



Chapitre de livre

2001

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal

Roth, Robert

How to cite

ROTH, Robert. Libres propos sur la subsidiarité du droit pénal. In: Aux confins du droit : Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand. Auer, Andreas, Delley, Jean-Daniel, Hottelier, Michel & Malinverni, Giorgio (Ed.). Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 2001. p. 429–446. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46287>

LIBRES PROPOS SUR LA SUBSIDIARITÉ DU DROIT PÉNAL

ROBERT ROTH

Professeur à l'Université de Genève
Directeur du Centre de technique et d'évaluation législatives
(CETEL)

I. A La Haye, du nouveau

Le 17 octobre 2000, la République démocratique du Congo saisissait la Cour internationale de justice¹ d'une requête tendant à faire constater la «violation du principe selon lequel un Etat ne doit pas exercer son autorité sur le territoire d'un autre Etat». La requête visait un ordre d'arrestation émis par un juge d'instruction belge contre le Ministre des affaires étrangères (depuis lors devenu Ministre de l'éducation) de la République démocratique du Congo. La Belgique accepta rapidement la juridiction de la Cour et, à l'heure où ces lignes sont écrites, l'affaire suit son cours². Sauf dérivation de procédure, elle devrait permettre à la Cour de statuer pour la première fois depuis la célèbre affaire du Lotus³ sur les limites, territoriales et matérielles, de la juridiction pénale⁴. C'est dire que l'entrée dans le nouveau siècle sera marquée par un renouvellement de la doctrine (au sens anglo-saxon du terme) sur l'étendue et

¹ Affaire n° 121.

² Dans une ordonnance rendue le 8 décembre 2000, la Cour a décidé de ne pas ordonner à titre de mesure provisionnelle la levée du mandat d'arrestation du juge d'instruction belge, considérant en substance que l'existence de ce mandat ne causait pas en soi de dommage irréparable au Congo. Elle a également rejeté la demande de la Belgique tendant à ce que l'affaire soit rayée du rôle, pour le motif que la personnalité visée par le mandat n'exerçait plus les fonctions de Ministre des affaires étrangères.

³ CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, Série A, n° 10.

⁴ Sur la distinction juridiction-compétence-rattachement, on peut renvoyer au récent ouvrage de MARC HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal*, Bâle 2001, p. 12-16.

les restrictions à l'exercice de ce droit premier de l'Etat qu'est le droit de punir (ou plus précisément de poursuivre pénalement)⁵.

Les quelques propos que nous présentons ici s'inscrivent dans ce contexte de rénovation de la réflexion sur le rôle de l'Etat, réflexion menée avec originalité et talent ces trente dernières années par CHARLES-ALBERT MORAND. Dans l'esprit des travaux de notre collègue, on n'entrera pas ici en matière sur les passionnants mais terriblement complexes aspects techniques de la mise en place d'une «justice pénale internationale». Celle-ci servira de toile de fond à quelques propos tissés autour de la subsidiarité du droit pénal⁶, notion classique s'il en est, mais sur laquelle il nous a paru intéressant de projeter un regard éclairé par les développements récents, nationaux et internationaux, de la «matière répressive».

II. Subsidiarité en doctrine pénale: une étrange absence

Une (re) lecture rapide des ouvrages de doctrine générale récents de quelques pays continentaux⁷ conduit à une surprise: la quasi-absence de la notion de subsidiarité en tant que principe essentiel de droit pénal. Il faut certes ne pas tirer de l'absence de la chose celle du mot: la défense ou la promotion de l'interprétation restrictive des normes pénales relève bien d'une démarche dans laquelle les politologues verraient sans doute de la subsidiarité. Il n'en reste pas moins que la notion, si fondamentale en droit public général et plus

⁵ Cette distinction est importante, précisément au regard des obligations que le droit pénal international conventionnel impose aux Etats, en particulier en application de l'adage classique *aut dedere aut punire*, transformé graduellement en *aut dedere aut judicare* puis en *aut dedere aut prosequi*, pour tenir compte des systèmes ne connaissant pas la légalité absolue des poursuites, à l'image du droit italien (art. 112 Cst. It.) ou de certains cantons suisses, et admettant largement l'interruption des poursuites avant le renvoi en jugement.

⁶ Nous avons présenté oralement les principales thèses de cet article lors des XVII^{èmes} Journées Jean Dabin organisées à l'Université catholique de Louvain-la-Neuve, les 16 et 17 novembre 2000. Que les participants à l'«atelier» dans le cadre duquel s'est inscrit l'exposé soient ici remerciés pour leurs stimulantes remarques, en particulier son président, MICHEL VAN DE KERCHOVE, qui s'est efforcé de canaliser nos développements parfois débridés avec sa maestria habituelle.

⁷ Nous avons consulté les principaux ouvrages généraux publiés dans les pays suivants: France, Belgique, Italie et Suisse. Le cas particulier de l'Allemagne est traité dans les alinéas suivants.

encore international⁸, est *disséminée*⁹ dans la littérature pénale générale de la plupart des pays européens et ne possède pas, sur le plan des concepts, le statut de pilier du droit pénal qu'on aurait pu lui prêter.

Il faut ajouter à ce tableau une nuance de taille: la littérature du pays le plus familier d'une «jurisprudence des concepts», l'Allemagne¹⁰, accorde à la subsidiarité une place plus substantielle. Mais c'est généralement pour exposer un paradoxe, dans la lignée de l'article jalon d'ARTHUR KAUFMANN (1974)¹¹: fondement constitutionnel de la deuxième république allemande, le principe de subsidiarité est apparemment secondaire en droit pénal, même si KAUFMANN consacre, néanmoins, des pages éclairantes à ses diverses dimensions. Pourquoi ce décalage? En raison de la vocation propre (*ancillaire*, si l'on veut) du droit pénal, qui n'est pas d'établir la hiérarchie des valeurs que défend l'ordre juridique, mais de mettre en place les moyens et les conditions des valeurs essentielles retenues par ailleurs, c'est-à-dire par le politique. L'idée générale – peu originale en soi, mais c'est son caractère de principe organisateur qui est déterminant – est que le droit pénal est «la dernière ligne de défense de l'ordre juridique»¹². C'est traditionnellement dans le domaine de la protection du patrimoine que ce principe a connu le plus d'applications ou (plus encore) de tentatives d'applications¹³; depuis quelques années, l'objet s'est déplacé vers les incriminations «proclamatoires», dont la «norme pénale anti-raciste» (art. 261 bis CP) offre un exemple paradigmatique¹⁴.

