

## L'émergence d'un droit pénal commun

### Avant-propos

Geneviève Giudicelli-Delage

#### De la première sphère à la deuxième<sup>1</sup>

Comme l'expliquait Mireille Delmas-Marty, c'est parce qu'elle était à la recherche des moyens d'ordonner les mouvements de politique criminelle qu'elle s'est intéressée à l'étude des droits de l'homme, menée à travers l'analyse de la jurisprudence des cours constitutionnelles et des cours européennes. C'est ainsi qu'est né son intérêt pour l'Europe et pour sa construction duelle (Conseil de l'Europe, Union européenne). À ses travaux sur le droit pénal et la politique criminelle (internes et comparés<sup>2</sup>) devaient dès lors succéder et s'intégrer des réflexions sur le « droit des droits de l'homme » pris comme limite pour les États, et sur la construction européenne envisagée

comme domaine de l'internationalisation. Car s'était imposé à elle le constat, fondamental pour la suite de son œuvre, que c'est la conception même de l'ordre juridique qui se trouve bouleversée par l'irruption des droits de l'homme et de la construction européenne dans le champ juridique (cela apparemment dans le plus grand désordre, les principaux repères, à commencer par la hiérarchie des normes, qui structuraient jusqu'à lors l'ordre juridique, étant durablement remis en cause).

#### Construction européenne et internationalisation du droit

À partir de 1992, ses travaux s'ordonnent ainsi autour de la recomposition consta-

727

(1) Pour rappel, la première sphère regroupe les deux premières régions de l'œuvre de Mireille Delmas-Marty (**Droit pénal et procédure pénale (I) et Politique criminelle (II)**) : v. RSC 2022. 495). La deuxième sphère (à laquelle s'attachent les contributions de ce numéro) regroupe les trois régions suivantes de son œuvre : **Europe pénale (III), Crimes internationaux (IV), Droit comparé, Chine, pays d'Islam, États-Unis (V)**.

(2) Comme la recherche comparée portant sur les principaux systèmes européens de procédure pénale, publiée, en 1995, sous le titre *Procédures pénales d'Europe* (v. les souvenirs de John Spencer, RSC 2022. 233).

tée du champ pénal, ouvrant la réflexion sur l'émergence – « possible, raisonnable, souhaitable ? »<sup>(3)</sup> – d'un droit pénal commun, régional (européen) et mondial. Elle organise des colloques, des séminaires, lance des grands projets de recherches collectives. On garde en mémoire certains des ouvrages qui leur font suite : *Procès pénal et droits de l'homme – Vers une conscience européenne* [1992], *Quelle politique pénale pour l'Europe ?* [1993], *Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal – Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne* [5 volumes Europe-Chine, 1995-1997 ; 1 volume Europe-Islam, 1999], *Le Corpus juris* [1997/2000]<sup>(4)</sup>, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe* [2003], *Les chemins de l'harmonisation pénale* [2008]. Si l'Europe y occupe une place centrale, c'est parce que Mireille Delmas-Marty y voyait « un laboratoire » dont les avancées, les replis, les échecs pouvaient servir de « repères » à une possible émergence d'un droit mondial. C'est pourquoi ces recherches n'ont jamais été closes sur le « laboratoire européen » *stricto sensu* – manière aussi de marquer que cette Europe, pas plus que les États, ne peut se refermer dans ses frontières tant physiques que juridiques –, qu'elles s'ouvrent à une Europe élargie<sup>(5)</sup>, à d'autres régions du monde<sup>(6)</sup> ou encore au droit pénal international, comme dans *Les chemins de l'harmonisation pénale*, à la suite des ouvrages fondamentaux, codirigés par Mireille Delmas-Marty et Antonio Cassese : *Crimes internationaux et juridictions internationales*, *Juridictions nationales et crimes internationaux* [2002].

Toutes ces recherches avaient donc le même objectif, interroger l'émergence

d'un droit pénal commun (par l'observation, l'analyse du champ juridique, de ses recompositions), et en tracer les possibles chemins. À condition de comprendre que ce droit commun, pour elle, ne devait pas s'entendre comme une catégorie juridique « stabilisée », à l'instar du droit interne ou du droit international, mais comme un « processus ».

