

§ 2. Le Statut de la Cour pénale internationale saisi par les États : un jaillissement du droit hors catégories ?

Diane BERNARD

Chargée de recherches FNRS et professeure invitée aux Facultés universitaires Saint-Louis

Cette contribution propose une ouverture de la réflexion sur les sources au droit international pénal. On y définit ce dernier comme le « droit des crimes internationaux », quelle que soit la juridiction (interne ou internationale) qui puisse y intervenir¹ ; on se concentrera en outre sur le droit de la Cour pénale internationale (« la Cour » ou « C.P.I. »). Cette circonscription de notre champ d'investigations se justifie, d'une part, par une quête de précision dans l'espace imparti à chaque auteur, forcément limité, et, d'autre part, par le constat que la C.P.I., amorce d'une justice pénale transfrontalière, permanente et structurée, révèle crûment, vu sa complexité et son caractère récent, certains enjeux contemporains². Nous ne traiterons donc pas des autres tribunaux internationaux pénaux, ni du droit pénal international³ ou européen, du droit comparé ou du droit international public. Par contre, notre recherche est bien juridique : nos réflexions en matière de politique des relations internationales, malgré les liens étroits de cette discipline avec la nôtre, seront donc réduites à l'incontournable.

Dans ce champ, nous nous consacrerons à un objet au confluent des ordres international et internes plutôt qu'aux sources du droit international pénal en général⁴. Nous étudierons en effet l'impact que paraît exercer le Statut

¹ Pour une définition complète et nuancée du droit international pénal, cf. CASSESE (A.), *International Criminal Law*, O.U.P., Oxford, 2008, p. 3-27.

² Cf. *infra*.

³ Au sens de droit des aspects transfrontaliers des droits pénaux nationaux, cf., par exemple, YOKARIS (A.), *La répression pénale en droit international public*, Ant. N. Sakkoulas – Bruylant, Athènes – Bruxelles, 2005, p. 5.

⁴ Les sources de cette discipline nouvelle et polymorphe présentent néanmoins un grand intérêt : mélange des modèles inquisitoire et accusatoire, ce champ est notamment marqué par une influence du droit comparé et des droits internes, de sauvages renvois au droit des juridictions régionales compétentes en matière de droits de l'homme ou encore par un usage fréquent de principes généraux du droit, toutes questions méritant d'être approfondies dans un ouvrage traitant des sources du droit. Cf., par exemple, CASSESE (A.), *International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 353-376 (résumé de la problématique en p. 365) ou DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) dir., *Les sources du droit*

de la Cour (« St.C.P.I. » ou « Statut de Rome ») sur l'action législative des États, alors qu'il n'existe pourtant pas d'obligation stricte à cet égard; autrement dit, nous commenterons le fait que les États « se saisissent » de ce traité international au sein de leur ordre juridique, sous l'effet d'une influence sans contrainte, d'une incitation, bref d'une force étrangère à la vision moderne des rapports entre niveaux international et internes. Le Statut de Rome apparaît ainsi comme un moteur d'activisme législatif, une source de droit interne d'un type nouveau, flexible et non contraignant. Ce processus particulier de production du droit, qui fera donc l'objet des pages à venir, s'inscrit dans un mouvement plus global, lequel inclut, par exemple, un impact doux mais efficace du St.C.P.I. sur la qualité des procédures judiciaires nationales, le prononcé des peines par les juridictions internes ou le renforcement des échanges entre sphère judiciaire et autres modes de résolution des conflits. Limité à l'action législative des États, cet objet nous paraît néanmoins renvoyer à la question fondatrice du présent ouvrage puisqu'il s'agit bien d'observer l'une des « façons dont l'ordre juridique étatique accueille diverses manifestations de *soft law* »⁵.

Dans un premier chapitre, nous décrirons les conditions particulières de ce « jaillissement du droit »⁶ par *incitation*, influence ressentie hors de tout rapport hiérarchique par les législateurs nationaux, bref par une obligation relative, au contenu en sus incertain. Cette analyse nous permettra, dans un second chapitre, de questionner la pertinence des catégories articulant le présent ouvrage (*hard* et/ou *soft law*, source matérielle ou formelle). Cela nous conduira à plaider pour un rejet de l'excès de catégorisation et pour l'adoption d'une vision englobante du droit, conçu comme un ensemble normatif aux éléments mouvants, qualifiables de façon dynamique. La notion de force normative décrite par Catherine Thibierge et la théorie de la validité juridique développée par François Ost et Michel van de Kerchove⁷ seront dès lors mobilisées pour évaluer l'intensité de ce droit au sens large et la viabilité de ce postulat englobant.

international pénal – L'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale, Société de législation comparée, Paris, 2004.

⁵ Selon les termes d'I. Hachez, dans son article « canevas » cadrant les recherches collectives menées par le SIEJ et le CIRC sur les sources du droit : HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « *soft law* » », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 40.

⁶ Cf. *ibid.*, p. 3.

⁷ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002.

I. L'adaptation des législations nationales en vertu du droit de la C.P.I. : une obligation relative au contenu flexible

Une lecture du Statut de la Cour pénale internationale ne fait pas clairement entrevoir d'obligation pour les États parties d'adapter leur législation en fonction de ce traité ou de lutter contre l'impunité d'une manière particulière (sur la base d'une même définition des crimes, notamment). Il ne semble pourtant pas possible de conclure qu'en l'absence de contrainte explicite, aucune obligation d'incorporation n'existe : différents facteurs convergent en effet vers une *incitation*, une *invitation* à l'action législative au sein des ordres juridiques internes (A). Il faut en outre remarquer que si cette « obligation » est incertaine, son contenu même connaît également une grande flexibilité, due notamment à la diversité intrinsèque au Statut, à celle du droit international lui-même et à celle régnant entre droits internes (B).

Ce chapitre est donc consacré à une production fondée sur une obligation relative au contenu incertain, en plein mouvement *soft* donc : il semble qu'en dehors des canaux classiques de production de droit et sans qu'une pression d'ordre politique ou moral (bref, non juridique) suffise à l'expliquer, un « jaillissement » du droit intervienne au confluent des ordres internes et du droit international pénal. Autrement dit, le droit international pénal comprend des obligations relatives, inclut des influences, tolère des équivalences, admet un pluriel à l'égard duquel le droit pénal est traditionnellement réticent⁸.

A. Une obligation relative

Cette première section est consacrée à l'invitation à modifier la législation nationale que porte le Statut de Rome. Se manifeste ici une production du droit relevant non de la hiérarchie et de la contrainte, mais du doux, de l'influence. Nous verrons ainsi que seules deux dispositions du Statut de Rome font explicitement référence à une adaptation des législations nationales, sans porter pour autant une obligation claire à cet égard (1), puis qu'une *incitation* à agir en ce sens se dégage en outre de son préambule (2)

⁸ BECCARIA (C.), *Traité des délits et des peines*, 1764, disponible sur internet, p. 14 not. ; DELMAS-MARTY (M.), « Les processus de mondialisation du droit », in *Le droit saisi par la mondialisation*, MORAND (Ch.-A.) dir., Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 64.

et de la répartition des compétences entre C.P.I. et États qu'il prévoit (la complémentarité de la Cour, en d'autres termes) (3). Enfin, nous commenterons la convergence des pratiques et des interprétations qui confirment cette obligation « relative » (4).

1. Aux termes littéraux du Statut, une éventuelle obligation indirecte

Seules deux dispositions du Statut de la C.P.I. requièrent explicitement une adaptation des droits pénaux nationaux. La première porte sur les atteintes à l'administration de la justice⁹, c'est-à-dire à une question d'ordre procédural fort marginale à l'échelle des objectifs de la Cour pénale internationale ; son contenu exact est d'ailleurs laissé à l'appréciation de chaque État.

La seconde concerne la coopération et l'entraide judiciaire, et établit que :

« Les États Parties *veillent à prévoir dans leur législation nationale* les procédures qui permettent la réalisation de toutes les formes de coopération visées dans le présent chapitre »¹⁰.

Cette obligation de coopération avec la Cour implique, indirectement, que les États puissent être conduits à prévoir des incriminations comparables à celles qu'établit le Statut de Rome, sur la base du principe de la double incrimination. D'application entre États, le droit commun de l'extradition prévoit en effet qu'un État puisse refuser cette dernière si son droit interne ne prévoit pas l'infraction qui la justifie. Autrement dit, l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée doit exister aussi bien dans l'ordre législatif de l'État requis que dans celui de l'État requérant. Cela dit, la règle n'implique pas l'identité de qualification : il s'agit de vérifier si une infraction *correspondante* existe dans l'ordre juridique de l'État auprès duquel est requise l'extradition¹¹. Il n'est pas certain, d'ailleurs, que cette règle s'applique à l'égard de la Cour (ou seulement entre États).

⁹ St.C.P.I., article 70-4 (nous soulignons) :

« a) Les États Parties *étendent les dispositions de leur droit pénal qui répriment les atteintes à l'intégrité de leurs procédures d'enquête ou de leur système judiciaire aux atteintes à l'administration de la justice* en vertu du présent article commises sur leur territoire, ou par l'un de leurs ressortissants ;

b) À la demande de la Cour, un État Partie saisit ses autorités compétentes aux fins de poursuites chaque fois qu'il le juge approprié. Ces autorités traitent les dossiers dont il s'agit avec diligence, en y consacrant les moyens nécessaires à une action efficace ».

¹⁰ St.C.P.I., article 88, « Procédures disponibles selon la législation nationale » (nous soulignons).

¹¹ Cf. Convention européenne d'extradition, ouverte à la signature des États membres du Conseil de l'Europe le 13 décembre 1957, entrée en vigueur le 18 avril 1960, article 2-1.

On ne peut donc déduire du Statut de Rome une réelle obligation d'incorporation des dispositions du Statut dans les ordres internes : si, par une application *mutatis mutandis* du principe de double incrimination, l'existence de crimes comparables à ceux du St.C.P.I. dans les ordres internes pourrait faciliter la coopération et, par là, respecter l'article 88 cité ci-dessus, les États sont *incités* à adapter leurs ordres législatifs, mais demeurent libres quant à la définition de leurs incriminations, selon une lecture littérale du Statut.

2. Une incitation à agir, dans le préambule du Statut

Selon le préambule du Statut, les États ont le devoir de participer à la répression des crimes les plus graves, mais la forme de cette répression ne leur est pas imposée : rien n'est indiqué à ce sujet. On lit en effet que :

«il est du devoir de chaque État de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux»¹²;

«les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et [...] leur répression *doit* être effectivement assurée par des mesures prises *dans le cadre national* et par le renforcement de la coopération internationale»¹³.

Le caractère concrètement contraignant de ces deux alinéas dépend de la valeur juridique qu'on reconnaît à ce préambule. Les travaux préparatoires du Statut sont muets à ce sujet, tout comme l'actuelle jurisprudence de la C.P.I.; de plus, la Convention de Vienne traite des préambules comme d'éléments du contexte des traités, par définition donc difficiles à quantifier en termes de force contraignante¹⁴, et on n'observe pas de réponse doctrinale claire à ce sujet¹⁵. Bref, il faut conclure à l'ambiguïté. Autrement dit, le devoir de poursuivre attribué aux États par le préambule du Statut de Rome ne constitue pas une obligation claire.

En d'autres termes, le Statut de Rome n'impose pas expressément la compétence universelle pour les crimes qu'il définit¹⁶. Certains d'entre

¹² St.C.P.I., préambule, al. 6 (nous soulignons).

¹³ St.C.P.I., préambule, al. 4 (nous soulignons).

¹⁴ Convention sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, article 31-2.

¹⁵ COT (J.-P.) et PELLET (A.), « Préambule », in *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, COT (J.-P.), PELLET (A.) et FORTEAU (M.) dir., Economica, Paris, 2005, p. 290.

¹⁶ Cf. DELMAS-MARTY (M.), « The I.C.C. and the interaction of international and national legal systems », in *The Rome Statute of the International Criminal Court*, CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J.R.) dir., O.U.P., Oxford, 2002, vol. 1, p. 1919; WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du « *Volkstrafgesetzbuch* » allemand », *Rev. sc. crim.*,

eux font l'objet d'une obligation de poursuite en vertu du droit des traités internationaux¹⁷ ou de leur valeur de *ius cogens* (la torture, en particulier) : plusieurs crimes définis dans le Statut existaient déjà en droit international avant son adoption et les intégrer dans les ordres internes en vertu du Statut de Rome peut constituer, outre un respect de l'esprit du Statut, une occasion pour l'État de se conformer à ses engagements internationaux¹⁸, de répéter un ferme refus de ces crimes. La ratification du Statut elle-même suppose d'ailleurs une volonté de réprimer les crimes internationaux et donc de légiférer en ce sens. C'est politiquement non négligeable, mais non juridiquement obligatoire.

Le caractère contraignant de l'obligation d'agir est donc mitigé. De plus, son contenu n'est pas défini : on ne décèle pas, dans le préambule, d'indication quant à la façon dont la poursuite des crimes les plus graves devrait opérer. Il y a donc appel à l'action, incitation à l'incorporation des crimes dans les ordres nationaux, mais pas obligation : l'engagement d'une partie signataire « ne se traduit pas forcément par un devoir de modification du droit interne et encore moins par un principe d'identité entre les Statuts et les législations étatiques »¹⁹. Autrement dit, le préambule ne comprend pas d'obligation au sens strict ou au contenu clair²⁰, mais participe à l'*esprit* du Statut et, en ce sens, peut donc inspirer les États.

3. La complémentarité de la Cour, moteur d'action

La complémentarité de la C.P.I. à l'égard des juridictions nationales paraît, elle aussi, inviter les États à mettre leur législation en adéquation avec le Statut de Rome. Après avoir brièvement décrit ce mécanisme de répartition des compétences entre la Cour et les États (a), nous analyserons en quoi sa mise en œuvre peut faire apparaître l'adaptation des législations nationales comme souhaitable, voire nécessaire (b), puis nous ferons état d'arguments liés à la souveraineté nationale, à l'autonomie judiciaire, qui

2003, vol. 3, p. 501 ; ESER (A.), SIEBER (U.) et KREICKER (H.) dir., *National Prosecution of International Crimes*, Max Planck Institut, 2003-2005, vol. 1-5.