⁸ On pense bien entendu avant tout à la construction européenne, articulée autour de ce principe entré dans les traités depuis Maastricht (cf. art. 5 ch. 2 Traité CE dans sa version «consolidée» par le Traité d'Amsterdam). Pour un panorama général, voir les trois ouvrages publiés à l'occasion des Journées Jean Dabin 2000 (note 6, ci-dessus): *Justice constitutionnelle et subsidiarité*; *Droit administratif et subsidiarité* et *L'Europe de la subsidiarité*, tous trois publiés à Bruxelles, 2000.

⁹ La subsidiarité est présente essentiellement dans deux secteurs particuliers: condition d'existence des faits justificatifs (cf. art. 32-34 CP) et concept d'organisation des cas de concours d'infractions ou de lois (cf. art. 68 CP).

¹⁰ Et, par ricochet, les «pays satellites» que sont la Suisse et l'Autriche (avec, pour le premier pays nommé, l'expression fréquente d'une défiance atavique à l'égard des grands concepts). Pour la Suisse, cf. les notes 13 et 14 ci-après.

¹¹ ARTHUR KAUFMANN, «Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht», in: *Festschrift Heinrich Henkel*, Berlin 1974, p. 89 ss.

¹² HANS SCHULTZ, «Abschied vom Strafrecht?», *ZStW* 92, 1980, p. 626.

¹³ Cf. URSULA CASSANI, *La protection pénale du patrimoine*, Lausanne 1988, p. 33 ss.

¹⁴ Cf. KARL-LUDWIG KUNZ, «Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung», *RPS* 116, 1998, p. 226.

Si l'on retient ici que la doctrine allemande exprime conceptuellement ce que les auteurs des autres pays admettent comme implicite, il convient maintenant de s'interroger sur les évolutions, voire les bouleversements, récents ou à venir, que la mise en place d'un «ordre juridique pénal international» entraîne.

III. Fonctions du droit pénal et fonctions de la peine à la lumière de la constitution et de l'activité des tribunaux internationaux *ad hoc*

Le 25 mai 1993, la première juridiction pénale internationale depuis la dissolution des tribunaux spéciaux de Nuremberg et de Tokyo était mise sur pied. Son cadre juridique est bien connu, tout autant que les événements dramatiques qui ont conduit la «communauté internationale» à franchir ce pas important: le Tribunal de la Haye, pour «juger les personnes présumées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie», a été créé par une Résolution du Conseil de sécurité prise en application du Titre VII de la Charte des Nations Unies¹⁵. Il s'agit donc, dans l'esprit des promoteurs du Tribunal, d'un instrument de promotion de la paix et de la sécurité. Ce qui nous retiendra quelques instants ici est exclusivement l'impact de cette initiative, complétée trois ans plus tard par la création du deuxième Tribunal international sur le Rwanda¹⁶ et neuf ans plus tard par celle du Tribunal spécial sur la Sierra Leone¹⁷, sur les *représentations* de la fonction du droit pénal et de la peine.

a. On a rappelé cette évidence dès les premières lignes de cet exposé: le droit de punir est un fondement de l'Etat et une condition première de sa pérennité; de ce fait, le droit pénal est associé à la stabilité, à la durée. Or, voici que la communauté internationale élabore des institutions pénales à caractère *éphémère*: il était bien établi, au moment de la constitution du Tribunal de La Haye, que cette juridiction serait dissoute si son activité, voire sa seule existence, mettait en péril l'intérêt supérieur au nom duquel il avait été

¹⁵ Résolution n° 827 (1993) du Conseil de sécurité.

¹⁶ Résolution n° 955 (1994) du Conseil de sécurité, du 8 novembre 1994.

¹⁷ Résolution n° 1315 (2000) du Conseil de sécurité, du 14 août 2000. Voir également le rapport du Secrétaire général du 4 octobre 2000, doc. S/2000/915.

constitué, à savoir la paix et la stabilité dans l'ex-Yougoslavie. Quel contraste avec l'image traditionnelle d'une discipline et d'une activité juridictionnelle associées à la stabilité! Voilà que la communauté internationale (s')avouait que l'activité de poursuite et de jugement pénaux pouvait menacer la stabilité et l'ordre. Dans une formule traditionnelle, le Tribunal fédéral suisse énonce que le droit pénal a pour objectif le «rétablissement de l'ordre social troublé par le délit»¹⁸. Ici, les termes pouvaient (hypothétiquement) être renversés, et le rétablissement de l'ordre social pouvait (peut toujours, même si l'hypothèse devient chaque jour moins vraisemblable¹⁹) passer par l'amputation du bras pénal. Ce renversement ne donnera certainement pas un second souffle à un abolitionnisme (du droit pénal) complètement passé de saison. En revanche, il peut, avec d'autres facteurs convergents ou divergents que nous allons maintenant examiner, accélérer la remise en question permanente de l'utilité d'incriminations ou de types d'interventions. L'effet ne serait pas négligeable à une époque d'humeur au surplus plutôt conservatrice.

b. Une fois les tribunaux constitués, il leur reste à remplir la mission d'une juridiction pénale, à savoir soit déclarer coupable et punir, soit acquitter. Nous n'entrerons pas ici dans le débat, à vrai dire quelque peu surréaliste, engagé par certains spécialistes et acteurs des tribunaux *ad hoc*, selon lesquels ce que «fabriqueraient» ces juridictions ne serait pas du droit pénal au sens où on l'entend généralement, mais «autre chose»²⁰. Il suffit de revenir

¹⁸ ATF 73 IV 172; le Tribunal fédéral ajoute: «Il ne tend pas à réparer le dommage causé à la victime». Phrase encore valide quant au principe général qu'elle énonce, mais qu'il convient de relativiser au regard des dispositifs de réhabilitation des victimes, cf. ci-après ch. VI.

