011) ont souscrit à cette clause de compétence en ce qui concerne la Cour ADHP.

En outre, l'exercice de très nombreux droits humains peut être suspendu par des mesures nationales (état d'exception, état de siège, état d'urgence) durant les périodes de conflits internes ou interétatiques dont l'Afrique est terre de prédilection, en vue de faire face de façon exceptionnelle à des troubles graves de l'ordre public ou en cas de danger menaçant l'existence de la nation. Or, c'est précisément en ces circonstances de crises que les individus ont plus que jamais besoin d'une protection renforcée; d'où la nécessité de l'existence de conventions visant à assurer une protection minimale de la personne humaine dans toutes les circonstances afin qu'il ne soit dérogé à aucun moment à ses droits intangibles. Les Européens sous l'égide du Conseil de l'Europe le 26 novembre 1987 et les Américains dans le cadre de l'Organisation des États américains (OEA) le 9 décembre 1985 s'y sont attelés et ont adopté chacun une convention régionale pour la prévention et la répression de la torture. Il existe même depuis le 9 décembre 1994 une convention interaméricaine sur les disparitions forcées adoptée également sous l'égide de l'organisation régionale. Des conventions régionales africaines de même nature font défaut en Afrique et auraient pu être adoptées sur le fondement de l'article 4 de l'Acte constitutif de l'UA, en clair sous l'égide d'une organisation rassemblant 53 des 54 États africains (excepté le Maroc depuis 1984); ces conventions particulières sont d'autant plus importantes que les conventions existantes se situant sur le plan universel peuvent présenter des lacunes. Par exemple, la Convention de 1948 sur la prévention et la répression du génocide définit et interdit ce crime international⁷² mais ne met en place aucun mécanisme concret pour le qualifier, l'empêcher ou le sanctionner, voire pour contrôler l'application de la Convention par les États⁷³, sauf à dire que les personnes accusées de génocide seront traduites devant les tribunaux compétents de l'État sur le territoire duquel l'acte a été commis ou devant une cour criminelle internationale qu'elle ne crée pas. Cette lacune a certes été comblée mais il a fallu attendre de nombreuses années avec l'entrée en vigueur du statut de la CPI le 1^{er} juillet 2002. Toutefois son existence ne semble pas tout

72 Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, art. 2.

73 Ibid., art. 6.

résoudre dès lors que son efficacité en Afrique dépend aussi de sa collaboration avec l'UA que celle-ci tarde à donner.

B. L'absence d'un accord de coopération entre l'Union africaine et l'organe de la justice pénale internationale

Alors même que la coopération des États avec la CPI dans la répression des crimes internationaux est automatique du seul fait de la ratification ou de l'adhésion au Statut de Rome⁷⁴ sous réserve bien entendu de l'adoption d'une loi nationale qui organise la remise du criminel présumé à la CPI, il n'en est pas de même pour les organisations internationales. Pourtant, la réussite de la communauté internationale dans la lutte contre l'impunité des crimes ou la mise en œuvre de la responsabilité de protéger dépend également de cette coopération de l'UA. En effet, conformément au chapitre VIII de la Charte du 26 juin 1945, intitulé "Accords régionaux", les organisations internationales régionales sont des relais continentaux de l'ONU sur le terrain de la paix, de la sécurité internationale et de la protection des droits humains. Pour ce faire, elles sont appelées à agir pour faire cesser les violations graves du principe d'humanité en faisant usage de tous les moyens disponibles et légaux notamment lorsque "les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité"⁷⁵. Par conséquent, la responsabilité de la paix, de la sécurité et de la protection des droits humains de l'UA sur le continent est complémentaire du rôle de l'État comme celle de l'ONU est complémentaire de celle de l'UA au regard du chapitre VIII (art. 52-54) de la Charte mondiale. La présence de l'ONU ou plus largement de la communauté internationale sur le terrain de la résolution des conflits en Afrique, de la réprobation des États coupables ou de la condamnation des auteurs des atteintes les plus graves au principe d'humanité n'est donc certainement pas un rejet du système de protection de l'UA issue de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Simplement, il lui incombe conformément au chapitre VII de la Charte des Nations unies ("action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et

74 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 72 et 86.

75 Nations unies, Document final du sommet mondial de 2005, 20 septembre 2005, UN.Doc.A/60/L.1, § 139.

d'acte d'agression") d'agir et au besoin vite a fortiori quand son relais régional présente un niveau de protection insuffisant et semble peu ou pas efficace (lente et divisée le plus souvent) à combattre l'impunité des auteurs des crimes internationaux. En effet,

[...] les violations massives et à large échelle des droits de l'homme et du droit humanitaire [qui] sont constitutives de menaces contre la paix et la sécurité internationales au sens du Chapitre VII de la Charte [...] logiquement [...] déclenchent ce que l'article 24 appelle la responsabilité principale (ou primordiale, d'après son texte espagnol) du Conseil de sécurité, qui doit s'acquitter de ses devoirs (toujours d'après le langage de l'article en question) pour maintenir et rétablir la paix, en faisant donc cesser ce qui la met en péril⁷⁶.

Dès lors, si elle existe, dans quelle forme (volontiers ou à pas forcés) et quelle proportion la coopération de l'UA avec la justice pénale internationale se fait-elle? Autrement dit, l'UA contribue-t-elle au renforcement ou à l'affaiblissement de la justice pénale internationale?

À l'analyse, cette coopération affaiblirait d'une certaine manière l'autorité de la CPI par deux attitudes complémentaires: la première est l'absence d'un accord de coopération entre les deux institutions, à savoir un lien juridique contraignant l'organisation panafricaine dans le sillage de ceux conclus entre l'UE et la CPI et entre celle-ci et l'ONU⁷⁷. Ce dernier a été signé le 4 octobre 2004 et est entré en vigueur immédiatement. Pourtant les bases juridiques d'une coopération entre la Cour et l'UA ne manquent pas. L'idée de coopération en vue de protéger le principe d'humanité n'est pas absente du droit et des institutions de l'organisation panafricaine. En effet, il est affirmé à l'article 45 (1-c) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples que:

[l]a Commission a pour mission de: [...] coopérer avec les autres institutions africaines ou internationales qui s'intéressent à la promotion et à la protection des droits de l'homme et des peuples [...].

76 L. Boisson de Chazournes, L. Condorelli, "De la responsabilité de protéger...", p. 13.

77 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 2.

La deuxième attitude de l'organisation panafricaine (conséquence de la première) à l'encontre de l'autorité de la CPI est l'opposition à l'exécution de certains de ses mandats d'arrêts internationaux. Cette opposition prend la forme d'une politique incitative de l'UA en direction des États africains parties à l'Acte constitutif à ne pas respecter les commandements de la CPI concernant la "remise"⁷⁸ des dirigeants africains en fonction présumés auteurs de crimes internationaux. Pourquoi une telle opposition? Ces mandats ne sont-ils pas conformes à la légalité? Ou alors sont-ils politiquement inopportuns ou en d'autres termes mettent-ils en contradiction justice et paix?

En guise de réponse, on peut dire qu'en principe l'État est responsable des violations des droits humains sur son territoire, sa mise en cause relevant de la CIJ⁷⁹. Mais la responsabilité pénale individuelle des agents de l'État et des acteurs non étatiques n'est pas exclue et est maintenant aussi soulevée devant la CPI lorsque les violations commises sur les "populations civiles" sont flagrantes, "généralisées" et "systématiques"⁸⁰. Néanmoins, les compétences de la CPI obéissent avant tout aux principes de territorialité et de personnalité active (ou principe de nationalité)⁸¹ qui sont ses limites *ratione loci et personae* en ce sens que la Cour est compétente si le crime est commis sur le territoire d'un État partie au statut (territorialité) ou si l'accusé est le ressortissant d'un État partie (personnalité active). C'est la règle ! Reste tout de même l'exception étant donné que les crimes internationaux ne doivent pas demeurer impunis. D'où la question de savoir si la Cour peut émettre un mandat d'arrêt international contre un criminel présumé mais ressortissant d'un État non partie au Traité de Rome ou enquêter sur des crimes internationaux commis sur le territoire d'un État non partie à ce traité à l'exemple de la Libye et du Soudan?

Malgré l'attitude de l'UA, cette question trouve réponse sans équivoque à l'article 13 (b) du statut de la CPI qui décline "un aspect de la compétence de la Cour [pouvant] être entendu comme

78 Ibid., art. 102 (a): il faut "entend[re] par 'remise' le fait pour un État de livrer une personne à la Cour en application du présent Statut".

79 Ibid., art. 25, 4.

80 Voir le mandat d'arrêt contre Omar el-Béehir, n° ICC-02/05-01/099/1004 du 4 mars 2009.

81 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 12, 2.

universel⁸² et donc susceptible de lui permettre d'aller au-delà de sa compétence de principe. Il en est ainsi tout particulièrement quand la situation dans laquelle un ou plusieurs crimes internationaux paraissent avoir été commis est déférée au Procureur par le Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies (art. 13(b), Statut de Rome). En plus simple, cela signifie que la Cour devient compétente à l'égard d'un ressortissant d'un État non partie ou pour enquêter sur des crimes y commis si et seulement si elle est saisie par le Conseil de Sécurité agissant pour protéger la paix et la sécurité internationales; ce qui montre bien que même en l'absence de ratification du Traité de Rome par le Soudan et la Libye, la saisine de la Cour par le Conseil de sécurité⁸³ lui donne compétence pour enquêter sur les situations de conflits aussi bien dans le Darfour⁸⁴ qu'en Libye. Cette saisine se situe ainsi au fondement des mandats d'arrêt internationaux émis contre les chefs d'État soudanais et libyen. Le 4 mars 2009 en effet, la CPI a délivré un mandat contre Omar el-Béchir, en tant qu'initiateur et coordonnateur de la campagne anti-insurrectionnelle dans le Darfour au cours de laquelle ont été commis meurtre, extermination, transfert forcé, torture et viol à l'encontre des groupes de population Four, Massali et Zaghawa d'avril 2003 au 14 juillet 2008, la Cour étant convaincue qu'il y a des motifs de croire qu'el-Béchir est pénalement responsable en tant qu'auteur indirect ou coauteur indirect au sens de l'article 25, 3 (a) du statut⁸⁵. Le 27 juin 2011, la CPI a également délivré un mandat d'arrêt à l'encontre du colonel Mouammar al-Kadhaf pour crime contre l'humanité (meurtre et persécution) commis du 15 jusqu'au 28 février 2011. Mais dès lors que ces criminels présumés

82 I. Blanco Cordero, "Compétence universelle...", p. 32.

83 Nations unies, Résolution 1593 (2005) adoptée le 31 mars 2005 déférant la situation au Darfour au Procureur en vertu de l'article 13 al. b) du statut; Résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité du 26 février 2011 par laquelle le Procureur a été saisi de la situation en Libye. Voir "Chroniques des faits internationaux", *Revue générale de droit international public*, 2005, p. 686; CPI, 7^e rapport d'activité de la Cour pénale internationale à l'Organisation des Nations unies (2010/2011), A/66/309.

84 Voir F. Aumond, "La situation au Darfour déférée à la CPI. Retour sur une résolution historique du Conseil de sécurité", *Revue générale de droit international public*, 2008, pp. 111-134.

85 Attendus du mandat d'arrêt n° ICC-02/05-01/099/10 du 4 mars 2009 à l'encontre d'Omar el-Béchir. Lire aussi en ce sens M. Chiche, E. Dupuy, "La France et l'Europe, au Darfour: derniers recours?", *Revue juridique et politique des États francophones*, n° 1, 2007, pp. 3-8.

sont des chefs d'État, l'autre question qui s'impose est de savoir si ces mandats sont réguliers lorsque l'on sait qu'ils bénéficient d'une immunité de fonction.

En effet, on peut affirmer sans risque d'erreur que ces mandats sont réguliers au regard de la clause du "défaut de pertinence de la qualité officielle" de l'article 27 du statut de la CPI dès lors qu'on est présumé criminel international: si l'immunité de juridiction pénale fait obstacle au principe de compétence universelle des juridictions nationales⁸⁶ au nom du respect scrupuleux de l'égalité souveraine entre États et donc s'oppose à l'exécution d'un mandat d'arrêt émis par une autorité nationale⁸⁷ contre un chef d'État ou un représentant de l'autorité de l'État (il n'existe ni traité ni règle de droit international coutumier levant temporairement l'immunité des chefs d'État ou des diplomates en fonction⁸⁸), elle ne limite

86 Si la Convention de Vienne du 18 avril 1961 énonce clairement l'immunité de juridiction pour les diplomates concernant les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions officielles, en vertu du droit international coutumier, la CIJ affirme qu'"il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'État, telles que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des Affaires étrangères, jouissent dans les autres États de l'immunité de juridiction pénale et de l'inviolabilité"; CIJ, arrêt du 14 février 2002 relatif au mandat d'arrêt du 11 avril 2002, République démocratique du Congo c. Belgique, Recueil, 2002, § 51 (nous soulignons). Lire aussi, en ce sens, M. Kamto, "Une troublante immunité totale du ministre des affaires étrangères (Sur un aspect de l'arrêt du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000)", *Revue belge de droit international*, n° 1-2, 2002, p. 519; M. Sassoli, "L'arrêt Yérodiá: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international", *Revue générale de droit international public*, 2002, pp. 791-818.

87 CIJ, arrêt du 14 février 2002 relatif au mandat d'arrêt du 11 avril 2002, République démocratique du Congo c. Belgique, § 54.

88 À moins que l'État qu'il représente n'ait décidé de lever cette immunité et cette inviolabilité protégeant l'intéressé, lesquelles "ne lui sont pas accordées pour son avantage personnel" (ibid., § 53) – ce principe de l'immunité de certains hauts personnages de l'État se fondant sur le "concept de représentation" (ibid.) –, la poursuite ne peut se faire que dès lors qu'un gouvernant a cessé ses fonctions aussi bien devant la juridiction de son État que d'un autre État s'il est "compétent selon le droit international" (ibid., § 61). Voir ibid., § 53 et 61. Lire J. Salmon, "Libre propos sur l'arrêt de la CJI du 14 février 2002 dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000, RDC c. Belgique", *Revue belge de droit international*, n° 1-2, 2002, pp. 512 et 516; M. Kamto, "Une troublante immunité...", pp. 524-525; J. Verhoeven, "Quelques réflexions...", p. 532.

pas les compétences de la CPI⁸⁹. Le statut de la CPI⁹⁰ a prévu en effet que l'immunité de juridiction liée à la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent de l'État ne devra en aucun cas exonérer une personne de sa responsabilité criminelle⁹¹, pas plus qu'elle ne saurait constituer un motif de circonstance atténuante ou de réduction de peine⁹². L'autorité de la Cour serait peau de chagrin en effet si ceux qui doivent le plus être dissuadés de commettre les crimes internationaux pouvaient lui échapper légalement, d'autant plus que les actes des gouvernants sont souvent les plus dangereux pour les victimes et la norme⁹³. L'UA n'a certes pas ou pas encore signé d'accord de coopération avec la CPI; le Statut de Rome n'imposant aucune obligation à ceux qui ne sont pas parties à son statut, l'obligation de coopérer de l'UA trouve son fondement dans la décision du Conseil de sécurité de l'ONU et non dans le statut de la CPI. D'abord parce qu'elle est un relais de l'ONU sur le terrain africain, ensuite parce qu'une demande instante "à tous les États et à toutes les organisations régionales et internationales concernées de coopérer pleinement" est faite dans la résolution 1593 (2005).

C'est donc du côté politique, notamment d'une possible incohérence entre justice et paix qu'il faudrait trouver l'explication de l'opposition de l'UA au mandat d'arrêt de la CPI. Au regard de son rôle de maintien de la paix sur le continent africain qui implique la recherche des solutions appropriées pour la garantir⁹⁴, il est apparu nécessaire pour l'UA de considérer que certaines incriminations de la CPI ne concilieraient pas justice et paix à l'exemple des mandats contre Omar el-Béchar, le colonel Kadhaf ou Laurent Gbagbo⁹⁵

89 Pas même celles des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* même si le statut admet que la CPI ne peut obliger un État tiers à violer une telle immunité (art. 98).

90 Également le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7.2), celui du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 6.2). Ce fut le cas aussi pour le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (art. 7) et le Statut du Tribunal militaire international de Tokyo (art. 6).

91 Voir M. Sassoli, "L'arrêt Yérodia...", p. 809: "Un tribunal pénal international agit toutefois nécessairement dans la perspective d'un droit de subordination et, une fois qu'il est créé et accepté par les États, l'immunité, institution typique du droit de coordination, ne se conçoit logiquement pas devant lui".

92 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 27, 1.

93 Ibid., p. 793.

94 Acte constitutif de l'Union africaine, art. 3 (f).

95 Mandat d'arrêt n° ICC-02/11 du 23 novembre 2011. Voir Jeune Afrique, n° 2656, 4-10 décembre 2001, p. 28.

par défaut d'opportunité dès lors que les crimes internationaux ne connaissent plus ni amnistie ni prescription. Par conséquent, le consentement à l'exécution de ces mandats d'arrêt aurait été un obstacle à un éventuel processus de réconciliation nationale (en Côte d'Ivoire entre le Nord musulman et le Sud chrétien) ou aurait contribué à aggraver le conflit (Libye), parfois plus ou moins apaisé (accord de paix fragile entre le Nord et le Sud Soudan signé le 9 janvier 2005⁹⁶), et à le plonger à nouveau dans l'impasse tout particulièrement pour ce qui est de la situation au Darfour.

L'attitude différente de l'UA dans le mandat d'arrêt international lancé par la Belgique le 19 septembre 2005 contre l'ancien président tchadien Hissène Habré⁹⁷ pour crime contre l'humanité est un exemple qui démontre qu'elle ne semble pas confondre immunité de juridiction et impunité⁹⁸ ou immunité et absence de responsabilité pénale individuelle. En effet, l'immunité revêt un aspect procédural, formel et peut faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps, celui de la durée en fonction; elle s'applique donc *rationae temporis* tandis que l'impunité touche au fond du droit, le responsable du crime international ne pouvant bénéficier ni d'amnistie, ni de prescription. Dès lors que son jugement apparaît bien loin de menacer la paix au Tchad actuellement, Hissène Habré n'étant plus en fonction depuis 1990 et le climat politique ou militaire ayant suffisamment évolué pour permettre une poursuite pénale, l'UA a manifesté, malgré ses atermoiements, une coopération avec la justice pénale internationale afin que soient respectés les droits des victimes des crimes internationaux dont l'ex-président est présumé coupable. Ainsi, l'organisation panafricaine a proposé trois pistes ou voies de sortie par deux résolutions du 24 mars et du 1^{er} juillet 2011: d'abord la création d'une cour *ad hoc* de caractère international par suite d'une décision de la Cour de justice de la CEDEAO; ensuite l'extradition vers la Belgique où résident trois prétendues victimes tchadiennes de

96 M. Chiche, E. Dupuy, "La France et l'Europe...", p. 4.

97 Lire le dossier spécial sur l'Union africaine dans Jeune Afrique, n° 2375, 9-15 juillet 2008, p. 26.

98 CIJ, arrêt du 14 février 2002 relatif au mandat d'arrêt du 11 avril 2002, République démocratique du Congo c. Belgique, § 60: "L'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre de crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité"(souligné dans le texte).

nationalité belge⁹⁹ (en cas de demande en bonne et due forme de l'État belge) ou le jugement au Sénégal où l'ex-dictateur réside¹⁰⁰.

Mais l'argument le plus souvent avancé pour mettre en doute le bien-fondé des poursuites de la CPI, c'est celui suivant lequel elle ne ferait pas montre d'impartialité, mais bien au contraire, d'un parti pris défavorable aux Africains¹⁰¹; car ailleurs qu'en Afrique, personne n'a été déféré, la totalité des personnes mises en accusation actuellement étant Africains¹⁰². En outre, tous les pays dans lesquels la CPI a ouvert une procédure d'enquête sont situés sur le continent¹⁰³, "comme si rien ne se passait ailleurs, en Irak, à Gaza, en Colombie ou dans le Caucase"¹⁰⁴ a regretté Jean Ping, alors président de la Commission de l'UA. Trois arguments peuvent être avancés tout de même pour relativiser un tel point de vue: le nombre élevé de ratification du Statut de Rome par les États africains par rapport au total, 33 sur 54¹⁰⁵ les obstacles juridiques à l'étendue de l'action de la CPI et le contexte politique africain favorable aux poursuites.

D'abord, l'accusation qui pèse sur la Cour serait exagérée si l'on ne tenait pas compte de ce qu'existent des obstacles juridiques à l'étendue de l'action de la CPI, contingences qui révèlent son incapacité hors d'Afrique à poursuivre les auteurs de crimes internationaux: le défaut de ratification de son statut par quelques États d'importance politique et économique, l'existence d'un régime transitoire bénéficiant à certains États parties à ce statut, les accords

99 Voir B. Okiemy, "Le parcours judiciaire de M. Hissène Habré devant les juridictions sénégalaises", *Revue juridique et politique des États francophones*, n° 3, 2006, p. 362.