¹⁷ Cf., par exemple, Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, article V.

¹⁸ LEE (R.S.), « State's responses: issues and solutions », in *State's Responses to Issues Arising from the I.C.C. Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*, LEE (R.S.) dir., Transnational Publishers, New York, 2005, p. 22.

¹⁹ WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du "Völkerstrafgesetzbuch" allemand », *op. cit.*, p. 506.

²⁰ KLEFFNER (J.K.), « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *Journal of Int. Crim. Justice*, 2003, 1, p. 90.

peut se voir atténuée par l'exercice complémentaire des compétences de la Cour, lesquels promeuvent également une production législative en fonction du Statut (c).

a) Mécanisme général

La complémentarité n'est pas définie dans le Statut : elle y est proclamée dans le préambule et à l'article 1, puis concrétisée par le mécanisme de recevabilité, décrit principalement à l'article 17. Ainsi, le préambule et l'article 1 stipulent-ils que :

«la cour pénale internationale dont le présent Statut porte création est *complémentaire* des juridictions pénales nationales»²¹ ;

«Il est créé une Cour pénale internationale («la Cour») en tant qu'institution permanente, qui peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, au sens du présent Statut. Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales. Sa compétence et son fonctionnement sont régis par les dispositions du présent Statut»²².

L'article 17, quant à lui, prévoit globalement que la C.P.I. ne puisse traiter d'une affaire qu'à deux conditions : une quantité suffisante et une déficience de l'action nationale (par incapacité ou manque de volonté)²³. Les excep-

²¹ St.C.P.I., préambule, al. 10 (nous soulignons).

²² St.C.P.I., article 1 (nous soulignons).

²³ Cf. BERNARD (D.), « Article 17 of the ICC. Issues of admissibility », *International Criminal Law and Procedure. Annotated book*, DE HERT (P) et al. dir., Larcier, 2013 ; WILLIAMS (S.) et SCHABAS (W.A.), « Article 17. Issues of admissibility », *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' notes, article by article*, TRIFFTERER (O.) dir., Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Basel, 2008, pp. 605-625 ; St.C.P.I., article 17 :

« Questions relatives à la recevabilité

1. Eu égard au dixième alinéa du préambule et à l'article premier, une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque :

a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ;
b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ;
c) La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3 ;
d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite.

2. Pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes :

a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 ;

tions à la priorité juridictionnelle des États peuvent être résumées en deux termes : l'incapacité d'agir et le manque de volonté ; nous verrons qu'outre une manifestation explicite de l'un de ces manquements, un déficit législatif (une absence d'incrimination ou l'inexistence de certains principes du droit pénal, par exemple) peut mener à une incapacité d'agir. Autrement dit, l'article 17 met en pratique une *mission résiduelle* attribuée à la Cour²⁴.

L'articulation des compétences nationales avec celles de la Cour pénale internationale (établie par le Statut de Rome) fait l'objet d'une littérature extrêmement abondante²⁵. L'idée-force en est que la Cour ne peut intervenir qu'en *complément* des juridictions nationales, dans le cas où ces dernières manqueraient à leur obligation de réagir pénalement aux crimes les plus graves. Autrement dit, « en application du régime du Statut de Rome, la lutte contre l'impunité des crimes les plus graves sera réalisée *premièrement* par les systèmes judiciaires des États et *deuxièmement* par la Cour »²⁶. Il s'agit d'une *priorité* plutôt que d'une supériorité ou d'une infériorité des États à l'égard de la Cour : il incombe en premier lieu aux États de réagir à la commission des crimes les plus graves, sans pour autant qu'ils soient hiérarchiquement supérieurs à la Cour. Les relations entre juridictions se pensent sur un mode plus complexe que la traditionnelle verticalité du

b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée ;

c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée.

3. Pour déterminer s'il y a incapacité de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère si l'État est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure ».

²⁴ KERR (R.) et MOBEKK (E.), *Peace and Justice: Seeking Accountability after War*, Blackwell, London, 2007, p. 127.

²⁵ Pour une présentation synthétique des négociations ayant mené à l'adoption du principe de complémentarité, nous renvoyons le lecteur à HOLMES (J.T.), « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, LEE (R.S.) dir., Kluwer, Den Haag, 1999, p. 41-78. Pour une étude extensive, cf. KLEFFNER (J.K.), *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, O.U.P., Oxford, 2008, en particulier les pages 58 à 95 pour une étude historique des modèles d'allocation de compétences, du T.M.I. de Nuremberg à la C.P.I., ou STIGEN (J.), *The Relationship between the International Criminal Court and National Jurisdictions*, Nijhoff, Leiden – Boston, 2008. Pour leur perspective critique, cf. BROWN (B.S.), « Primacy vs complementarity: reconciling the jurisdiction of national courts and international criminal tribunals », *Yale Journal of Int. Law*, 1998, vol. 23, p. 383-435 et EL ZEIDY (M.), « The principle of complementarity: a new machinery to implement international criminal law », *Michigan Journal Int. Law*, 2002, 23, p. 869-975.

²⁶ BROOMHALL (B.), « La Cour pénale internationale: directives pour l'adoption des lois nationales et d'adaptation », in *I.C.C. Ratifications and National Implementing Legislation*, coll. « Nouvelles études pénales », n° 13^{quater}, Erès, Paris, 1999, p. 121 (nous soulignons).

droit international. On observe d'ailleurs qu'outre une articulation de leur action, la complémentarité préside au renforcement de la collaboration entre acteurs nationaux et C.P.I. : l'approche dite « positive » dudit mécanisme dépasse l'idée qu'il ne constitue qu'une construction visant à rassurer les États quant au respect de leur souveraineté, pour en faire un générateur d'interactions entre La Haye et les différents lieux d'enquête et de procédure judiciaire²⁷.

b) Attentes à l'égard des États

La complémentarité n'exprime pas littéralement d'obligation, elle déclare la priorité juridictionnelle des États et le rôle ancillaire, « complémentaire », de la Cour. Celle-ci ne peut *a priori* contraindre les États à légiférer en un sens ou l'autre : cela porterait démesurément atteinte à leur souveraineté et au principe même de la complémentarité²⁸. Cela dit, pour que la complémentarité soit mise en œuvre de façon effective, il faut donc que les États soient en mesure d'agir qu'une action doive être complétée par la C.P.I., notamment sans qu'elle doive rejurer après leurs tribunaux.

Deux arguments se conjuguent donc ici. D'une part, parce que la complémentarité est un pilier fondamental du Statut de Rome, ne pas participer à sa mise en œuvre concrète (en se rendant adéquatement compétent) constitue une violation de l'esprit du Statut ; voilà qui renforce l'idée, portée dans le préambule déjà, d'une action législative nécessaire pour respecter cet *esprit*. D'autre part, une mise en œuvre adéquate et de bonne foi du Statut est indispensable à l'application concrète de la complémentarité²⁹ : en

²⁷ Concernant la mise en œuvre de cette complémentarité positive en R.D.C., Ouganda, République centrafricaine et au Darfour, cf. RYNGAERT (C.), « The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice », in *The Effectiveness of International Criminal Justice*, RYNGAERT (C.) dir., Intersentia, Antwerp – Oxford – Portland, 2009, p. 145-172. Le procureur Moreno Ocampo a fait de cette vision « positive » de la complémentarité l'un des axes principaux de sa stratégie en matière de poursuites : cf. C.P.I. (BUREAU DU PROCUREUR), *Rapport sur les activités mises en œuvre au cours des trois premières années (juin 2003-juin 2006)*, 12 septembre 2006, § 58 ; C.P.I. (BUREAU DU PROCUREUR), *Stratégie en matière de poursuites – 2009-2012*, § 3 ou 16 not. Dans le même sens mais de façon moins catégorique, la défense de G. Katanga a explicitement déclaré que la complémentarité s'entendait non seulement comme un compromis entre justice internationale et souveraineté des États, mais aussi comme un régime de coopération renforcée, cf. C.P.I., 11 mars 2009 (*Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*), aff. n° ICC-01/04-01/07, § 48 (exception d'irrecevabilité de l'affaire, soulevée par la défense de Germain Katanga en vertu de l'article 19-2-a du Statut).

²⁸ TALLGREN (I.), « Article 20: *Ne bis in idem* », in *Commentary on the Rome Statute of the International Court. Observers' Notes, Article by Article*, TRIFFTERER (O.) dir., Munich – Oxford – Baden-Baden, Beck – Hart – Nomos, 1999, p. 429.

²⁹ ZAHAR (A.) et SLUITER (G.), *International Criminal Law*, O.U.P., Oxford, 2008, p. 489.

effet, l'adaptation incomplète ou inappropriée de ses dispositions risque de provoquer une multiplication des affaires recevables devant la Cour. Cela rendrait impossible l'exercice effectif de ses fonctions complémentaires et ne réduirait pas l'impunité (on en revient là au but et à l'esprit du Statut). Kleffner considère, en ce sens, que l'adaptation législative des ordres juridiques internes relève de « l'effet utile » (*ut res magis valeat quam pereat*) : si l'on n'opte pas pour cette lecture du Statut, il perd l'applicabilité qui lui était destinée³⁰. Considérations téléologiques (respecter l'esprit du Statut) et pratiques (éviter que la C.P.I. soit forcée d'agir partout et noyée par un trop grand nombre d'affaires) s'allient donc pour pousser les États à incorporer le Statut dans leur législation nationale. On ne peut cependant pas parler d'obligation absolue. Le champ lexical est révélateur à ce sujet : « esprit », « pousser à », « participer », « bonne foi » renvoient à une coopération choisie, dans un certain flou, et non à une force strictement contraignante.

c) Effet politico-juridique

À ces considérations liées au projet porté par le Statut de Rome s'ajoutent des arguments plus étatistes : un intérêt national peut viser à préserver l'autonomie judiciaire des ordres internes. En effet, « la manière la plus sûre pour un État partie de garantir la compétence de ses juridictions nationales est de réviser son droit applicable, pour s'assurer de sa compatibilité avec lesdites garanties internationales »³¹, bref pour éviter la saisine de la Cour et garantir à ses justiciables un procès national.

La plupart des États préféreront en effet réussir ledit « test de la complémentarité » (c'est-à-dire voir la Cour déclarer une affaire irrecevable car leurs actions nationales sont suffisantes) lorsque l'accusé devant la Cour sera l'un de leurs ressortissants³² ou si le crime a été commis sur leur territoire³³. On observe en outre certaines « résistances politiques relatives aux perspectives incertaines de fonctionnement effectif de la nouvelle juridiction et aux craintes des pays signataires d'exposer leurs propres dirigeants aux risques

³⁰ KLEFFNER (J.K.), « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *op. cit.*, p. 93.

³¹ BROOMHALL (B.), « La Cour pénale internationale : directives pour l'adoption des lois nationales et d'adaptation », *op. cit.*, p. 155.

³² ROBINSON (D.), « The Rome Statute and its impact on national law », in *The Rome Statute of the International Criminal Court*, CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J.R.) dir., O.U.P., Oxford, 2002, vol. 1, p. 1860.

³³ BROOMHALL (B.), « La Cour pénale internationale : directives pour l'adoption des lois nationales et d'adaptation », *op. cit.*, p. 157.

d'un jugement pénal»³⁴ : elles peuvent inciter à « bien armer » les cours et tribunaux internes, de façon à rester maître chez soi³⁵ (ou à éviter que la Cour ait à compléter les décisions nationales). Or ne pas travailler à l'adéquation avec le Statut fait courir le risque que la Cour considère les actions nationales comme insuffisantes. Bref, parce que les États préfèrent en général donner priorité à leur compétence nationale³⁶, ce qui leur permet d'ailleurs de respecter l'esprit de la complémentarité, ils auront donc tendance à adapter leur législation nationale en fonction du Statut.

En outre, garantir la bonne compétence des juridictions nationales évite que l'État devienne un *safe port*, une zone de non-droit pour des crimes commis sur le territoire d'autres États, peut-être parties au Statut, par des personnes ne disposant pas de la nationalité de l'État et sur lesquelles il ne peut dès lors pas exercer sa compétence ordinaire. Et plus globalement, légiférer en fonction du Statut de Rome fait de l'État un contributeur actif à la diffusion des idéaux de lutte contre l'impunité que véhicule le Statut³⁷, ce qui ne peut qu'être positif pour l'image internationale du régime en place.

Dans le même sens, le Statut de Rome semble avoir un effet législatif sur les États qui ne l'ont pas signé et ratifié³⁸. D'abord, il a un effet indirect en ce qu'il reflète le droit international coutumier en constitution : la grande majorité des États présents à Rome ont signé le Statut, ce qui le vêt d'une forte valeur de signification, comme traduction de règles coutumières³⁹. Ensuite, plus directement, les compétences de la C.P.I. s'étendent de telle sorte qu'elles sensibilisent forcément l'ensemble des États soucieux de préserver leur autonomie judiciaire. En effet, la Cour est compétente pour juger les ressortissants d'États tiers pour des crimes commis sur le territoire

³⁴ WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du "Volkstrafgesetzbuch" allemand », *op. cit.*, p. 502.

³⁵ Cf. VERHOEVEN (J.), « Souveraineté et mondialisation : libres propos », in *La mondialisation du droit*, LOQUIN (E.) et KASSEDJAN (K.) dir., Litec, Dijon, 2000, p. 43-44. Ce n'est pas le choix qu'a marqué la République démocratique du Congo.

³⁶ LEE (R.S.), « State's responses: issues and solutions », *op. cit.*, p. 23.

³⁷ Sur l'adhésion des États aux nouveautés du droit international par « diffusion », cf. CHEVALLIER (J.), « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, MORAND (Ch.-A.) dir., Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 59.

³⁸ Cf. MÉGRET (F.), « Epilogue to an endless debate: the International criminal court's third party jurisdiction and the looming revolution of international law », *European Journal of Int. Law*, 2001, vol. 12, p. 247-268.