¹⁹ Une nouvelle étape a été franchie dans la consolidation des Tribunaux *ad hoc*, avec la Résolution du Conseil de sécurité n° 1329 (2000), du 30 novembre 2000, qui réaffirme la nécessité de l'action des Tribunaux et renforce (modestement) leurs moyens en personnel.

²⁰ A ce sujet, la controverse parmi les juges de la Chambre d'appel dans le cadre de l'affaire *Erdemovic* (arrêt du 7 octobre 1997 dans l'affaire UIT-96-22-A) marque un jalon essentiel. Le juge CASSESE s'en prend vivement, dans son opinion dissidente, à la position de la majorité de la Cour, explicitée dans l'opinion séparée et convergente des juges McDONALD et VORAH, selon laquelle une question qui est pourtant de pur droit pénal, celle de l'état de nécessité et de la contrainte absolue – notions que le *common law* regroupe dans la notion de *duress* – peut et même doit, en l'absence d'une règle reconnue de manière incontestée par les droits nationaux, faire l'objet d'un «*policy-directed choice*» et reposer sur des «*considerations of social and economic policy*» (opinion CASSESE, par. 49). Témoigne de la confusion du débat le paragraphe à notre sens quasi incompréhensible que l'on peut lire dans l'ouvrage par ailleurs excellent de HERVÉ ASCENSIO/EMMANUEL DECAUX/ALAIN PELLET (éd.), *Droit international pénal*, Paris 2000, ch. 5, par. 4 lit. C.

aux classiques pour se rappeler cette évidence que «le langage de la vérité est uniforme et simple: mêmes idées, mêmes termes», et qu'il ne faut par conséquent jamais «mettre le langage en opposition avec lui-même»²¹. Ce sont donc bien des sanctions pénales qui sont prononcées à La Haye et à Arusha, comme à Genève ou à Paris²². Dès lors a dû se poser une question devenue *routinière* devant nos tribunaux: *à quoi sert la sanction pénale?*

Un bilan, tout à fait provisoire²³, peut être tiré des premières décisions au fond rendues par les tribunaux *ad hoc*.

Bien entendu, il s'agit pour ces Tribunaux non pas d'*inventer*, mais de *hiérarchiser*. On n'attend pas d'eux de nouvelles réponses aux interrogations traditionnelles sur les fonctions de la peine, mais une nouvelle organisation de ces fonctions.

Le premier élément tient sans doute aux conditions mêmes de création des instances. Comme on l'a rappelé, ces tribunaux ont un but, un *telos*, et il faut que la peine se conforme à ce but: la première caractéristique du *sentencing* des tribunaux *ad hoc* tient sans doute à ce qu'il (ne) prononce (que) des peines *téléologiques*²⁴.

²¹ JEREMY BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Paris 1820, vol. I, p. 48 et 47.

²² Caractère pénal renforcé par les développements très substantiels de plusieurs décisions clés (arrêt de la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic* sur l'exception préjudicielle d'incompétence, du 2 octobre 1995 IT-94-1-AR72 par. 128-136; jugement de la première Chambre dans l'affaire *Akayesu*, du 2 septembre 1998 ICTR-96-4-T par. 611-617) à propos de la reconnaissance de la responsabilité pénale individuelle en droit international pénal.

²³ Provisoire car, comme le remarque à juste titre PIERRE HAZAN, *La justice face à la guerre*, Paris 2000, p. 255, il y a eu un «processus de tâtonnement [...] dans la fixation des peines». L'exposé le plus cohérent, à ce jour et à notre connaissance, se lit dans le jugement de la Chambre rendu dans l'affaire dite *Celebici* (IT-96-21), le 16 novembre 1998. Pour une analyse, voir KAI AMBOS/JAN CHRISTOPH NEMITZ, *El sistema de penas y su ejecucion en el derecho penal supranacional*, présentée à Lima en août 2000; les auteurs mettent quant à eux en exergue les jugements *Akayesu* du TPIR, du 2 septembre 1998 (ICTR 96-4-T), et *Blaskic* du TPIY, du 3 mars 2000 (IT-95-14). KAI AMBOS présentera un rapport lors d'un colloque organisé par le Département de droit pénal de l'Université de Genève en mars 2001, dont un des thèmes principaux sera l'examen des fonctions de la peine dans le «système pénal international».

²⁴ De manière significative, le Tribunal ouvre son chapitre consacré aux «principes généraux» de *sentencing*, dans l'arrêt *Celebici* cité en note précédente, en tirant un parallèle avec des pratiques de sanctions nationales qui, elles aussi, supposent une corrélation avec les «*aims of sentencing*» du système en question (par. 1213).

Substantiellement, l'élément déterminant paraît être le caractère *prédominant* de la *prévention générale*²⁵. L'*épouvantail*²⁶ qui hante nos précis de droit pénal et nos salles d'audience se porte bien à La Haye et à Arusha. Il ne faut pas, et encore moins devant les 4 Tribunaux *ad hoc* qu'ailleurs, confondre toutefois prévention générale et dissuasion. L'apport le plus important des juridictions internationales à ce jour tient peut-être en l'équilibre recherché entre volet *néгатif* – la dissuasion – et *positif* de la prévention générale. Dans la conception traditionnelle, ce volet positif consiste en un rappel (ou une information) sur la norme et les valeurs qu'elle défend; ici, c'est l'idée de *réconciliation* qui est au premier plan. A nouveau, cela tient aux conditions dans lesquelles et aux buts pour lesquels les juridictions ont été instaurées. Aucune peine ne doit être prononcée, qui ne peut raisonnablement contribuer à l'objectif de rétablissement ou d'affermissement de la paix régionale.