Et pour atteindre cet objectif, toutes ces recherches étaient servies par la même méthode, une méthode de travail, qui dorénavant sera la sienne et qui reposait sur la combinaison de la comparaison des systèmes nationaux et de la prise en compte des normes supranationales. Pour ce faire, elle réunissait, comme le rappelle Stefano Manacorda, non seulement des spécialistes de droit pénal venant de différents pays mais aussi des chercheurs d'autres disciplines (juridiques, scientifiques, philosophiques, etc.), des professionnels qualifiés<sup>(7)</sup>. La constitution d'équipes pluridisciplinaires révélait le sentiment de Mireille Delmas-Marty qu'elles étaient seules à même de tenter de relever les défis de ces recherches, mais plus encore, peut-être, comme l'exprime parfaitement Emanuela Fronza, « la conviction très forte, qu'il faut penser le droit en le décroissant (dépasser ses frontières intérieures) et qu'il faut penser le droit au-delà du droit (dépasser ses frontières extérieures) ».

La méthode choisie avait encore pour vertu, par les études des droits nationaux, les synthèses régionales qu'elle permettait, de prendre la mesure tout à la fois des rapprochements possibles, des divergences compatibles ou incompatibles, des résistances dépassables ou non, et de poser ainsi des repères,

(3) Ce sont les trois adjectifs qui structurent son livre *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil – essais, 1998.

(4) V. sur cette recherche, les articles de John Spencer, RSC 2022. 233, et John Vervaele, RSC 2022. 237.

(5) C'est ainsi par exemple que la recherche sur *L'harmonisation des sanctions pénales* s'ouvrirait aussi à des pays candidats à leur entrée dans l'Union européenne, et également à la Suisse et à la Russie.

(6) La Chine, les pays d'Islam avec la vaste recherche *Vers des principes directeurs internationaux du droit pénal*. V. sur cette recherche, les contributions d'Ali Nadjafi, RSC 2022. 247 et de Lu Jianping, RSC 2022. 253.

(7) Ainsi qu'un petit groupe de jeunes chercheurs qui, comme Stefano Manacorda, continuent aujourd'hui le chemin qu'elle avait tracé.

certes évolutifs, pour une internationalisation du droit.

Car associer les études comparatives à l'internationalisation du droit allait au-delà de la simple méthode<sup>8</sup> et n'était pas, pour Mireille Delmas-Marty, un choix neutre. Ainsi qu'elle l'écrivait, « associer les études comparatives et l'internationalisation du droit marque une ouverture, suggère une dynamique qui perturbe la vision traditionnelle des systèmes de droit » ; ces perturbations, qui peuvent paraître pathologiques, peuvent aussi « annoncer la métamorphose de la notion même d'ordre juridique » [qui deviendrait beaucoup plus complexe dès lors que cet ordre ne s'identifierait plus aux seuls États mais pourrait s'étendre au monde]. « C'est prendre le pari d'une métamorphose au terme d'une internationalisation non hégémonique car elle ne s'imposerait pas à partir d'un seul système, mais tenterait de combiner les divers systèmes de droits nationaux entre eux et de les combiner avec les instruments juridiques internationaux. Autrement dit, c'est se placer dans une perspective pluraliste, qui favorise l'interaction plutôt que la hiérarchie, et évolutive, qui privilégie les processus transformateurs sur les concepts stabilisateurs ». Ce pari, Mireille Delmas-Marty ne cessera plus de l'approfondir, par des chemins que nous retrouverons dans la troisième et dernière sphère de son œuvre.

## Fragments d'un droit pénal commun

Les travaux de la deuxième sphère, quant à eux, ont en commun d'avoir été menés à l'orée – à « l'émergence » – du processus d'internationalisation du droit pénal. Pour s'en convaincre, il suffit

de se rappeler quelques dates : 1992, approbation du Traité de Maastricht ; 1993/1994, création des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ; 1998, adoption du Statut créant la Cour pénale internationale. Ils ont aussi en commun d'avoir été réalisés dans une période favorable à ce processus, où d'une part, se manifestait, malgré les lenteurs et les obstacles, un certain enthousiasme pour la construction européenne (plus encore « vue d'ailleurs », où « elle avait, peut-être, plus de qualités que vue de Bruxelles ou Paris », et, par là même, attirait à elle nombre de pays<sup>9</sup>), où, d'autre part, par la création et l'action de juridictions pénales internationales (dont l'une permanente), progressait l'espoir d'une juste réponse aux crimes internationaux.

Ce sont donc des travaux d'une époque. Et pourtant, ils sonnent toujours juste, parce qu'ils étaient tous précurseurs. Précurseurs, par leurs objets d'étude (les premiers pas d'une politique pénale européenne, la montée de la justice pénale internationale), objets toutefois que d'autres partageaient, même si Mireille Delmas-Marty était souvent pionnière. Précurseurs, plus encore, par l'angle d'étude qu'elle donnait à ses recherches, à savoir interroger les articulations entre droits, leurs interactions et relations, dont on ne peut que constater la très grande pertinence actuelle. C'est de tout cela que témoignent les contributions qui suivent.