³⁹ Cf., en ce sens, SADAT (L.N.), « Custom, codification and some thoughts about the relationship between the two: article 10 of the ICC Statute », *DePaul Law Review*, 2000, 49, p. 909-923 ; KLEFFNER (J.K.), « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *op. cit.*, p. 110, qui illustre son affirmation d'exemples.

d'un État partie ou ayant reconnu la compétence de la Cour⁴⁰. Même si le pays d'origine de l'accusé est tiers au Statut, ses autorités nationales peuvent alors invoquer la complémentarité et faire preuve, éventuellement, de leur capacité et de leur volonté de le traduire en justice⁴¹. Autrement dit, un procès bien mené (ou d'adéquates poursuites ou enquêtes en cours) par un État, même tiers au Statut, bloque l'action de la C.P.I. ; les États opposés ou réticents à la Cour sont donc amenés à renforcer leur législation, s'ils veulent éviter de soumettre leurs justiciables à sa compétence. Même si la Cour peut aussi se voir déférer une situation par le Conseil de Sécurité, nonobstant l'accord de l'État concerné⁴², cet État pourra toujours contester la recevabilité d'une affaire devant la Cour, en prouvant, par exemple, qu'il a déjà agi en l'espèce⁴³. En d'autres termes, un tissu législatif adéquat lui permettrait de contrer une ingérence de la Cour, fondée sur la volonté du C.S.N.U. de voir la situation instruite par une juridiction internationale. Il semble donc que le Statut de Rome dispose d'arguments pour motiver États parties et tiers à la convention à évaluer et adapter leur tissu législatif à l'aune de ses dispositions⁴⁴.

En bref, les États sont incités à adapter leur législation en fonction du Statut de la Cour pénale internationale : les juridictions internes pourront dès lors voir leurs actions revêtues d'assez d'autorité pour que la C.P.I. ne puisse être saisie de la situation ou d'affaires en particulier. La complémentarité n'oblige pas explicitement les États à légiférer : elle agit comme un *incitant*, exerçant une *influence* plutôt qu'imposant une obligation stricte. On entre dans un registre gradualiste.

4. Pratique et interprétations convergentes

La doctrine et les États signataires confirment cette perception d'une obligation *floue*. En effet, législateurs et gouvernements nationaux paraissent d'accord sur le fait que l'obligation n'est pas expresse : elle est perçue de différentes façons. Ainsi les Pays-Bas considèrent-ils que les États sont *impli-*

⁴⁰ St.C.P.I., article 12-2.

⁴¹ KLEFFNER (J.K.), « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *op. cit.*, p. 111.

⁴² St.C.P.I., article 13.

⁴³ HOLMES (J.T.), « Complementarity: national courts versus the ICC », in *The Rome Statute of the International Criminal Court*, CASSESE (A.), GAETA (P.) et JONES (J.R.) dir., O.U.P., Oxford, 2002, vol. 1, p. 683.

⁴⁴ HENZELIN (M.), « Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, ROTH (R.) et HENZELIN (M.) dir., L.G.D.J. – Georg – Bruylant, Paris – Genève – Bruxelles, 2002, p. 116.

citement obligés par la complémentarité de la C.P.I. d'adapter leur droit pénal national de façon à ce que les crimes définis par le Statut y soient inscrits et, en outre, d'établir pour ces crimes la compétence extraterritoriale et universelle de leurs juridictions⁴⁵. Le Sénat belge, quant à lui, a estimé qu'il découle du caractère subsidiaire de la Cour que le Statut *invite indirectement* les États parties à modifier leur droit interne afin de rendre leurs juridictions pénales compétentes pour connaître des faits relevant de la compétence de la Cour elle-même. Il ne s'agit toutefois pas d'une obligation, mais d'une conséquence logique de la règle de la complémentarité de la Cour par rapport aux tribunaux internes⁴⁶.

L'ambiguïté des dispositions du Statut « donn[e] lieu à des interprétations distinctes mais convergentes »⁴⁷ par les États. Outre la lettre de deux articles du Statut, son esprit porté par le préambule et le mécanisme de complémentarité de la Cour (§ 1, 2 et 3, *supra*), un dernier argument conventionnel pourrait pousser les États à considérer qu'ils doivent adapter leur législation nationale en fonction du Statut de Rome. En effet, la Convention de Vienne indique qu'en matière d'interprétation :

« 31. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : [...] »

b) De toute *pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité* par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité »⁴⁸.

Vu que, fêrus d'autonomie ou portés par l'esprit de lutte contre l'impunité contenu dans le Statut de Rome, les États parties paraissent envisager des modifications de leur législation en fonction du Statut (quitte à finalement décider qu'elles ne sont pas nécessaires), ce dernier pourrait donc, selon la Convention de Vienne, être interprété comme requérant un certain activisme législatif. L'action pratique se révèle donc incitatrice, elle aussi, d'une prise en considération du Statut par les législateurs nationaux.

⁴⁵ Wet internationale misdrijven, Memorie van toelichting, 3 mai 2002, Kamerstuk 28337 n° 3 (Deuxième Chambre), p. 2 :

« Hoewel dit niet uitdrukkelijk in het Statuut is bepaald, is door een meerderheid van staten – waaronder het Koninkrijk – steeds aangenomen dat uit het complementariteitsbeginsel volgt dat de staten die partij zijn bij het Statuut gehouden zijn om de misdrijven die aan de rechtsmacht van het Strafhof zijn onderworpen, in hun nationale strafwetgeving strafbaar te stellen en voorts om extra-territoriale, universele rechtsmacht te vestigen die hun nationale strafgerechten in staat stelt die misdrijven te berechten óók als ze in het buitenland door niet-nationalen zijn gepleegd ».

⁴⁶ Projet de loi portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998, Exposé des motifs, Sén. belge, sess. ord. 1999-2000, n° 2-329/1, § 21.

⁴⁷ WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du "Völkerstrafgesetzbuch" allemand », *op. cit.*, p. 507.

⁴⁸ Convention sur le droit des traités, signée à Vienne le 23 mai 1969, article 31-3-b (nous soulignons).

Le constat d'une interprétation convergente s'applique également à la très grande majorité des lectures doctrinales du Statut. En effet, si quelques rares auteurs estiment que l'incorporation stricte du Statut dans les droits nationaux est obligatoire⁴⁹, la plupart considèrent qu'il ne s'agit pas d'une obligation *hard* mais *soft*⁵⁰, d'un *strong incentive* mais pas d'une obligation en droit⁵¹, d'une « motivation » à l'incorporation pour les États⁵², voire d'une obligation d'ordre moral⁵³. Dans la section prochaine, nous verrons qu'outre son statut incertain, cette incitation à l'action législative porte un contenu forcément soumis à la diversité, et donc à la flexibilité.

B. Une incitation au contenu flexible

Nous avons observé que les États se voient *relativement* obligés de prendre des mesures législatives en rapport avec la complémentarité de la Cour et qu'ils répondent assez positivement à cette *invitation*. Sans qu'existe une obligation de conformité, d'incorporation des définitions des crimes et de jugement sur la base de la lettre du Statut, un souhait d'adéquation paraît indéniablement émerger du Statut de Rome⁵⁴. Que les États ne soient pas obligés d'adopter les exactes incriminations et procédures du Statut exprime bien l'objectif de la C.P.I. : il s'agit de lutter contre l'impunité (quasi sans se préoccuper des formes que revêt cette lutte) et non d'imposer une procédure pénale universelle⁵⁵.

Il appartient donc aux États de déterminer la *manière* dont ils coopéreront avec la Cour et se prépareront, anticipativement, à réussir le « test de la complémentarité » : « le Statut ne prévoit rien quant à la façon dont les

⁴⁹ Cf. RELVA (H.), « The implementation of the Rome Statute in Latin American States », *Leiden Journal Int. Law*, 2003, vol. 16, 2, p. 331-366; SAAS (Cl.), « La nécessaire adaptation du droit français au Statut de Rome », *Actualité juridique. Pénal*, juin 2006, n° 6, p. 267-270.

⁵⁰ DEMBOWSKI (L.C.), « The International criminal court: complementarity and its consequences », in *Accountability for Atrocities. National and International Responses*, STROMSETH (J.E.) dir., Transnational publishers, New York, 2003, p. 142.

⁵¹ CRYER (R.) et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, CUP, Cambridge, 2007, p. 63.

⁵² HENZELIN (M.), « Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », *op. cit.*, p. 116.

⁵³ Selon Cl. Jorda et B. Cotte, ancien et actuel juges français à la C.P.I. Cf. Sénat français, sess. ord. 2008, séance n° 90, 10 juin 2008, *Journal officiel en ligne*, p. 2743.

⁵⁴ WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du "Völkerstrafgesetzbuch" allemand », *op. cit.*, p. 506.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 1866.

États mettraient en œuvre cette complémentarité⁵⁶; les États sont libres à cet égard⁵⁷, ils disposent à cette fin d'un « large espace de manœuvre »⁵⁸. Concrètement, le législateur devrait d'abord s'assurer que les comportements visés par le Statut de Rome sont bien criminalisés dans son ordre juridique interne et accompagnés de peines adéquates: nous analyserons cette question dans un premier paragraphe (1). Ensuite, nous commenterons la vigilance que devrait manifester le législateur national quant à certains des principes généraux du droit pénal, dont l'adéquate application au sein des frontières nationales pourrait éviter que la compétence des tribunaux nationaux se voie limitée (2). Nous n'entrerons pas dans les détails matériels de la définition des crimes ou les débats sur l'ampleur des principes généraux du droit international pénal tels que prévus dans le Statut de Rome. Puisqu'en sus, nous avons exclu le droit comparé de notre champ de recherche pour circonscrire celui-ci au droit international pénal, nous ne procéderons pas à une lecture approfondie et différenciée des législations nationales, ni à une étude de leur adéquation matérielle avec le contenu du Statut⁵⁹.

Il faut souligner que cette entreprise de mise en conformité législative (et non de reproduction à l'identique) est loin d'être aisée⁶⁰. Il s'agit en effet d'un processus complexe, requérant d'articuler le Statut de Rome, les règles de procédure et de preuve, les diverses obligations internationales de l'État et la législation nationale. Dans un premier temps, le législateur national doit poser un choix en termes d'opportunité: s'il est déjà doté d'un mécanisme de répression des crimes les plus graves, l'ordre interne ne requiert peut-être pas qu'on l'adapte littéralement au Statut. Dans un second temps, s'il décide d'incorporer le Statut à la législation nationale, le législateur pourra user de divers modes d'incorporation. On observe donc « une pluralité de formes de transposition pénale »⁶¹, *a priori* équivalentes puisque

⁵⁶ AKTYPIS (Sp.), « L'adaptation du droit pénal français au Statut de la Cour pénale internationale: état des lieux », *Droits fondamentaux*, janvier 2008-décembre 2009, n° 7, p. 5.

⁵⁷ Cf. DENZA (E.), « The relationship between international and national law », in *International law*, EVANS (M.D.) dir., O.U.P., Oxford, 2003, p. 419.

⁵⁸ WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du "Völkerstrafgesetzbuch" allemand », *op. cit.*, p. 507.

⁵⁹ Pour une présentation précise de l'état des mécanismes de ratification et d'incorporation, *cf.*, par exemple, *States Responses to Issues Arising from the I.C.C. Statute: Constitutional, Sovereignty, Judicial Cooperation and Criminal Law*, LEE (R.S.) dir., Transnational Publishers, New York, 2005. Pour les textes nationaux, *cf.* not. le site internet de la C.P.I. (icc-cpi.int), dans les « Outils juridiques » ou celui du Comité international de la Croix-Rouge (icrc.org, section « Droit humanitaire »).

⁶⁰ En ce sens, *cf.* not LEE (R.S.), « State's responses: issues and solutions », *op. cit.*, p. 2.

⁶¹ WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du "Völkerstrafgesetzbuch" allemand », *op. cit.*, p. 508.

toutes liées au Statut : « entre les deux hypothèses de la solution zéro et de l'identité parfaite, se situe un éventail large d'options intermédiaires qui ne semblent contredire ni l'esprit ni la lettre du Statut. Une certaine disharmonie entre droit international et droit interne semble en effet rester admissible, à condition qu'elle ne se traduise pas par une répression inefficace ou – plus encore – qu'elle n'affiche pas un degré tel qu'il rend l'État incapable ou « sans bonne volonté » dans la répression des crimes »⁶².

L'obligation incertaine commentée dans la section précédente, qui relève plutôt de l'influence, présente donc un contenu mouvant, lequel renforce le caractère particulier du phénomène de « source du droit » que nous étudions dans cette contribution. Nous commenterons cette incontournable diversité (3) avant de constater que cette flexibilité n'en demeure pas moins efficace, plus efficace peut-être que de strictes obligations découlant d'une répartition hiérarchique des compétences (4).

1. Des crimes diversement définis

Pour éviter avec le plus de certitude possible que la C.P.I. considère l'action nationale comme défaillante, le tissu législatif national devrait comprendre la criminalisation des actes de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre⁶³, pour lesquels la C.P.I. est compétente, ainsi que des peines correspondant à leur gravité.

Chaque État est libre quant à la forme de ces incriminations⁶⁴ mais incité à prendre en considération celle que définit le Statut de Rome : « même si [ce dernier] n'impose pas formellement l'adaptation des définitions internationales, il *incite à s'en inspirer*, notamment pour les incriminations ou les conditions de responsabilité, afin de pouvoir invoquer ensuite une compétence nationale au nom du principe de complémentarité »⁶⁵. La formulation du principe *ne bis in idem* dans le Statut de la Cour confirme d'ailleurs la relativité des obligations qui s'imposent aux États en matière législative.

⁶² *Ibid.*, p. 509.

⁶³ KLEFFNER (J.K.), « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *op. cit.*, p. 95.

⁶⁴ LEE (R.S.), « State's responses: issues and solutions », *op. cit.*, p. 22.

⁶⁵ DELMAS-MARTY (M.), « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », in *Série de conférences du Bureau du Procureur, C.P.I.*, 11 mars 2005, p. 5.

Aux termes de l'article 20-3 du Statut⁶⁶, la C.P.I. ne peut pas rejuger un acte qui a déjà fait l'objet d'un jugement, quelle que soit la façon dont ce fait a été qualifié (sauf exception, liée à une incapacité ou à un manque de volonté de l'État). La qualification de l'acte par les juridictions nationales n'a donc pas d'impact : même différente de la lettre du Statut, elle bloque alors un deuxième jugement *in idem*. Cela dit, la C.P.I. demeure juge de cette adéquation des jugements nationaux avec l'objectif du Statut, une lutte efficace contre l'impunité ; cela peut pousser les États à vérifier la conformité de leur droit interne avec les impératifs du Statut de Rome.