A l'opposé, serait-on tenté de dire, la peine «nationale» vise, selon la conception encore dominante en Europe continentale, dans son prononcé à la *rétribution* d'un comportement antisocial (cf. art. 63 CP) et, dans son exécution, à la *réhabilitation individuelle* (du condamné, cf. art. 37 CP). Selon les convictions fermes du Tribunal fédéral, des motifs de prévention générale ne sont, au mieux, admis qu'à titre tout à fait secondaire et «que dans la mesure où ils n'entraînent pas une aggravation de la peine telle que la justifie la gravité de la faute»²⁷. Dans la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*, c'est la rétribution qui est reléguée: sa prise en considération en tant que facteur unique, voire principal, serait «contre-productive»²⁸. Dans les hiérarchies auxquelles nous faisons allusion plus haut, c'est sans doute celle de l'*individuel et du collectif* qui est le plus fortement affectée, à ce jour, par cette jurisprudence. La mise en avant de la réconciliation, quant à elle, rencontre le mouvement de réhabilitation des victimes sur lequel nous reviendrons plus bas (ch. VI).

c. Outre les circonstances de la naissance des juridictions, un second facteur peut expliquer les renversements dans les hiérarchies et également indi-

²⁵ Cf. jugement *Celebici* (note 23), par. 1234. Dans le même sens, l'analyse de AMBOS/NEMITZ (note 23), ch. II. 1.

²⁶ Référence à la formule traditionnelle de KANT: «l'homme est toujours une fin et jamais un moyen».

²⁷ JT 1994 IV 70 = ATF 118 IV 342, développant l'ATF 118 IV 16. Cette jurisprudence est rituellement répétée depuis lors. Pour mesurer l'incompréhension (pour employer un euphémisme) qu'elle suscite chez de nombreux magistrats essentiellement romands, voir l'ironie ravageuse de la «Remarque» de WILLY HEIM, in: JT 1994, p. 71 ss.

quer les limites de l'influence que la politique sanctionnelle de La Haye ou d'Arusha peut exercer sur l'évolution des politiques nationales. Pour reprendre les termes criminologiques classiques, les crimes jugés par les tribunaux *ad hoc* relèvent sauf exception d'une *délinquance d'hyper-adaptation*, commise par des personnages intégrés, généralement à des échelons relativement bas²⁹, dans des forces armées plus ou moins officielles ou dans un appareil bureaucratique, s'agissant du Rwanda. Cela explique, pour reprendre les fonctions traditionnelles du droit pénal ordinaire rappelées plus haut, d'une part que la rétribution s'apparente davantage à une décantation des responsabilités collectives de l'organisme auquel l'accusé était rattaché et de sa prise de responsabilité individuelle qu'à la pure équation faute = peine de la rétribution ordinaire et, d'autre part, que l'objectif et le programme de réhabilitation ne se discutent pas dans les termes dans lesquels ils sont envisagés s'agissant de la délinquance ordinaire, de *non-adaptation*. La même réflexion vaut également bien entendu pour une partie de la délinquance économique; il existe ainsi une certaine identité criminologique entre cols blancs et cols verts.

IV. Conception «protectrice» ou «garantiste» du droit pénal

S'ils sont amenés, par nécessité, à innover dans le cadre de leur politique sanctionnelle, les tribunaux internationaux peuvent en revanche se mouler dans des conceptions plus traditionnelles s'agissant des droits de la défense. Les standards internationaux (Pacte des Nations Unies pour les droits civils et politiques, Convention européenne des droits de l'homme) sont – moyennant le cas échéant quelques adaptations – automatiquement applicables. *Droits de l'homme* et *droits de la défense* sont associés, comme ils le sont manifestement dans ces standards et comme l'énonce depuis plus de deux siècles la philosophie juridique occidentale³⁰. Une autre conception de la fonction des

²⁸ *Sic*, jugement *Celebici* (note 23), par. 1231.

²⁹ La situation est toutefois en train de changer sur ce dernier point. Le tournant a été l'arrestation en avril 2000 de MOMCILLO KRAJISNIK, ex-bras droit de RADOVAN KARADZIC. Au moment même où ces lignes sont écrites, BILJANA PLAVSIC, membre de la Présidence de la République serbe de Bosnie autoproclamée, s'est rendue volontairement à La Haye (10 janvier 2001). Le bref développement dans le cadre duquel s'inscrit cette note n'en est que plus pertinent.

³⁰ Cf. MICHEL VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris 1983, p. 9.

droits de l'homme tente parallèlement de se forger une place dans le «droit pénal universel» qui pourrait, selon d'importants courants de doctrine, se dessiner en toile de fond des évolutions amorcées par l'instauration de ces tribunaux et accélérées par l'adoption du Statut de Rome portant création d'une Cour pénale internationale³¹.

Selon cette nouvelle conception, les droits de l'homme *de bouclier deviendraient épée*³². La justice pénale devrait être régénérée dans et par un système de «*justiciabilité universelle*» fondée sur les droits de l'homme, dont la répression pénale des crimes «qui heurtent le genre humain en général» serait un des piliers³³. On sent bien, au-delà de ces constructions académiques, que les droits de l'homme sont au moins partiellement en train de changer de nature³⁴. Pour les héritiers des philosophes du Siècle des Lumières³⁵, le bouleversement, s'il est reçu, n'est pas léger. Et l'on perçoit bien l'enjeu de ce bouleversement pour le système pénal en général, et pour l'idée même de subsidiarité en particulier. Ce «droit le plus odieux»³⁶, pour reprendre la formule classique, devient un instrument de promotion des droits de l'homme. La promotion ne touche certes qu'un secteur limité, celui des «crimes internationaux»; mais, au-delà de la marge d'appréciation que connaît la délimitation de ces crimes quand on n'exige pas qu'ils possèdent un substrat conventionnel, l'organisation de la *coexistence entre des droits de l'homme*

³¹ Statut adopté le 17 juillet 1998, qui entrera en vigueur après la soixantième ratification (art. 126).