100 Voir Jeune Afrique, n° 2636, 17-23 juillet 2011, p. 24.

101 F. Djonko, "Affaire le Procureur...", p. 71: "En 2009, le président de la commission de l'UA, Jean Ping dénonçait avec l'annonce des poursuites engagées contre le président soudanais, une justice sélective, soutenant que la CPI a été créée pour juger les Africains".

102 25 en tout suivant CPI, 7^e rapport d'activité de la Cour pénale internationale à l'Organisation des Nation unies (2010/2011); voir le site: <http://www.icc-cpi.int>.

103 7 à ce jour: l'Ouganda, la République démocratique du Congo, la Centrafrique, le Soudan (Darfour), le Kenya, la Libye et la Côte d'Ivoire; voir CPI, 7^e rapport d'activité de la Cour pénale internationale à l'Organisation des Nation unies (2010/2011).

104 Jean Ping, cité dans *Le Monde*, 4 mars 2009.

105 En avril 2012, 121 États avaient ratifié le statut de la CPI sur les 193 États reconnus par l'ONU; 32 États dont États-Unis et Russie avaient signé sans ratifier; la Chine et l'Inde n'ayant ni signé ni ratifié.

bilatéraux à l'instigation des États-Unis et la mise en avant de la souveraineté nationale avec l'adoption de lois nationales d'adaptation aux compétences de la CPI. Dans le détail et à titre d'illustration, les États-Unis, la Chine, la Russie, trois membres permanents du Conseil de sécurité de l'ONU, pas plus que l'Inde – qui ne cache pas son aspiration à y obtenir un siège permanent – et même Israël, ainsi que les pays arabes (excepté la Tunisie et la Jordanie), n'ont toujours pas donné leur consentement pour que la CPI exerce sa compétence à l'encontre de l'un de leurs ressortissants ou pour des crimes graves commis sur leur territoire. La faute à qui? À la voie conventionnelle dirait-on. Mais on aurait choisi la voie institutionnelle du Conseil de sécurité pour créer cette Cour¹⁰⁶ et ainsi la rendre opposable à tous les États membres de l'ONU qu'on serait là encore à attendre cette création au regard de l'absence de ratification de son statut par trois des cinq membres permanents (détenteurs du droit de veto) et de l'opposition ouvertement exprimée contre la Cour par les États-Unis. Cette absence de reconnaissance jette un doute sur la capacité de la CPI à remplir sa fonction sans l'assistance des États qui sont censés avoir un rôle fondamental dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁰⁷. Le deuxième obstacle juridique à l'admission de la juridiction de la CPI par le plus grand nombre, c'est que son statut offre une possibilité de limitation temporaire de sa compétence: en principe, le Traité de Rome n'autorise pas les réserves¹⁰⁸. Mais il a tout de même prévu une possibilité réductrice de l'autorité de la Cour en ce sens qu'au moment de sa ratification, un État peut faire une déclaration prévue à l'article 124 lui permettant de refuser, pour une période de 7 ans, la compétence de la Cour pour les crimes de guerre qui auraient été commis sur son territoire ou par l'un de ses ressortissants. La France et la Colombie par exemple y ont souscrit. Mais une conférence de révision du Statut de Rome a été prévue à tout moment¹⁰⁹, après un délai de 7 ans suivant l'entrée en vigueur

106 Voir la Charte des Nations unies, art. 29: "Le conseil peut créer des organes subsidiaires qu'il juge nécessaire à l'exercice de ses fonctions»et selon la jurisprudence de la CIJ, la nature juridictionnelle d'un organe n'est pas un obstacle à sa création par un organe principal et sa qualité d'organe subsidiaire du Conseil de sécurité ne le soumet pas à l'autorité de ce dernier. CIJ, Affaire des effets des jugements du Tribunal administratif des Nations unies accordant indemnité, 13 juillet 1954, Recueil, 1954, pp. 52-58.

107 Voir R. Badinter, "De Nuremberg à La Haye", p. 706.

108 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 120.

109 Ibid., art. 123, al. 2.

du statut¹¹⁰; une première Conférence de révision a donc eu lieu à Kampala (Ouganda) du 31 mai au 11 juin 2010; malheureusement elle a prorogé ce régime transitoire en ce qu'il a été décidé du maintien de l'article 124 et les États parties se sont mis d'accord pour le réexaminer en 2015 en vue de sa suppression; rien n'indique cependant qu'à cette date il sera abrogé. Le troisième obstacle juridique à l'autorité de la Cour est représenté par les accords bilatéraux d'immunité explicitement présentés comme fondés sur l'article 98(2) du Statut de Rome suivant lequel, un État ne peut remettre à la CPI un ressortissant d'un autre État sans le consentement de ce dernier si des accords ont été conclus en ce sens¹¹¹. Compte tenu de leur position dans la hiérarchie mondiale déterminée à la fois par leur force économique, militaire et géostratégique, les États-Unis en ont passé avec plusieurs États, en usant souvent de pression¹¹², les accords prévoyant que ses ressortissants ne peuvent être transférés à la CPI. De tels accords de renoncement à la poursuite des auteurs de crimes internationaux contreviennent, si ce n'est à la lettre¹¹³, du moins à l'esprit du Traité de Rome dans la mesure où ils ne "prévoient en effet aucune obligation de poursuite, même au niveau national, à l'encontre des ressortissants qui seraient visés"¹¹⁴ d'une part. D'autre part, "il est possible, [...] de souligner la contradiction de tels accords postérieurs avec les obligations assumées par les États ayant ratifié le statut antérieurement"¹¹⁵ compte tenu de l'obligation contractée de coopérer avec la Cour¹¹⁶. Leur licéité ou validité est donc susceptible d'être discutée voire contestée et ils seraient même considérés comme nuls notamment pour ceux des États parties à la Convention de Genève de 1949¹¹⁷. Malgré tout, il est indéniable que

110 Ibid., art. art. 123, al. 1.

111 Voir S. Maupas, *L'essentiel de la justice pénale internationale*, p. 138.

112 102 accords signés au 11 décembre 2006, selon le département d'État américain, parmi lesquels plusieurs sont parties à la CPI; *ibid.*, p. 138.

113 Pour une analyse de la violation de la lettre du statut, lire F. Aumond, "La situation au Darfour...", pp. 124-127.

114 S. Maupas, *L'essentiel de la justice pénale internationale*, p. 138.

115 F. Aumond, "La situation au Darfour...", p. 125.

116 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, art. 86.

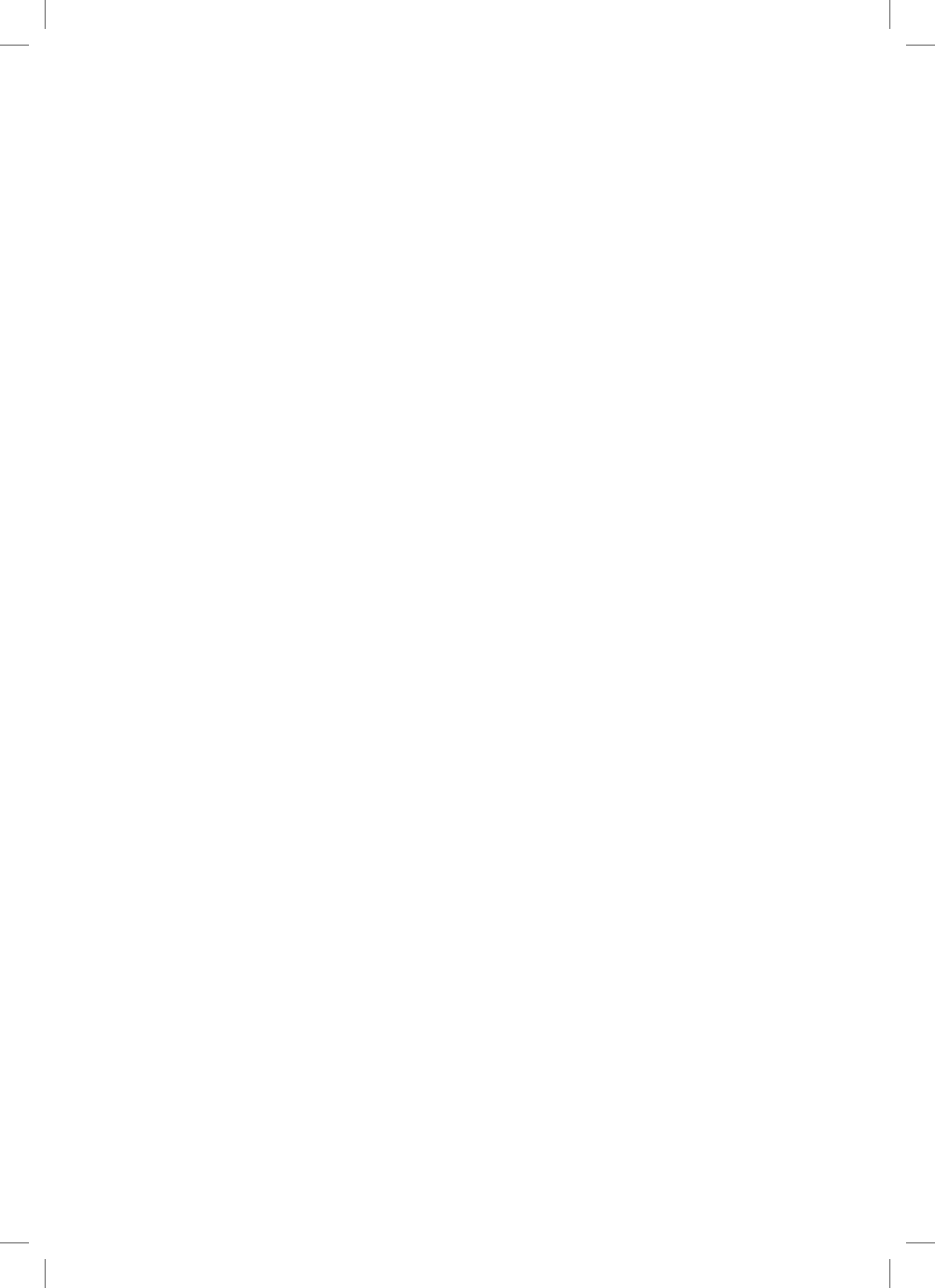
117 Selon le texte, "[a]ucune Partie contractante ne pourra s'exonérer elle-même, ni exonérer une autre partie contractante, des responsabilités encourues par elle-même ou par une autre Partie contractante en raison des infractions»qualifiées d'infractions graves et donc de crimes de guerre (art. 51, 52, 131 et 148, respectivement des quatre Conventions de Genève de 1949).

leur existence enlève à l'autorité de la CPI. Enfin, la souveraineté est le dernier obstacle juridique (cependant positif) à la compétence de la CPI avec l'adaptation de la loi nationale à ladite compétence, ce qui n'est pas en soi un problème, la CPI n'étant que complémentaire des juridictions pénales nationales: afin notamment d'éviter que la Cour ou un autre État se saisisse d'affaires qui relèvent de leur souveraineté et donc juge leurs ressortissants, plusieurs États notamment ceux de l'UE, ont intégré dans le droit interne les dispositions du statut de la CPI par une mise en conformité de leurs codes pénaux nationaux¹¹⁸ avec les crimes de sa compétence.

Mais, outre ces obstacles juridiques à la mise en examen des non-Africains par la CPI, les mandats d'arrêt émis à ce jour ne concernent exclusivement que les Africains parce qu'il règne sur le continent comme une impunité assez visible voire flagrante des auteurs de crimes internationaux en raison même de la multiplication des foyers de tension ou conflits, de la pratique de régime autoritaire (le plus souvent à façade démocratique) qui affaiblit la justice pénale nationale par son inféodation à l'exécutif, autant de raisons qui expliquent le peu d'efficacité du système de protection de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. On peut donc comprendre l'incrimination des dirigeants africains en fonction par la CPI dont les États sont patrimoniaux, organisés (dépendance de la justice en la personne du chef de l'exécutif) de telle sorte qu'ils a fortioris soient dans l'incapacité de les juger lorsqu'il s'agit du chef de l'État; or le principe de complémentarité de la Cour veut qu'aucun crime de cette nature ne reste impuni l'État africain patrimonial ne pouvant juger ses dirigeants ou souvent ne voulant les juger, la CIJ étant réservée aux différends entre États, il reste donc à la CPI de s'en saisir pour tenter de mettre un terme à l'impunité et "concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes"¹¹⁹. La paix et la sécurité internationales ainsi que le respect des droits humains en dépendent.

118 Le Royaume-Uni au titre d'une loi d'adaptation et la France avec un nouveau Code pénal entré en vigueur en 1994. Voir M. Delmas-Marty, "Introduction", p. 3; S. Maupas, *L'essentiel de la justice pénale internationale*, p. 130.

119 Statut de Rome de la Cour pénale internationale, préambule, al. 5.



LE PRINCIPE D'HUMANITÉ EN DROIT PÉNAL

José Luis de la Cuesta¹

Directeur de l'Institut Basque de Criminologie; Président de l'Association Internationale de Droit Pénal (AIDP-IAPL).

Pour conserver sa légitimité comme pouvoir "juridique", le *ius puniendi* de l'État doit respecter un ensemble d'axiomes fondamentaux² – nécessité, légalité, imputation subjective³, culpabilité – et leurs corollaires correspondants: subsidiarité, intervention minimale, sécurité juridique, garanties pénales de base (pénale et procédurale), interdiction de la responsabilité purement objective, responsabilité personnelle ...

En outre, dans une société démocratique centrée sur la valeur de la personne, le principe d'humanité doit aussi être respecté. Même si ce principe n'a pas été jusqu'à présent beaucoup étudié, il est sans doute aussi important que ceux qui viennent d'être mentionnés ci-dessus⁴.

I. OBJET ET CONTENU

Le principe d'humanité peut être reconduit à celui de dignité. Ce concept de dignité, si difficile à définir⁵, est identifié par la

1 GICCAS Groupe de Recherche (GIC 07/39; Gouvernement basque, IT-383-071); UFI 11/05, UPV/EHU.

2 A. BERISTAIN, "Axiomas fundamentales de la Criminología ante la globalización y la multiculturalidad", *Eguzkilo*, 17, 2003, pp.89 et s.

3 À mon avis, le principe d'imputation subjective doit être distingué de celui de culpabilité. Le principe d'imputation subjective se rattache à la responsabilité subjective et part du principe que la responsabilité pénale ne peut pas être une responsabilité simplement objective (c'est-à-dire, une conséquence automatique du résultat; par contre, la culpabilité requiert de vérifier le comportement individuel partant du fait que le sujet est un être normal ayant agi librement: J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Presupuestos fundamentales del Derecho penal", *Eguzkilo*, 3, 1989, p. 58 (n. 15)

4 A. BERISTAIN, *Nueva Criminología desde el Derecho Penal y la Victimología*, Valencia, 1994, p. 14.

5 I. VON MÜNCH, "La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2, 5, 1982, pp. 18 et s.

philosophie kantienne comme une qualité de tout être humain en tant que "fin en soi" et non comme un "simple moyen" au service de certains buts⁶; l'être humain, bien que soumis à plusieurs influences biologiques, psychologiques, sociales et culturelles, est en même temps un être plein de possibilités de réalisations, de désirs, de liberté. Ce concept de dignité doit être respecté dans toutes les relations humaines découlant de la justice et, en particulier, de la justice criminelle⁷.

La conséquence naturelle est l'interdiction de soumettre le délinquant à toute humiliation. L'aspect le plus fréquemment souligné en droit pénal est la prohibition de tout traitement de nature cruelle, inhumaine ou dégradante. Il est aussi habituel de souligner les conséquences de ce postulat au plan des peines et des autres conséquences juridiques de l'infraction pénale⁸.

Un État de droit, social et démocratique, ne se contente pas de la proclamation formelle des droits des citoyens. Il attend aussi des autorités publiques que celles-ci créent des "conditions assurant que la liberté et l'égalité (...) soient réelles et effectives" et éliminent "tout obstacle empêchant ou limitant leur complète jouissance", et ceci en facilitant "la participation de tous les citoyens à la vie économique, culturelle et sociale"⁹. Une compréhension adéquate du principe d'humanité ne peut se borner à la simple prohibition des traitements cruels, inhumains et dégradants (proscrits internationalement). Le principe d'humanité, outre l'exigence du traitement de l'être humain en tant que tel dans toutes situations, suppose également la solidarité mutuelle, la responsabilité sociale envers les délinquants, l'aide et l'assistance communautaire. Ceci exige la réinsertion sociale (autant que possible) du délinquant et l'indemnisation des victimes. De plus, conformément à la signification actuelle du concept d'humanité, "le développement de la valeur de compassion" et l'importance de l'exigence pour la société "de partager la peine des victimes et de créer un monde plus solidaire" doivent aussi être ajoutés¹⁰.

6 *Grundlegung der Metaphysik der Sitten* (K. Vorländer, Hrsg.), 3^e éd. (réédition), Hamburg, 1965, pp. 50 et s. (en particulier, pp. 58 et 62 et s.).

7 A. BERISTAIN, "Axiomas fundamentales", op. cit., p. 93.

8 H. H. JESCHECK et Th. WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5^e éd., Berlin, 1996. p. 27.

9 Art. 9.2 de la Constitution espagnole.

10 A. BERISTAIN, "Axiomas fundamentales ...", op. cit., pp. 93 et s.

Le fait que certaines de ces demandes soient davantage en harmonie avec "une éthique des vertus "qu'avec une "éthique civile"¹¹, ne constitue point un obstacle quant à l'impact du principe d'humanité dans des champs autres que ceux des peines et autres conséquences du délit.

Par exemple, en ce qui concerne la notion de la culpabilité, et face à ces positions doctrinales qui, partant de l'impossibilité d'apporter la preuve scientifique de la liberté humaine, préfèrent éviter tout reproche normatif et réduisent la fonction de la culpabilité à l'affirmation de la nécessité d'une peine d'un point de vue préventif, il est plus conforme au principe d'humanité de traiter le délinquant comme un être humain, capable en général de conduire librement son comportement. Cette conception de la culpabilité, qui est un mélange d'empirisme et de normativité¹², ne demande pas une vérification de la possibilité ou non d'agir autrement dans chaque cas. Elle se satisfait de la vérification de l'absence "des causes ayant privé le sujet de sa liberté"¹³. Elle est conforme à la logique juridique, applicable également dans la vie sociale, d'une "attribution mutuelle de liberté"¹⁴ et à l'admission, en tant que valeur acceptée, de la liberté de choix dans une situation particulière. Cette conception n'empêche pas l'évaluation, dans des circonstances particulières, de la capacité individuelle d'adaptation du comportement aux exigences de la loi, telle qu'elle est nécessaire dans un État social et démocratique de droit, qui ne tolère pas de "traiter d'une façon égale ce qui est inégal"¹⁵. Bref, présupposer que les individus sont en principe libres n'exclut pas la nécessité d'évaluer la capacité individuelle actuelle d'obéissance à la loi dans un cas particulier.

Les domaines principaux dans lesquels le principe d'humanité devrait trouver son expression en droit pénal sont au nombre de trois: l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains

11 J. CARRERA, *Mundo global. Ética global*. Cuaderno nº 118 de Cristianisme i Justícia. Barcelona, 2003, p. 22.

12 W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, 1984, pp. 296 et s.

13 T.S. VIVES ANTON, "Reforma política y Derecho Penal", *Cuadernos de Política Criminal*, 1, 1977, p. 107.

14 C. ROXIN, "¿Qué queda de la culpabilidad en Derecho Penal?", *Cuadernos de Política Criminal*, 30, 1986, p. 678.

15 A. TORIO LÓPEZ, "El concepto individual de culpabilidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1985. p. 297.

ou dégradants; l'importance de la resocialisation, particulièrement pendant l'exécution de l'emprisonnement; la protection des victimes.

II. LA PROHIBITION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINS OU DÉGRADANTS

L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants est sans doute le premier corollaire de l'affirmation du principe d'humanité en droit pénal.

Cette interdiction est proclamée au niveau international, non seulement dans la Déclaration Universelle des Droits de l'homme de 1948 (art. 5) et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 7), mais aussi dans la totalité des instruments internationaux concernant les droits humains (universels et régionaux). La réglementation la plus détaillée de la prohibition de la torture se trouve dans la Convention des Nations Unies de 1984 qui a fait suite à la Déclaration des Nations Unies de 1975 sur la protection des personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. La Convention, "sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large" (art. 1.2), définit le concept international de torture comme un abus de pouvoir¹⁶, consistant dans l'infliction d'une douleur ou de souffrances aiguës, physiques ou mentales, dans des buts d'investigation, de punition, d'intimidation ou de discrimination. La Convention demande son incrimination en tant que crime intentionnel consistant dans la production d'un certain résultat par des personnes spécifiques et pouvant être commis par omission¹⁷. Outre la torture, la Convention prohibe les peines et traitements inhumains ou dégradants (art. 16).