Sans qu'on prétende résumer ainsi la discrétion complète laissée aux États à ce sujet⁶⁷, quatre méthodes paraissent s'offrir aux législateurs nationaux (et peuvent être combinées) : la simple référence au Statut de Rome, l'adoption des définitions qui y sont données aux crimes internationaux, la réécriture desdites incriminations et le maintien de la législation ordinaire de l'État.

D'abord, les États parties peuvent se contenter d'un simple renvoi au droit international. C'est la solution qu'a choisie le Canada, par exemple, pour le crime de guerre⁶⁸. À condition que le renvoi soit évolutif, c'est-à-dire adaptable aux décisions et modifications futures, la flexibilité de cette solution paraît assez intéressante, puisqu'elle permet de rester ouvert aux évolutions des crimes internationaux.

D'autres préféreront adopter littéralement les définitions des crimes établies par le Statut, en incorporer les termes exacts dans leur droit interne. Cette possibilité a recueilli la préférence, entre autres, de la Belgique⁶⁹. Pourtant,

⁶⁶ St.C.P.I., article 20-3 (nous soulignons) :

« Quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8 ne peut être jugé par la Cour que si la procédure devant l'autre juridiction :

a) Avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ; ou
b) N'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice ».

⁶⁷ LEE (R.S.), « State's responses: issues and solutions », *op. cit.*, p. 29.

⁶⁸ Loi (canadienne) concernant le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre et visant la mise en œuvre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, et modifiant certaines lois en conséquence, sanctionnée le 29 juin 2000, article 4 (nous soulignons) :

« Crime de guerre : fait – acte ou omission – commis au cours d'un conflit armé et *constituant*, au moment et au lieu de la perpétration, un *crime de guerre selon le droit international coutumier ou le droit international conventionnel applicables* à ces conflits, qu'il constitue ou non une transgression du droit en vigueur à ce moment et dans ce lieu ».

⁶⁹ La lettre du Statut de Rome est fidèlement reproduite et il est fait explicitement référence audit Statut dans la loi (belge) du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire, M.B., 5 août 1993, telle que modifiée par la loi du 23 avril 2003, M.B., 7 mai 2003, article 1bis par exemple.

« d'un point de vue théorique, une adaptation de notre droit pénal aux incriminations du Statut de la CPI [n'était] [...] pas absolument indispensable »⁷⁰. On observe en effet que des poursuites pour crime de guerre ont été intentées après la Deuxième Guerre mondiale, alors que cette incrimination était absente du droit belge à l'époque⁷¹, et que la Belgique avait déjà ratifié la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, notamment, dont le texte a ensuite été repris dans le Statut de Rome. Si cette solution de l'incorporation pure paraît simple, elle n'évite pas le danger lié à l'interprétation de ces définitions « littéralement conformes » par les tribunaux : il est possible qu'à l'avenir, les jurisprudences nationales et internationales empruntent des voies différentes⁷² et que les termes formellement identiques ne revêtent plus le même sens.

Il est par ailleurs envisageable de réarranger les incriminations, de redéfinir les crimes définis par le Statut. Ou de se concentrer sur les lacunes possibles du droit national en vigueur, à l'aune du Statut, et de les compléter au cas par cas. Il paraît difficile de prévoir toutes les situations que pourraient couvrir les dispositions du Statut, mais les États décidant de légiférer ainsi n'encourent guère de difficultés, tant que le comportement susceptible d'intéresser la C.P.I. tombe aussi sous le coup de la législation nationale. Si la définition nationale d'un crime se révèle plus étroite que celle prévue par le Statut, l'État risque d'être considéré comme manquant de la volonté ou de la capacité de poursuivre. Ainsi, quand la Bosnie-Herzégovine décide de ne pas inscrire la conscription d'enfants dans son Code pénal, parmi les crimes de guerre, c'est un risque qu'elle endosse très concrètement : ses juridictions ne pourraient poursuivre un individu pour un tel comportement, puisqu'il ne constitue pas un crime. La France emprunte la même voie quand elle décide de conserver son ancienne définition du génocide, plus restrictive que celle du Statut⁷³. Au contraire, l'usage de termes à l'application plus large que ce que prévoit le Statut de Rome, c'est-à-dire criminalisant davantage de comportements, ne paraît *a priori* pas problématique⁷⁴,

⁷⁰ DAVID (E.), « Les conséquences du Statut de la Cour pénale internationale pour la répression en droit belge », in *Actualité du droit international humanitaire*, La Charte, Bruxelles, 2001, p. 79.

⁷¹ *Ibid.*, p. 79. Dans le même sens, D. Vandermeersch, alors Juge d'instruction, s'est déclaré compétent pour poursuivre le Général Pinochet pour crimes contre l'humanité, sans que cette catégorie figure dans le droit pénal de l'époque : cf. Civ. Bruxelles, 6 novembre 1998, *J.T.*, 1999, p. 310.

⁷² BACIO TERRACINO (J.), « National implementation of I.C.C. crimes. Impact on national jurisdictions and the I.C.C. », *Journal of Int. Crim. Justice*, 2007, vol. 5-2, p. 423.

⁷³ La définition française limite en effet le génocide à des actions posées dans le cadre « d'un plan concerté », ce qui ne figure pas dans l'article 6 du Statut de Rome : cf. C. pén. fr., article 211-1. La définition du groupe de victimes par cet article, par contre, est plus large que celle du Statut.

⁷⁴ BROOMHALL (B.), « La Cour pénale internationale : directives pour l'adoption des lois nationales et d'adaptation », *op. cit.*, p. 158.

puisqu'il ne rend pas la compétence nationale moins étendue que celle de la C.P.I. L'Allemagne, par exemple, considère comme un crime de guerre le fait d'affamer volontairement les civils, en les privant des objets essentiels à leur survie ou en entravant leur accès à l'aide humanitaire⁷⁵ – le Statut de Rome n'englobe actuellement pas ces agissements dans sa définition du crime de guerre.

Enfin, le législateur national peut considérer que sa législation ordinaire suffit à couvrir les comportements visés par le Statut et ne pas adopter de définition propre à ceux-ci. Dans le Statut, rien n'interdit qu'un procès de droit commun bloque l'intervention *in idem* de la Cour⁷⁶. Cela s'explique par l'atteinte à la souveraineté nationale qu'aurait constituée l'exigence imposée à tous les États de criminaliser les mêmes comportements que le Statut de Rome, au risque sinon de ne pas pouvoir empêcher la Cour d'intervenir dans leurs affaires judiciaires. Cette approche comporte néanmoins des risques : il faut que la peine et la stigmatisation par l'incrimination reflètent la gravité du crime en droit international, au risque sinon d'apparaître comme les indices d'un manque de volonté ou d'une incapacité de traduire l'accusé en justice. Pire encore, le droit national pourrait ne comprendre aucune disposition incriminant le comportement, même de droit commun, ce qui rendrait l'État parfaitement incapable de lutter contre l'impunité⁷⁷.

2. L'impact imprévu de certains principes du droit pénal

Une incrimination conforme au Statut de Rome ne suffit guère à assurer la compétence des juridictions internes : les États devraient également veiller à vérifier si et comment leur législation consacre certains principes de droit propres au droit pénal. On pense, par exemple, à l'imprescriptibilité des crimes : aux termes du Statut de Rome⁷⁸, tout crime commis après le 1^{er} juillet 2002 est susceptible d'être poursuivi devant la Cour (s'il entre dans son champ d'application). Autrement dit, si un crime prévu en droit

⁷⁵ *Völkerstrafgesetzbuch* (Code de droit international pénal allemand), adopté le 19 juin 2003, section 11-1-5 :

« Das Aushungern von Zivilpersonen als Methode der Kriegsführung einsetzt, indem er ihnen die für sie lebensnotwendigen Gegenstände vorenthält oder Hilfslieferungen unter Verstoß gegen das humanitäre Völkerrecht behindert ».

⁷⁶ BACIO TERRACINO (J.), « National implementation of I.C.C. crimes. Impact on national jurisdictions and the I.C.C. », *op. cit.*, p. 439.

⁷⁷ ROBINSON (D.), « The Rome Statute and its impact on national law », *op. cit.*, p. 1861.

⁷⁸ St.C.P.I., article 29.

national est prescriptible, il est possible que l'appareil judiciaire de l'État se révèle incapable de le poursuivre, après que le délai de prescription est dépassé. La Cour pourrait alors faire jouer sa complémentarité et juger à la place de l'État⁷⁹. Si celui-là veut éviter une telle atteinte à sa souveraineté ou garantir à ses justiciables un procès « au pays », il devrait adapter son droit de la prescription à l'article 27 du Statut de Rome.

On pense aussi aux clauses exonératoires de responsabilité⁸⁰ : une définition différente de la contrainte, de la déficience mentale ou de l'autodéfense, de la majorité aussi ou des immunités⁸¹ pourrait mener à un acquittement au niveau national, alors que la Cour conclurait ensuite que l'individu peut être considéré comme responsable. D'ailleurs, le rejet de toute immunité par le Statut de Rome montre que la complémentarité de la C.P.I. ne sert pas seulement à sanctionner les États défaillants, mais aussi à compléter certaines incapacités nationales dues à une trop forte tension politique⁸².

Bref, des affaires seront recevables devant la C.P.I. si l'absence d'intégration de certains principes provoque la criminalisation, dans l'ordre interne, d'un nombre moins important de comportements que le Statut de Rome⁸³. « Maintenir l'opposabilité de la prescription, de l'amnistie ou de l'immunité, comme des limitations traditionnelles de compétence, démontre [...] que l'État concerné n'a pas la volonté, ou se trouve dans l'incapacité, de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites, au sens de l'article 17 du StCPI, et conduit à donner compétence à la CPI »⁸⁴, écrit Delmas-Marty.

⁷⁹ BROOMHALL (B.), « La Cour pénale internationale : présentation générale et coopération des États », in *I.C.C. Ratifications and National Implementing Legislation*, coll. « Nouvelles études pénales », n° 13^{quater}, Erès, Paris, 1999, p. 85.

⁸⁰ St.C.P.I., article 31.

⁸¹ Pour plus de détails à leur sujet, dans ce cadre-ci, cf., parmi beaucoup d'autres, CASSESE (A.), « Peut-on poursuivre les hauts dirigeants des États pour des crimes internationaux ? À propos de l'affaire Congo c. Belgique (C.I.J.) », *Rev. sc. crim.*, 2002, 3, p. 479-499 ; MASSE (M.), DUPARC (C.) et AUBERT (B.), « La pénalisation du politique », in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ (M.), JEAN (J.-P.) et GIUDICELLI (A.) dir., PUF, Paris, 2009, p. 207-243.

⁸² VANDERMEERSCH (D.), « Droit belge », in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, CASSESE (A.) et DELMAS-MARTY (M.) dir., PUF, Paris, 2002, p. 106 : « Il faut noter ici que lorsque les poursuites nationales se heurtent à l'obstacle de l'immunité, la compétence de la Cour pénale internationale n'est plus complémentaire mais devient exclusive à l'égard des accusés bénéficiant de cette protection et soupçonnés d'avoir commis des crimes relevant de la compétence de la Cour, dès lors qu'en raison de cet obstacle, les juridictions nationales concernées doivent être considérées comme étant dans l'incapacité juridique de mener à bien les poursuites au sens de l'article 17, 1 a), du Statut ».

⁸³ *Ibid.*, p. 88.

⁸⁴ DELMAS-MARTY (M.), « Tribunaux internationaux et mondialisation », in *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, *Études des Law Clinics en droit pénal international*, FRONZA (E.) et MANACORDA (S.) dir., Dalloz – Giuffrè, Paris – Milan, 2003, p. 278.

C'est pour répondre à ce type de reproche que les États auront tendance à légiférer en fonction du Statut de Rome.

3. Une incontournable diversité

De cette obligation incertaine au contenu flexible découle forcément une grande diversité. Les variations s'expliquent par les différences entre les situations nationales et par la liberté laissée aux États dans l'éventuelle transposition des dispositions du Statut de Rome. Outre des considérations politiques et l'existence d'usages locaux, l'étendue et la forme de l'adaptation nationale dépendront de la tradition juridique et du cadre constitutionnel de chaque État⁸⁵. Les exigences sont les mêmes à l'égard de toutes les parties au Statut, mais la façon dont chacun rendra son système juridique capable de se conformer à ces exigences variera : certains devront modifier leur Constitution, d'autres considéreront peut-être que les dispositions du Statut ont un effet direct sur leurs justiciables ; une législation simple paraîtra adéquate aux uns, les autres décideront de prévoir un régime particulier pour ces crimes d'exception. « La manière par laquelle chaque ordre juridique s'acquitte de ses obligations constitue une variable dépendante de la situation du droit interne, ainsi que de choix plus proprement d'opportunité accomplis par chaque législateur »⁸⁶.

Cela dit, la diversité est propre également au droit international lui-même : il faut constater que la définition des crimes internationaux varie parfois d'un traité à l'autre⁸⁷, ce qui peut plonger les États dans un conflit de fidélité à leurs différents engagements⁸⁸. Alors certes, opter pour la définition la plus large devrait *a priori* assurer la pleine possession de leur compétence

⁸⁵ ROBINSON (D.), « The Rome Statute and its impact on national law », *op. cit.*, p. 1850 ; BROOMHALL (B.), « La Cour pénale internationale : présentation générale et coopération des États », *op. cit.*, p. 85 et « La Cour pénale internationale : directives pour l'adoption des lois nationales et d'adaptation », *op. cit.*, p. 121.

⁸⁶ WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du "Völkerstrafgesetzbuch" allemand », *op. cit.*, p. 501.

⁸⁷ LEE (R.S.), « State's responses: issues and solutions », *op. cit.*, p. 32.