³² Formule reprise d'une intervention non publiée de CHRISTINE VAN DEN WIJNGAERT, lors des XV^{èmes} Journées JEAN-DABIN, *La justice pénale et l'Europe*, Louvain 1995.

³³ Tout à fait paradigmatique de ce courant nous semble un texte paru au début de l'année 2000 dans une des prestigieuses revues juridiques américaines: WILLIAM J. ACEVES, «Liberalism and International Legal Scholarship: The Pinochet Case and the Move Toward a Universal System of Transnational Law», *Harvard International Law Journal* 41, 2000, p. 129-184. Dans la conception d'ACEVES, les deux autres piliers du «système de justiciabilité universelle» sont un essor de la «civil litigation» et des restrictions à la liberté de déplacement pour les auteurs de crimes graves, *ibidem*, p. 141.

³⁴ Le mouvement qui nous intéresse ici s'inscrit bien entendu dans le contexte plus large du développement du «droit de l'homme», dont il vaut la peine de lire la critique implacable de MARCEL GAUCHET, «Quand les droits de l'homme deviennent une politique», *Le Débat*, n° 110, 2000, p. 258-288.

³⁵ Voir ce qui représente pour nous la quintessence de cet héritage des Lumières adapté au procès pénal contemporain, le maître-livre de LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Per una teoria del garantismo penale*, 2^{ème} éd., Bari 1990.

³⁶ Cf. FRANÇOISE TULKENS/MICHEL VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 3^{ème} éd., Bruxelles 1997, p. 209.

protecteurs et des droits de l'homme fondateurs de la répression dans le même système qui conserve sa qualification pénale devrait exciter l'imagination des amateurs de prospective.

V. Pressions externes et internes

a. Une autre expression de l'internationalisation du droit pénal a des effets sur la subsidiarité: le développement de la coopération inter-étatique. Le phénomène n'est pas nouveau, et sa description est devenue classique dans la littérature spécialisée³⁷. L'octroi de l'entraide – sous la forme de l'extradition ou de ce que l'on appelle en Suisse la «petite entraide», à savoir essentiellement la transmission de documents et de valeurs – suppose en règle générale que les deux partenaires – l'Etat requérant et l'Etat requis – incriminent les faits sur lesquels porte la demande: c'est la condition dite de *double incrimination*. Dans la mesure où la *comitas gentium* veut que l'entraide soit apportée aussi largement que possible entre Etats appartenant à la même sphère politico-juridique, les Etats connaissant les incriminations les plus larges entraînent nécessairement ceux qui, entre autres parce qu'ils pratiquent plus généreusement la subsidiarité du droit pénal, ont une politique d'incrimination plus restrictive³⁸. Dans le contexte de la coopération facilitée, l'aspiration se produit toujours *vers le haut*.

³⁷ Cf. MARIALUISA CESONI/ROBERT ROTH, «L'entraide internationale, moteur de l'évolution pénale?», in: *Mélanges Lode van Ostrive*, Paris 1998, p. 144 ss. Voir une discussion de cette thèse, et des autres thèmes abordés dans ce développement par MICHEL MASSÉ, «Notes brèves sur la rencontre de deux expressions: crime organisé et espace judiciaire européen», *RSC*, 2000, p. 469 ss., spécialement p. 474 ss.

³⁸ Lorsque l'enjeu est strictement bilatéral, l'alternative est de prévoir dans un texte conventionnel que l'imputation dans l'Etat requérant d'un comportement pénalement inconnu dans l'Etat requis ouvrira quand même la possibilité de se voir octroyer l'extradition, l'entraide. C'est la solution qu'avait retenue le Traité de 1973 entre les Etats-Unis et la Suisse (toujours en vigueur, RS 0.351.933.6) qui consacrait un chapitre particulier (ch. II) au «crime organisé», notion à l'époque inconnue du droit suisse et des autres droits continentaux, mais fortement ancrée dans le droit des Etats-Unis avec en particulier la célèbre législation RICO. Les Parties (en l'occurrence la Suisse) s'engageaient à «s'accorder l'entraide judiciaire dans la lutte contre le crime organisé» (art. 6 ch. 1 Traité). Ce chapitre a perdu son utilité depuis que la Suisse s'est dotée, comme les autres Etats européens, d'un large arsenal législatif visant les organisations criminelles (art. 260^{er} CP en particulier, en vigueur depuis le 1^{er} août 1994).

Le phénomène est parfaitement illustré par la dynamique instaurée par l'Union européenne dans le cadre du *troisième pilier* de la construction européenne et en particulier de son Titre VI, relatif à la coopération policière et judiciaire en matière pénale: l'art. 29 Traité UE, qui ouvre ce titre, dispose que la coopération s'opérera grâce «au rapprochement, en tant que de besoin, des règles de droit pénal des Etats membres»³⁹. La liste des domaines dans lesquels s'exerce ce pouvoir centripète est quelque peu incertaine; on peut penser que, là aussi, l'attraction se fera vers le haut, c'est-à-dire que des matières non spécifiquement visées par l'art. 29⁴⁰ feront également l'objet de rapprochements intensifs⁴¹ (ce qui, soit dit en passant, mettrait à mal le principe de subsidiarité dans son sens plus spécifique lié à la dynamique de la construction européenne).

b. Soumise à des pressions externes, la subsidiarité du droit pénal n'est pas ménagée sur le plan interne. Un principe, de rang constitutionnel en Italie⁴² et pendant longtemps reconnu comme classique par la plupart des pays continentaux, veut ou voulait que seules les personnes physiques puissent encourir une sanction pénale. Ce choix reposait sur des prémisses philosophiques, mais également sur une idée d'autolimitation: la poursuite et le cas échéant le jugement des individus devaient satisfaire les exigences d'une répression à la fois équitable et proportionnée.

Ce principe part en miettes depuis quelques années, y compris dans les pays comme la Suisse où il paraissait solidement établi⁴³. Les raisons de ce

³⁹ Art. 29 ch. 2 troisième tiret Traité UE.