De nombreux efforts ont été développés en vue d'élaborer une distinction adéquate entre la torture et les autres abus. Ainsi, la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis et les décisions du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et de la Cour européenne des droits de l'homme (Strasbourg) en application de

16 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La tortura como abuso de poder: aspectos penales", *La Criminología frente al abuso de poder*, San Sebastián, 1992, pp. 149 et s.

17 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 24 et s.

l'article 3 de la Convention de 1950 doivent être tout particulièrement soulignées¹⁸.

En ce qui concerne la prévention de la torture, la nécessité d'établir des systèmes effectifs permettant des interventions préalables aux actes de torture (et non pas seulement une réaction postérieure à l'encontre de ceux-ci) a mené à l'adoption du modèle des visites des prisons et des autres lieux d'internement, inspiré du mécanisme des Conventions de Genève (1949) et de leur Protocole Additionnel I (1977). En 1987 la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (Strasbourg, 26 juin 1987) a institué le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, ainsi qu'un système de visites qui a été également repris plus tard par le Protocole facultatif de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies en 2002.

A. Signification pour la partie spéciale du droit pénal

Les obligations assumées à travers la signature et la ratification des instruments internationaux généraux et spécifiques en matière des droits humains obligent les États à l'incrimination et à la punition en droit interne des actes constitutifs de torture et autres traitements internationalement prohibés.

Par exemple, en Espagne, l'article 15 de la Constitution déclare le droit de tous à la vie et à l'intégrité physique et morale, sans qu'en aucun cas ils puissent être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants". Ce droit est appliqué, entre autres, par les dispositions des articles 173 à 177 du Code pénal (Titre VII du Livre II, intitulé "Des tortures et autres délits contre l'intégrité morale"). La question la plus importante est relative à la délimitation du concept d'intégrité morale, ainsi que la forme controversée de réglementation des cas de conflits d'incriminations (art. 177)¹⁹. L'intégrité morale est atteinte "quand la liberté de la volonté de la victime est violée ou illégalement contrariée par des actes divers, produisant un traitement en quelque sorte

18 A.I. PEREZ MACHIO, *El delito contra la integridade moral del artículo 173.1 del Código Penal*, Bilbao, 2005, pp. 49 et s., ainsi que pp. 64 et s.

19 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Torturas y atentados contra la integridad moral", *Estudios Penales y Criminológicos*, XXI, 1998, pp. 68 et s.

instrumentalisé de la victime: sa chosification". Ces actes, qui ne s'identifient pas nécessairement à l'usage de la violence, doivent provoquer "des douleurs ou des souffrances" et être "humiliants, vexants ou avilissants".

Une autre question importante est la possibilité ou l'impossibilité de la justification de la torture²⁰. Le rejet de toute pratique de torture, même dans des circonstances exceptionnelles, s'est répandu dans le champ international. La question soulevée du point de vue du droit pénal est de savoir si la torture peut être autorisée en cas de légitime défense ou d'état de nécessité, circonstances justificatives que ne sont pas mentionnées de façon explicite dans la Convention de 1984 (laquelle exclut, pourtant, l'applicabilité de l'obéissance à l'ordre du supérieur). À l'inverse, la Convention européenne des Droits de l'homme de 1950 n'admet aucune exception, ce qui permet de considérer que la prohibition de la torture doit être qualifiée d'absolue au niveau européen²¹.

B. Impact à propos des peines

La prohibition de la torture et autres traitements inhumains ou dégradants ne produit pas ses effets seulement en ce qui concerne la partie spéciale du droit pénal; elle a aussi un impact significatif dans le champ des sanctions.

L'article 1^{er} de la Convention de 1984 exclut du champ de l'interdiction de la torture la "douleur" ou les "souffrances résultant

20 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional" dans *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristein*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 695 et s. Voir aussi C. Roxin, "¿Puede admitirse o al menos quedar impune la tortura estatal en casos excepcionales? Nueva Doctrina Penal", 2004, pp. 547 et s.; et K. AMBOS, *Terrorismo, Tortura y Derecho Penal, Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona, 2009, pp. 19-66. Sur la question de la torture sous l'Administration Bush, voyez M. Ch. BASSIOUNI, *The Institutionalization of Torture by the Bush Administration. Is Anyone Responsible?*, Intersentia, 2010; Ch. L. BLAKESLEY, *Terrorism and Anti-Terrorism: A Normative and Practical Assessment*, Brill, 2006, pp. 279-316; ainsi que "Ruminations on Terrorism. Expiation and Exposition", *New Criminal Law Review*, vol. 10, n° 4, pp. 554-581.

21 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Consideraciones acerca del delito de tortura a la luz del Convenio de Roma de 1950", dans *Giza Eskubideak European / Los Derechos Humanos en Europa / Les droits de l'homme en Europe / The Human Rights in Europe* (Donostia-San Sebastián, 12-14 décembre 1988), Vitoria-Gasteiz, 1989, pp. 190 et s.

uniquement de sanctions légitimes inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles”.

Néanmoins la simple légalité ne devrait jamais entraîner la légitimation de peines exclusivement destinées à causer des souffrances ou des humiliations, qui, en raison de leur caractère inhumain ou dégradant, doivent rentrer pleinement dans le champ de la prohibition internationale

a) Peine de mort

Indépendamment des peines corporelles, dont l’incompatibilité avec l’interdiction internationale est indiscutée (même si elles demeurent largement répandues)²², le débat est centré, à présent et en premier lieu, sur la peine de mort.

Au niveau international, des préoccupations de nature humanitaire ont conduit à l’adoption de divers morttoires relatifs à l’application de la peine de mort²³. L’article 6.2, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques soumet celle-ci à des restrictions²⁴ et son abolition fait l’objet du Deuxième Protocole facultatif, adopté par la résolution 44/128 de l’Assemblée générale des Nations Unies du 15 décembre 1989. S’agissant de l’Europe, l’article 2.2 de la Charte des Droits fondamentaux de l’Union européenne interdit la peine de mort, mais les instruments internationaux les plus importants sont deux protocoles additionnels spécifiques à la Convention de Rome: le Protocole n° 6 (1983), sur l’abolition de la peine de mort en temps de paix, et le Protocole n° 13 (2002), établi en vue de son abolition en toutes circonstances.

Selon une opinion répandue, la prohibition de la peine de mort ne découlerait pas nécessairement de l’interdiction internationale des peines et traitements cruels, inhumains et dégradants.

22 La discussion sur la castration chimique des délinquants sexuels continue, en tout cas, d’être ouverte. R. ROBLES PLANAS. “Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad”, *InDret*, 4, 2007, pp. 8 et s.

23 Par exemple, l’Assemblée générale des Nations Unies a adopté le 18 décembre 2008 une deuxième résolution sur un moratoire concernant l’application de la peine de mort, à travers la résolution 62/149 (15 novembre 2007).

24 La peine ne peut être prévue que pour les crimes les plus graves; en outre, il faut respecter strictement le principe de légalité tant matériel que procédural, et le condamné doit pouvoir disposer du droit de demander la grâce ou la commutation de la peine; enfin celle-ci ne peut pas être imposée à des personnes âgées de moins de 18 ans ni être exécutée à l’encontre des femmes enceintes.

Néanmoins, le questionnement de sa légitimité tant en ce qui concerne certains aspects spécifiques de son exécution que d'un point de vue général, aboutit à une critique progressive de cette opinion. En effet, déjà en 1977, la Déclaration de Stockholm, adoptée par les pays participant à la Conférence internationale sur l'abolition de la peine de mort organisée par Amnesty International, avait qualifié la peine de mort comme "la peine la plus cruelle, inhumaine et dégradante" et avait demandé aux gouvernements d' "adopter les mesures assurant l'abolition totale et immédiate de la peine de mort", cette dernière constituant une violation évidente du droit à la vie.

De même, le Comité des droits de l'homme²⁵ ainsi que les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ont déclaré l'incompatibilité de certains aspects de la peine de mort avec les conventions internationales. En Europe, la situation pénible des détenus dans les "couloirs de la mort" a été qualifiée dès 1989 par la Cour européenne des droits de l'homme²⁶ de violation de l'article 3 de la Convention de Rome. Et, dans l'affaire *Öcalan c. Turquie* (2005), la Cour a également déclaré contraire à l'article 3 la peine de mort imposée dans un procès qui n'avait pas été équitable et dans lequel l'indépendance et l'impartialité du tribunal étaient douteuses. Cette jurisprudence européenne, émise principalement dans des affaires d'extradition et obligeant les États à exiger des garanties avant la livraison du détenu, a été reprise par d'autres instruments légaux internationaux: en particulier, le Protocole modifiant la Convention européenne sur la répression du terrorisme de 1977 (2003).

Les méthodes d'exécution ont, elles aussi, attiré l'attention de la jurisprudence européenne, qui a déclaré en 2000 incompatible avec l'article 3 l'expulsion d'une femme vers l'Iran où elle pouvait être condamnée à mort par lapidation²⁷. Pour sa part, le Comité des droits de l'homme, qui considère que la peine de mort doit être exécutée "de la façon provoquant le moins de souffrances possibles"²⁸, a

25 La Commission des droits de l'homme des Nations Unies, qui a précédé le Conseil des droits de l'homme, a signalé dans sa résolution 2005/59, que "l'abolition de la peine de mort est fondamentale en vue de la protection du droit à la vie".

26 *Soering c. Royaume-Uni*, 1989. Néanmoins, le Conseil des droits de l'homme, à travers une jurisprudence constante, n'a pas été aussi favorable à ce sujet et requiert des circonstances exceptionnelles pour admettre une violation de l'article 7 du Pacte international (comme, par exemple, dans *Lavende c. Trinidad et Tobago*, 1997; *Errol Johnson c. Jamaïque*, 1996).

27 *Jabari c. Turquie*, 2000.

28 *Observation générale* 20 (44), 3 avril 1992.

accepté que la méthode d'exécution pouvait constituer un traitement inhumain ou dégradant²⁹, même si l'exécution par injection létale était, à son avis, compatible avec les exigences du Pacte international, alors que l'exécution au moyen de gaz asphyxiant a été considérée comme "particulièrement horrible"³⁰.

Certes, l'incompatibilité de la peine de mort en elle-même (et pas seulement l'attente dans le "couloir de la mort" ou toute autre forme d'exécution) avec une compréhension adéquate du principe d'humanité, axée sur le respect de la personne humaine en tant que telle, demeure absolue. En ce sens, son abolition représente encore (et malheureusement) une question principale non résolue tant au niveau international qu'au niveau interne dans de nombreux pays. Par conséquent, l'exemple des Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda et celui du Statut de Rome de la Cour pénale internationale³¹ méritent une attention particulière. Toutes ces juridictions, compétentes pour la poursuite des crimes internationaux les plus graves, ne sont pas autorisées à prononcer la peine de mort.

b) Condamnation à la peine privative de liberté à vie ou pour une très longue durée

L'incompatibilité avec le principe d'humanité peut aussi s'appliquer à certaines formes de privation de liberté. Conformément à l'article 10 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la privation de liberté doit s'exécuter "avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine" (alinéa 1^{er}), au sein d'un système pénitentiaire comportant un "traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social" (alinéa 3). En ce sens le problème de la nature inhumaine de la condamnation à vie fait l'objet de discussions depuis plus de deux siècles³². Ce débat s'applique aussi aux très longues peines privatives de liberté. Les effets négatifs, psychologiques et

29 *Kindler c. Canada*, 1993.

30 *Charles Chitat Ng c. Canada*, 1994.

31 W. SCHABAS, "Life, Death and the Crime of Crimes. Supreme Penalties and the ICC Statute," *2 Punishment and Society*, 2, 2000, pp. 263 et s.

32 D. VAN ZYL SMIT, Life imprisonment as the ultimate penalty in International Law: A human rights perspective, *Criminal Law Forum*, 9, 1999, pp. 28 et s.

sociaux, liés à la détention de longue durée³³ – lesquels se voient sérieusement aggravés si l'on ajoute la perte de tout espoir d'une éventuelle remise en liberté et les dures conditions qui accompagnent fréquemment de telles sentences (ce qui augmente probablement le risque de suicide en prison) – peuvent convertir ces peines en une sorte de "lente torture et mutilation psychologique"³⁴. Ces effets néfastes constituent un argument de poids pour conclure à l'incompatibilité de ces peines avec le principe d'humanité. Mais la critique essentielle de l'emprisonnement à perpétuité ne porte pas sur la gravité de ces effets, dont le caractère inévitable est souvent discuté par les théoriciens même si, étant donné les conditions habituelles de détention dans la grande majorité des pays, il est difficile d'en douter, au moins dans la pratique. Sa contradiction radicale avec la dignité humaine dérive de la reconnaissance des "caractéristiques spécifiques de l'être humain"³⁵, que l'on finit par déclarer "incapable d'avoir un projet existentiel hors du crime" et auquel on conteste "non seulement la perfectibilité morale (...), mais aussi son droit élémentaire à une seconde chance dans la société, une fois purgée la condamnation méritée"³⁶.

Malgré ce qui précède, et même si certains États, comme l'Espagne, n'imposent pas la condamnation perpétuelle ou interdisent les condamnations à vie dans leurs constitutions – tel est le cas, par exemple, du Brésil (art. 5 XLVII b), de la Colombie (art. 34) ou du Portugal (art. 30.1)³⁷ – et même si les traités d'extradition l'excluent en refusant l'extradition si une telle peine peut être prononcée, la présence de la condamnation à vie se retrouve fréquemment dans

33 Ainsi, à côté des oeuvres classiques telles que celles de CLEMMER (*The Prison Community*, New York, 1958) ou GOFFMAN (*Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, 1968), C. HANEY, *Reforming Punishment: Psychological Limits to the Pains of Imprisonment*, Washington, 2006.

34 J.G. MURPHY, *Retribution, Justice and Therapy*, 1979, p. 240.

35 A. TORIO LÓPEZ, "La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes", *Poder Judicial*, 4, 1986. p. 81.

36 F. SAVATER, "Contra la cadena perpetua", *El Correo digital* (23.08.08) (<http://www.elcorreedigital.com/vizcaya/20080823/opinion/contra-cadena-perpetua-20080823.html>).

37 L'art. 30.1 de la Constitution du Portugal exclut les peines et mesures de privation ou de restriction de liberté à caractère perpétuel ou d'une durée illimitée ou non définie. Néanmoins, l'alinéa 2 de cet article autorise une prolongation successive de la privation ou de la restriction de liberté, en cas de danger provenant de troubles mentaux sérieux empêchant le traitement en milieu ouvert. La décision doit toujours être ordonnée par les autorités judiciaires.

plusieurs ordres juridiques nationaux, en particulier si l'on tient compte du fait que cette peine a remplacé, dans de nombreux cas, la peine de mort après son abolition³⁸. De plus, l'emprisonnement à vie est la peine prévue par l'article 77 du Statut de la Cour pénale internationale, en tant que peine la plus sévère pour les personnes condamnées pour les crimes mentionnés dans l'article 5 "si l'extrême gravité du crime et la situation personnelle du condamné le justifient"³⁹.

La question de la constitutionnalité de la condamnation à l'emprisonnement à perpétuité a provoqué l'intervention des plus hautes instances judiciaires de certains pays. Conformément à une opinion largement répandue dans la littérature et la jurisprudence, l'admissibilité de l'emprisonnement à vie ne devrait pas être inconditionnelle⁴⁰. Elle ne pourrait être admise qu'à la suite d'un examen attentif des conditions d'exécution, comportant la possibilité de révision par une instance indépendante respectant pleinement les droits de la défense et après un certain nombre d'années d'exécution. Telle a été, par exemple, la ligne suivie par la Cour européenne des droits de l'homme en relation avec l'emprisonnement perpétuel prononcé au Royaume-Uni⁴¹.

38 D. VAN ZYL SMIT, "Abolishing life imprisonment?", *Punishment and Society*, 2001, p. 300.

39 Pourtant, elle n'est pas directement mentionnée dans les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux de l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Ceux-ci renvoient quant à la fixation des "conditions de l'emprisonnement (...) à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux" de la Yougoslavie et du Rwanda, tenant "compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction et la situation personnelle du condamné" (art. 24 et 23 des Statuts respectifs). Même si en Yougoslavie la limite maximale de l'emprisonnement était de 20 ans (le Rwanda par contre appliquait l'emprisonnement à vie), ceci n'a pas empêché le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'admettre que l'article 24 permet une marge de flexibilité suffisante en vue de l'application de la peine d'emprisonnement à vie. Dans un sens critique, voyez D. VAN ZYL SMIT, "Life imprisonment...", op. cit., pp. 16 et s.

40 S. VERELST, "Life imprisonment and human rights in Belgium", *Human Rights Law Review*, 3-2, 2003. p. 283.

41 S. VERELST, ibidem, pp 282-283. En 1983 (*Solem v Helm*), l'absence de toute possibilité de libération conditionnelle a été aussi la raison décisive de sa considération aux Etats-Unis comme une peine disproportionnée (et, par conséquent, contraire au Huitième Amendement: peines cruelles et inusuelles). Pourtant, malgré les débats intenses et les opinions particulières au sein de la Cour suprême, l'emprisonnement à vie sans possibilité de libération conditionnelle a été considéré comme conforme à la Constitution (S. VERELST, ibidem, p. 28).

Dans une décision très importante, tant en raison de son contenu que de son impact, la Cour constitutionnelle allemande avait analysé déjà cette question en 1977 (BVerfGE 45, 187) en tenant compte de l'article 1^{er} de la Constitution allemande (inviolabilité de la dignité humaine)⁴². La Cour constitutionnelle refusa dans ce cas de qualifier, directement et par sa nature même, l'emprisonnement à vie comme une peine inhumaine, et la déclara acceptable d'un point de vue constitutionnel, mais seulement en présence de certaines conditions⁴³ et en qualifiant d'atteinte "à l'essence de la dignité humaine" le fait que "le prisonnier, malgré son évolution personnelle, doit perdre tout espoir de regagner un jour sa liberté" (BVerfGE 45, 187, 245).

En somme, dans les circonstances établies aussi par le Conseil de l'Europe en 1977⁴⁴, l'emprisonnement à vie sans aucun espoir de libération n'est pas compatible avec le principe d'humanité. Par conséquent, pour être compatible avec celui-ci, il faut que les prisonniers aient une perspective concrète et réaliste de libération potentielle, trouvant son fondement dans une législation (même restrictive)⁴⁵ de l'octroi de la liberté conditionnelle⁴⁶.

Certes, la possibilité de révision ou de libération conditionnelle après une période d'exécution effective de la peine (période de sûreté) introduit un élément important en ce qui concerne la peine de prison perpétuelle: elle facilite d'une façon significative la réponse à l'enjeu d'inconstitutionnalité auquel elle est souvent confrontée⁴⁷, particulièrement si la période de sûreté (fort différente dans les divers systèmes légaux)⁴⁸ n'excede pas 15 ans. Ceci atténue aussi les objections suscitées par l'emprisonnement à vie en raison de

42 H.M. WEBER, *Die Abschaffung der lebenslangen Freiheitsstrafe: Für eine Durchsetzung der Verfassungsanspruchs*, Baden-Baden, 1999.

43 S. VERELST, "Life imprisonment...", op. cit., pp- 280-281.

44 COUNCIL OF EUROPE, *Treatment of long-term prisoners*, Strasbourg, 1977, p. 22.

45 Aussi dans ce sens, Cour eur. D.H., *Kafkaris c. Chypre* (2008).

46 Voyez D. VAN ZYL SMIT, "Abolishing ...", op. cit., p. 299.

47 L. RODRIGUEZ RAMOS, "Constitucionalidad de la prisión perpetua", *El País*, 17 novembre 2000. http://www.elpais.com/articulo/opinion/espana/constitucion_espanola_de_1978/codigo_penal/Constitucionalidad/prision/perpetua/elpepiopi/20001117elpepiopi_14/Tes?print=1.

48 D. VAN ZYL SMIT et F. DÜNKEL (eds.), *Imprisonment Today and Tomorrow*, 2^a ed., The Hague, 2001. L'art. 110.3 du Statut de la Cour pénale internationale prévoit la révision et, le cas échéant, la réduction de l'emprisonnement à vie après 25 ans d'exécution.

l'imprécision concernant la durée de la peine, ainsi que celles relatives à la resocialisation⁴⁹. En tout cas, les problèmes criminologiques et juridiques liés aux mécanismes de révision continuent à être nombreux et importants.