⁸⁸ On pense, par exemple, à la torture comme crime en tant que tel, au sens de la Convention qui lui est consacrée, et non comme élément constitutif du crime contre l'humanité, au sens de l'article 7-1-f du Statut de Rome, ou à l'attaque contre des installations contenant des forces dangereuses, qui est incriminée dans le Protocole I aux Conventions de Genève, mais absente du Statut de Rome : cf. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, adopté le 8 juin 1977, article 85-3-c.

aux États⁸⁹, mais leur tâche apparaît bien complexe : comment connaître la portée de chaque définition internationale ? À laquelle accorder la priorité ? Comment ne pas en changer la signification par l'intégration dans le droit national et l'application par les tribunaux ?

D'ailleurs, même un État qui serait textuellement en ordre quant à ses anciennes obligations internationales, liées à d'autres traités, ne peut avoir la certitude d'être en adéquation avec l'état actuel du droit international pénal⁹⁰ : ce dernier évolue. « Certaines définitions du Statut de Rome témoignent de l'évolution du droit pénal et humanitaire international durant la période qui s'est écoulée depuis l'adoption des principaux traités dans ces domaines tandis que d'autres sont moins progressives et ne correspondent pas aux normes adoptées récemment par la communauté internationale »⁹¹. On sait, de plus, à quel point les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, précurseurs de la C.P.I., ont enrichi, par leur jurisprudence, le contenu initial de leurs statuts et le sens de dispositions coutumières à l'égard desquelles ils étaient compétents⁹² ; on peut s'attendre à ce que le même phénomène se produise dans le cas de la C.P.I. On comprend que même l'État désireux d'entrer dans une synonymie absolue avec le Statut, soucieux de ne pas user de la marge d'appréciation que celui-là lui accorde, ne pourra mener sa tâche parfaitement : il y aura toujours des différences entre le Statut et son droit interne⁹³.

En outre, la définition des crimes par le Statut rend elle-même difficile l'obtention d'une adéquation parfaite⁹⁴. Compromis politique⁹⁵, récent et négocié, ce traité ne constitue ni la panacée, ni le point final du droit international pénal⁹⁶ : les négociateurs du texte ont parfois opté pour le silence ou une ambiguïté constructive, afin d'éviter de trop larges dissen-

⁸⁹ D'autant plus que l'article 10 du St.C.P.I. indique que :

« Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut ».

Cette disposition vise à éviter que le Statut cristallise le droit international pénal en l'état, ce qui pourrait provoquer une forme de régression coutumière : les crimes ailleurs reconnus ne s'y trouvant pas pourraient se voir exclus du droit international pénal.

⁹⁰ « Faire fonctionner la justice internationale – Manuel de mise en œuvre du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale », *Human Rights Watch*, septembre 2001, vol. 13-4, p. 20.

⁹¹ *Ibid.*, p. 21.

⁹² *Ibid.*, p. 64.

⁹³ LEE (R.S.), « State's responses: issues and solutions », *op. cit.*, p. 45.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 29.

⁹⁵ HENZELIN (M.), « Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », *op. cit.*, p. 115.

⁹⁶ CRYER (R.) *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, *op. cit.*, p. 451.

sus; certaines de ses formules requièrent sans doute d'être précisées pour rencontrer les exigences de clarté, de légalité et de précision du droit pénal national; la diversité qui résultera forcément de ces précisions s'impose. Elle est inévitable.

4. L'efficacité du relatif

Il apparaît que la flexibilité décrite dans la section et les paragraphes précédents n'empêche pas le droit de la C.P.I. de produire des effets concrets, alors que diversité et flou semblent éloignés de l'idéal du droit pénal et d'une rationalisation au sens moderne du terme. En effet, le droit de la C.P.I., complémentaire et non supérieur aux États, avec toutes les imperfections de son Statut et le caractère relatif des obligations législatives qu'il engendre, se révèle plus efficace que les mécanismes mis en place auparavant, qui relevaient de la pure imposition verticale, sur la base d'un droit international supérieur aux ordres internes⁹⁷. Il mène en effet à l'adoption réelle de lois par des États qui, parties à d'autres conventions portant sur des matières très proches, ne leur avaient pas pourtant donné de suite concrète⁹⁸. *L'esprit* d'un traité et la *possible* intervention d'une instance internationale dans les affaires internes – pas même une *menace*, puisqu'elle est évitable et dépend d'une convention ratifiée par l'État lui-même – se révèlent donc porteurs de plus de résultats que la primauté théorique du droit international pénal⁹⁹.

⁹⁷ En ce sens, cf. not. RYNGAERT (C.), « The principle of complementarity: a means of ensuring effective international criminal justice », *op. cit.* On pense aux conventions internationales « classiques », comme la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide ou la Convention du 10 janvier 1984 contre la torture, plutôt qu'aux tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, dont l'influence sur le tissu législatif des États concernés est non négligeable.

⁹⁸ CRYER (R.) *et al.*, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, *op. cit.*, p. 63; KLEFFNER (J.K.), « The impact of complementarity on national implementation of substantive international criminal law », *op. cit.*, p. 94:

« If one considers the almost uniform response of States to the complementary nature of the I.C.C. by seeking to ensure that conduct criminalized under the Rome Statute is equally punishable under their domestic law, complementarity – reinforced by the threat of the I.C.C. exercising jurisdiction in case they do not – proves more effective than those express and clear obligations to implement under relevant international humanitarian and criminal law treaties – obligations which have long been met with a lack of compliance ».

⁹⁹ Précisons néanmoins que dans ces conventions comme dans le Statut, « le droit international pénal impose une obligation de résultat quant à la répression des crimes de DIH mais il ne précise pas nécessairement quel État doit assurer cette répression », selon DAVID (E.), « Règles de compétence en droit interne belge et régime de complémentarité, y compris les règles d'immunités après l'adoption de la loi du 29 mars 2004 », in *La Belgique et la Cour pénale internationale: complémentarité et coopération*, Actes du colloque du 17 mai 2004, S.P.F. Justice – Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 75. La possibilité d'une diversité n'est donc pas neuve, contrairement à sa mise en œuvre effective.

Bien sûr, la création de la Cour exprime un élan, un contexte politique favorable, une volonté de lutter contre l'impunité qui s'expriment logiquement au sein des frontières étatiques (pensons au refus par la Chambre des Lords d'accorder l'immunité à Pinochet, quelques mois après l'adoption du Statut de Rome) : nous ne voudrions pas présenter le juridique comme seul moteur de l'action des États. Cela dit, les auteurs constatent que le mécanisme de complémentarité permet indirectement à la C.P.I. de jouer le rôle d'incitateur à la vigilance judiciaire des États parties¹⁰⁰. Ainsi, en République démocratique du Congo, de nombreux éléments paraissent indiquer que la Cour, en tant que détentrice d'une autorité supranationale, nourrit et catalyse les efforts internes de réforme¹⁰¹.

Le Statut et l'action de la C.P.I. semblent donc exercer un effet sur les conflits négatifs de compétences, pousser à l'action mieux que des principes positifs classiques (on pense au principe *aut dedere aut judicare*, par exemple). Ils paraissent également mener à la réduction des lacunes législatives au sein des ordres nationaux, qui rendaient le droit international pénal peu opérationnel¹⁰². Au fond, le Statut n'obligeant que de façon relative, il apparaît presque comme un « pré-texte » qui incite les États à prendre leurs responsabilités. On peut donc soutenir que les obligations indirectes portées par le Statut de Rome se révèlent plus efficaces que la supériorité stricte du droit international, alors qu'à sa création, la complémentarité paraissait constituer un montage compliqué, seulement destiné à ménager les susceptibilités nationales : Louise Harbour, ancienne procureure des T.P.I., n'avait-elle pas déclaré en 1998 que « the complementarity issue is an absolute recipe for disaster. The simple solution is to put primacy in the ICC »¹⁰³ ?

Le Statut ne mène clairement pas à l'uniformisation en termes de répression des crimes les plus graves : il pousse à ne pas les laisser impunis, mais laisse les États décider de la manière d'y parvenir. Parlant de « normativité de la complémentarité », Kleffner avance que cette obligation relative, aux contours imprécis, pourrait bien constituer un objet conceptuel dépassant

¹⁰⁰ DUPUY (P.-M.), « Principe de complémentarité et droit international général », in *The International Criminal Court and National Jurisdictions*, POLITI (M.) et GIOIA (F.) dir., Ashgate, Aldershot, 2008, p. 17.

¹⁰¹ BURKE-WHITE (W.W.), « Complementarity in practice: the International criminal court as part of a system of multi-level global governance in the Democratic Republic of Congo », *Leiden Journal of Int. Law*, 2005, 18, p. 574.

¹⁰² WERLE (G.) et MANACORDA (S.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome. Le paradigme du « *Volkstrafgesetzbuch* » allemand », *op. cit.*, p. 508.

¹⁰³ Elle visait notamment la difficulté d'enquêter et d'agir dans un pays qui s'y opposerait : cf. LLEWELLYN (J.) et RAPONI (S.), « The protection of human rights through international criminal law: a conversation with Madam Justice Louise Harbour, chief prosecutor for the International criminal tribunal for the Former Yugoslavia and Rwanda », *University of Toronto Faculty of Law Review*, 1999, vol. 57, n° 1, p. 87.

la dichotomie des droits et obligations du droit international¹⁰⁴. Elle nous semble en effet s'inscrire dans un nouveau mode de production et d'application du droit, non plus traditionnellement strict et hiérarchique, teinté de prétentions à l'univocité, mais plus complexe, ouvert à la diversité et au flou, aux échanges de sens plutôt qu'à la contrainte, à la similarité et non seulement à l'identité formelle. C'est ce qui a justifié que nous lui consacrons la présente contribution, dans cet ouvrage dédié aux « sources du droit revisitées » : car si le Statut de Rome est un traité international, potentiellement source classique de droit national, il n'engendre qu'indirectement une action législative des États.

Ce premier chapitre, décrivant les éléments positifs d'une production du droit atypique, a montré que malgré son caractère très récent et parfois flou, le Statut de Rome a déjà exercé un impact fort sur le droit national et, plus largement, sur la pensée pénale nationale et internationale¹⁰⁵. Effectivement, par sa tolérance des formulations différentes et des équivalences, son usage d'incitants et non seulement d'obligations nettes et précises, cette branche du droit paraît manifester un dépassement concret, mis en pratique, du modèle classique du droit pénal.

Il faut immédiatement noter que ce dépassement est général : en droit interne aussi, on observe les symptômes d'une évolution fondamentale à l'égard des idéaux de stabilité, de législation parfaite, de pure clarté portés par la pensée classique¹⁰⁶. Ainsi Cartuyvels observe-t-il que, « marqué par l'éclatement et l'hétérogénéité des sources, l'entrelacement et la superposition de niveaux normatifs différents », le droit pénal national voit émerger « un principe de légalité élargie ou d'une légalité plurielle »¹⁰⁷. Dans le même sens, il dresse le constat d'une « prolifération d'incriminations aux contours « flous » » et attire l'attention sur les difficultés en termes de clarté et de prévisibilité qui en découlent¹⁰⁸. Le phénomène que nous observons ici n'est donc pas propre au droit international pénal : le dépassement des frontières étatiques qui opère dans cette branche en accentue les traits, mais le mouvement (seulement pénal ?) vers plus de flexibilité est plus général.

¹⁰⁴ KLEFFNER (J.K.), « The impact of complementarity on national implementation of substantive International criminal law », *op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁵ ROBINSON (D.), « The Rome Statute and its impact on national law », *op. cit.*, p. 1868.

¹⁰⁶ Cf. par exemple, à ce sujet, en 1998 déjà, VAN DE KERCHOVE (M.) et TULKENS (Fr.), « D'où viennent les flous du pénal ? Les déplacements de l'objet et du sujet », in *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, L'Harmattan, Paris – Montréal, 1998, p. 131-141.

¹⁰⁷ CARTUYVELS (Y.), « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme ?*, DUMONT (H.), OST (Fr.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) dir., Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 407.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 411.

On peut en outre avancer que, sans doute, les idéaux classiques n'ont jamais trouvé de pure application dans la pratique du droit : la pensée pénale classique n'a pas rendu possible un fonctionnement tout à fait pur et parfait du droit pénal, un rôle du juge strictement mécanique suite à l'édiction d'une loi tout à fait abstraite et atemporelle¹⁰⁹. Le principe de légalité « est sans doute inapplicable depuis le début dans toute sa pureté »¹¹⁰. Le questionnement à ce sujet est d'autant plus brûlant que le droit pénal apparaît comme la branche du droit la plus profondément ancrée dans l'idéal de la loi parfaite, comme l'a exprimé son maître Beccaria. Il faut en effet se souvenir que « dans son souci d'unité et de simplification, [le] modèle de droit « légal-rationnel » a aussi, dans le champ pénal, une vocation humaniste : rationalisant la production pénale, éliminant, en principe et sur papier, les « flous » [...] il pose des limites qui se veulent précises à l'intervention pénale au nom de la nécessaire protection des libertés publiques du citoyen »¹¹¹.

Il paraît donc essentiel d'analyser ce droit international pénal tant pétri de variantes, de vide, d'incertitudes, tellement mou, réflexif, pluraliste¹¹² que certains le considèrent comme « anti-moderne »¹¹³. Modestement, nous proposons de participer à cette entreprise, en confrontant nos observations consacrées à la production législative motivée par le Statut de Rome, développées ci-dessus, à certains éléments de la théorie des sources du droit, proposés comme canevas au présent ouvrage. C'est là l'objet de notre second chapitre.

¹⁰⁹ Ainsi a-t-on noté que les conventions « classiques » de droit international pénal laissaient place à une diversité de transpositions, relevant d'une obligation (ineffective) de résultat quant à la poursuite des crimes les plus graves, sans imposer aux États un *modus operandi* précis : cf. *supra*, note 100.

¹¹⁰ CARTUYVELS (Y.), « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne » : évolutions et transformations », in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, MASSÉ (M.), JEAN (J.-P.) et GIUDICELLI (A.) dir., PUF, Paris, 2009, p. 78.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 76.

¹¹² CHEVALLIER (J.), « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *R.D.P.*, 1998, p. 659 et s.

¹¹³ FOFANI (L.), « La giustizia penale internazionale : un sistema penale « antimoderno » ? », in *Les sources du droit international pénal – L'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.) et LAMBERT-ABDELGAWAD (E.) dir., Société de législation comparée, Paris, 2004, p. 371-372.