⁴⁰ Cf. l'énumération, non exhaustive («notamment»), de l'art. 29 ch. 2 al. introductif, qui comprend «le terrorisme, la traite d'êtres humains et les crimes contre les enfants, le trafic de drogue, le trafic d'armes, la corruption et la fraude». La technique législative n'étant pas le point fort de l'édifice communautaire, on retrouve une liste sensiblement plus étroite à l'art. 31 Traité UE, s'agissant des objets possibles d'«actions en commun» dans le même domaine de la coopération judiciaire.

⁴¹ On pense essentiellement à toute la délinquance économique non couverte par l'énumération de l'art. 29 (sauf à donner au mot «fraude» une interprétation encore plus extensive que son presque correspondant anglais «*frauds*»); sur ces perspectives et une contre-proposition d'adopter un système plus rationnel, inspiré du modèle des Etats-Unis, cf. le très éclairant article de DANIEL FLORE, «Une justice pénale européenne après Amsterdam», *Journal des Tribunaux*, 7, Bruxelles 1999, p. 121-129.

⁴² Art. 27 ch. 1 Cst. it.: «La responsabilité pénale e personale».

⁴³ Les principaux jalons sont: l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal le 1^{er} mars 1994, la loi belge du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales; enfin le projet d'art. 102 CPS, qui s'inscrit dans le cadre de la révision complète dont il sera

démantèlement, qui conduira à l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales ou des entreprises partout en Europe (l'Italie et l'Allemagne faisant figure de derniers bastions – non négligeables! – de la résistance), sont multiples, et certaines renvoient à des phénomènes brièvement décrits ci-dessus: nécessité d'une punissabilité des organisations collectives dans le cadre de la répression des crimes internationaux, force centripète d'un système communautaire, non pénal, qui admet depuis l'origine que les entreprises, et parfois elles seules⁴⁴, puissent se voir infliger des sanctions nettement plus conséquentes que les sanctions pénales nationales visant les infractions correspondantes.

L'essentiel – et l'élément nouveau dans nos propos – tient à la fonction de garde-fou que l'instauration d'une responsabilité pénale des personnes morales ou des entreprises a été appelée à remplir. Le débat français en particulier⁴⁵ a bien mis en évidence que cette réforme servirait à prévenir ce qui était ressenti comme deux dérapages complémentaires: d'une part, le développement de systèmes de répression qualifiés non pénaux – donc administratifs – mais présentant toutes les caractéristiques d'un système pénal, sans certaines des garanties associées à la mise en œuvre de ce dernier système; d'autre part, l'alourdissement de la charge jurisprudentielle contre le «chef d'entreprise», déclaré pénalement responsable d'infractions qui ne lui étaient imputées que par défaut d'une norme permettant de sanctionner l'entreprise elle-même. Ce sont des préoccupations du même ordre qui ont conduit et vont conduire les uns après les autres les pays européens, comme des dominos, à renoncer à un pilier de leur système pénal et à une des traductions visibles du principe de subsidiarité.

question ci-après (ch. VI a *in fine*): le projet gouvernemental fédéral (FF 1999 II 2136) a été sérieusement remanié par le Conseil des États; voir donc le dernier état du projet in: BO CE 1999 1135.

⁴⁴ Art. 81-82 (ex 85-86, avant le Traité d'Amsterdam) Traité CE et Règlement n° 17/62 du 6 février 1962 (JOCE L 204/62).

⁴⁵ Cf. à ce sujet ROBERT ROTH, «Responsabilité pénale de l'entreprise: modèles de réflexion», *RPS*, 115, 1997, p. 345 ss., spécialement p. 352 s.

VI. La «résurrection» des victimes

Un survol des développements récents du système pénal ne peut s'achever sans une référence à la «résurrection»⁴⁶ des victimes. Les victimes ont regagné une place dans le procès pénal, en même temps que des droits à faire valoir hors du système pénal, pour faire face aux conséquences d'une infraction⁴⁷. La première conséquence évidente de ce retour des victimes est de rendre le système et sa gestion plus complexe. On peut illustrer cet effet par une anecdote: un magistrat de l'ancienne génération instruisait le jury en lui expliquant qu'il devait toujours raisonner, au moment de prononcer un verdict de culpabilité (ou d'acquittement), *comme si* ce verdict conduisait à la peine de *mort*. Aujourd'hui, en particulier dans les affaires de violences ou de mœurs, il faudrait probablement compléter l'instruction en ajoutant qu'un *acquittement* c'est aussi parfois une condamnation à *mort* (symbolique) de la *victime*. Cela l'était déjà certes il y a dix ou vingt ans; mais il n'existait pas de dispositif juridique à l'appui d'une telle assertion.

Il ne faut toutefois pas avoir de l'effet du mouvement de restauration des victimes sur le système pénal une vision trop unilatérale: plus de place pour les victimes entraînerait plus de répression. Le tableau mérite d'être nuancé à plusieurs égards.

a. Tout d'abord, *plusieurs logiques* coexistent dans le dispositif juridique mis en place (on se concentrera ici sur le dispositif suisse, complet et qui offre une bonne synthèse des différents dispositifs des pays voisins⁴⁸). Il y a, s'agis-

⁴⁶ Excellente expression reprise de D. PETROVEC, «Resurrection of Victims», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 4, 1996, p. 381 ss. Voir également la synthèse sur le «retour des victimes», in: TULKENS/VAN DE KERCHOVE (note 36), p. 61 ss.

⁴⁷ Les jalons principaux de ce retour sont: la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 24 novembre 1983 (RS 0.312.5), l'article constitutionnel (à l'époque 64^{ter}, aujourd'hui 124) sur l'«aide aux victimes», enfin la loi fédérale sur l'aide aux victimes (LAVI) du 4 octobre 1991 (RS 312.5). Pour un bilan provisoire pluridisciplinaire, voir le fasc. 41 (1997), 3-4 des *Cahiers médico-sociaux*, consacré aux divers aspects de la réhabilitation, juridique et non juridique, des victimes; et le n° 33 (2000), 1 de la revue *Criminologie*, en particulier l'article de JEAN-MICHEL CHAUMONT, «Du culte des héros à la concurrence des victimes», p. 167-184.