En outre, quelques systèmes juridiques, qui ne prévoient pas l'emprisonnement à vie, ont introduit des peines tellement longues (accompagnées de règles destinées à assurer l'exécution complète) que la situation des délinquants condamnés à ces peines peut difficilement être distinguée des conditions auxquelles sont exposés les condamnés à un emprisonnement à vie. Tel est le cas de l'Espagne, particulièrement depuis la réforme de 2003 et l'interprétation donnée par le tribunal suprême dans son jugement du 28 février 2006 (Affaire Parot). Ce même Tribunal suprême avait néanmoins plusieurs fois reconnu que la réalisation du but constitutionnellement attribué aux peines de prison (resocialisation) "ne peut pas se produire ou s'avère très difficile (...) si la peine, dépendant des circonstances, est excessivement désespérante"⁵⁰. Toute détention pendant plus de 15 ans comporte un risque sérieux de dommage irréversible pour la personnalité du prisonnier. Pour cette raison tout emprisonnement effectif ne devrait pas dépasser cette limite temporelle. Naturellement l'adoption d'une décision législative semblable – inimaginable actuellement dans cette "société punitive"⁵¹, obsédée par l'augmentation de la durée de la peine d'emprisonnement ainsi que par son exécution complète et effective – demande aussi l'établissement de règles particulières relatives au traitement des délinquants dangereux, qui, ayant purgé leurs peines, présentent encore un risque significatif de commission d'actes criminels graves⁵². Certaines législations offrent dans ces circonstances des solutions diverses qui font l'objet, en général, de

49 D. VAN ZYL SMIT, *Taking Life Imprisonment Seriously in National and International Law*, The Hague, 2002, pp. 146 et s.

50 Jugement 1822/1994. BERISTEIN Avait déjà indiqué que "la privation de liberté d'une durée supérieure à 14 ou 15 ans est abominable" (*Derecho penal y Criminología*, Bogotá, 1986, p. 198).

51 D. GARLAND, "The Punitive Society: Penology, Criminology and the History of the Present", *The Edinburgh Law Review*, 1, 2, 1997. Aussi, J.L. DíEZ RIPOLÉS, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Jueces para la Democracia*, 49, 2004. pp. 25 et s.

52 J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, "Medidas de seguridad complementarias y acumulativas para autores peligrosos tras el cumplimiento de la pena", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 1, 2009, pp. 197 et s.

critiques très sévères de la part de la doctrine en raison de l'extension de l'intervention du système pénal au-delà de la peine prononcée, laquelle devrait être considérée comme la barrière infranchissable à toute intervention punitive dans un État respectueux des garanties et des droits individuels. Ainsi, le modèle allemand (§ 66 StGB) autorise le juge à établir dans son jugement (ou, si la dangerosité se manifeste pendant l'exécution de la peine, au terme de celle-ci), à côté d'autres mesures non privatives de liberté, une "mesure de sûreté" qui sera appliquée après l'exécution de la peine, c'est-à-dire "sans respecter ici le principe de subsidiarité"⁵³.

c) Système pénitentiaire inhumain ou dégradant

Le principe d'humanité n'est pas seulement reconnu par la nature même de certaines peines. Ce principe a aussi un impact important sur les systèmes pénitentiaires qui doivent respecter l'être humain et, par conséquent, éviter tout traitement inhumain ou dégradant. Ainsi, l'article 10.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques exige de traiter "toute personne privée de sa liberté (...) avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine". Des recommandations internationales – comme, par exemple, l'Ensemble de règles minima internationales (et les Règles pénitentiaires européennes) – constituent dans ce sens un important développement du principe d'humanité et peuvent servir de référence aux tribunaux dans la vérification de la compatibilité des cas soumis à leur examen au regard de cette disposition (ou avec l'article 3 de la Convention de Rome).

Tant le Comité des droits de l'homme que la Cour européenne des droits de l'homme ont eu plusieurs fois à connaître de plaintes concernant ces questions. La jurisprudence de la Cour – qui, avant 1998, n'avait pas jugé qu'il y avait eu une violation de l'article 3 malgré la constatation, en matière pénitentiaire, du nonrespect de certaines normes et standards internationaux⁵⁴ – a prêté, au cours des dernières années, une attention croissante aux violations de la Convention découlant de pratiques pénitentiaires discutables.

53 A.J. SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, p. 56.

54 D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Strasbourg, 1997, pp. 118 s. Seuls certains cas de détention par les services de police ou d'autres forces de sécurité avaient encouru à cette époque la censure de la Cour européenne.

Diverses décisions ont ainsi déclaré que certaines pratiques⁵⁵ et conditions d'emprisonnements⁵⁶ violent l'article 3, particulièrement en ce qui concerne certaines catégories de prisonniers, qui, en raison de leur âge, de troubles mentaux ou de maladies sérieuses, ont besoin d'une prise en charge spécifique et ne devraient pas être soumis à des pratiques disciplinaires et/ou de restriction physique sans que leur nécessité ait été vérifiée préalablement et réellement⁵⁷. Dans le même sens, la Cour a déclaré contraire à l'article 3 tant l'alimentation forcée de détenus en grève de la faim, avec l'emploi de méthodes extrêmes et sans que la nécessité thérapeutique réelle soit vérifiées⁵⁸, que les conditions de détention à l'île d'Aruba⁵⁹, ainsi que des fouilles corporelles complètes, incluant des inspections anales, effectuées après chaque visite et pendant une période de deux ans⁶⁰.

Les plus hautes cours nationales sont elles aussi en train de développer leur propre jurisprudence dans ce domaine: ainsi, par exemple en Espagne la plupart des cas de torture et de traitement

55 Enchaîner un prisonnier âgé à son lit pendant l'hospitalisation (*Henaf c. France*, 2003), rasage de la tête comme sanction disciplinaire (*Yankov c. Bulgarie*, 2003), traitement d'un toxicomane à l'heroïne avec des symptômes de syndrome, lequel finit par mourir en prison (*McGlinchey and others c. Royaume-Uni*, 2003).

56 Par exemple, et en combinaison avec d'autres circonstances, telles que la durée de la détention, l'internement dans des centres surpeuplés et insalubres (*Kalachnikov c. Russie*, 2002; *Mameova c. Russie*, 2006), en cellules de dimensions insuffisantes (*Cenbauer c. Croatie*, 2006) ou avec eau et nourriture insuffisantes (*Kadikis c. Lettonie*, 2006). Une violation de l'article 3 a, elle aussi, été déclarée dans un cas de détention provisoire exigeant du détenu que ce dernier paie pour obtenir une amélioration des conditions d'internement (*Modarca c. Moldavie*, 2007).

57 Les cas les plus importants sont: *Mouisel c. France*, 2002; *Farbtbus c. Lituanie*, 2004; *Melnik c. Ukraine*, 2006; *Rivière c. France*, 2006; *Popov c. Russie*, 2006; *Kbudobin c. Russie*, 2006; *Tarariyeva c. Russie*, 2006; *Hüseyn c. Turquie*, 2007; *Gorodnitchev c. Russie*, 2007; *Paladi c. Moldavie*, 2007; *Koutcherouk c. Ukraine*, 2007; *Yakovenko c. Ukraine*, 2007; *Dybeku c. Albanie*, 2007; *Renold c. France*, 2008; *Kotsaftis c. Grèce*, 2008.

58 *Nevmerjitski c. Ukraine*, 2005; *Ciorap c. Moldavie*, 2007. Voir aussi, *inter alia*, *Hunc c. Turquie*, 2004, concernant le traitement des prisonniers en grève de la faim avec syndrome Wernicke-Korsakoffe.

59 Isolement cellulaire pendant une période prolongée excessive et non nécessaire, plus de sept mois, dans une cellule sans protection contre le froid et détention dans un lieu où le prisonnier n'avait pas accès au plein air ou aux aires d'exercice, ayant comme conséquence de graves douleurs physiques dues aux lésions dans le dos (*Mathew c. Pays-Bas*, 2005).

60 *Frérot c. France*, 2007. Également, en ce qui concerne les fouilles corporelles des détenus, *Salah c. Pays-Bas*, *Baybasin c. Pays-Bas*, 2006.

inhumain ou dégradant analysés par le Tribunal constitutionnel sont en relation avec le contexte carcéral⁶¹.

III. PRINCIPE D'HUMANITÉ ET RESOCIALISATION

Les conséquences du principe d'humanité en milieu pénitentiaire ne se limitent pas à l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants en prison. En conformité avec l'article 10.3 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, il est généralement accepté que l'orientation "resocialisatrice" de l'exécution de la peine est un corollaire du principe d'humanité. Si ce principe oblige à une co-responsabilisation sociale avec le délinquant – lequel continue à faire partie de la société –, les institutions pénitentiaires doivent d'abord s'efforcer de réduire la stigmatisation et la séparation des détenus, naturellement liées à toute décision d'enfermement derrière les murs d'une prison. Le temps d'exécution de la peine doit aussi être mis à profit pour lutter contre la désocialisation⁶², en assimilant le plus possible la vie à l'intérieur de la prison à celle du dehors, en favorisant la communication du prisonnier avec l'extérieur et en facilitant le retour progressif du condamné à la vie en liberté.

1. Face aux multiples définitions de l'idéal resocialisateur – qui est en tout cas, ambigu⁶³ – cette perspective démocratique part du presupposé selon lequel la resocialisation pénitentiaire ne peut s'éloigner du modèle de socialisation des citoyens en

61 F. REVIRIEGO PICÓN, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2008, pp. 55 et s. Voir aussi T. MONTERO HERNANZ, "La jurisprudencia del Tribunal constitucional en materia penitenciaria (1981-2007)", *Revista General de Derecho Penal*, 9, 2008, RI § 403783.

Le tribunal a qualifié de violation de l'article 15 de la Constitution espagnole l'imposition de l'assistance médicale par la force et contre la volonté d'un détenu atteint d'une maladie sérieuse et incurable (STC 48/1996), mais a refusé de l'admettre en cas d'alimentation forcée de détenus en grève de la faim, en cas de refus du traitement progressif comportant des degrés ou de l'octroi de la libération conditionnelle, et dans des affaires concernant l'application de moyens de sécurité et de contrôle, la restriction des communications intimes, l'interdiction de l'application de traitements médicaux alternatifs et, enfin, l'isolement cellulaire. En ce qui concerne les fouilles comportant un déshabillage intégral, la prohibition a été déclarée, non en raison d'une violation de l'article 15 de la Constitution, mais par sa contrariété avec le droit à l'intimité.

62 F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, Jerez, 1985, pp. 89 et s.

63 A. GARCÍA PABLOS DE MOLINA "La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1979, p. 650.

général et doit s'appliquer dans le respect complet des droits fondamentaux, permettant aux détenus un épanouissement complet de leur personnalité⁶⁴. Le problème de la légitimité de l'intervention resocialisatrice peut ainsi être résolu grâce à la formulation du but resocialisateur d'une façon qui soit pleinement compatible avec la reconnaissance du droit constitutionnel à être différent; une des conséquences de ce but resocialisateur serait l'interdiction de subir n'importe quel traitement qui n'a pas été volontairement accepté.

La resocialisation devrait être considérée, par conséquent, comme un but de l'ensemble de l'intervention pénitentiaire⁶⁵ et non seulement comme la finalité des interventions thérapeutiques: le régime pénitentiaire doit être aussi un régime resocialisateur⁶⁶. L'abandon de l'idéal resocialisateur comporte le risque de transformer les établissements pénitentiaires en de simples dépôts d'êtres humains⁶⁷. Dès lors, l'institution pénitentiaire doit s'engager résolument, et en tout premier lieu, à favoriser l'humanisation de la prison, base indispensable de toute intervention resocialisatrice⁶⁸. En outre, à côté du renforcement des garanties individuelles des détenus et de l'ouverture de programmes importants de relations avec l'extérieur, ceci requiert prioritairement la mise en pratique d'actions efficaces et permanentes de contrôle de la surpopulation carcérale⁶⁹, source de plusieurs difficultés pour toute intervention pénitentiaire adéquate et efficace.

2. En même temps, l'orientation resocialisatrice de l'emprisonnement demande un effort particulier de recherche d'alternatives aux courtes peines de prison ou de développement de mécanismes permettant l'exécution atténuée de la privation de liberté (détention à domicile, semi-liberté, traitement intermédiaire,

64 F. BUENO ARÚS, "A propósito de la resocialización del delincuente", *Cuadernos de Política Criminal*, 25, 1985, pp. 65 et s.

65 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria", *Papers d'estudis i formació*, 12, 1993, pp. 9 et s.

66 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización", *Eguzkilore*, núm. extraordinario 2, 1989, pp. 59-63.

67 A. BERISTAIN, *Derecho Penal ...*, op. cit., pp. 194 et s.

68 H. KAUFMANN, *Principios para la reforma de la ejecución penal*, Buenos Aires, 1977, p. 47.

69 J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, "Retos principales del actual sistema penitenciario", en *Jornadas en Homenaje al XXV Aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, Madrid, 2005, pp. 134 s.

semi-détention, liberté contrôlée, arrêts de fin de semaine). Les codes pénaux utilisent la peine d'amende comme l'alternative la plus commune à l'emprisonnement. En outre, le trait caractéristique des législations contemporaines est la multiplication des possibilités de suspension conditionnelle (du procès ou du jugement) ainsi que les possibilités d'appliquer comme alternatives, des peines accessoires ou d'autres mesures restrictives de liberté, des interdictions professionnelles ou la privation ou la suspension de certains droits, l'obligation d'indemnisation des victimes, la dispense de peine, voire le pardon, ainsi que l'expulsion des délinquants étrangers qui est appliquée de façon croissante.

En tout cas, l'alternative à l'emprisonnement la plus valorisée en droit comparé réside dans le travail d'intérêt général⁷⁰. En étant privé d'une partie de son temps libre, le délinquant accepte, par le travail d'intérêt général, de développer "volontairement" une activité à contenu social positif. Le succès de la peine de travail d'intérêt général ne dépend pas, néanmoins, seulement d'une réglementation adéquate et suffisante, mais beaucoup plus de l'existence d'une "infrastructure adéquate"⁷¹, ce qui exige l'articulation d'un vaste réseau d'institutions publiques et privées, capables de maintenir une offre variée d'activités valables.

IV. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ ET LES VICTIMES

Traditionnellement, le principe d'humanité est centré sur le sujet actif de l'infraction et se présente comme un des postulats limitant le pouvoir punitif de l'État. À partir des enseignements de la victimologie, une politique criminelle inspirée par le principe d'humanité ne peut ignorer les besoins des victimes. Dépassant la perspective limitée de la victime considérée en tant que sujet passif de l'action ou du délit, le respect du principe d'humanité en droit pénal exige de faire passer les victimes "de l'oubli à la reconnaissance"⁷², en garantissant tous leurs droits, en leur reconnaissant une place au sein du système pénal et en plaçant le principe de protection des victimes au même niveau

70 J.A. BRANDÁRIZ GARCÍA, *La sanción penal de trabajos en beneficio de la comunidad*, Valencia, 2009.

71 N. SANZ MULAS, *Alternativas a la pena privativa de libertad*, Madrid, 2000, p. 350.

72 I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006.

que celui de l'interdiction des peines et traitements inhumains ou dégradants et de l'orientation resocialisatrice de la peine.

Toute politique criminelle soucieuse d'appliquer le principe d'humanité à l'égard des victimes, doit veiller au respect de leurs droits. Ceux-ci vont bien au-delà de la simple réparation civile. Les victimes doivent être traitées humainement et en pleine reconnaissance de ce que suppose juridiquement leur condition de victimes: en particulier, leur droit à l'information et à la vérité, l'accès à la justice et à la réparation. Le droit des victimes à la réparation – qui doit comprendre au moins la prévention des situations d'abandon, à côté de la restitution, de la réparation des dommages et de l'indemnisation des préjudices – ne devrait pas s'en tenir seulement au plan patrimonial. Quand l'agression atteint des biens personnels d'une certaine ampleur, on doit rechercher une réparation intégrale, incluant des mesures d'assistance et d'accompagnement, l'accès au bénéfice des aides publiques permettant de surmonter la victimisation (réhabilitation personnelle et réinsertion sociale). Pour leur part, les victimisations "de masse" (telles que la "victimisation" terroriste)⁷³ aggravent la situation, accentuent la dimension collective et augmentent la nécessité et l'urgence des actions de solidarité, de prise en charge et de réparation intégrale, ainsi que l'adoption de mesures appropriées destinées à contribuer au renforcement des droits des victimes, en particulier, la reconnaissance de leur condition de victimes, de leur droit à la vérité judiciaire et à la mémoire, à la protection face à de possibles agressions ou autres vexations ainsi que la protection de l'intimité et l'assistance aux plans physique, psychologique et à l'égard de leur famille ainsi qu'en matière d'emploi et de travail, social ...

Naturellement, le droit pénal constitue un très pauvre instrument en vue de la reconnaissance et de la garantie des droits des victimes, qui, sans préjudice de leur protection pénale effective, doivent être traitées dans le cadre d'une politique criminelle assurant l'intervention adéquate et efficace des pouvoirs publics.

En tout cas, contrairement à ceux qui considèrent que la protection de la victime doit demeurer en dehors du droit pénal, il est nécessaire d'affirmer l'importante et les répercussions de la reconnaissance du principe de protection des victimes, comme

73 A. BERISTAIN, *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*, Valencia, 2005, pp. 33 et s.

corollaire de l'axiome d'humanité. Comme l'indique Subijana Zunzunegui, la fonction de ce principe est de "garantir la plus grande protection juridique des droits des victimes dans l'ordre pénal, sans dénaturer en même temps les principes d'un droit pénal respectueux des exigences de tout État social et démocratique de droit", et au plan procédural, sans "vider les notions juridiques permettant de concevoir toute procédure comme un procès juste et idoine en vue de l'obtention d'une protection effective des droits et intérêts légitimes"⁷⁴.

Partant d'une définition adéquate de la victime, cette politique criminelle exige, au plan du droit pénal matériel,

- l'incrimination appropriée des cas de désistement, de comportement postdélictueux ou de relation particulière avec les victimes méritant un traitement privilégié, ainsi que des cas méritant un traitement aggravé en raison de l'abus d'une situation de vulnérabilité ayant provoqué l'affaiblissement significatif des mécanismes d'autoprotection des victimes;
- développer la justice "restaurative", en favorisant la médiation, en améliorant la réglementation de la responsabilité civile, en faisant de la réparation une troisième voie pénale et en orientant le contenu du travail d'intérêt général dans une perspective réparatrice à l'égard de la victime;
- et, en général, "placer les victimes au centre névralgique des sanctions pénales";⁷⁵
- en promouvant les réponses pénales orientées vers la protection des victimes, en évitant les victimisations ultérieures (telles que les interdictions particulières dans le domaine familial, les interdictions de séjour ou de rapprochement et de communication avec les victimes, ou l'organisation au profit des victimes de programmes de formation dans les domaines culturels, éducatifs, professionnels, d'éducation sexuelle ou autres);
- en permettant l'intervention, au niveau de la détermination judiciaire de la sanction pénale, des considérations relatives aux circonstances spécifiques à la victime, qui, actuellement, ne peuvent jouer qu'en ce qui concerne le jugement sur la gravité du fait délictueux; et,

74 I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio...*, op. cit., p. 23.

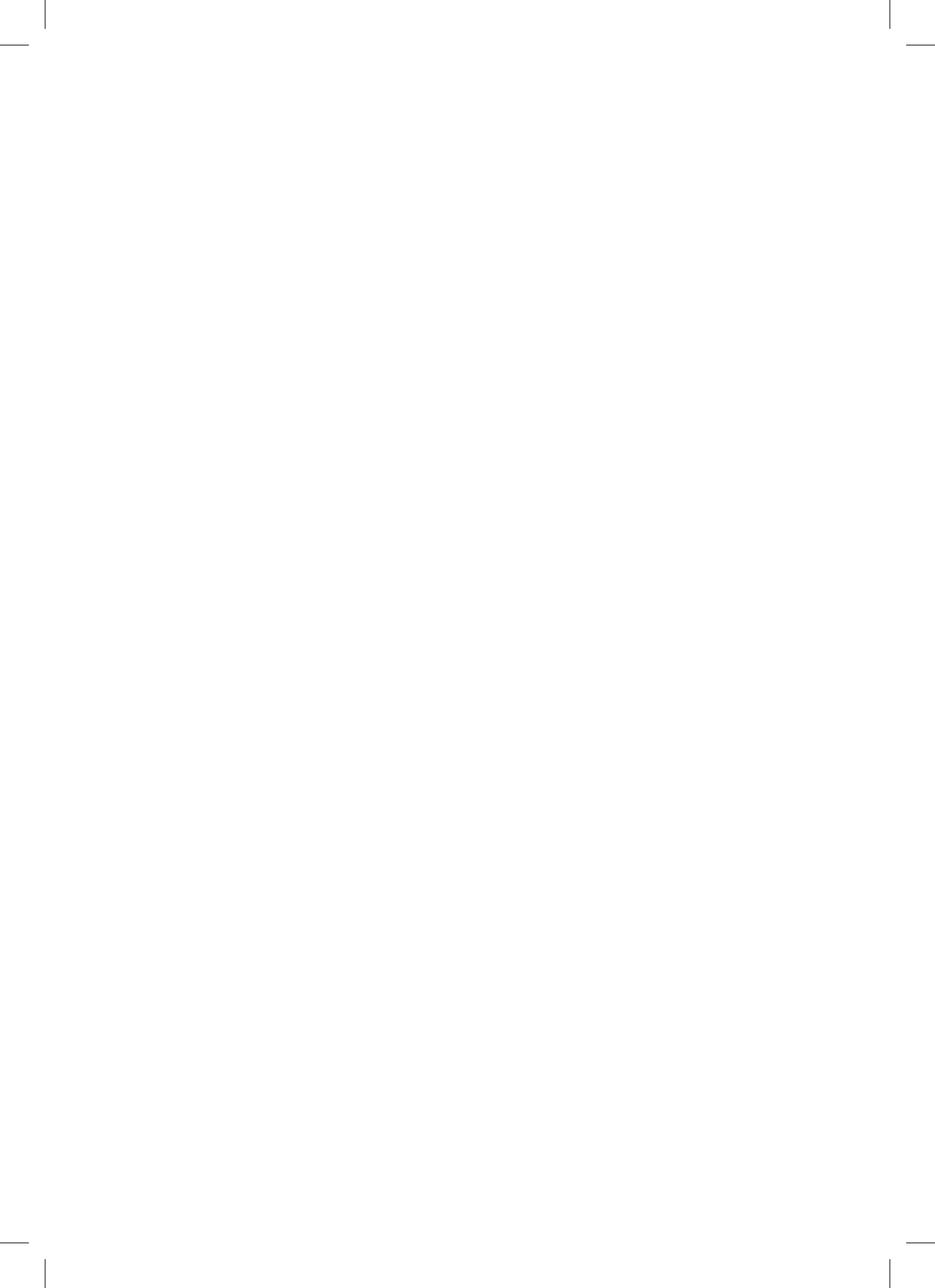
75 I.J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *ibidem*, p. 128.