II. Renoncer à la catégorisation pour quantifier et fonder la normativité

Dans ce second chapitre, nous confronterons nos observations à différents éléments de la théorie des sources du droit, proposés comme canevas au présent ouvrage. Nous tenterons d'abord de catégoriser l'incitation à la création législative que nous avons observée dans le premier chapitre, à l'aide des notions-étiquettes de source matérielle ou formelle, *soft* ou *hard* (A). Ces catégories ne nous paraissant pas répondre pleinement aux interrogations ouvertes par notre cas d'espèce, nous tenterons de reformuler la question des sources et d'y répondre par une évaluation de l'intensité des normes à l'aide des développements de Catherine Thibierge¹¹⁴ et, surtout, par une réflexion qualitative sur leur validité, sur la base de la théorie développée par François Ost et Michel van de Kerchove¹¹⁵ (B).

Afin de nous inscrire dans le canevas théorique de cet ouvrage collectif, sans doute faut-il préciser que nous n'aurons pas recours à la théorie de la règle de reconnaissance élaborée par Herbert Hart. Que la règle de reconnaissance émerge d'une pratique sociale, collective (qu'il y ait convention quant à son acceptation ou non) pourra séduire le juriste désireux de dépasser le positivisme basique, en ce que s'y manifestent une plasticité du droit à l'égard du phénomène social et une possible diversité des critères d'identification à un système juridique. Plus encore, Philippe Gérard étaye tout l'intérêt de la notion en affirmant qu'est seule soutenable une conception pluraliste des règles de reconnaissance¹¹⁶. Il s'agit cependant, toujours, de reconnaître les critères d'appartenance à *un* système déterminé et non les passages d'un système à l'autre ou, pour ce qui nous intéresse ici, la perméabilité des ordres international et internes¹¹⁷. Ainsi Philippe Gérard explique-t-il que le grand intérêt de la règle de reconnaissance au sens d'Herbert Hart consiste à mettre en lumière « le degré d'autonomie formelle et d'auto-référentialité » des systèmes de droit¹¹⁸ : la notion de règle de reconnaissance

¹¹⁴ Cf. THIBIERGE (C.) et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J. – Bruylant, Paris – Bruxelles, 2009, en particulier p. 741-838.

¹¹⁵ Cf. OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., en particulier p. 301-383.

¹¹⁶ GÉRARD (Ph.), « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, n° 65, p. 70.

¹¹⁷ D'autant moins encore qu'Hart observe l'absence de règles secondaires et de reconnaissance en droit international, ce qui empêche de le considérer comme un « système juridique développé » et pousse même à se demander s'il s'agit « réellement de droit » : cf. HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. par M. van de Kerchove, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2005, p. 232.

¹¹⁸ GÉRARD (Ph.), « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », op. cit., p. 67.

permet de définir les « limites » et l'« identité » de ces systèmes¹¹⁹, de cibler ce qui relève d'un système juridique déterminé et ce qui lui est extérieur. La notion de règle de reconnaissance s'inscrit donc dans une pensée de la circonscription, et non de l'ouverture. Elle contribue à définir *un* droit (étatique, *a priori*), mais n'aide guère à penser les passerelles d'un système juridique à l'autre, la perméabilité ou l'influence, à moins que les règles d'origine extra-système ne soient adoptées en vertu des procédures internes (perdant ainsi leur extranéité). Or nous nous intéressons justement, ici, à une production du droit par incitation, c'est-à-dire par dissolution des frontières entre ordres juridiques¹²⁰ et non via les canaux fermés ou « classiques » (au sens de la théorie « classique » des sources). Sauf à défendre une vision moniste dans laquelle le droit (des T.P.I. et) de la C.P.I. formerait, avec les droits internes, un ordre juridique unique, délimité par des règles de reconnaissance très (artificiellement) étendues, l'objet et le champ de cette contribution nous semblent donc constituer de bien « mauvais sujets » à soumettre au canevas « hartien » donné au présent ouvrage. En d'autres termes, la règle de reconnaissance nous paraît peu adéquate au dépassement du mirage de *l'ordre* juridique, soit à la pensée du pluralisme (fût-il ordonné¹²¹). C'est la raison pour laquelle nous n'userons pas de cette proposition théorique.

A. Une source à la fois formelle et matérielle, hard et soft ?

Nous nous prêtons, dans cette première section, à un exercice de qualification des sources, dans le canevas proposé par les coordinateurs de cet ouvrage. Nous tenterons donc d'établir si l'incitation par le Statut de Rome à l'action législative au sein des États, qui a fait l'objet du point I, constitue une source plutôt matérielle ou formelle (1), *soft* ou *hard* (2), et questionnerons la pertinence de ces catégories pour notre objet.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹²⁰ Cf. CARTUYVELS (Y.), « Le droit pénal et l'État : des frontières « naturelles » en question », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, ROTH (R.) et HENZELIN (M.) dir., L.G.D.J. – Georg – Bruylant, Paris – Genève – Bruxelles, 2002, p. 3-28.

¹²¹ Selon l'expression de M. Delmas-Marty, not. dans DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit*, t. 2, *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006.

1. Un objet formel et/ou matériel, selon le point de vue adopté

Notre premier chapitre permet d'affirmer que les dispositions du Statut *incitant* les États à légiférer apparaissent comme une source du droit, au sens général de l'un de ces « lieux d'où jaillit le droit »¹²². Aux fins de préciser cette notion de « source du droit », Isabelle Hachez invite à se centrer, dans la présente recherche, sur les sources formelles¹²³ « au sens large », définies comme le « processus de création des règles juridiques ou, pour le dire autrement, l'origine des règles du droit du point de vue de leur auteur ou de leur mode d'élaboration »¹²⁴. Reconnaisant que cette position relève du positivisme juridique¹²⁵, elle définit *a contrario* les sources matérielles comme la « matière du droit » dont on cherche les « fondements éthiques, psychologiques, sociologiques, économiques, politiques... » (mais non juridiques, apparemment), « arrière-plan des normes juridiques » « pragmatique » ou « idéologique »¹²⁶.

Selon ces définitions, les dispositions du Statut de Rome paraissent constituer une source matérielle de droit pour les législateurs nationaux, *incités* à les incorporer dans leurs ordres internes. En effet, relevant davantage de l'argument d'autorité, l'influence de ces dispositions ne suit pas un mode d'élaboration prévu par le droit national : comme toute autre donnée étrangère à l'ordre interne, ces dispositions et le mécanisme d'influx qu'elles comportent s'inscrivent parmi « les forces exercées sur la norme », « forces sociales », « d'influence ou d'inspiration », qui font « retomber alors [...] sur la notion de source du droit au sens *matériel* du terme »¹²⁷. La définition proposée comme canevas au séminaire paraît donc exclure notre objet des sources du droit, pour en faire un simple élément nutritif matériel.

En tant que traité entre États, pourtant, le Statut de Rome constitue bien une source formelle de droit au sens le plus classique. Les dispositions « saisies » par les législateurs nationaux constituent donc à la fois une source d'inspiration matérielle et une source du droit formellement constituée : le « contenant » traité est bien censé constituer une source formelle du droit, mais son contenu n'en est pas une puisque, concernant l'action des États, on

¹²² HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 3.

¹²³ *Ibid.*, p. 6 et 11 not.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 6, qui renvoie not. à Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, La Baconnière, Boudry-Neuchâtel, 1953, p. 134.

¹²⁵ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 11 ou 63 not.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 8.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 22.

trouve non une obligation, mais une incitation à produire du droit, dans le Statut de Rome. Il semble qu'un processus différent entraîne une production législative, sans être formellement prévu et brouillant la distinction entre contenant (un traité, certes, mais qui ne contient pas d'obligations à l'égard des États, puisque son objectif est la création de la C.P.I.) et contenu (lequel, indirectement, invite à l'action législative).

Notre objet apparaît donc comme formel et matériel à la fois, ce qui pose la question de l'intérêt de cette distinction catégorique. On suppose d'ailleurs que le même doute apparaîtra en droit comparé : dès qu'un objet juridique ne relève pas du seul ordre interne, cette distinction entre sources formelles et matérielles fait du droit non national du non-droit, jusqu'à sa référence dans, par exemple, des travaux préparatoires d'une loi, qui le réintègre dans le droit. Ce cloisonnement nous paraît intellectuellement insatisfaisant dans un monde (juridique) confronté à une internationalisation (voire une mondialisation) croissante(s).

2. Droit dur et mou

Dans ce second paragraphe, nous nous prêterons à l'exercice de qualification de notre objet selon les catégories du droit *soft* ou *hard*, avant de reconsidérer la pertinence de cette distinction dans notre cas d'espèce.

Le Statut de la C.P.I. est certes un traité, l'une des « catégories traditionnellement reconnues de la théorie positiviste des sources, [...] celles énumérées à l'article 38-1 du Statut de la Cour internationale de justice »¹²⁸, soit du *hard law* au premier chef¹²⁹, mais il n'est pas contraignant à l'égard des États dans la matière que nous avons analysée au point I : les articles qui ont retenu notre attention seraient des « dispositions souples dans un traité », *soft law* en tant que « phénomènes que la théorie des sources en droit international ne regrouperait pas »¹³⁰. Parmi les catégories dégagées par Isabelle Hachez, notre objet s'inscrirait donc dans le *soft law* intralégislatif (ou, ici, intra-conventionnel), à savoir des dispositions d'un instrument formellement valide¹³¹ qui donnent une direction¹³², mais ne créent pas d'obligation de

¹²⁸ DUPLESSIS (I.), « Le vertige et le *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *Rev. québécoise dr. int.*, 2007, p. 249.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 249.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 249.

¹³¹ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *op. cit.*, p. 52.

¹³² *Ibid.*, p. 55, citant not. THIBIERGE (C.) *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*, p. 152.

droit positif ou alors créent des obligations peu contraignantes¹³³, comme «les préambules des traités»¹³⁴.

La complexité de cette catégorisation, notre objet se situant au confluent du *hard* et du *soft*, dans un dit «*soft law* intraconventionnel», dont la définition n'est guère évidente, pousse à s'interroger. Plusieurs raisons nous conduisent en effet à renoncer à la catégorisation de *hard versus soft law*, fût-elle nuancée par des entreprises aussi subtiles que celle proposée dans cet ouvrage : la complexité à laquelle les tentatives d'aménagement conduisent, d'abord, des aspects pratiques, ensuite, et une position épistémologique, enfin.

Dans le but de dessiner, encore et à nouveau, une frontière entre *hard* et *soft law*, l'effort de qualification des normes nous semble en effet se perdre dans des catégories peu maniables. La distinction entre *hard* et *soft law* est fondée sur une approche classique du droit qui, «ébranlée» par les bougés du droit contemporain¹³⁵, constate les limites de la théorie traditionnelle, mais ne propose pas (encore) de nouveaux référents ; or pour pallier ces limites, des juristes courageux s'efforcent de nuancer, mélanger, redessiner les deux catégories. Face à la montée des normes de toute forme, l'effort est louable, mais ce positivisme assumé¹³⁶ nous semble coincé dans ses catégories bricolées et étendues, sans cesse confronté à des exceptions croissantes et forcé à des raisonnements d'une (trop) grande complication.

D'un point de vue *pratique*, ensuite, la question «convient[-il] ou non de ménager une place à tout ou partie des instruments de *soft law* [?]»¹³⁷ posée dans cet ouvrage connaît, selon nous, une réponse simple : nous n'avons guère le choix à ce sujet, cette place du *soft law* est acquise. Si le théoricien peut choisir d'associer cette position à la conception qu'il défend du droit¹³⁸, il n'est pas (plus?) concrètement possible pour le praticien de ne prendre en considération que le normatif formellement établi : tout comme le juriste de droit interne en proie à des crimes de masse se tournera forcément vers le droit des juridictions internationales, l'expert en droit des contrats ne peut ignorer la pratique des arbitrages, l'avocat en droit commercial ne peut se fermer aux règles de *corporate governance*... Bref, il paraît «difficile de contester au droit [dit] souple le statut d'un authentique droit, d'autant qu'il

¹³³ *Ibid.*, p. 40.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 55.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 64.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 63.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 16.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 17.

s'adapte parfaitement aux besoins d'un système en mutation perpétuelle »¹³⁹. On sent pourtant une forme de nostalgie positiviste chez les juristes : le *soft law* paraît constituer un *under-hard* – au mieux un *hard* en devenir, au pire de l'*under-law*. Nous sommes tous pris dans une crise¹⁴⁰ paradigmatique, marqués par la pensée moderne, par le positivisme, et démunis face à la complexité d'un droit souple et ouvert propre au pluralisme. Dans le langage commun, même, on perçoit ce désir de rationalisation, de catégorisation (« être formel » exprime bien la certitude et la sécurité recherchées en droit et souvent nécessaires à celui-ci). Il paraît difficile, voire impossible, de penser le droit comme un chantier permanent. Pourtant, nous avons observé que le *soft* était non seulement inéluctable, mais pouvait se révéler plus efficace que le *hard*¹⁴¹, sans constituer pour autant une étape intermédiaire dans l'évolution du droit vers des formes plus contraignantes.

D'un point de vue *épistémologique*, enfin, le besoin de classification paraît incontournable, mais à gérer avec prudence, sans entretenir l'espoir d'établir un dictionnaire au sens pur, une « nomenclature qui se prétend strictement analytique [...], hiérarchisée et finie »¹⁴², réduite à « un ensemble fini de signifiés conventionnels »¹⁴³. En l'absence d'« universaux sémantiques universels »¹⁴⁴, il est en effet impossible et vain de « s'enfermer dans [un] système sémantique »¹⁴⁵ ; c'est là l'excès commis par le discours positiviste, ou l'enfermement dans une opposition radicale entre *soft* et *hard*. Décrire « une réalité culturelle et collective » de façon « exhaustive et stabilisée », explique François Ost, équivaldrait à la mort du langage¹⁴⁶ ; toute entreprise de classification nous paraît en ce sens relever d'une tentative de réduction du réel. Elle est à la fois indispensable à la pensée et toujours erronée, relative, liée à des choix structurels, catégoriques, terminologiques, forcément limitée.