Et, en tout premier lieu, celle de Stefano Manacorda. « Si l'on voulait fixer la date de naissance de cette longue saison du droit pénal communautaire, encore aujourd'hui en plein essor, ce serait précisément les 23 et 24 octobre 1992 qu'il faudrait l'identifier », soit à la date d'un colloque, organisé par Mireille

(8) Ce qui explique l'importance que Stefano Manacorda, Alessandro Bernardi, Emanuela Fronza lui accordent dans leurs contributions.

(9) Ce qui se matérialise par l'approbation, en 2002, de l'adhésion à l'Union européenne de dix nouveaux États membres.

Delmas-Marty, dont l'ouvrage *Quelle politique pénale pour l'Europe ?* restitue les travaux. Choisir cet ouvrage permettait ainsi à Stefano Manacorda de se situer en cette année 1992 qu'il considère, d'un côté comme « l'année charnière pour l'Europe » et sa politique pénale, après de longues années pendant lesquelles cette dernière était restée à l'état « embryonnaire », de l'autre comme « une année charnière », « un moment-clé » du chemin scientifique de Mireille Delmas-Marty où commencent à se mettre en place les éléments de sa réflexion sur l'internationalisation du droit pénal : en quelque sorte, choisir de se situer à une double genèse. Mais choisir cet ouvrage lui permettait encore de souligner la préscience de Mireille Delmas-Marty, qui avait, en effet, ouvert les débats à des questions, à l'époque à peine émergentes, qui, aujourd'hui, sont encore des questions fondamentales, comme la pluralité de sources, l'harmonisation pénale, la coopération entre États, et engagé l'étude de fragments d'un droit pénal européen, à travers « le renforcement des droits fondamentaux », « l'émergence d'une protection pénale des intérêts financiers communautaires », « l'esquisse de compétences communautaires », tous fragments qui depuis ont pris de l'ampleur.

C'est à l'une de ces questions fondamentales qu'a choisi de s'arrêter Alessandro Bernardi, celle de l'harmonisation pénale, en portant un regard rétrospectif sur deux recherches, auxquelles il a concouru, *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe* et *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Si la première est doublement sectorielle (l'Europe, les sanctions), si la seconde, à l'inverse, s'inscrit dans une approche de théorie générale, Alessandro Bernardi en souligne l'unité, soutenue par deux convictions de Mireille Delmas-Marty. Sa première conviction était que l'ère du relativisme absolu du droit pénal, découlant de sa dimension purement

nationale, était désormais révolue, que ce dernier devait donc « s'habituer à parler une langue commune », mais que, dès lors, ce commun posait la question de ses formes et de ses degrés. La première recherche « ouvrit la route » en s'interrogeant sur « la faisabilité, l'opportunité et la légitimité du processus d'harmonisation » (des sanctions en Europe). La seconde recherche la continua, en interrogeant les processus de coopération, d'harmonisation *stricto sensu* ou d'unification des systèmes pénaux, et en identifiant différents modèles possibles d'harmonisation. Sa seconde conviction était que, malgré la conscience qu'elle avait de ce que l'harmonisation, par essence, donne naissance à des ensembles très complexes, incomplets et incohérents (affaiblissant le formalisme, donc la prévisibilité des normes et la sécurité juridique), elle permet, seule, dans un monde devenu hypercomplexe, « de préserver une certaine autonomie des systèmes nationaux et d'éviter à la fois l'intégration pénale uniformisante (qui supprime toute diversité et implique un risque d'hégémonie) et l'absence d'intégration (qui laisse sans réponse pertinente les problèmes criminels globalisés) » ; en bref, la conviction qu'utilisée à bon escient, l'harmonisation permet de conduire à un « pluralisme ordonné » inspiré par des valeurs communes.

C'est au cœur de ces « valeurs communes » que se situe la contribution d'Emanuela Fronza, laquelle a choisi les deux ouvrages *Crimes internationaux et juridictions internationales*, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, en y adjoignant l'ouvrage *Le crime contre l'humanité* qu'elle a corédigé avec Mireille Delmas-Marty. Dans sa lecture des deux premiers livres, elle rappelle que leurs promoteurs (Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty), dans le contexte d'effervescence normative de l'époque, se proposaient d'explorer « le développement d'un droit pénal commun sur les crimes internationaux ».