- en ouvrant des espaces à la participation des victimes au niveau de l'exécution des peines's⁷⁶.

Enfin, la proposition concernant le principe *in dubio pro victima*⁷⁷ trouverait adéquatement sa place dans le cadre de la législation spécifique en matière de réparation et d'assistance aux victimes.

76 A. BERISTAIN, "Protagonismo de las víctimas en la ejecución penal (hacia un sistema penitenciario europeo)", *Actualidad penal*, 37, 200, p. 798; J. C. RIOS MARTÍN, "La mediación en la fase de ejecución del proceso penal", *Revista de Estudios Penitenciarios*, extra. 2006, pp. 169 et s.

77 A. BERISTAIN, *Protagonismo ...*, op. cit., pp. 321 et s.



DROIT DE VISITE ET PRINCIPE D'HUMANITÉ

Michel Péraldi

Sociologue, chercheur au Laboratoire méditerranéen de sociologie à la Maison méditerranéenne des sciences de l'homme, Aix-en-Provence: Parmi ses derniers ouvrages publiés: *Du cabas au conteneur*, Maisonneuve et Larose, 2001 et *La fin des Norias, réseaux migrants dans les économies marchandes en Méditerranée*, Maisonneuve et Larose, 2002.

¿L'étranger? Marchand ou voyageur, on veut bien construire des liens avec lui; *l'autre*, l'immigré, n'est toléré que parce qu'il est utile... En fermant ses frontières, l'Europe "oublie" le droit de visite au profit de la notion de sécurité intérieure. Ce que Kant dénonçait déjà en 1795.

Dans le troisième article de son "traité pour la paix perpétuelle", Emmanuel Kant¹ définit ainsi ce qu'il nomme "droit cosmopolitique": "Il est ici question non pas de philanthropie mais du droit. Hospitalité signifie donc ici le droit qu'à l'étranger, à son arrivée dans le territoire d'autrui, de ne pas y être traité en ennemi. On peut ne pas le recevoir si cela n'entraîne pas sa ruine; mais on ne doit pas se montrer hostile envers lui aussi longtemps qu'il se tient paisiblement à sa place. L'étranger ne peut invoquer un droit d'accueil – car on exigerait alors un contrat particulier de bienfaisance qui ferait de lui pour quelque temps un habitant de la maison –, mais un droit de visite, le droit qu'à tout homme de se proposer comme membre de la société, en vertu du droit de commune possession de la surface de la Terre sur laquelle, en tant que sphérique, ils ne peuvent se disperser à l'infini; il faut donc qu'ils se supportent les uns à côté des autres, personne n'ayant originairement le droit de se trouver à un endroit de la Terre plutôt qu'à un autre."

Écrit en 1795, ce texte permet d'opposer une contre-utopie vertueuse aux politiques migratoires contemporaines. Les cadres culturels comme les présupposés éthiques qui sous-tendent la position kantienne sont en effet assez éloignés de ceux qui prévalent aujourd'hui dans la plupart des pays européens. En Europe

1 E. Kant, *Projet de paix perpétuelle, esquisse philosophique*, Librairie philosophique Vrin, 2002.

aujourd'hui, on traite les étrangers à la philanthropie plutôt qu'en leur reconnaissant des droits; et en l'occurrence certainement pas un droit de visite inconditionnel, mais un "droit de résidence" accordé de manière très scrupuleuse, souvent discrétionnaire et de plus en plus sélective. Le terme même d'hospitalité a disparu depuis longtemps du vocabulaire politique lorsqu'il est question d'étranger et l'idée que le droit des étrangers puisse être dépendant d'un principe intangible de commune humanité paraît bien éloignée de la vision "ethnopolitique" – par opposition au "droit cosmopolitique" de Kant – qui domine les politiques européennes en la matière.

La question de l'étranger peut donc être pensée autrement que sur la base d'un pragmatisme technocratique: dans son rapport non pas à la "sécurité intérieure" ou à l'intégrité nationale, mais comme partie prenante des fondements culturels et philosophiques d'un "être ensemble universel" et d'un principe d'humanité. C'est tout l'intérêt de ce "vieux" texte que d'y inviter et de montrer que dans le rapport à l'étranger se joue bien autre chose qu'une affaire de frontières ouvertes ou fermées: l'établissement des codes d'une commune humanité.

Il y a d'abord une énigme anthropologique dans les couples d'opposition qui balancent la thèse défendue. Les catégories positives que fonde Kant s'appuient à mon sens sur un absent implicite qu'il vaut la peine de ramener à la vie. Si le droit de visite s'oppose au droit de résidence et si le droit de visite vaut pour l'étranger, à qui s'applique le droit de résidence? Plus fondamentalement, si le "droit" s'oppose à la philanthropie, qui fait objet de compassion philanthropique? Contrairement à l'évidence, l'absent ici ne peut être le citoyen légitime par opposition à l'étranger. Car en quoi est-il concerné par le droit de résidence et la philanthropie? Le citoyen légitime est là, maître de maison, sa légitimité n'est pas un droit accordé, disputé, mais un privilège de naissance, il est celui qui fabrique le droit, pour les autres. Supposer que sa légitimité est un "droit" serait douter, instruire et débattre de la vérité de son identité qui précisément n'est pas en doute. De même pourquoi le citoyen légitime serait-il susceptible de compassion? De quel déficit identitaire souffrirait-il qui mériterait acte de sollicitude? L'Autre de l'étranger n'est donc pas le citoyen légitime mais précisément quelqu'un sans nom, et qui, parce qu'il est porteur d'une identité nationale déficitaire, est susceptible de voir sa légitimité à être là mise en débat. Quelqu'un

enfin dont l'indignité attachée à sa position est susceptible d'être corrigée par des actes de sollicitude ou de compassion.

Pour donner visage et consistance à cet Autre absent du discours kantien, on peut constater que l'étranger de Kant est anthropologiquement sans commune mesure avec les réfugiés de Sangatte ou ceux qui, ponctuellement, viennent échouer sur les côtes espagnoles ou italiennes. Et le recours à la rhétorique kantienne frôle le procédé voire l'anachronisme, dans la mesure où l'étranger auquel se réfère Kant tient plus de l'intellectuel effectivement cosmopolite, curieux de découvrir l'Europe en ébullition de la fin du XVIII^e siècle, érudit, cultivé et socialement de rang égal à ceux qu'il visite, que des jeunes urbains désœuvrés d'Afrique, attirés comme des papillons par les lumières de l'Occident. Par contraste donc, il apparaît que la règle d'hospitalité réciproque qui fonde l'éthique kantienne n'a plus de sens au regard de la violence des inégalités structurelles qui séparent aujourd'hui les étrangers des citoyens légitimes européens.

Lorsque Kant propose d'arc-bouter la paix universelle sur le statut ou la place de l'étranger, il définit un régime d'étrangeté qui est altérité. L'étranger ici est non-citoyen, extérieur à la "maisonnée", délié des liens et des serments qui fondent la République mais avec qui il est nécessaire de construire des liens en vertu d'une règle réciproque de mobilité. L'hospitalité que lui doit le maître de maison est celle que lui rendra l'étranger si un jour les rôles et les places s'inversent. Mais cette règle d'hospitalité fondée sur l'inégalité citoyenne présuppose une égalité sociale, celle de l'échange dans la mobilité. L'étranger de Kant est le marchand métèque qu'on accueille dans l'*emporium*, à bonne distance de l'*agora*, interdit de séjour et de participation à la vie de la cité, mais accueilli le temps de l'échange et détenteur d'un droit de visite qui le met en dette.

Or il est un autre régime d'étrangeté, celui qui est infériorité radicale, celle de l'esclave ou du barbare, paradoxalement intégré à la cité mais dépourvu de droit et envers qui le citoyen est libéré de toute dette et de tout contrat.

Etranger, au sens fort du terme, il est l'absent, l'*amnésié* de l'éthique politique, celui qu'aucun droit ne couvre. Ce double régime d'étrangeté traverse le temps long des sociétés méditerranéennes et européennes, il prend figures variées, de l'esclave grec au barbare romain, des masses d'ouvriers mobiles et migrants de la première industrialisation aux travailleurs immigrés de l'ère postcoloniale. C'est à la condition de poser cette double nature de l'étrangeté et

des régimes de rapports qu'elle construit que le propos de Kant prend alors tout son sens anthropologique. Des deux figures d'étrangers, l'un est susceptible d'être traité de manière philanthropique, en vertu de cette règle qui présuppose l'inégalité et l'infériorité de celui qui en bénéficie, tandis que l'autre au contraire bénéficie d'un "vrai" droit au nom d'une commune humanité. L'un n'appartient pas à la maison mais au monde, l'autre appartient à la maison, mais comme une chose, déniée d'humanité mais affectée d'une utilité.

Ce double régime d'étrangeté a construit les sociétés européennes et méditerranéennes. Il a établi les règles de la cité inégale comme il a permis d'établir les règles d'un échange au monde. C'est parce qu'ils ont été perçus comme "étrangers", selon un régime d'altérité, que les commerçants se sont établis sur les places marchandes portuaires et ont pu bénéficier d'un "droit de visite". C'est à l'inverse parce qu'il leur fut dénié tout droit, mais une utilité, que les immigrés ont peuplé les usines. L'un, "étranger", appartient au social, aux "luttres de place" et de classement, il conquiert une dignité et un rang plutôt qu'une citoyenneté politique. L'autre, dont il faut noter par parenthèse qu'il n'a même pas de nom générique capable de passer les âges, esclave, "immigré", barbare, s'inscrit dans la "raison d'Etat", tour à tour protégé puis rejeté par la puissance publique. Il n'a d'autre ressource que d'inscrire de bout en bout son être dans le politique, sans lequel il n'a rien d'autre que son indignité comme identité, comme l'a si lucidement décrit Abelmalek Sayad². Enfin, il est toujours aux lisières et aux franges de ces mondes sociaux de l'altérité marginale que sont la pègre ou la délinquance. Condamné en quelque sorte à l'hyperconformisme ou à l'écart excessif. Invisible et dedans, dehors et signalé comme tel, stigmatisé. L'Autre étranger, au contraire, est dedans et dehors à la fois, installé dans un espace social, hospitalier précisément, au coeur de ces quartiers et de ces moeurs cosmopolites, riches justement de s'affranchir de la raison d'Etat.

Cette anthropologie se double d'une géopolitique. L'étranger est toujours la pièce avancée de réseaux commerciaux, de courants d'idées ou de réseaux d'alliances internationales. Il circule dans un monde ouvert sur des routes encombrées de marchandises, d'informations, de textes littéraires et philosophiques et surtout de flux croisés. Les marchands marseillais du XVIII^e siècle envoient

2 A. Sayad, 1999, *La Double Absence*, Seuil, coll. "Liber", 1999.

leurs enfants dans les écoles du Levant apprendre les langues commerciales, et reçoivent ceux des marchands levantins ou grecs. Elias Canetti traverse l'Europe, virtuose des langues et croisant les idées³, Lawrence Durell écrit le mythe universel de Justine dans la société cosmopolite d'Alexandrie⁴. Pour revenir brièvement à Kant, le droit de visite est un droit réciproque qui présuppose la mobilité croisée et l'intensité des échanges. L'esclave, le barbare ou l'immigré présuppose au contraire des territoires et des peuples soumis ou conquis, ramenés au rang d'inférieurs avant même de prendre pied, sous la violence et la contrainte, en terre occidentale. L'immigré porte à jamais, comme un stigmaté, la trace rédhibitoire de cette violence fondatrice qui l'institue comme inférieur de part et d'autre des mondes qu'il relie. Toute analyse qui néglige cette différence se prive de lucidité, court le risque des amalgames et se prend au piège du travail d'*ethnicisation* des différences qui ne sont en réalité que différences de régime d'étrangeté.

Dès lors l'histoire coloniale peut se lire comme le brutal effacement de rapports d'étrangeté mutuelle entre les deux rives méditerranéennes. La fin de l'hospitalité partagée qui a longtemps prévalu, avant les rêves d'expansion des puissances occidentales, dans les mondes de marins et de marchands, des passionnés d'astronomie ou des fous du désert. Des rapports d'étrangeté mutuelle qui s'effacent au profit d'autres de domination. On aboutit ainsi à la perte de substance et de consistance des enclaves, où il était possible à chacun de vivre chez l'un et l'autre en étranger selon les règles de l'hospitalité: ces "cités à la dérive" selon Stratis Tsirkas que deviendront Alexandrie ou Beyrouth, Le Caire ou Damas. L'étranger là-bas s'est fait colon, l'étranger ici s'est fait migrant, ramenant ainsi à des rapports de domination dans le politique les formes multiples et multiformes de réciprocité que l'histoire précoloniale avait tissées.

Nous sortons à peine de cette ère triste qui a tué le goût des voyages vrais, détruit les villes cosmopolites, et qui finalement, comme le disait Jacques Berque⁵, a rendu impossible tout métissage et toute créolisation entre des peuples pourtant si familiers les uns des autres. Même effondré, le rêve colonial nous a laissé en héritage un régime unique de gestion et de perception de la mobilité entre Nord et Sud méditerranéen. Quelles que soient l'origine et la raison

3 E. Canetti, *Histoire d'une jeunesse. La langue sauvée*, Albin Michel, 1977.

4 L. Durell, *Le Quatuor d'Alexandrie*, Buchet Chastel, 1968.

5 J. Berque, *Mémoire des deux rives*, Seuil, 1999.

des mouvements qui croissent aujourd'hui d'une rive à l'autre, les perceptions réciproques sont figées sur des rapports d'altérité. Malgré les cousinages et les complicités, les empires partagés, les textes et les marchandises échangées. Le Nord va au Sud en conquérant, le Sud vient au Nord tête basse, dans l'impossibilité de déverrouiller le prisme politique qui ramène tous les rapports et toutes les postures à des jeux de supériorité et d'infériorité. Quels qu'ils soient, nos rapports bord à bord sont désormais déficitaires, comme marqués d'une dette inextinguible. Nous avons les uns les autres beaucoup de mal à nous percevoir comme étrangers, au sens kantien du terme, c'est-à-dire susceptibles de réciprocité dans l'hospitalité.

Lorsqu'il se réinstalle au Maroc ou en Tunisie, l'entrepreneur français, italien ou allemand rêve aussitôt de réforme des comportements et de soumission. Il aime de très loin, comme ancrés dans l'enfance, le soleil, le piment, la douceur des jours et l'odeur du cumin, mais il est persuadé qu'on ne pense qu'à le voler et ne désire rien d'autre que de réformer ceux qui travaillent pour lui, tout leur apprendre, eux qui ne savent rien. Qui voyage en Afrique connaît bien le blues du *toubab* (qui, dit-il, "les" connaît si bien, a tant fait pour "eux", "leur" a tant appris) désespéré après tant d'années d'Afrique de se voir encore harceler dans les rues de Dakar ou d'Abidjan comme un vulgaire touriste.

Et de l'autre côté? Après les vagues migratoires postcoloniales, gérées de manière tout à la fois protectrice et disciplinaire par les firmes et l'Etat, tous les Etats ont voulu fermer les frontières. Continuités politiques et discontinuités sociales. Les frères, soeurs, cousins et cousines interdits de visite: cela même qu'on trouvait infamant de part et d'autre du mur de Berlin. Pour rester il fallait faire ici des enfants. Droit univoque de résidence. Et pour les autres a commencé l'ère du soupçon et de la compassion, exactement comme le dit Kant. On les plaint lorsqu'ils sont morts ou affamés, jetés sur les côtes par les passeurs sans scrupule, entassés sur des cargos pourris. On les soigne à peine et on les ramène "chez eux" sans essayer de savoir si, par hasard, ils ne seraient pas aussi un peu "chez eux" ici, sur cette terre où vivent quelques-uns de leurs pères, frères, cousins. L'époque, qui n'est pas à un paradoxe près, combine assez bien la compassion et la brutalité, l'humanitaire et le discrétionnaire. Ceux qui, malgré tout, passent les barbelés, sont rendus au rang d'esclaves ou de bandits. Les migrants, à l'époque du travail à la chaîne des usines Ford, si infériorisés et humiliés

qu'ils aient été, s'étaient vu au moins accorder un statut différé de citoyenneté. On leur promettait, pour plus tard, un retour digne ou bien l'égalité. Ils avaient perdu la dignité que donne implicitement le "droit de visite", rester soi-même ailleurs, mais ils avaient l'espoir de gagner dans leur vieillesse ou pour leurs enfants le droit de rester. La porte s'est fermée derrière eux. L'économie européenne moderne ne supporte même plus que l'on donne un statut social à ceux qu'elle exploite. Il lui faut des obscurs, des clandestins, vite embauchés, vite remerciés. Les technocrates les mieux intentionnés se désespèrent de ne pouvoir mettre en place une politique migratoire pour les Etats européens parce que l'industrie veut bien des bras, mais elle les veut à sa merci. Pas seulement l'industrie, qui exige des spécialistes, mais toute l'économie, des femmes de ménage aux ateliers du Sentier. L'économie moderne repart par le bas, elle remet à plat les "acquis sociaux". Au régime de l'accumulation primitive on réinvente la soif de l'or et les esclaves.

Là-bas, au plan géopolitique, on réinvente des barbaries. Notre façon de regarder l'Autre sudiste repose maintenant sur deux préambules: l'inutilité de la présence ici des "étrangers", et l'écart culturel et social qui nous sépare d'eux. Tout ceci se fait à rebours de l'ordre du monde qui tisse au contraire des continuités. Et les tisse même comme jamais, sous forme de simultanités: nous sommes capables aujourd'hui de vivre au même moment les mêmes émotions devant les mêmes *soap operas*, de porter les mêmes vêtements, de baragouiner le même anglais pidginisé pour commander les mêmes boissons fraîches, mais nous sommes incapables de nous faire une place, provisoire, de nous accorder de simples droits de visites. Nous sommes plus mobiles que jamais, capables de vivre des instants communs d'un bout à l'autre de la planète, et nous sommes incapables d'échanger trois mots sur le pas de nos portes, de partager un verre d'eau, de parler du temps, de confronter nos différences ou de plaisanter. La modernité rend possible les émotions communes, mais elle tue la conversation. La mobilité culturelle est disjointe du droit politique à la mobilité. Nous sommes culturellement mondialisés et politiquement sédentarisés. Quand bien même il le voudrait, le "maître de maison" ne peut ouvrir sa porte à qui il veut dès lors que son hôte vient de rivages dont les peuples ont été décrétés indésirables selon le droit de résidence. Le caractère univoque du régime d'altérité prive aussi les citoyens légitimes. Le droit de rendre appartient à l'Etat: je dois m'y soumettre pour honorer mes hôtes.