Bien sûr, les catégories proposées comme structures à cet ouvrage ne sont pas si radicales : pour Isabelle Hachez, le passage du *hard* au *soft* « se conçoit sous la forme d'un *continuum* et non sous celle du franchissement d'un

¹³⁹ MEKKI (M.), « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, Boulogne-sur-Mer, 28 mars 2008, Dalloz, Paris, 2009, p. 1.

¹⁴⁰ Au sens de KUHN (Th.), *La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*, Gallimard, Paris, 1990 (trad. fr.), pour une explicitation de KUHN (Th.), *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972 (trad. fr.)

¹⁴¹ Cf. *supra*, I, B, 3 et 4.

¹⁴² OST (Fr.), *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Fayard, Paris, 2009, p. 217.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 216.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 217.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 216.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 218.

seuil»¹⁴⁷. Mais à vrai dire, la «conception du droit par opposition du souple et du dur» nous paraît forcément «réductrice et [...] indéfendable»¹⁴⁸ : le pluralisme abat la pertinence de la catégorie du *hard law*, lequel est lui-même sujet à la concurrence et à la gradation normative¹⁴⁹ ; la frontière entre *hard* et *soft* se révèle impossible à dessiner et inutile, artificielle, «poreuse voire inexistante»¹⁵⁰. En outre, répétons-le, les efforts pour nuancer l'opposition radicale entre *hard* et *soft* conduisent à une complexité qui nous semble peu maniable. Nous préférons dès lors renoncer à la catégorisation *hard versus soft*, pour adopter une vision englobante d'un droit aux éléments mouvants, qualifiables de façon dynamique (*cf. infra*). Cela dit, nous admettons que cette proposition demeure proche de certaines qualités parfois reconnues à la notion de *soft law* (la possible gradation dans la légalité et une réconciliation de la théorie et de la pratique du droit international, en particulier)¹⁵¹. Peut-être s'agit-il au fond d'une question de terminologie ; il nous semble néanmoins différent de ne plaider ni pour un «*hard versus soft*», ni pour un «tout normatif est *soft*», mais plutôt pour un «ni *soft* ni *hard*, peu importe». Autrement dit, au *continuum* impossible à délimiter, nous préférons conclure à l'inanité de la distinction.

Contester l'intérêt de la classification *soft versus hard* ne doit cependant pas conduire à contester le bien-fondé des garanties formelles offertes par le droit dit dur. Formaliser les sources relève en effet d'un «souci légitime d'atténuer l'incertitude»¹⁵², de répondre aux dérives possibles d'un flexible dénué de garde-fous¹⁵³. «Dans son souci d'unité et de simplification, [le] modèle de droit «légal-rationnel» a aussi, dans le champ pénal, une vocation humaniste : [...] il pose des limites qui se veulent précises à l'intervention pénale au nom de la nécessaire protection des libertés publiques du citoyen»¹⁵⁴. Adopter une vision moins strictement legaliste, écarter les résidus du positivisme qui perdent la distinction *soft versus law* ne doit donc pas nous mener à un extrême inverse, à un flou complet. Bref, si notre objet paraît se soumettre difficilement aux catégorisations décrites dans cette

¹⁴⁷ HACHEZ (I.), «Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁸ MEKKI (M.), «Propos introductifs sur le droit souple », *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 12, prenant l'exemple des règles supplétives.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 5.

¹⁵¹ DUPLESSIS (I.), «Le vertige et le *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *op. cit.*, p. 267-268.

¹⁵² *Ibid.*, p. 254-255.

¹⁵³ MEKKI (M.), «Propos introductifs sur le droit souple », *op. cit.*, p. 21-23.

¹⁵⁴ CARTUYVELS (Y.), «Les paradigmes du droit pénal moderne en période «postmoderne» : évolutions et transformations », *op. cit.*, p. 76 ; *cf.* BECCARIA (C.), *Traité des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 15.

première section, nous ne voulons pas nous contenter de l'exclure du droit ou des sources du droit : l'étude de ce « jaillissement » du droit requiert des instruments conceptuels différents, qui permettent de penser son appartenance à plusieurs ordres législatifs, sa nature multipolaire et sa fluidité. La section prochaine est consacrée à leur quête.

B. Évaluer et justifier l'intensité du droit

Pour nous, il ne s'agit donc pas tellement de savoir si telle source est *soft* ou *hard*. La vraie question viserait à établir s'il s'agit bien de droit, à déterminer le critère du juridique¹⁵⁵, c'est-à-dire à distinguer *normativité* et *juridicité*. Deux réponses extrêmes à cette question paraissent possibles : on peut considérer que tout normatif est droit ou, à l'inverse, que seule la procédure étatique, hiérarchique et classique produit du droit ; une position dialectique, plus défendable mais très difficile à délimiter, pourrait présenter le droit comme un chantier permanent. C'est là une question ontologique, à laquelle nous ne pourrions répondre qu'au sein d'une théorie complète de la loi (non pas seulement juridique, certainement), qui nous fait défaut. Nous pensons néanmoins pouvoir formuler la question initiale autrement, sans nécessairement passer par les catégorisations du type matériel/formel ou *soft/hard*.

Il s'agirait de considérer le droit comme un normatif polymorphe, commandement et régulation à la fois. Dans cette vision, « la règle de droit ne doit pas nécessairement imposer un comportement déterminé [mais] peut aussi se limiter à *influencer* la conduite de ses destinataires »¹⁵⁶. Nous voulons travailler sur la base d'une vision large du droit, qui distingue *validité* et *juridicité*¹⁵⁷ et ne se réduit pas à la simplicité d'un code binaire (légal *versus* illégal)¹⁵⁸. Cette position permet d'esquiver la question ontologique (de l'existence du droit), pour répondre à une question qui lui est liée mais se

¹⁵⁵ ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975 ; CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, PUF, Paris, 1994. La question est survolée par HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 45 et note 196.

¹⁵⁶ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 43.

¹⁵⁷ *Versus* Hart, qui assimile validité et appartenance à un système juridique (cf. not. GÉRARD (Ph.), « L'idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *op. cit.*, p. 75). Plus précisément, Hart établit une distinction entre juridicité et validité (existent du droit valide et du droit invalide), mais, la considérant comme peu porteuse, il la rejette ensuite : cf. HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 231-232, pour un résumé de son développement.

¹⁵⁸ Cf. DUPLESSIS (I.), « Le vertige et le *soft law* : réactions doctrinales en droit international », *op. cit.*, p. 253.

formule de façon plus pragmatique, en aval : quand et à quel point le droit est-il valide ? Dans quelle mesure ce droit/cette norme est-il/elle valide et pourquoi ? La « source du droit » devient alors simplement un lieu d'où jaillit du normatif ; elle permet de savoir d'où provient le droit, bref d'expliquer peut-être (une partie de) son éventuelle validité. Dans cette vision englobante différenciant validité et juridicité, les incitations comprises dans le Statut de Rome et saisies par les États, auxquelles est consacrée notre contribution, constituent bien du droit, un droit dont la validité peut être évaluée.

La conceptualisation de ce potentiel fluctuant de validité fait l'objet de cette dernière section, par une évaluation de l'intensité des normes à l'aide des développements de Catherine Thibierge¹⁵⁹ (1) et, surtout, une réflexion qualitative sur leur validité, sur la base de la théorie développée par François Ost et Michel van de Kerchove¹⁶⁰ (2). Cela devrait nous permettre de montrer que la vision englobante du droit que nous proposons peut être articulée avec d'autres développements en théorie du droit et qu'elle permet une bonne saisie des observations menées au point I. Nous pourrions en outre éclairer les critères permettant d'évaluer dans quelle mesure le droit est plus ou moins valide et tester en même temps, pour respecter le canevas de cet ouvrage, la pertinence des développements menés par Thibierge, Ost et van de Kerchove. Enfin, nous pourrions peut-être, aussi, dégager certains des éléments qui fondent la force du droit (surtout dans le point 2).

1. Estimer la force normative

Vu la question que nous avons reformulée ci-dessus, l'idée que le droit varie d'intensité, que présente Catherine Thibierge, nous intéresse forcément. L'auteure définit la force normative comme la « capacité à fournir référence, c'est-à-dire à modeler les comportements, à réguler l'action, à guider l'interprétation des juges, à orienter la création du droit par le législateur, voire à inspirer la pensée de la doctrine et, plus largement encore, les représentations sociales du droit »¹⁶¹. En ce sens, les dispositions du Statut de Rome que nous avons commentées paraissent bien dotées de force

¹⁵⁹ Cf. THIBIERGE (C.) et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, op. cit., en particulier p. 741-838.

¹⁶⁰ Cf. OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., en particulier p. 301-383. Il ne s'agira donc pas, comme le propose I. Hachez, d'espérer que les développements sur la force normative et les trois cercles de la validité nous « aide[nt] à définir la juridicité » (HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », op. cit., p. 43), mais plutôt d'en user pour traiter de la validité au sein de cette juridicité.

¹⁶¹ THIBIERGE (C.) et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, op. cit., p. 818.

normative – ce qui explique que les États s'en saisissent. Plus précisément, on pourrait même leur prêter une force normative « incitative »¹⁶².

Le concept de force « normative » relève d'une vision élargie de la « norme » compatible avec la vision englobante que nous avons proposée ci-dessus : il s'agit de concevoir la norme non comme un commandement au sens strict, mais comme un « modèle » ayant pour « fonction » de « fournir une référence pour l'organisation des rapports sociaux », un « modèle pour l'action et/ou un modèle pour juger »¹⁶³. Cette position rejoint la signification originelle du terme latin *norma*, qui signifiait « règle », mais aussi « modèle, exemple » et « équerre »¹⁶⁴, incluant donc non seulement l'idée d'une réglementation, mais aussi celle d'une direction à suivre (comme les dispositions du Statut de Rome, le préambule en particulier) et celle d'un calcul de degrés, d'une graduation (à l'aide de l'équerre). Cela paraît renvoyer assez directement à notre recherche d'une gradation de la validité juridique. La « force normative » paraît donc apte à évaluer l'intensité du droit au sens large. Elle se calcule selon trois pôles, explique Catherine Thibierge : valeur, portée et garantie normative¹⁶⁵.

La *valeur normative* regroupe différents éléments : l'auteur de la norme et la place qu'elle occupe vis-à-vis des autres (sous-pôle hiérarchique), sa formulation et son contenu prohibitif, permissif ou prescriptif (sous-pôle déontique), la légitimité de cet auteur et de ce contenu (sous-pôle axiologique)¹⁶⁶. Si l'on applique ces sous-pôles aux obligations flexibles qui font l'objet de notre contribution, on obtient des résultats un peu insatisfaisants. Ainsi, d'un point de vue hiérarchique, nous avons vu que la complémentarité de la C.P.I. permet de conclure à la *priorité* juridictionnelle des États, mais guère à une supériorité d'un ordre juridique sur l'autre ; en

¹⁶² Selon les termes de C. Vincent à propos d'un tout autre instrument : VINCENT (C.), « La force normative des communications et lignes directrices en droit européen de la concurrence », in THIBIERGE (C.) *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J. – Bruylant, Paris – Bruxelles, 2009, p. 698-699. Dans la même veine et si l'on se range à l'opinion de Delmas-Marty notamment (par exemple, DELMAS-MARTY (M.), « La CPI et les interactions entre droit international pénal et droit pénal interne à la phase d'ouverture du procès pénal », *op. cit.*), on pourrait même prêter au Statut une « force harmonisatrice » en tant que déclinaison de la force normative (cf. VINCENT (C.), « La force normative des communications et lignes directrices en droit européen de la concurrence », *op. cit.*, p. 699) ; pour nous, le Statut (et la C.P.I. elle-même) constitue(nt) bien un point de convergence, mais son (leur) action a (ont) pour but la répression des crimes de masse, non la constitution d'un corps de droit pénal harmonisé et cohérent.

¹⁶³ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *op. cit.*, p. 19.

¹⁶⁴ GAFFIOT (F.), *Dictionnaire français-latin*, 1934, sur internet.

¹⁶⁵ THIBIERGE (C.) *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*, p. 822-824.

¹⁶⁶ Peu développé par l'auteure.

outre, selon qu'on adopte une vision cloisonnée ou intégrée des ordres juridiques international et internes, le Statut de Rome revêt une valeur nulle (n'obligeant aucunement le législateur interne) ou relative (ainsi qu'on l'a décrite). Dans la logique du second sous-pôle, par ailleurs, il n'est guère possible d'attribuer une valeur normative déontique au Statut de Rome, qui n'est ni directement prohibitif ou prescriptif, ni franchement permissif à l'égard des États.

Second pôle de la force normative, la *portée normative* renvoie aux effets de la norme « sur le terrain » : il s'agit de la « force de la norme perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires »¹⁶⁷. Comme le manifeste le caractère relatif des obligations qui en découlent, les premiers destinataires du Statut de Rome paraissent être les acteurs du procès international (accusés, procureur, juges, victimes), voire les personnes visées par un objectif de prévention générale, davantage que les États. Cela dit, si l'on suit la proposition de Catherine Thibierge d'étendre l'évaluation des effets de la norme aux « acteurs du droit » et au droit lui-même¹⁶⁸, excédant dès lors la définition qu'elle donne de ce deuxième pôle de la force normative, on peut accorder une portée non négligeable aux obligations relatives qui font l'objet de notre contribution : sans pouvoir évaluer l'impact du Statut de Rome sur les conduites et les pratiques (ce qui relèverait d'ailleurs d'une étude plus sociologique, criminologique ou politologique que juridique), nous avons observé une pratique et des interprétations convergentes par les États, même tiers au Statut. Ce dernier paraît donc doté d'une portée normative, qu'il paraît cependant difficile d'évaluer plus précisément, à défaut de la combiner avec les autres pôles.

En effet, notre objet se soumet fort mal au troisième pôle de la force normative, qui vise la *garantie* du respect de la norme par les acteurs du droit et ses destinataires. Le caractère relatif des dispositions du Statut incitant les États à adapter leur législation nationale, que nous avons décrit au point I, ne comprend en effet qu'un contrôle faible et même très indirect : aucune sanction – juridique, du moins – n'est prononcée ou envisageable si un État n'incorpore pas les dispositions du Statut de Rome dans son ordre législatif. Le seul « risque » tient à une saisine de la Cour, qui pourrait se déclarer compétente en l'espèce (ce que les États peuvent d'ailleurs préférer, ainsi que l'a fait la République démocratique du Congo en se déclarant incompétente au profit de la C.P.I.).