Elle montre ce développement placé sous le signe de la complexité et de la transformation : complexité d'un espace juridique, où s'enchevêtrent espaces nationaux et internationaux, et que l'on ne peut assimiler à un système de droit ; d'une internationalisation qui ne se « parfait » que par des mouvements d'allers et retours entre interne et international ; transformation d'un « droit » qui, loin d'être fixe, est pris dans une « dynamique » dont les acteurs semblent devenir les juges plus que les politiques, les juges nationaux plus que les juges internationaux (confirmant ce que ces deux livres à leur manière – répartition de la matière, titres – avaient esquissé). Sa lecture de l'ouvrage sur *Le crime contre l'humanité* est marquée par la même approche, entre complexité et transformation de cette notion : complexité par les tensions entre l'universel et le relatif, car même les droits dits indérogeables ne sont pas toujours interprétés et appliqués de façon uniforme, transformation par les évolutions des droits de l'homme qui sont au cœur de la justice pénale internationale, par un glissement possible vers un humanisme d'interdépendance (interdépendance entre humains, interdépendance entre vivants humains et non-humains).

C'est exactement à ce point que se situe la contribution de Laurent Neyret, qu'il inscrit dans une lecture de ce même ouvrage, *Le crime contre l'humanité*, dont il est également l'un des coauteurs, et pour lequel il avait exploré la piste d'un nouveau crime international, celui d'écocide, sur les pas de Mireille Delmas-Marty qui en proposait la création. Et c'est dans une démarche, qui aurait pu être celle de cette dernière, que d'une part, il s'interroge sur la valeur commune qui pourrait fonder le crime international d'écocide, voyant dans « l'habitabilité du monde » une

« valeur sous-jacente protégée » qui serait à l'écocide ce que l'égale dignité humaine est au crime contre l'humanité, et d'autre part, il mobilise une dialectique « devoirs, savoirs, pouvoirs » au service de la reconnaissance internationale de ce nouveau crime et du déploiement de la justice pénale internationale à l'encontre de ses manifestations. Car la lecture de Laurent Neyret est prospective. Il s'est saisi du contexte actuel, celui de la guerre en Ukraine, (comme Mireille Delmas-Marty se saisissait toujours des contextes pour réfléchir sur l'internationalisation du droit<sup>10</sup>, comme elle l'aurait, à n'en pas douter, fait de ce conflit), pour « réveiller l'écocide ». Ce qui en dit assez de sa posture : faire sien la « devise » de Mireille Delmas-Marty, « se tenir prêt ».

### « Même si le ciel s'est assombri... »

Pour autant, se tenir prêt a-t-il encore un sens, alors que le ciel s'est assombri de tant de manières que la recherche d'un droit pénal commun paraîtrait illusoire ? Comme l'exprime, en effet, parfaitement Alessandro Bernardi, « il semble légitime de se demander si et dans quelle mesure les conclusions tirées de ces recherches » (menées dans un autre temps, que l'on pourrait, par comparaison, considéré comme faste) « restent pertinentes aujourd'hui. Aujourd'hui que la pandémie de covid-19, la guerre économique entre les superpuissances et la guerre en Ukraine ont remis en cause, chacune à sa manière, la priorité de la mondialisation sur la sécurité. Aujourd'hui, alors que la résurgence d'oppositions idéologiques favorisées par les divisions géopolitiques mine la reconnaissance de valeurs universelles, conduisant plutôt à la croyance que les valeurs dépendent de la culture qui les

(10) Y voyant parfois « la chance » d'infléchir ou d'accélérer les processus. On se souvient de cette phrase, volontairement provocatrice – au sens où Juliette Tricot entend ce terme (RSC 2022. 503) : « Et si le dérèglement climatique était une chance pour l'humanité ? ».

crée, et que chaque culture a nécessairement son propre système de valeurs comme expression de sa vision spécifique du monde. Aujourd'hui, alors que la croissance des forces souverainistes dans les pays européens tend à saper le développement des deux grandes organisations supranationales du Vieux Continent et à remettre en cause la primauté de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme. Maintenant que tout cela se produit, est-il encore possible de croire, avec la Mireille de 2008, que l'universalisation des valeurs et la mondialisation économique sont, tout comme l'harmonisation des systèmes pénaux nationaux causée principalement par ces deux facteurs, des processus « inévitables » et « irréversibles » ? ».

Mais il est clair qu'Alessandro Bernardi ne pose la question que pour pouvoir la réfuter. Que les obstacles se multiplient, que les désastres s'accumulent, qu'ils rendent plus difficile le chemin est indéniable. Comme est tout aussi indéniable la réalité d'un monde « dont les maîtres mots sont devenus l'interdépendance et la communauté de destin ». Ce qui ne laisse pas d'autre choix que de continuer le chemin vers un droit commun : résister au pessimisme donc, être en éveil, se tenir prêts, être à la hauteur.