L'effacement des codes d'hospitalité est aussi la conséquence directe de ce trait de comportement par lequel il semble normal de considérer que le rapport à l'Autre étranger relève d'un travail policier plutôt que d'une responsabilité sociale, c'est-à-dire d'une logique d'interaction et de confrontation dans l'espace public. L'espace social dans lequel prend place l'étranger, comme le rappelait Abdelmalek Sayad, est un espace saturé d'Etat et, depuis Schengen, saturé de police, institutionnellement quadrillé. La justesse moderne des propos de Kant est de nous remettre devant le nez le fait que le rapport à l'étranger, l'autre sur le pas de la porte, devrait être une affaire de domesticité, une responsabilité de maître de maison. Tout citoyen devrait donc être responsable de qui il désire accueillir chez lui, et qui, en toute lucidité, il décide de recevoir. La "maison" de Kant se confond aujourd'hui avec l'Etat et une telle confusion nous rend dès lors dépendants d'un contrôle policier, discrétionnaire de qui peut, on non, venir nous visiter. Dans la multiplication des affaires de mariages "arrangés", de contrôle et vérifications des "certificats d'hébergement" dits de complaisance se joue quelque chose qui ne concerne pas simplement et pas seulement le "droit de visite" bafoué. Les citoyens légitimes y sont aussi dépossédés du droit imprescriptible de rendre et recevoir visite et, par simple conséquence, d'être maître chez eux des relations qu'ils entendent établir. Tous ceux qui ont été reçus sans façon sous le toit d'un étranger sur un territoire où ils sont de passage, pour y recevoir un verre d'eau ou un repas, s'asseoir un instant à la table de l'hôte, l'honorer de récits et d'échanges réciproques de civilités, mesureront ici à quel point ils sont désormais privés de ce plaisir et de ce droit. Qui donc prétend qu'ils veulent venir pour rester?

Un jeune Algérien interviewé par un journaliste français lors de la visite de Jacques Chirac en Algérie criait haut et fort la demande collective de visas. Mais il profitait du micro ouvert pour préciser qu'il ne voulait pas de visa pour quitter définitivement l'Algérie. Il voulait seulement "prendre l'air" disait-il, visiter la France et sa famille, faire des achats.

Face au raidissement des bureaucraties, à la clôture des frontières et à la banalisation de l'humiliation, les gens du Sud apprennent d'autres routes. Le corset colonial se défait par le bas. Les routes du pèlerinage se font routes commerciales, vers Istanbul, ou Dubaï plus au sud encore. Et les continuités sociales et culturelles au nord se défont au profit d'autres adhésions, d'autres cousinages

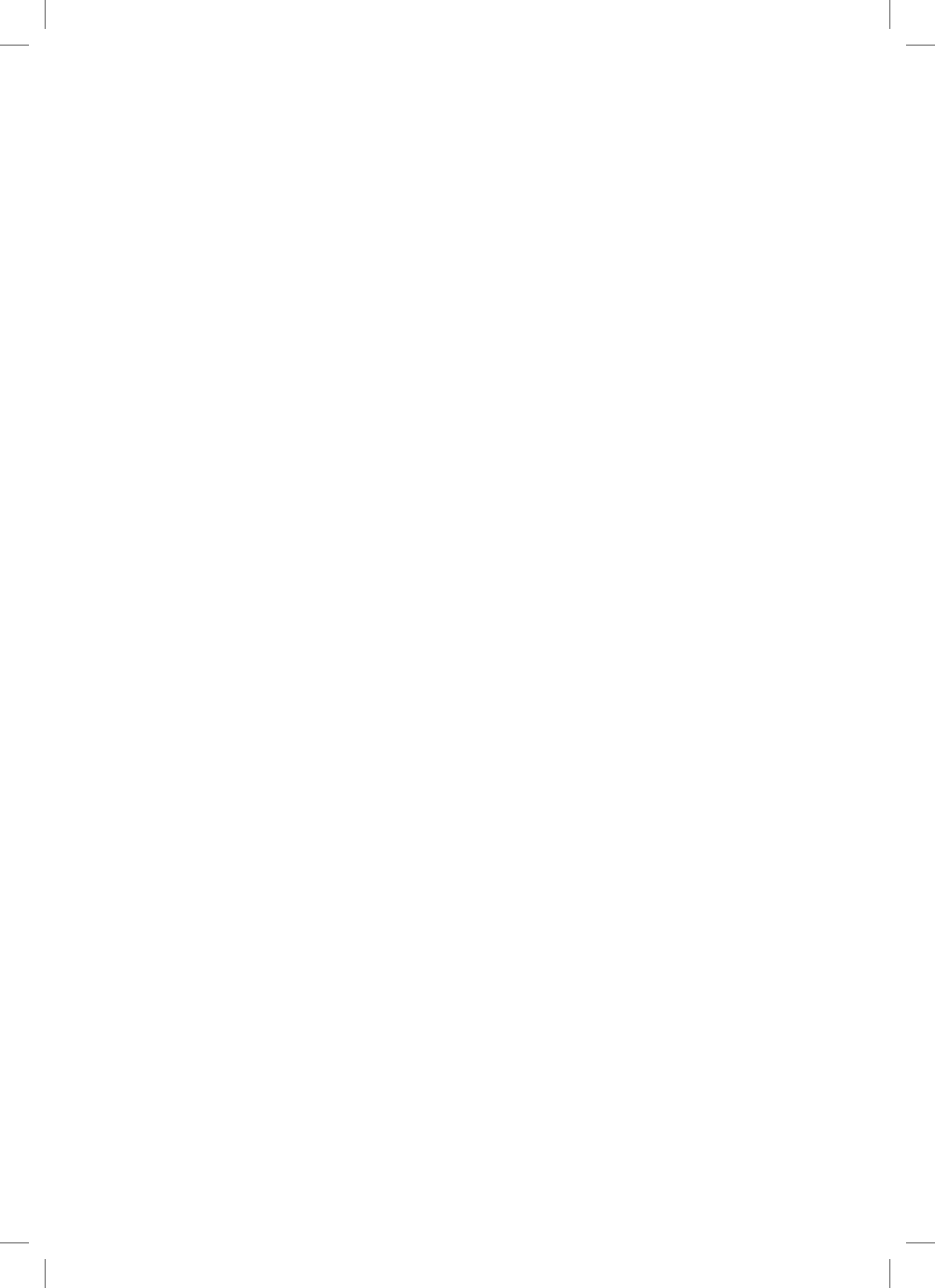
réinventés parfois de très loin, par-dessus la parenthèse coloniale. Le “retour du religieux” si scrupuleusement observé aujourd’hui par les islamologues n’est pas seulement une réaction de défense et de protection face au stigmaté et aux désignations infamantes. Il est aussi la recomposition d’échelles de voisinage à l’intérieur desquelles il est possible de faire mobilité, voyage. Les routes sont des plis culturels, fixés dans le temps long, dit James Clifford⁶. Celle qui mène aujourd’hui les voyageurs maghrébins vers Istanbul plutôt qu’à Marseille ou Paris est inscrite dans l’Islam, où Istanbul est ville sainte. La religion se réinvente en marchant. A Istanbul, l’Algérien est un étranger, ni mieux ni plus mal accueilli qu’en France, mais il dispose d’un droit de visite. Il y fait du commerce et il y est traité en client, ni plus ni moins qu’un autre. Il achète son droit de visite au consulat et se débrouille au gré des rencontres et des opportunités avec des “maîtres de maison”. Il ne trouve pas en face de lui une police omnipotente et inflexible, mais des arrangements et des conversations. Même si tout finit par des arrangements mercantiles, ce sont au moins des moments où l’on aura pu se parler, d’homme à homme, d’égal à égal. L’air d’Istanbul rend libre, comme le disait George Simmel de toutes les métropoles.

En se privant d’étrangers vrais, accueillis, l’Europe se prive d’une inscription dans la modernité mondiale à l’échelle humaine. Si du moins l’on veut bien entendre que l’échelle humaine est celle de la conversation, la clôture des frontières et le déficit des conditions “d’être Autre” par lequel l’Europe aborde ses relations aux voisins du Sud nous prive du droit fondamental de traiter pacifiquement, sur le pas de la porte, des différences et des occasions de commerce.

Revenons à Kant, pour conclure: “Si l’on compare maintenant avec cette condition la conduite inhospitalière des Etats policés, notamment des Etats commerçants de notre partie du monde, l’injustice dont ils font preuve quand ils visitent des pays et des peuples étrangers (visites qu’ils confondent d’ailleurs avec conquête) va si loin qu’on en est effrayé.”

- Michel Péraldi, “Droit de visite et principe d’humanité”, *La pensée de midi* 2003/2 (N° 10), pp. 20-30.

⁶ J. Clifford, *Routes, Travel and Translation in the Late Twentieth Century*, Harvard University Press, 1997.



LE RASOIR DE KANT

Ruwen Ogien

Directeur de recherches au CNRS; participe à des Programmes de recherches
au Département de Philosophie de l'Université de Montréal.

Certains philosophes considèrent que le principe ou, plus exactement, la méta-norme "devoir implique pouvoir" est un bon critère de sélection des théories morales¹. D'après eux, une théorie morale est incohérente si elle ne respecte pas cette méta-norme dans ses prémisses et dans l'ensemble des propositions normatives qui en sont dérivées². Pourtant, cette méta-norme est loin d'être totalement lumineuse, son interprétation correcte étant une affaire assez compliquée³. Parmi les questions qu'on se pose, à son propos, l'une des plus courantes est la suivante: qu'est-ce qui donne à cette métanorme son caractère apparemment inattaquable? Est-ce l'existence d'une relation conceptuelle entre les termes "devoir" et "pouvoir"?

Dans ce qui suit, j'essaie, d'abord, de montrer que le caractère apparemment inattaquable de la méta-norme "devoir implique pouvoir" ne provient pas de l'existence d'une relation conceptuelle entre "devoir" et "pouvoir". Ce qui lui donne ce caractère, à mon avis, c'est qu'elle est fondée sur un principe moral auquel nous ne sommes pas prêts à renoncer, un principe que j'appelle d' "humanité", lequel nous recommande de ne pas formuler des normes exigeantes au point d'être cruelles ou inhumaines.

J'essaie, ensuite, d'établir que "devoir implique pouvoir" n'est pas la seule méta-norme qui puisse servir de critère de sélection des

1 J'ai choisi "méta-norme" pour des raisons que je propose dès la première section. J'ai suivi sur ce point Tranøy, K.E., "Ought" implies "Can". A Bridge from Fact to Norm *Ratio*, 14, 1972, pp. 116-130.

2 Brown, James, "Moral Theory and the Ought-Can Principle", *Mind*, Avril 1977, pp. 206-23.

3 Williams, Bernard, "La cohérence éthique", dans *La fortune morale*, trad. J. Lelaidier, Paris, PUF, 1994, p.118. Railton, Peter, "Made in the Shade: Moral Compatibilism and the Aims of Moral Theory", *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. suppl. 21, 1995, p. 91.

théories morales. Il en existe au moins une autre qui, me semble-t-il, n'a pas reçu le degré d'attention qu'elle méritait. Il est permis de dire que c'est à elle que Kant fait référence lorsqu'il écrit: "Un commandement ordonnant à chacun de chercher à se rendre heureux serait une sottise; car on n'ordonne jamais à quelqu'un ce qu'il veut déjà inévitablement de lui-même"⁴. Cette métanorme semble exclure la possibilité de normes qui nous obligerait à chercher à obtenir ce que nous voulons de toute façon et de normes dérivées qui nous interdiraient de chercher à obtenir ce que nous ne voulons en aucun cas. À la différence de "devoir implique pouvoir", cette méta-norme n'est pas justifiée par un principe d'humanité, mais par un principe de parcimonie, lequel nous demande d'éliminer les normes superflues.

On a pris l'habitude d'appeler "rasoir d'Occam" le principe de parcimonie ontologique qui nous recommande d'éliminer les entités superflues. Dans le même esprit, j'appellerai "rasoir de Kant", le principe de parcimonie qui nous recommande d'éliminer les normes superflues, puisque c'est en référence à une citation de Kant que j'ai suggéré qu'il existait un principe de ce genre.

Généralement, c'est plutôt la méta-norme "devoir implique pouvoir" qu'on attribue à Kant⁵. Cependant, la version de cette méta-norme qui m'intéresse est celle qui correspond à l'adage "A l'impossible nul n'est tenu". Or, il y a d'assez bonnes raisons de supposer que ce que Kant a voulu dire n'a pas grand-chose à voir avec ce que l'adage signifie habituellement⁶. C'est pourquoi j'ai préféré placer Kant à l'origine du principe de parcimonie normative seulement, en dépit du fait que c'est plutôt la méta-norme "devoir implique pouvoir" qui est mise à son crédit la plupart du temps.

De toute façon, comme on pourra le constater très rapidement, l'examen qui suit n'a aucune visée exégétique. Ce n'est certainement pas une analyse fouillée des idées de Kant sur la question. Je souhaite

4 Kant, Emmanuel, *Critique de la raison pratique*, 1788, trad. Ferry, Luc et Wisman, Heinz, Paris, Gallimard, 1985, pp. 62-63.

5 Von Wright, Georg Henrik, "Ought to be-Ought to do", dans *Six Essays in Philosophical Logic. Acta Philosophica Fennica*, 60, 1996, p. 65.

6 Kant établit, semble-t-il, un lien d'équivalence entre conscience du devoir et conscience de la liberté. Cette idée peut être exprimée par l'affirmation "devoir implique pouvoir", mais non par la formulation contraposée d'après laquelle s'il y a impossibilité de remplir l'obligation, l'obligation elle-même n'existe pas. Cf., Gardiès, Jean-Louis, *L'erreur de Hume*, Paris, PUF, 1987, p. 31. Voir aussi Gardiès, Jean-Louis, "Modalités et normes", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, LXII, 4, 1976, 467.

seulement proposer quelques arguments en faveur d'une distinction entre deux modes de justification des méta-normes: le principe d'humanité et le principe de parcimonie, distinction qui est loin d'être évidente, en dépit du ton affirmatif que j'ai utilisé pour la présenter.

Pour finir, je soutiens que ces deux principes peuvent entrer en conflit.

D'un côté, le principe d'humanité nous demande de construire des théories morales qui ne sont pas trop exigeantes (c'est-à-dire d'exclure les normes cruelles ou inhumaines). D'un autre côté, le principe de parcimonie nous demande de construire des théories morales suffisamment exigeantes (c'est-à-dire, d'exclure les normes superflues, celles, en particulier, qui s'alignent sur ce que l'agent veut déjà).

Il n'est pas du tout sûr qu'il soit possible de respecter ces deux demandes à la fois dans la construction de nos théories morales. C'est sur cette note pessimiste (pour les bâtisseurs de théories) que s'achève l'article.

1. NORMES ET MÉTA-NORMES

Supposons qu'un agent de sécurité me dise: "Il est interdit de fumer dans l'enceinte du métro", et que je lui demande courageusement "Pourquoi?". Il ne serait pas très étonnant qu'il me réponde: "Parce que c'est la loi". En posant la question, j'ai, pour ainsi dire, accompli un certain travail philosophique, puisque j'ai contribué à mettre en évidence une distinction, désormais classique (bien qu'exposée à différentes objections) entre l'*énoncé normatif* "Il est interdit de fumer dans l'enceinte du métro", qui est tel parce qu'il contient une expression dite "déontique" (c'est-à-dire de permission, d'interdiction, d'obligation) et la *norme* (règle, loi, prescription, directive, recommandation etc.) dont l'existence est, selon les théories, le "fondement", la "justification", la "condition de vérité", le "sens", la "référence" etc. de l'énoncé normatif⁷.

À cette construction traditionnelle à deux niveaux, il me semble qu'il est possible d'en ajouter trois autres au moins. En effet, s'il est légitime de demander "En vertu de quoi est-il interdit de fumer dans le métro?", il ne l'est pas moins de poser la question: "Qu'est-ce qui

⁷ Von Wright, Georg Henrik, "La fondation des normes et des énoncés normatifs", *Science, Technique, Société*, 1986, pp.10-26.

vous autorise à dire que cette norme (loi, règle, etc.) existe?”. Bref, il convient peut-être de présenter la norme invoquée à l’appui de tel ou tel énoncé normatif comme un simple “candidat à l’existence” en attente d’être sélectionné selon certains critères. L’un des critères les plus intéressants, me semble-t-il, est celui que Durkheim a fortement recommandé⁸. D’après lui, c’est l’existence de sanctions qui nous autorise à inférer l’existence de normes. Ce critère nous permet de distinguer assez clairement les normes juridiques des normes sociales ou morales. Les premières (juridiques) sont rendues manifestes par l’existence de sanctions dites “organisées”, c’est-à-dire administrées par des corps définis et constitués, selon une procédure connue d’avance. Ces sanctions (des amendes aux exécutions, en passant par l’emprisonnement) sont objectives, mesurables, observables. Les secondes (sociales et morales) s’expriment dans des sanctions dites “diffuses”, c’est-à-dire administrées par chacun et par tout le monde, sans procédure définie d’avance. Ces sanctions (sarcasmes, mépris, humiliation, etc.) et les peines associées (honte, perte de l’honneur, etc.) sont plutôt subjectives, difficiles à quantifier. Il est possible, bien sûr, de contester l’usage extensif qui est fait du terme “sanction” dans cette théorie. Il est possible, aussi, de proposer des critères d’identification de l’existence de normes un peu plus sympathiques. Il serait assez raisonnable de supposer qu’à la différence des normes juridiques, qui peuvent être des obligations ou des interdictions purement extérieures (comme les lois d’une puissance militaire occupante), les normes sociales ou morales doivent être approuvées, appréciées. L’existence d’une norme ne doit pas nécessairement être inférée de l’existence de sanctions: elle peut se manifester par son pouvoir d’attraction.⁹ Quoi qu’il en soit, tous ces critères sont situés au même niveau, celui auquel les normes juridiques sociales et morales peuvent être distinguées¹⁰. Il y a, cependant, des critères

8 Durkheim, Emile, “Définition du fait moral” dans *Textes 2: Religion, morale, anomie*, Paris, Minuit, 1975, pp.257-288.

9 C’est du moins ce que j’essaie de montrer dans *Les causes et les raisons. Philosophie analytique et sciences humaines*, Nîmes, J. Chambon, 1995, pp.105-107.

10 Dans son essai non publié “Sens et normes”, que Maria-Michela Marzano-Parisoli a bien voulu me communiquer, on peut trouver une présentation très éclairante des différents critères qui servent habituellement à distinguer ces trois types de normes. Toutefois, l’article très complet et novateur d’Otto Pfersmann montre qu’il n’est vraiment pas facile de proposer des critères de distinction décisifs, ou plus exactement que les critères les plus courants ne sont pas décisifs,

plus généraux qui permettent de sélectionner, dans l'ensemble des *candidats à être des normes d'action*¹¹, qu'ils soient juridiques, sociaux, moraux, ceux qui peuvent être dits "authentiques" et de rejeter ceux qui recevront le nom peu flatteur de "pseudo-normes"¹². Le plus connu de ces critères se présente sous la forme d'une maxime disant "devoir implique pouvoir"¹³. Étant donné qu'il s'applique à tous les candidats à être des normes, il n'est pas déraisonnable de l'appeler "méta-norme".

Le rôle de ce critère dans la sélection des théories morales ne peut pas être négligé. Cette méta-norme sert, entre autres, à justifier la préférence pour certaines variétés de naturalisme moral¹⁴. Toutefois, parmi les philosophes qui exploitent la méta-norme pour justifier leur théorie, certains admettent qu'elle n'est pas une sorte de premier principe qui n'exige pas de justification (parce qu'elle serait évidente, etc.) Bref, la question "Pourquoi dites-vous "devoir implique pouvoir?" ne leur paraît pas moins légitime que "Pourquoi dites-vous qu'il est interdit de fumer dans le métro?". Enfin, "devoir implique pouvoir" n'est pas la seule méta-norme qui puisse jouer un rôle dans la sélection des théories morales. La méta-norme que j'ai attribuée à Kant, selon laquelle, il serait absurde de nous obliger à chercher à obtenir ce que nous voulons de toute façon, est dirigée contre les morales du bonheur personnel¹⁵.

la tripartition elle-même méritant d'être remise en question. Cf. Pfersmann, Otto, "Pour une typologie modale de classes de validité normative", dans, Petit, Jean-Louis, dir., *La querelle des normes. Cahiers de philosophie politique et juridique*, Presses Universitaires de Caen, 1995, pp. 69-73.

11 À distinguer, par exemple, des normes épistémiques telles que "Acceptez les propositions vraies; rejetez les propositions fausses", pour lesquelles les principes de sélection ne semblent pas être identiques (c'est une question assez complexe que je préfère laisser de côté ici).

12 Von Wright Georg Henrik, "Y a-t-il une logique des normes", dans Petit Jean-Louis, dir., *La querelle des normes.*, p. 36.

13 Dans la littérature de style analytique anglophone consacrée à cette question, cette méta-norme se présente sous la forme d'une relation entre termes ("ought" implique "can"), lorsque l'auteur veut insister leur lien logique. J'ai respecté cet usage. D'autre part, j'ai choisi "devoir" implique "pouvoir", de préférence à "devoir" suppose "pouvoir", ou "devoir, c'est pouvoir", parce que ma cible est précisément la maxime lorsqu'elle se présente comme un lien "logique" ou "conceptuel".