⁴⁸ Pour une synthèse éclairante, voir PIERRETTE PONCELA, «Dans les entrelacs du pourquoi et du comment punir, un nouvel art de sanctionner», in: Université de tous les savoirs, *L'esprit de notre temps*, Paris 2001 (à paraître).

sant seulement du volet de présence dans le procès pénal, la logique de *protection* et la logique de *réhabilitation*. La première vise à préserver la victime des atteintes qui pourraient lui être portées dans le cadre de la procédure (au sens large, comprenant la phase policière), engagée suite à l'infraction dont elle a été ou prétend avoir été la cible; il s'agit, pour reprendre la formule criminologique que l'on retrouve sous la plume du Conseil fédéral, de lutter contre la victimisation secondaire⁴⁹, en limitant les confrontations entre auteur présumé et victime, en autorisant cette dernière à ne pas répondre aux questions touchant à sa sphère privée, etc.⁵⁰. Dans ce cadre, la victime demeure *passive*; elle n'intervient pas véritablement davantage que ce n'était le cas avant sa «résurrection». L'exercice de ses droits ne doit pas conduire à plus de répression, mais à une répression, si l'on ose l'écrire, de meilleure qualité.

En revanche, la logique de réhabilitation invite la victime à agir. Le postulat du législateur, et déjà implicitement du constituant, est que l'exercice *actif* de droits, au premier rang desquels le droit de recourir contre des verdicts d'acquittements ou des décisions de non-lieu⁵¹, peut contribuer au rétablissement de la victime. Le législateur a toutefois placé une limite importante, qu'il est intéressant de mettre en relation avec la politique sanctionnelle des tribunaux internationaux *ad hoc* telle que résumée plus haut (ch. 3): la victime peut recourir uniquement contre le genre et la quotité de la sanction en cas de condamnation⁵². La victime – et ses représentants – sont ainsi amenés à participer, de manière accessoire il est vrai⁵³, à la mise en œuvre concrète du principe de subsidiarité de l'action répressive.

Ces possibilités d'intervention ne sont pas nécessairement compatibles avec la logique de la politique criminelle générale, dont le législateur au pre-

⁴⁹ FF 1990 II 912 et 920 ss.

⁵⁰ Art. 5 et 7 ch. 2 LAVI. La protection des enfants a été sensiblement renforcée par une modification de la loi adoptée récemment par le Parlement ((introduction d'une section 3^{bis}; il subsiste de légères divergences entre les deux Chambres, CN 5 octobre 2000, BO 1171-1176; CE 6 décembre 2000, BO 850-851).

⁵¹ Art. 8 ch. 1 lit. b et c LAVI.

⁵² FF 1990 II 935, confirmé par la jurisprudence constante depuis ATF 120 IV 41 consid. 2c. La victime peut en revanche attaquer la qualification pénale retenue, à supposer que ce choix fait au détriment d'une qualification plus sévère puisse avoir une influence sur le traitement de ses prétentions civiles.

⁵³ Le Tribunal fédéral étant amené à rappeler régulièrement que l'Etat dispose, par l'entremise de l'accusateur public, du *monopole* de l'action pénale, cf. SJ 1996, p. 234 et les références.

mier rang, et les autorités de poursuite sur le terrain, ont la charge. La révision générale du Code pénal suisse, actuellement en cours d'élaboration parlementaire, offre de bons exemples de ce heurt de logiques. La réforme repose sur le postulat de l'utilisation la plus restreinte possible des sanctions les plus lourdes (la peine privative de liberté en premier lieu) et, par conséquent, de l'élargissement substantiel des formes allégées de sanctions (les sanctions dites de substitution).

Dans ce programme, le sursis est l'institution clef. Dans le but d'élargir autant que possible le champ d'application de cette mesure, le Conseil fédéral faisait disparaître dans son projet la condition d'octroi du sursis selon laquelle le candidat devait «avoir réparé, autant qu'on pouvait l'attendre de lui, le dommage fixé judiciairement ou par accord avec le lésé»⁵⁴. Parfaitement cohérent en tant qu'élément constitutif de la révision, cette suppression marquait un virage vis-à-vis du constant renforcement de la position de la victime, virage que le Conseil des Etats, en tant que première Chambre appelée à se prononcer sur le projet, s'est refusé à prendre. Il a donc réintroduit la condition dans le nouvel art. 43⁵⁵.

b. Une seconde nuance doit être ajoutée, plus brièvement. La logique de réhabilitation ne conduit pas unilatéralement et inéluctablement à un renforcement de la répression pénale. La prise en considération des victimes a également été un des deux facteurs essentiels – l'autre, prédominant à notre sens, étant le besoin de *désengorger* le système de justice pénale – qui a favorisé l'essor de systèmes de *médiation*, plus ou moins développés selon les pays. La médiation est supposée permettre de mieux associer la victime à la prise en charge de conséquences de l'infraction, en-dehors du cadre, lourd symboliquement et institutionnellement, du système de justice pénale. Son champ d'action ne se limite d'ailleurs pas à l'avant-condamnation, puisque la Suisse (orientale) connaît une intéressante expérience d'intégration des victimes à la

⁵⁴ Art. 41 ch. 1 al. 1 CP *in fine*.

⁵⁵ Sous une forme moins impérative il est vrai: le sursis «*peut* également être refusé lorsque l'auteur a omis de réparer le dommage comme on pouvait raisonnablement l'exiger», selon l'al. 2^{bis} de l'art. 43 P-CP adopté par le Conseil des Etats le 14 décembre 1999 (BO CE 1999 1117). Le Conseil national doit se prononcer durant le premier semestre de 2001.

prise en charge pénitentiaire des auteurs des infractions dont elles ont été la cible⁵⁶.