Et pour cela, relire Mireille Delmas-Marty. Relire le dernier chapitre de son ouvrage *Trois défis pour un droit mondial*, intitulé « L'espérance d'un monde habitable ». Le texte a vingt-cinq ans, il est de la même période faste que les travaux de la deuxième sphère de son œuvre<sup>11</sup>. Et pourtant, c'est un guide pour nos jours difficiles. Tout y est. La présience des désastres possibles, la conscience que, sur le chemin de l'humanité, rien n'est continu ni irréversible. Mais aussi une plongée dans un temps long qui conduit à résister tant au pessimisme qu'au scepticisme et ouvre la

voie de l'espérance. Aujourd'hui comme hier.

*« Qu'on ne vienne pas me dire qu'en l'état actuel du monde tout cela n'est qu'utopie. Mesurons plutôt le chemin parcouru. Dans cette lente montée vers la conscience qu'on appelle l'humanisation, le temps se compte d'abord en millénaires, voire en millions d'années. Et le droit n'est somme toute qu'une idée neuve. Moins de quarante siècles nous séparent du code d'Hammourabi, deux siècles à peine des Déclarations américaine et française des droits de l'homme et cinquante ans seulement de la Déclaration universelle. »*

*Work in progress : ainsi se dénomme notre histoire. Il faut y consentir. Admettre aussi que le progrès n'est ni continu ni irréversible. Démasquer l'illusion et pressentir les désastres à venir, tel est notre héritage.*

*Et voici qu'une fois de plus, mais à une échelle jamais atteinte, résistance rime avec espérance. Car l'illusion mondialiste n'est pas se résigner au désordre du monde. Il s'agit aussi de résister au scepticisme. E pur si muove ! Et pourtant le monde bouge ! Il bouge à travers les tâtonnements, les hésitations et les erreurs. En dépit des Cassandra de tout bord, l'Europe, d'où étaient parties pendant la première moitié de ce siècle les fureurs de deux guerres mondiales, donne aujourd'hui l'image plus apaisée – malgré la Bosnie et le Kosovo – d'une lente marche vers la création d'un droit commun. Des représentants des ennemis dits héréditaires siègent désormais côte à côte dans deux assemblées parlementaires, celle du Conseil de l'Europe et celle de l'Union européenne. Des juges relevant de traditions juridiques longtemps opposées délibèrent ensemble et ont condamné tour à tour tous les États, y compris ceux dont ils sont originaires. Des gouvernements se réclamant d'idéo-*

(11) Dans sa Cartographie, Mireille Delmas-Marty avait placé cet ouvrage dans la troisième sphère de son œuvre.

logies parfois jugées irréductibles sont parvenus, à travers les crises successives, à élaborer des politiques communes, non seulement sur le plan économique [...], mais également sur celui des droits de l'homme [...]. Aujourd'hui, il existe un droit commun européen, si insuffisant soit-il, et des juridictions pour en contrôler l'application effective. On commence même à entrevoir la silhouette du citoyen européen [...].

Cet exemple n'est certes pas transposable en tous points à l'échelle mondiale. Mais il n'en reste pas moins que l'expérience du "laboratoire européen" apporte un démenti au pessimisme systématique et peut fournir d'utiles repères pour l'édification progressive d'un droit mondial.

Au demeurant, sur ce plan-là aussi, si lentes soient les évolutions, et si décevants les échecs à répétition, de premiers résultats apparaissent qui ne doivent pas être négligés tant la tâche

pouvait sembler prométhéenne. De la Déclaration universelle signée en 1948 aux deux Pactes de 1966, qui engagent juridiquement les États signataires, toujours plus nombreux, l'avancée du droit mondial s'est poursuivie [...].

Et enfin, au-delà des tribunaux *ad hoc* qui en étaient la préfiguration, l'accord obtenu pour la création d'une Cour pénale internationale, malgré tous les pronostics d'échec et nonobstant la persistante opposition de l'État le plus puissant, va permettre, pour la première fois dans l'histoire, de faire siéger dans une juridiction permanente des juges venus des cinq continents qui appliquent ensemble des principes universellement définis.

Résister au scepticisme, c'est transformer de tels fragments encore épars [...] pour ouvrir la voie d'un droit commun de l'humanité qui puisse, en conjurant les périls, préserver l'espérance d'un monde habitable ».