14 Railton, "Made in the Shade: Moral Compatibilism and the Aims of Moral Theory", pp. 105-106.

15 Cf., Kant, *Critique de la raison pratique*, pp. 58-66. Il ne serait peut-être pas impossible de montrer que la méta-norme que Kant dirige (entre autres arguments, bien sûr), contre les morales du bonheur personnel, pourrait se retourner contre

Au total, nous avons donc cinq niveaux: 1) l'énoncé normatif; 2) l'affirmation de l'existence d'une norme; 3) la justification de l'existence de normes spécifiques (juridiques, sociales, morales, etc.); 4) la sélection de l'ensemble des normes spécifiques au moyen de méta-normes; 5) la justification des méta-normes.

Bien entendu, cette image des "niveaux" est assez dangereuse car elle risque de susciter l'objection de régression infinie. Il serait probablement plus prudent de se contenter d'opposer, comme on le fait habituellement, d'une part l'énoncé normatif et, d'autre part, la norme, dont l'existence serait garantie par un ensemble de critères qui seraient considérés comme étant tous de *même niveau* (les méta-normes y compris). Mais j'insiste sur le fait qu'il ne s'agit que d'une image, que j'adopte sans m'engager sur les problèmes de régression parce qu'elle me permet de préciser que c'est à deux aspects seulement du problème des normes que je m'intéresse: les méta-normes qui s'appliquent à toutes les normes d'action et leur justification.

Par ailleurs, je tiens à souligner, que mon but n'est pas d'examiner dans tous ses détails la méta-norme "devoir implique pouvoir", à propos de laquelle une littérature assez importante existe déjà¹⁶. Je ne commence pas, comme on a pris l'habitude de le faire,

la théorie de Kant elle-même. Elle pourrait permettre d'établir, par exemple, qu'il n'existe pas de devoir de ne pas mentir, à proprement parler. Admettons, en effet, que le devoir de ne pas mentir puisse être justifié, en tant que devoir moral, par le fait que si nous voulions faire d'une maxime qui nous autorise à mentir un principe universel, nous serions inévitablement amenés à une contradiction (conceptuelle, pratique ou téléologique, selon les interprétations: Sullivan, Roger. J., *Immanuel Kant's Moral Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 167-179). Un commandement ordonnant à chacun de ne pas mentir reviendrait, en somme, à un commandement de ne pas se contredire. Mais quelle serait l'utilité d'un tel commandement? Nous cherchons "inévitablement" de nous-même à éviter de nous contredire. Un commandement de ne pas mentir, dans la mesure où il signifierait "ne pas se contredire", serait donc "une sottise" au même titre que le commandement tourné en dérision par Kant, de chercher à se rendre heureux. En développant cet argument, on pourrait, je crois, aller jusqu'à se demander si cette méta-norme ne pourrait pas servir à exclure, de façon plus générale, les théories qui essaient de justifier l'autorité de certains principes moraux en invoquant leur rationalité (quelle que soit la conception de la rationalité endossée d'ailleurs). Mais, dans l'état rustique où se trouve encore cet argument, il vaut peut-être mieux ne pas chercher à aller aussi loin.

16 Hare, Richard, M. "Ought" and "Can", dans *Freedom and Reason*, Oxford, Clarendon Press, 1963, pp. 51-66; Von Wright, Georg Henrik, *Norm and Action*, Londres, Routledge et Kegan Paul, 1963; Mavrodes, George I., "Is" and "Ought",

par recenser et discuter les différents sens de "Devoir" (prescription, recommandation, nécessité pratique, attente, prédiction etc.) et de "pouvoir" (capacité, liberté, etc.). J'emploie "devoir" au sens le plus courant dans la discussion de la méta-norme qui m'intéresse, c'est-à-dire d'obligation et "pouvoir" au sens de possibilités logiques, physiques ou psychologiques. En d'autres mots plus compliqués, je pourrais dire que j'interprète cette méta-norme comme mettant en relation la modalité déontique de l'obligation et la modalité aléthique de la possibilité.

Ce que je souhaite montrer, seulement (si je puis dire), c'est que:

- 1) "devoir implique pouvoir" n'est pas la seule méta-norme qui puisse servir de critère de sélection des théories morales. La métanorme disant "Il est inutile d'ordonner à quelqu'un ce qu'il veut" (et la méta-norme dérivée "Il est inutile d'interdire à quelqu'un ce qu'il ne veut pas") en est une autre.
- 2) si la méta-norme "devoir implique pouvoir" paraît inattaquable, ce n'est pas en raison d'une relation de dépendance conceptuelle entre "devoir" et "pouvoir", mais parce qu'elle repose sur un principe d'humanité auquel nous ne sommes pas prêts à renoncer.
- 3) la méta-norme disant qu'il est absurde d'ordonner à quelqu'un ce qu'il veut ou d'interdire à quelqu'un ce qu'il ne veut pas repose sur un tout autre principe, que j'appelle "principe de parcimonie".
- 4) ces deux principes peuvent entrer en conflit.

L'idée qu'il n'y a pas de relation de dépendance conceptuelle entre "devoir" et "pouvoir" est au centre de mon argument. Je vais, bien sûr, commencer par essayer de donner des raisons en sa faveur.

Analysis, XXV,2, 1964, pp. 42-44; Shaw, P. D., "Ought and Can", *Analysis*, XXV, 4, 1965, pp.196-197; Hintikka, Jaako, "Deontic Logic: the Philosophical Morals", *Models for Modalities*, Dordrecht, Reidel, 1969; Tranøy, "Ought" implies "Can": A Bridge from Fact to Norm"; Vermazen, Bruce, "The Logic of Practical "Ought" Sentences", *Philosophical Studies*, 32, 1977, pp.1-71; Brown, "Moral Theory and the Ought-Can Principle"; Thomas, Geoffrey, *An Introduction to Ethics*, Indianapolis, Hackett, 1993, pp. 160-162; Yaffe, G., "Ought" implies "Can" and the Principle of Alternate Possibilities", *Analysis*, 59, 3, 1999, pp.218-222; Carlson, "Oughts and Cans of Objective Consequentialism", *Utilitas*, 11, 1, 1999; Griffin, James, *Value Judgments*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 89-92. À quoi on peut ajouter: Gardiès, Jean-Louis, *L'erreur de Hume*, Paris, PUF, 1987.

2. LE PRINCIPE D'HUMANITÉ

Il existe différentes objections à l'idée qu'il existerait une sorte de relation conceptuelle entre "devoir" et "pouvoir". La plus simple pourrait s'inspirer d'une remarque de Michael Stocker.¹⁷ Il n'est pas contradictoire de penser qu'un débiteur a le devoir de payer ses dettes, même s'il n'en a pas le pouvoir. Ce qui revient à dire qu'il n'y a pas de relation de dépendance conceptuelle entre "devoir" et "pouvoir".

Cependant, parmi les raisons qui devraient nous convaincre que la relation entre "devoir" et "pouvoir" n'est pas conceptuelle, certaines sont un peu plus argumentées. Les trois principales sont les suivantes:

- 1) "devoir implique pouvoir" contredit la loi de Hume.
- 2) "devoir implique pouvoir" exclut la possibilité de conflits moraux.
- 3) "devoir implique pouvoir" exclut la possibilité de la faiblesse de la volonté.

1) "Devoir implique pouvoir" contredit la loi de Hume

La méta-norme "devoir implique pouvoir" peut être spécifiée de la façon suivante. "L'agent X ne doit faire p que s'il peut faire p". Cette formulation est en accord avec certaines de nos intuitions relatives à la responsabilité. On ne blâme pas l'agent qui ne pourrait en aucun cas faire ce qu'il était censé devoir faire (à première vue). Mais la version contraposée de cette formulation semble poser un problème à tous ceux qui admettent ce qu'on appelle la "loi de Hume". Selon cette loi, une conclusion normative ne peut pas être tirée de prémisses non normatives¹⁸. Or, la formule contraposée "Si l'agent X ne peut pas faire p, alors il ne doit pas faire p" viole manifestement la loi de Hume puisqu'une conclusion normative (l'agent ne *doit* pas) est dérivée d'une prémisse non normative (l'agent ne *peut* pas)¹⁹. Il existe deux façons d'essayer d'écartier l'objection²⁰:

17 Stocker, Michael, *Plural and Conflicting Values*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 96.

18 Thomas, *An Introduction to Ethics*, pp. 160-162.

19 J'ai choisi "non normatif" de préférence à "descriptif" ou "factuel" car, comme Mavrodes le fait justement remarquer, opposer le normatif au factuel contient le présupposé (que je ne partage pas) selon lequel les jugements normatifs ne sont pas factuels. Cf, Mavrodes, "Is" and "Ought", p. 42, note 2.

20 Thomas, *An Introduction to Ethics*, pp. 161-162.

- 1) Nier que la conclusion soit normative en soutenant, par exemple, que la négation d'une norme n'est pas une norme.
- 2) Nier que les prémisses soient non normatives en soutenant, par exemple, que "Si on ne peut pas, on ne doit pas" est un enthymème, un raisonnement dont l'une des prémisses n'a pas été formulée explicitement. Le raisonnement complet aurait l'allure suivante:

Prémisse: Si l'agent X ne peut pas faire p, il ne doit pas faire p.

Prémisse: l'agent X ne peut pas faire p.

Conclusion: l'agent X ne doit pas faire p.

Dans ce raisonnement, la prémisse majeure est normative, de sorte qu'aucune conclusion normative n'est tirée de prémisses purement non normatives.

Ni l'une ni l'autre de ces manoeuvres n'est tout à fait convaincante.

L'idée que la conclusion est non normative est parfois justifiée par une interprétation pragmatique de "devoir implique pouvoir". En fait, il ne faudrait pas dire "devoir" *implique* "pouvoir", mais "devoir" *présuppose* "pouvoir". Et, de même que l'attribution de propriétés physiques à une chose présuppose son existence, de même l'attribution de propriétés déontiques à une action (permise, obligatoire, interdite) présuppose que cette action soit possible. S'il est clair que l'action ne peut pas être accomplie, la question ne se pose pas de savoir si elle est permise, obligatoire, interdite: il ne peut tout simplement pas y avoir de norme relative à cette action²¹. Si on rejette cette interprétation pragmatique, on se retrouve avec une difficulté logique. Selon George Mavrodes, l'idée que la négation d'une norme pourrait ne pas être une norme laisse penser qu'il pourrait y avoir des énoncés normatifs dont la négation serait non normative, ce qui est plutôt bizarre²². Pourquoi "bizarre"? Supposons qu'on me demande de juger si X doit faire p. Si la négation d'une norme n'est pas une norme, il s'ensuivra que si je dis "X doit faire p", mon jugement sera normatif, et si je dis "X ne doit pas faire p", mon jugement ne sera pas normatif. C'est, en effet, bizarre. D'autre part, il faudrait pouvoir résoudre le cas complexe de la double négation. À supposer que la négation d'une norme ne soit pas une norme, qu'en est-il de la négation de cette négation? Est-elle une norme ou pas? Si

21 Shaw, "Ough and Can", pp. 196-197.

22 Mavrodes. "Is" and "Ought", p. 43.

on estime qu'elle est une norme, comme il semble naturel de le faire, on se retrouve avec la difficulté soulignée par Geoffrey Thomas²³. Il serait étrange que la négation d'une norme ne soit pas une norme alors que la double négation d'une norme est une norme. Ceux qui tiennent à l'idée que la conclusion "X ne doit pas" n'est pas normative ont le recours, semble-t-il de distinguer deux formes de négation. La négation de portée étroite de "X doit faire p" serait la norme: "X ne doit pas faire p". Mais la négation de portée large de "X doit faire p", c'est-à-dire "Il n'est pas vrai que X doit faire p", signifierait "Il n'y a pas de norme relative à p". Ils diront ensuite que, de même que la négation large d'une norme n'est pas une norme mais le constat de l'absence de toute norme, la négation de cette négation n'est pas une norme, mais le constat de l'existence d'une norme quelle qu'elle soit. Serons-nous débarrassés de la difficulté pour autant? C'est peu probable, car on ne voit pas très bien pourquoi une conclusion normative non spécifiée devrait être jugée non normative.

La seconde manœuvre est également exposée à différentes objections. La principale est la suivante. La formulation contraposée de "devoir" implique "pouvoir", est présentée comme un raisonnement dont la prémisse cachée serait la norme "Si X ne peut pas faire p, X ne doit pas faire p". L'avantage, c'est que la loi de Hume est respectée, puisque le raisonnement va du normatif au normatif. L'inconvénient, selon Mavrodes, c'est que "devoir" implique "pouvoir" n'est plus considéré comme une vérité logique ou conceptuelle. La méta-norme devient un principe du même genre que celui qui nous interdit de tuer des innocents²⁴. Il n'y a, en effet, aucune bonne raison de juger que "Si X ne peut pas faire p, X ne doit pas faire p" est une norme et que "Si X doit faire p, X peut faire p" n'en est pas une.

D'un côté, la méta-norme "devoir implique pouvoir" dans sa version contraposée ("Si on ne peut pas, on ne doit pas") est invoquée pour justifier une certaine forme de scepticisme à l'égard de la loi de Hume, c'est-à-dire de l'idée qu'il serait impossible de tirer des conclusions normatives de prémisses non normatives. D'un autre côté, la loi de Hume est invoquée pour contester le caractère inattaquable de "devoir implique pouvoir". Dans sa version contraposée, la méta-norme ne respecte pas la loi de Hume, et doit, pour cette raison, être rejetée. Mais, en réalité, tout ce que

23 Thomas, *An Introduction to Ethics*, p. 162

24 Mavrodes, "Is" and "Ought", p. 44.

les partisans de cette dernière thèse seraient susceptibles d'avoir montré, c'est qu'il existe des raisons de rejeter la méta-norme "devoir implique pouvoir", lorsqu'elle est présentée comme une sorte de vérité conceptuelle.

2) "Devoir implique pouvoir" exclut la possibilité de conflits moraux

D'après Bernard Williams, un conflit (ou un dilemme) moral peut prendre deux formes fondamentales²⁵:

- 1) Je dois faire a et je dois faire b, mais je ne peux pas faire a et b
- 2) Je dois faire c et ne pas faire c

On peut illustrer la première forme de la façon suivante²⁶. Supposons qu'après une délibération ultra rapide, j'arrive à la conclusion que je *dois* sauter à l'eau pour essayer de sauver un enfant qui est en train de se noyer à ma droite dans un lac. Admettons que le jumeau de cet enfant soit en train de se noyer dans le même lac à ma gauche mais à une distance telle que je ne puisse pas sauver les deux jumeaux à la fois. En vertu d'un principe d'impartialité, qui nous demande de traiter les cas similaires de façon similaire, s'il est vrai que je dois essayer de sauver l'un, il est vrai aussi que je dois essayer de sauver l'autre. Autrement dit, je *dois* sauver les deux. Mais c'est, évidemment, une chose que je ne *peux* pas faire. Ce genre de cas nous permet d'envisager la possibilité que "devoir" n'implique pas nécessairement "pouvoir".

Supposons, à présent, que la personne qui se noie n'est pas un enfant innocent mais un individu maléfique ayant détruit une partie de l'humanité et qui, je le sais, a manifesté l'intention d'en détruire une autre. Pour certains philosophes, il ne serait pas absurde de dire que, dans des cas de ce genre, je dois la sauver et je ne dois pas la sauver, ce que je ne peux pas faire²⁷. Ces cas illustrent la deuxième

25 Williams, "La cohérence éthique", p. 115.

26 Exemple inspiré de Barcan Marcus, Ruth, "Moral Dilemmas and Consistency", *Journal of Philosophy*, LXXVII, 3, 1980, pp. 121-136.

27 L'exemple de Lemmon, que j'ai adapté, lui-même adapté de Platon, est approximativement le suivant. Un ami vous laisse un fusil de chasse en dépôt. Vous promettez de le lui rendre dès qu'il repassera le chercher. Mais lorsque cet ami revient pour récupérer son arme, il est dans un état de totale dépression et vous craignez qu'il s'en serve pour autre chose que du gibier (sa femme, ses enfants, lui-même, etc.). Dans un cas de ce genre, dit Lemmon, on doit et on ne doit pas

forme de conflit moral. Ils semblent suggérer, eux aussi, que “devoir” n’implique pas nécessairement “pouvoir”.

L’objection qui vient assez naturellement à l’esprit, c’est que, dans les deux cas, c’est une erreur de croire qu’un devoir existe ou que le devoir soit bien celui qui est décrit. Il est permis de penser que des devoirs contradictoires (faire c et ne pas faire c) ne sont pas des devoirs du tout²⁸. D’autre part, il est tout fait raisonnable de considérer que le devoir, lorsqu’il y en a deux d’égale importance et qu’il est impossible de les respecter simultanément, n’est pas de faire les deux, mais l’un *ou* l’autre²⁹. De ceci il semble suivre que “devoir” implique “pouvoir” n’est pas menacé par les cas en question, puisque, dans le premier, il n’y a pas de devoir à proprement parler et dans le second, un “devoir” auquel correspond un “pouvoir”. Mais E. J. Lemmon est d’un avis différent. Il estime que “Je dois” et “Je ne dois pas” ne sont pas contradictoires, à proprement parler: les deux peuvent être vrais simultanément. Et, d’après lui, admettre la possibilité du conflit moral, c’est, tout simplement, reconnaître qu’un devoir et sa négation peuvent être vrais simultanément. Qu’il nous arrive d’être obligés de faire et de ne pas faire quelque chose est un “fait désolant propre à la vie humaine, mais ce n’est pas une contradiction logique³⁰”. On lui a fait remarquer, toutefois, que, même si pris en eux-mêmes, un énoncé d’obligation et sa négation ne sont pas contradictoires, ils le deviennent si on introduit “devoir” implique “pouvoir”³¹. En effet, si “devoir” implique “pouvoir”, de “Je dois” et “Je ne dois pas”, qui ne sont pas contradictoires, il suit “Je peux” et “Je ne peux pas”, qui *sont* contradictoires³². Confronté

restituer le fusil. Lemmon, E. J., “Moral Dilemmas”, *Philosophical Review*, LXXI, 2, 1962, p. 150.

28 Conee, Earl, “Why Moral Dilemmas are Impossible”, *American Philosophical Quarterly*, 26, 1989, pp. 133-141.

29 Sur les problèmes que pose cette solution dite “disjonctive”, et sur toutes sortes d’autres difficultés liées aux conflits ou aux dilemmes moraux, voir Tappolet, Christine, “Dilemmes moraux”, dans Canto-Sperber, Monique, dir., *Dictionnaire d’éthique et de philosophie morale*, 2ème éd., Paris, PUF, 1996.

30 Lemmon, “Moral Dilemmas”, p. 150.

31 *Ibid.*, note 8, p.150.

32 Ce qu’il est permis de contester. Jon Elster me propose l’objection suivante. De “Je dois” et “Je ne dois pas”, il ne suit pas “Je peux” et “Je ne peux pas”, car même si de “Je dois” il suit “Je peux” (par “devoir implique “pouvoir”), de “Je ne dois pas”, il ne suit pas “Je ne peux pas”. Je comprends l’objection ainsi: il est évident que, parmi les choses que je ne dois pas faire, il y en a que je peux faire: “Je ne dois pas” n’implique pas “Je ne peux pas”. Personnellement, ce que je tire de l’objection, c’est

à cette difficulté, Lemmon conclut qu'il est préférable de renoncer à "devoir" implique "pouvoir" plutôt qu'à l'idée qu'un devoir et sa négation peuvent être vrais simultanément (c'est-à-dire au conflit moral tel qu'il le conçoit). Cette conclusion met clairement en évidence l'alternative qui m'intéresse. Ou bien on tient à l'idée de conflit moral, mais, dans ce cas, il faut renoncer à "devoir" implique "pouvoir". Ou bien, on tient à "devoir" implique "pouvoir", mais dans ce cas il faut renoncer à l'idée de conflit moral. Ceux qui n'ont pas le goût des solutions extrêmes et veulent échapper à cette alternative qu'ils jugent peu séduisante ont le recours, semble-t-il de tenter de montrer que les conflits que Lemmon envisage, de la forme "Je dois faire c et ne pas faire c", peuvent être ramenés à des conflits de la forme "Je dois faire a" et "Je dois faire b"³³. Il ne leur reste plus ensuite qu'à proposer une solution de type disjonctif (ou bien a ou bien b) qui n'est pas incompatible avec "devoir" implique "pouvoir". Mais les solutions de type disjonctif sont plutôt celles qui nient l'existence de conflits moraux. Elles laissent donc, me semble-t-il, l'alternative en l'état. Ce qui revient à dire que Lemmon n'a probablement pas tort. On pourrait toutefois lui reprocher de jeter le bébé avec l'eau du bain. Mais le bébé peut être sauvé. À supposer, en effet, qu'il y ait des raisons de renoncer à "devoir implique pouvoir" dans sa version conceptuelle ou logique, il ne s'ensuivrait pas qu'il y aurait des raisons de la rejeter dans toutes ses versions.