VII. Conclusion: le retour de l'approche «fonctionnelle»?

Il est temps de nouer la gerbe et de conclure ces quelques propos que les lecteurs, et en particulier le dédicataire de ces lignes, ne trouveront, nous l'espérons, pas trop décousus.

L'image du droit pénal, dernière ligne de défense de l'ordre juridique, formule qui illustre sans doute le mieux l'idée de subsidiarité, ne concorde à l'évidence plus avec quelques-unes des aspirations de l'époque. La répression se fond dans et se confond avec le rétablissement de la paix régionale, la réconciliation nationale, la promotion des droits de l'homme ou la reconnaissance des droits des victimes. Ce qui nous paraît en train de s'estomper en fin de compte, c'est le caractère *entièrement spécifique* du droit pénal. Faut-il s'en étonner? Les frontières entre les (autres) disciplines juridiques, qui avaient d'ailleurs souvent une signification académique davantage que pratique, se dissolvent, et de nouvelles branches revendiquent leur identité dans l'interdisciplinarité (interne au droit): droit du sport, de la médecine ou de l'aménagement du territoire et de l'environnement.

Le droit pénal devient-il dès lors une *branche non spécifique* du droit public, qui propose et doit en être considérée comme une forme parmi d'autres, une gestion «néo-moderne»⁵⁷ des conflits? La répartition des forces entre les divers moyens que possède l'Etat pour accomplir ces tâches se fonderait non sur le caractère particulièrement «odieux» de telle filière d'intervention, mais sur la fonction que l'action étatique viserait à remplir. On retrouve là paradoxalement – mais ce paradoxe n'est sans doute qu'apparent – la démarche de la sociologie du droit à ses débuts: soucieux, déjà, de dépasser les «distinc-

⁵⁶ Cf. le travail pionnier effectué dans le pénitencier de Saxerriet (SG), présenté par son ancien directeur PAUL BREZIKOFER, qui critique également la timidité du projet de révision du Code pénal à cet égard, dans son article «Der Vollzug von Freiheitsstrafen im Lichte der StGB-Revision», *RPS*, 117, 1999, p. 313 et les références données par l'auteur.

⁵⁷ Cf. CHARLES-ALBERT MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999.

tions usitées chez les juriconsultes», Emile DURKHEIM proposait, dès son travail de doctorat, une grille d'analyse fonctionnelle des actions juridiques, prenant appui sur les «états de la conscience collective» et sur les «sortes de solidarité sociale» mises en œuvre. A chaque état et à chaque sorte correspond un type de sanction⁵⁸, ces dernières étant regroupées en deux grands groupes: sanctions de type *répressif* d'une part et sanctions de type *restitutif* de l'autre⁵⁹. La nomenclature doit être développée, pour répondre à la complexité et à l'imbrication constante des fonctions. Nous avons proposé il y a quelques années déjà une tétralogie, dans laquelle régulation et réparation viendraient s'ajouter à *répression* et *restitution*⁶⁰. Dans le prolongement du retour des victimes, il convient sans doute aujourd'hui d'ajouter au moins une cinquième catégorie qui est celle de la *restauration*⁶¹.

Une telle démarche aurait le mérite de traverser la ligne qui ne peut et ne doit pas séparer, comme nous avons essayé de l'affirmer plus haut (ch. 3 b), droit pénal national et droit pénal international. C'est à notre sens une erreur historique que d'envisager la coexistence de deux systèmes pénaux, auxquels seraient reconnus, sur la base du seul critère de l'échelle géographique, des fonctions et des modes d'organisation différents, voire divergents. Tout d'abord, la répression des crimes internationaux est un phénomène national autant que supranational. Parallèlement à la mise en place très médiatisée des juridictions internationales, ces dix dernières années ont également connu la floraison de poursuites nationales dirigées contre de supposés criminels «internationaux»⁶². L'affaire *Belgique c. Congo* résumée en tête de cette contribution

⁵⁸ Cf. la «perspective externe» sur la sanction, exposée par CHARLES-ALBERT MORAND, «La sanction», *Travaux de théorie du droit et de sociologie juridique* n° 36, Genève 1990, p. 16 ss.

⁵⁹ EMILE DURKHEIM, *De la division du travail social* (1893), 10^{ème} éd., Paris 1978, p. 32 et 73 ss.

⁶⁰ ROBERT ROTH, «Les sanctions administratives: un nouveau droit (pénal) sanctionneur» in: GAUTHIER (éd.), *Le rôle sanctionneur du droit pénal*, Fribourg 1985, p. 152-153. Cf. les travaux de cette époque de PIERRE LASCOUMES, par exemple, *Fraude fiscale et/ou délit pénal*, Paris 1981, et son article «Le droit comme science sociale. La place de E. DURKHEIM dans les débats entre juristes et sociologues à la charnière des deux siècles (1870-1914)», in: CHAZEL/COMMAILLE (éds.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris 1991, p. 39-49. Pour un bilan de l'héritage de DURKHEIM, voir EVELYNE SERVERIN, *Sociologie du droit*, Paris 2000, p. 36-42.

⁶¹ Cf. TONY PETERS/IVO AERTSEN, «Approche restaurative des crimes et des délits en Belgique», *Archives de politique criminelle* n° 21, 1999, p. 161 ss.; TULKENS/VAN DE KERCHOVE (note 36), p. 67-68.

⁶² Cf. pour une analyse de ces procédures nationales, HENZELIN (note 4), p. 404 ss.

en donne une forte illustration. En second lieu, comme nous avons essayé d'en ébaucher la démonstration, les convergences sont réelles entre des phénomènes tels que la reconnaissance des victimes et la volonté de les intégrer dans le processus pénal, quelle qu'en soit l'échelle – de la plus locale à la prise en charge par la communauté internationale des «crimes universels».

Dès lors, l'éclatement du droit pénal sera celui de ses fonctions et non de son échelle. Et la subsidiarité sera quant à elle cantonnée dans ses deux fonctions largement reconnues: organiser les rapports entre action publique et action privée d'une part; entre entités nationales et entités supranationales disposant de compétences sur le même objet d'autre part.