3) "devoir implique pouvoir" exclut la possibilité de la faiblesse de la volonté

L'argument dit de "la faiblesse de la volonté" contient l'idée qu'il est parfaitement concevable qu'un devoir soit reconnu comme tel alors qu'il est psychologiquement impossible de le respecter³⁴. Il y a toutes sortes de cas dans lesquels nous avons l'impression que nous ne faisons pas ce que nous pensons devoir faire à cause d'une défaillance insurmontable de notre volonté (passagère ou permanente, c'est sans importance dans cette discussion). Pourtant, nous n'en tirons pas nécessairement la conclusion que le devoir n'était

que le terme "implique" dans la maxime "devoir implique pouvoir" ne doit pas être pris au sens fort ou logique, en raison de l'asymétrie entre "Je dois" et "Je peux" d'une part, "Je ne dois pas" et "Je ne peux pas", de l'autre.

33 À la suite de Bernard Williams, "La cohérence éthique", p. 117.

34 Vermazen, "The Logic of Practical "Ought" Sentences", pp. 62-63.

pas authentique. Ce qui revient à dire qu'il y a un cas, au moins, où "devoir" n'implique pas "pouvoir": le cas où "pouvoir" est pris au sens psychologique d' "avoir la volonté". Mais il est permis de soutenir que "devoir" n'implique pas "pouvoir" au sens *psychologique*. Un devoir auquel nous ne pourrions pas obéir en raison d'une défaillance insurmontable de notre volonté resterait un devoir. "Devoir" impliquerait seulement "pouvoir" au sens *logique* (un devoir qu'il serait impossible de respecter parce qu'il est contradictoire serait inauthentique) et au sens *physique* (un devoir qu'il serait impossible de respecter car il viole les lois de la nature serait inauthentique). Bref, si les impossibilités psychologiques ne sont pas prises en ligne de compte, le principe est à l'abri des objections de type "faiblesse de la volonté", mais on peut avoir des raisons de le trouver trop pauvre dans le contexte d'une discussion relative aux normes d'action. Si les impossibilités psychologiques de type "faiblesse de la volonté" sont prises en ligne de compte, le principe est intéressant, mais il est attaquant. On trouvera toujours des philosophes pour dire qu'une obligation peut être valide même si nous n'avons pas la possibilité psychologique de la respecter. Finalement, la discussion du problème dit de la "faiblesse de la volonté" nous confronte à une alternative similaire aux précédentes. Ou bien nous admettons "devoir implique pouvoir" et la possibilité de la faiblesse de la volonté, c'est-à-dire de cas dans lesquels on doit mais on ne peut pas au sens psychologique (défaillance insurmontable de la volonté) est exclue. Ou bien nous admettons la possibilité de la faiblesse de la volonté et nous devons renoncer à "devoir implique pouvoir" au sens fort de la formule, c'est-à-dire d'une relation dont la négation serait *inconcevable*.

L'ensemble des arguments dirigés contre "devoir implique pouvoir" semble bien montrer qu'il n'y a pas de lien interne ou conceptuel entre "devoir" et "pouvoir". On peut très bien concevoir des devoirs auxquels il est impossible de se conformer pour des raisons psychologiques ou parce qu'ils sont en conflit avec d'autres devoirs, mais qui restent, néanmoins, des devoirs authentiques. D'autre part, on peut penser qu'il convient de rejeter "devoir implique pouvoir" dans sa version conceptuelle parce qu'on estime qu'elle est incompatible avec la loi de Hume.

À la suite de Tranøy, il ne paraît pas illégitime de conclure que, dans notre monde au moins, il n'est pas logiquement impossible

d'exiger l'impossible³⁵. Mais, à supposer qu'il serait en effet, logiquement possible d'exiger l'impossible, il n'en résulterait pas que nous *devrions* le faire. À quoi pourrait bien ressembler un monde où l'impossible serait exigé? À un monde bizarre (pour dire le moins), cruel et inhumain (pour dire ce qu'il serait assez exactement, puisque ces normes seraient, en principe, assorties de sanctions négatives et donc de souffrances injustifiées).

À supposer, donc, que la méta-norme "devoir implique pouvoir" n'ait pas de soutien logique, elle resterait justifiée, néanmoins, par ce que j'appelle un *principe d'humanité*. "Devoir implique pouvoir" est une méta-norme qui nous enjoint d'exclure les candidats à être des normes, qui, s'ils étaient retenus, rendraient notre monde cruel ou inhumain³⁶. Si nous jugeons que "devoir implique pouvoir" est inattaquable, c'est, à mon avis, pour cette raison. En tout cas, cela ne peut pas être pour des raisons logiques, car de ce point de vue, la méta-norme est loin d'être intouchable.

D'après Tranøy, de "Si une action p est impossible, il n'est pas permis qu'elle soit obligatoire", on peut dériver "Si une action p est nécessaire, il n'est pas permis qu'elle soit interdite"³⁷. Autrement dit, de la méta-norme qui exclut d'obliger l'impossible, on peut dériver la méta-norme qui exclut d'interdire le nécessaire. J'ajouterai que ces deux méta-normes sont justifiées par le principe d'humanité. Un monde dans lequel ce qui est nécessaire (à différents points de vue: physique, psychologique, etc.) serait interdit, serait aussi cruel et inhumain qu'un monde où ce qui est impossible serait obligatoire.

Bien entendu, le principe d'humanité est plus général que la métanorme "devoir implique pouvoir". Il nous enjoint de rejeter toutes les obligations cruelles, celles que l'agent ne peut pas remplir n'étant qu'un cas particulier. Certains philosophes estiment que les devoirs d'impartialité sont cruels, mais ils pourraient très bien admettre qu'il n'est pas impossible d'y obéir. Ils diraient seulement qu'il ne *faut* pas toujours agir conformément à ce qu'ils exigent. Ils pourraient ajouter: "en vertu du principe d'humanité". Mais ce qui m'intéresse ici, ce sont les cas dans lesquels les obligations sont cruelles précisément parce qu'on ne peut pas les honorer. Par ailleurs, il n'est peut-être pas inutile d'insister sur le fait que, ce qui

35 Tranøy "Ought" Implies "Can": A Bridge from Fact to Norm", p. 122.

36 Ibid., p. 123.

37 Ibid., p. 121.

est cruel, ce n'est pas de *formuler* une obligation de faire l'impossible, mais de sanctionner ceux qui violent l'obligation³⁸. Imaginons une situation ubuesque (proche de notre actualité, en fait) dans laquelle l'obtention d'une carte de travail serait conditionnée par l'obtention d'une carte de séjour et l'obtention d'une carte de séjour par celle d'une carte de travail. Une norme exigeant l'impossible dans ces conditions (posséder une carte de séjour) serait seulement grotesque, si l'infraction à cette norme n'était pas sanctionnée par l'expulsion (ou pire, selon les cas et l'imagination du législateur).

2. LE PRINCIPE DE PARCIMONIE

Revenons au "rasoir de Kant". Ce rasoir élimine toutes les normes qui ordonnent à quelqu'un ce qu'il veut inévitablement de lui-même. Étant donné que cette méta-norme est relative à la conduite humaine, cette formule intentionnelle (en ce sens qu'elle fait référence au "vouloir" de l'agent) est préférable à d'autres qui seraient purement comportementales (telles que: "ce que l'agent *ferait* de toute façon"). De ce point de vue, la formulation kantienne est adéquate. D'un autre côté, il me semble qu'elle pourrait être débarrassée de la spécification modale: l'adverbe "inévitablement" pourrait être éliminé. On pourrait dire simplement qu'en vertu de certaines considérations *pragmatiques*, il est absurde d'ordonner à quelqu'un de faire ce qu'il veut de lui-même (qu'il le veuille "inévitablement" ou pas). Un ordre commandant à quelqu'un de faire ce qu'il veut de lui-même serait aussi absurde qu'un ordre commandant à quelqu'un de fermer la porte alors qu'elle est fermée ou de l'ouvrir alors qu'elle est ouverte.

En réalité, il existe tout un ensemble de conditions qui, si elles ne sont pas satisfaites, privent l'ordre de sa validité, si on peut dire. Il reste un ordre du point de vue sémantique, mais il n'est pas un ordre du point de vue *pragmatique*. Parmi ces conditions, il y a très

38 J'ai introduit cette précision à la suite d'un commentaire d'Otto Pfersmann (merci). Cependant, j'ai choisi de ne pas le suivre jusqu'au bout de son analyse (pour le moment). Si je l'ai bien compris, une norme qui exige l'impossible peut masquer la volonté de maltraiter systématiquement certaines personnes, volonté qui s'exprime effectivement dans des normes qui autorisent des actes de violence à l'égard de ces personnes. Mais, en tant que telle, la norme qui exige l'impossible est bel et bien dépourvue de sens, ce que je conteste d'une certaine façon puisque j'estime qu'il n'y a pas de relation conceptuelle ou logique entre "devoir" et "pouvoir". Ce que je propose ici est une tentative de compromis.

certainement celles que John Searle a mises en évidence. Un ordre d'accomplir une action est défectueux si la personne à qui il s'adresse est déjà en train de l'accomplir ou si elle s'apprête à l'accomplir tout à fait indépendamment de l'ordre³⁹. Bref, un ordre d'accomplir une action est *sans objet* si la personne à qui il s'adresse voulait ou désirait accomplir cette action.

Frankena avait proposé de traiter la méta-norme "devoir implique pouvoir" de façon pragmatique:

"devoir implique pouvoir" ne doit pas être nécessairement interprété comme une implication logique stricte. On peut soutenir, de façon plausible, que c'est une affirmation disant: a. les jugements moraux "présupposent" ou "impliquent pragmatiquement" que l'agent puisse accomplir l'action...; b. l'*objet* du jugement moral disparaît si les agents ne peuvent pas accomplir l'acte; c. il serait moralement injuste d'insister sur le fait qu'un agent doit accomplir une action certaine action, s'il est supposé ne pas pouvoir l'accomplir⁴⁰.

C'est la troisième interprétation que j'endosse ici (il serait moralement injuste...). Tout ce que je voudrais ajouter, c'est qu'elle n'est pas plausible pour la méta-norme qui nous demande d'exclure les normes qui nous obligent à faire ce que nous voulons de nous-mêmes. En quoi le fait d'obliger quelqu'un à faire ce qu'il *veut* serait-il moralement injuste? Un monde dans lequel nous serions obligés de faire ce que nous voulons ne serait pas cruel ou inhumain. Il serait seulement encombré de normes *sans objet* qu'un principe d'économie ou de parcimonie devrait, en principe, éliminer⁴¹.

39 Searle, John, *Les actes de langage. Essai de philosophie du langage* (1969), trad. H. Pauchard, Paris, Hermann, 1972, p. 101.

40 Frankena, William, "Obligation and Motivation in Recent Moral Philosophy", dans Melden, A. I., ed., *Essays in Moral Philosophy*, Seattle, University of Washington Press, 1954, p. 60

41 Je me demande, néanmoins, si des problèmes liés aux conditions de satisfaction des ordres ne risquent pas de rendre les choses un peu moins tranchées. Même si le donneur d'ordre ne fait que devancer, pour ainsi dire, le vouloir du récepteur, on peut estimer qu'il agit de façon humiliante parce qu'il ne tient pas compte du vouloir de l'agent ("Vous allez faire p, que vous le vouliez ou non!"). Jon Elster a proposé des analyses très excitantes de ces complications et d'autres, liées aux conditions de satisfaction des ordres dans Elster, Jon, *Le laboureur et ses enfants*, trad. A. Gerschenfeld, Paris, Minuit, 1986, pp. 38-46. Il pourrait en ressortir que c'est le principe d'humanité et non le principe de parcimonie qui justifie la méta-norme qui nous demande de ne pas ordonner à quelqu'un ce qu'il veut. Je ne crois

4. Deux méta-normes justifiées par le principe de parcimonie:

“Il est inutile d’ordonner à quelqu’un ce qu’il veut”,

“Il est inutile d’interdire à quelqu’un ce qu’il ne veut pas”

La méta-norme qui exclut les candidats à être des normes qui nous demandent de faire ce que nous voulons est-elle la seule que le principe de parcimonie puisse justifier? Non. En vertu des mêmes considérations pragmatiques, il existe une méta-norme qui exclut les normes qui interdisent de faire ce que nous ne voulons pas. Claude Lévi-Strauss fait implicitement appel à cette méta-norme pour ridiculiser certaines théories destinées à expliquer la prohibition de l’inceste. Selon ces théories, si l’inceste fait l’objet d’une prohibition universelle, c’est parce que les membres de l’espèce humaine ont une *répulsion naturelle* à l’égard des relations sexuelles avec les parents les plus proches. Mais, demande pertinemment Lévi-Strauss, s’il existait une répulsion naturelle à l’égard des relations sexuelles avec les parents les plus proches, à quoi servirait la règle qui l’interdit solennellement? D’après lui, “Il n’existe aucune raison de défendre ce qui, sans défense, ne risquerait point d’être exécuté⁴²”. L’idée sous-jacente, bien sûr, c’est qu’il est superflu, inutile, etc. *d’interdire ce que nous ne voulons pas*. Cependant, si le raisonnement de Lévi-Strauss était inattaquable du début à la fin, il faudrait aussi accepter celui, similaire, de Voltaire, dont l’absurdité est manifeste, qui dit,

pas, toutefois, que ces complications pourraient remettre en question l’existence de deux ordres de justification des méta-normes (humanité et parcimonie). Elles laisseraient seulement supposer que, dans certains cas, ces deux principes peuvent s’appliquer sans entrer en conflit.

42 Lévi-Strauss, Claude, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, La Haye, Mouton, 1947, p. 21. Lévi-Strauss prend en considération deux objections à son argument. La prohibition “n’est destinée qu’à des cas exceptionnels où la nature faut à sa mission” (p. 21). À cela, il répond que si l’objet de la prohibition n’était que ces cas exceptionnels, il y aurait une disproportion inexplicable entre la modestie du phénomène à réprimer et l’importance de la réglementation qui le vise, la rigueur des sanctions qui punissent sa violation. D’autre part, le suicide semble être un contre exemple, puisqu’il arrive que la loi le combatte par des sanctions multiples “bien que la tendance à la préservation soit naturelle à l’être vivant” (p. 21). À cela, Lévi-Strauss répond que si toute société interdit l’inceste, “il n’est aucune qui ne fasse sa place au suicide” (p. 22), ce qui rend la comparaison problématique à différents points de vue. On ne peut pas dire que ces réponses anéantissent les objections, mais elles suffisent, me semble-t-il, à laisser supposer qu’elles ne ruinent pas nécessairement l’ensemble du raisonnement de Lévi-Strauss.

en gros "Ce ne serait pas interdit dans la Bible si cela n'avait pas été pratiqué⁴³".

Selon Voltaire, l'invention du Décalogue ne peut pas être mise au bénéfice des juifs. Le fait qu'ils inventèrent, pour ainsi dire, les lois strictes prohibant le vol, le meurtre, le blasphème, la convoitise, témoigne tout simplement du fait que ces pratiques étaient extrêmement répandues parmi eux. Si tel n'était pas le cas, pourquoi auraient-ils promulgué ces lois?

Ce qui ne va pas, dans l'argument de Lévi-Strauss et de Voltaire, c'est (entre autres) qu'ils ne tiennent pas compte du caractère normatif du principe de parcimonie. De l'existence de normes d'interdiction, ils concluent à l'existence des actions ou des inclinations sanctionnées par ces normes. Mais ce qu'ils sont autorisés à affirmer, seulement, c'est qu'il en irait ainsi si *le principe de parcimonie était toujours respecté*. Or, même s'il existe un principe qui nous demande d'éliminer les normes superflues, *rien ne dit qu'il est toujours respecté*. Il y a toutes sortes de normes qui ne sont pas suivies bien qu'elles soient officiellement en vigueur, ou toutes sortes de normes "superflues" dérivées de normes qui ne le sont pas, qu'il serait trop coûteux d'éliminer, etc. Par ailleurs, Voltaire et Lévi-Strauss semblent supposer que l'existence de normes d'interdiction prouve l'existence *préalable* des actions ou des inclinations sanctionnées par ces normes. Mais il est permis de supposer que ces actions ou ces inclinations n'existeraient pas en *l'absence de ces normes*. Après tout, saint Paul n'avait peut-être pas eu tort d'affirmer qu'il aurait ignoré la convoitise si la Loi n'avait dit: "Tu ne convoiteras pas!"⁴⁴. Bref, de l'existence de normes d'interdiction, on ne peut pas conclure à l'existence *préalable* des actions ou des inclinations sanctionnées par ces normes sans argument supplémentaire.

Tout cela ne remet pas en question l'existence des deux méta-normes justifiées par le principe de parcimonie normative, mais

43 "On tire de la punition du coït avec les bêtes une preuve que les juifs étaient forts enclins à cette abomination" écrit Voltaire, note 1, p.181, dans *La Bible enfin expliquée*, O.C. éd. 1818. C'est Frédéric Nef qui a attiré mon attention sur cet aspect peu connu des raisonnements de Voltaire (dont on aimerait penser qu'ils ne sont qu'ironiques !). Nef, Frédéric, "Tolérance et résignation. Remarques sur l'antisémitisme de Voltaire", dans *Voltaire, Rousseau et la tolérance*, Amsterdam, Maison Descartes, 1977, pp.124-125.

44 Saint Paul, *Épître aux Romains. Épître aux galates*, Paris, Garnier-Flammarion, pp. 98-99.

seulement l'exploitation incorrecte ou abusive qui peut en être faite. Ces méta-normes peuvent être formulées de la façon suivante:

- Il est inutile d'ordonner à quelqu'un ce qu'il veut.
- Il est inutile d'interdire à quelqu'un ce qu'il ne veut pas.

Mais on pourrait probablement trouver d'autres formulations équivalentes, en raison des possibilités d'interdéfinition des expressions modales.

5. COMMENT LES PRINCIPES D'HUMANITÉ ET DE PARCIMONIE PEUVENT ENTRER EN CONFLIT

La méta-norme "devoir implique pouvoir" n'exclut, *a priori*, aucun genre d'impossibilité. Elle peut admettre des impossibilités psychologiques, aussi difficiles à établir soient-elles (les cas de faiblesse de la volonté évoqués, par exemple). Il est donc permis de soutenir que, pour qu'une norme d'obligation soit authentique, son contenu doit faire partie de l'ensemble de ce que l'agent *peut vouloir* en vertu de la méta-norme disant "devoir implique pouvoir". Il est aussi permis d'ajouter que, lorsque l'agent est arrivé au point où il veut de lui-même ce que l'obligation exige, cette dernière devient superflue en vertu de la méta-norme disant qu'il est inutile d'ordonner à quelqu'un ce qu'il veut.

Le parcours de l'obligation authentique est donc limité à la distance allant de ce que l'agent peut vouloir à ce qu'il veut effectivement⁴⁵. Tout cela peut être traduit dans un ensemble de formules indiquant l'existence d'un conflit potentiel entre les principes d'humanité et de parcimonie.

- 1) Si l'écart entre l'obligation et le vouloir est nul, l'obligation est exclue en vertu du principe de parcimonie.
- 2) Si l'écart entre l'obligation et le vouloir est trop important, l'obligation est exclue en vertu du principe d'humanité.
- 3) Si l'écart entre l'obligation et le vouloir n'est ni nul ni trop important, l'obligation est authentique (elle sert en

45 Il faudrait peut-être ajouter ici: dans la mesure où l'on endosse l'argument de Bernard Williams qui nie l'existence de raisons d'agir "externes". En effet, pour un défenseur des raisons externes, le parcours de l'obligation authentique n'est pas limité par ce que l'agent peut vouloir. Cf. Williams, Bernard, "Internal and External Reasons" dans *Moral Luck*, 1981, pp. 101-113, et l'excellente critique de Stéphane Lemaire, "Raisons internes, raisons, raisons réelles", manuscrit non publié.

fait à amener progressivement le vouloir à se conformer à l'obligation).

Mais il faut reconnaître qu'il n'est pas très facile de donner un sens stable à l'idée d'un écart ni nul ni trop important. D'où la possibilité de conflits relatifs à l'authenticité des devoirs, auxquels on ne pourrait apporter que des solutions essentiellement contestables⁴⁶.

46 Ce texte est une version remaniée d'une communication présentée au colloque de la SOPHA, en juin 2000, puis au séminaire de philosophie morale du CREA, en février 2001. Merci à Monique Canto-Sperber, Otto Pfersmann, Christine Tappolet, Daniel Weinstock et deux évaluateurs anonymes de la revue pour leurs commentaires sur la première version, ainsi qu'à Jean-Pierre Dupuy, Jon Elster, Philippe Mongin, qui ont discuté la seconde avec énergie. Merci aussi à Dominique Berlioz, Richard Glauser, Pierre Livet, Stéphane Lemaire, Maria-Michela Marzano-Parisoli, Frédéric Nef, Luca Parisoli, Peter Railton dont les remarques sur la question m'ont beaucoup aidé.