¹⁶⁷ THIBIERGE (C.) et al., *La force normative. Naissance d'un concept*, op. cit., p. 822.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 822.

La théorie de la « force normative » ne se révèle finalement pas si adéquate à notre objet. L'excellente idée d'une intensité variable de la norme nous paraît un peu minée par la définition des pôles de la force normative, à la fois trop peu ciblée et fort ancrée dans une vision statique du droit (notamment par des renvois à la hiérarchie des normes, la place assez limitée laissée, dans la création et la sanction, aux acteurs non étatiques ou encore l'importance accordée au formel). Peut-être décelons-nous ici la limite, en droit international pénal du moins, d'une réflexion sur la force normative dénuée d'interdisciplinarité : en effet, la légitimité et la garantie normative en particulier, la force normative tout entière d'ailleurs, sont forcément dépendantes du politique, des pressions et rapports de force entre États au cœur desquels dialoguent les acteurs de la Cour pénale internationale et des ordres internes. Malgré ces désaccords sur la définition des critères du normatif, la vision large de la norme proposée par Catherine Thibierge n'a cependant pas contredit notre vision pragmatique et volontairement flexible du droit, ciblée sur la *validité* plutôt que sur la *juridicité*.

2. Fonder la validité

Nous nous tournons à présent vers le dernier référent théorique proposé dans le canevas donné au présent ouvrage : la théorie tridimensionnelle de la validité élaborée par François Ost et Michel van de Kerchove. C'est sa géométrie variable et interactive qui rend cette théorie particulièrement pertinente à l'égard d'objets comme le nôtre : elle permet le cumul *mouvant* de différents éléments fondant la validité d'une norme. Ses différents éléments constitutifs nous semblent en outre plus subtilement définis que les pôles de la force normative, dont ils peuvent néanmoins être rapprochés en plusieurs points.

La définition de la validité qui sous-tend le travail de François Ost et Michel van de Kerchove ne contrevient pas à notre vision englobante du droit : globalement définie comme « touch[ant] à rien moins que le passage du fait au droit »¹⁶⁹, ce qui la rapproche du « jaillissement du droit » qui nous occupe ici, elle qualifie « la norme ou l'acte dont on reconnaît, dans un système juridique donné, qu'il doit sortir les effets de droit que ses auteurs entendent lui attribuer »¹⁷⁰. Cette définition distingue *validité* et

¹⁶⁹ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 309.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 309.

appartenance au système juridique¹⁷¹, ce qui nous convient parfaitement ; elle renvoie par contre à la volonté des auteurs de la norme, alors que notre objet paraît dépasser l'intention initiale des négociateurs du Statut (soucieux de préserver la souveraineté des États) et s'adresser à des destinataires indirects (en incitant lesdits États à adapter leur législation nationale, et non seulement en réglementant les procès devant la C.P.I.).

Les présupposés épistémologiques revendiqués par François Ost et Michel van de Kerchove – pluralité, gradualité et récursivité¹⁷² – répondent bien à nos observations du point I, c'est-à-dire à l'inévitable diversité du droit international pénal, à une prise en compte des interactions entre acteurs internes et internationaux (par la « complémentarité positive » en particulier) et à la répartition non hiérarchique des compétences entre juridictions potentiellement concurrentes (sur un mode de priorité plutôt que de supériorité)¹⁷³. Cela étant, reste à vérifier si les critères de validité proposés par les auteurs paraissent ici adéquats.

Le premier des trois cercles est celui de la *validité formelle ou légalité*, soit de « l'appartenance au système juridique de référence »¹⁷⁴ : il s'agit de vérifier si l'auteur de la norme est compétent en la matière, et les procédures d'adoption conformes à la loi. Ce critère de validité déprécie notre position englobante du droit, parce qu'il se prête mal à la complexité et à la flexibilité : face à des objets comme celui que nous avons analysé au point I, « le couple identité-conformité ne fonctionne plus, même comme idéal type, et il faut raisonner à partir d'un couple proximité-compatibilité »¹⁷⁵. On retrouve le reproche que l'on avait adressé au premier sous-pôle de la valeur normative définie par Catherine Thibierge. C'est l'interaction dynamique de ce premier cercle avec les autres critères de validité qui « sauve » l'intérêt de cette théorie pour notre objet : selon François Ost et Michel van de Kerchove, il n'assure pas seul la qualité de source du droit à notre objet, ni la validité d'un quelconque acte de droit, et peut varier dans sa conjonction avec les autres cercles.

L'effectivité ou validité factuelle constitue le deuxième des cercles sécants fondant la validité juridique. Ost et van de Kerchove la définissent d'une façon qui convient fort bien à notre objet, établissant qu'« est effective la règle utili-

¹⁷¹ Pour une distinction par les auteurs entre les notions « voisines mais distinctes » de validité, normativité, juridicité, « obligatorité », cf. *ibid.*, p. 310-315.

¹⁷² *Ibid.*, p. 315-324.

¹⁷³ Cf. *supra*.

¹⁷⁴ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 326.

¹⁷⁵ DELMAS-MARTY (M.), « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », in *Réseau européen Droit et Société*, disponible sur www.reds.msh-paris.fr, non daté, p. 9.

sée par ses destinataires comme modèle pour orienter leur pratique»¹⁷⁶, avant de distinguer destinataires «primaires» (dont il s'agit d'orienter le comportement) et «secondaires» (soit les «autorités [...] chargées d'assurer la mise en œuvre et le contrôle des règles s'adressant aux premiers») ¹⁷⁷. Ce deuxième cercle s'applique bien à notre objet; nous avons observé en effet que les dispositions du Statut de Rome provoquant le «jaillissement du droit» qui nous intéresse gagnent en «densité normative»¹⁷⁸ par la «reconnaissance d'un tiers» (ici, le législateur national)¹⁷⁹.

Le troisième cercle décrit est celui de la *validité axiologique ou légitimité*, qui apprécie la validité à l'aune de valeurs méta-positives¹⁸⁰. Si aucune valeur n'est quantifiable ou démontrable, ce cercle joue indéniablement un rôle important dans la validité du «jaillissement» que nous analysons ici. C'est *aussi* pour s'inscrire dans le mouvement de lutte contre les crimes les plus graves que les États adaptent leur législation en fonction du Statut de Rome; le préambule du Statut renvoie clairement à du «méta» (à la paix, la sécurité, les liens entre les peuples, notamment)... Bref, toutes les pressions politiques et les créations juridiques sont dotées, en droit international pénal, d'un vernis (éventuellement sincère et profond) de légitimité extra-juridique. Cette validité axiologique n'est cependant pas moins mouvante que les deux autres cercles auxquels elle s'entremêle: même les objectifs du Statut de Rome, aussi élevés puissent-ils paraître, peuvent être questionnés. Ainsi, si la lutte contre l'impunité répond à un désir d'action «légitime» face aux crimes les plus graves, on peut, par exemple, se demander si le procès pénal constitue une réponse adéquate à ce type d'atrocités.

Eu égard à la cinématique tridimensionnelle décrite par Ost et van de Kerchove¹⁸¹, plusieurs remarques s'imposent, en application à notre objet. D'abord, deux de ses aspects la rendent fort pertinente à l'égard des dispositions que nous avons étudiées et de la vision du droit que nous avons proposée, davantage que le travail dirigé par Catherine Thibierge (bien que des convergences entre les «pôles de la force normative» et les «cercles de la validité» soient indéniables): son caractère dynamique (les trois cercles étant

¹⁷⁶ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 330, faisant not. référence à AMSELEK (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1964, p. 267 et s.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 330.

¹⁷⁸ Selon la belle expression d'HACHEZ (I.), «Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"», op. cit., p. 56.

¹⁷⁹ Cf. *supra*, I, A, 4, en particulier.

¹⁸⁰ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, op. cit., p. 337.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 356-363.

sécants et en mouvement) et la subtilité des définitions de chacun des cercles (qui permet d'éviter certains écueils rencontrés par la théorie de la force normative).

En outre, on ne peut que souligner la prescience des auteurs lorsqu'ils soutiennent « à titre d'hypothèse » que le droit international, d'une part¹⁸², et les « modes de formation du droit collectifs, à surgissement lent et contours assez peu déterminés, [d'autre part,] appellent une appréciation de leur validité essentiellement en termes de légitimité et d'effectivité »¹⁸³ : c'est effectivement le constat qui s'impose quant au phénomène de sources qui fait l'objet de ces pages. D'un point de vue épistémologique, sans doute le cercle de l'effectivité se situerait-il au sommet du schéma décrivant la validité de notre objet : rejetant les catégories trop cloisonnées d'une perspective (post-)positiviste en mal de nouveaux instruments, nous nous sommes distanciée du cercle de la validité formelle ; répétant que notre approche demeurerait néanmoins juridique, nous ne pourrions accentuer démesurément un cercle axiologique dont la nature « méta » nous paraît difficile à penser et concrètement glissante ; par contre, notre objet s'est manifesté aux confins du texte et des grands principes, orientant notre approche vers une étude des effets du Statut en termes de production du droit.

Enfin, nous nous rallions tout à fait à leur rejet d'une hypothétique convergence des trois cercles en un cercle apparemment unique, idéal indésirable qu'Ost et van de Kerchove qualifient même d'« inhumain »¹⁸⁴. Si les trois éléments de validité de notre objet convergeaient parfaitement, les textes nationaux et internationaux, fondus en un tout homogène, exprimeraient parfaitement les valeurs qui les sous-tendent, sans qu'aucun pluralisme juridique ou philosophique ne se manifeste plus, ni textuellement ni concrètement, puisque ces textes seraient pleinement effectifs dans tous les ordres juridiques du monde, aucun désaccord politique ne dérangeant cette unanimité. Outre l'impossible consensus de valeurs, de politiques et de formulations qui se voit là schématisé, la richesse du droit international pénal serait alors perdue : l'incontournable diversité que nous avons décrite contribue en effet à l'équilibre des forces dans cette discipline traversée d'enjeux politiques, sociaux et (à tout le moins) criminologiques (voire philosophiques) ; les influences réciproques entre ordres juridiques permettent son enrichissement permanent et l'adaptabilité de sa justice aux situations (toujours particulières).

¹⁸² *Ibid.*, p. 359.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 358.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 362.

En conclusion, cette dernière piste théorique se sera révélée plus fructueuse que les précédentes : intrinsèquement plus dynamique, surtout, mais aussi plus fine que la distinction entre source matérielle et formelle, *soft* et *hard law*, et plus mûre que la définition des pôles de la « force normative », la théorie tridimensionnelle de la validité nous permet de fonder la validité en droit de notre objet, par une conjonction cinématique de critères compensant sa faiblesse formelle et répondant adéquatement à la flexibilité de notre champ d'investigations. L'approche d'Ost et van de Kerchove permet de *subtilement qualifier* plutôt que de *quantifier* la validité du phénomène de production du droit qui nous occupe ici. Mieux qu'un rangement en catégories, plus qu'un calcul trop figé de sa force normative, elle met à jour certains des fondements de la validité du droit, certaines des raisons pour lesquelles le « jaillissement » qui a retenu notre attention relève bien du domaine juridique.

Conclusion

Le droit international pénal paraît constituer un exemple « extrême », une illustration particulièrement claire du passage de la pensée moderne, articulée autour d'une idéologie de la simplicité et de l'univocité, à l'hypothèse contemporaine de la complexité. Il est en effet confronté, d'une part, à l'immixtion croissante des ordres juridiques les uns dans les autres, aux interactions enchevêtrées entre acteurs, à l'interdisciplinarité forcée d'un droit international toujours politisé et, d'autre part, simultanément, aux exigences liées au pouvoir pénal de sanctionner l'individu, d'entraver sa liberté physique, lequel requiert des garanties que seul l'État paraît traditionnellement en mesure d'apporter. Cela nous a permis, dans un premier chapitre, d'identifier un phénomène particulier quant à la production du droit¹⁸⁵ et de nous inscrire ainsi dans la recherche collective, entamée par le SIEJ et le CIRC, sur les sources du droit revisitées.

Peut-être cette complexité de la branche internationale pénale du droit rend-elle en outre possible, ou du moins facilite-t-elle, une pensée complexe du droit – comme un renouveau, une libération¹⁸⁶. Elle déjoue

¹⁸⁵ Parmi d'autres : comme mentionné en introduction, les sources du droit international démontrent une complexité tout à fait remarquable.

¹⁸⁶ Sur les ruptures et continuités entre l'ancien rêve d'un droit pénal parfait, d'une part, et une pensée de la diversité des sujets de droit et l'hétérogénéité des sources, en lien avec l'internationalisation d'un droit pénal ouvert, d'autre part, cf. CARTUYVELS (Y.), « Le droit pénal et l'État : des frontières « naturelles » en question », *op. cit.*, p. 3-28.

les tentatives de simplification hâtive et fait peut-être mieux apparaître, de façon plus fragrante qu'en droit interne, les bougés actuels et les nœuds fondamentaux du droit contemporain. Car le modèle moderne n'était certainement ni parfait ni tout à fait abstrait et général : nous revisitons les sources, aujourd'hui, sans croire qu'un jour, le législateur a bénéficié du strict monopole de création d'un droit formellement parfait. Dans un second chapitre, nous avons ainsi pu jeter un regard critique, nourri par notre analyse du Statut de Rome, sur les canevas théoriques donnés à cet ouvrage collectif.

Cela dit, si le droit international pénal constitue une illustration particulièrement saisissante de la complexification et de l'ouverture contemporaine du droit, il n'en demeure pas moins fermement ancré dans la structure des États : ce sont les États qui décident de ratifier le Statut de Rome, de mettre en œuvre les moyens nécessaires à la poursuite des crimes les plus atroces, de faire exécuter les peines ; indéniablement, le droit international actuel vit par eux au moins autant qu'il s'extrait de leurs structures. Cela nous rappelle sans cesse qu'il serait kamikaze et inapproprié de rejeter radicalement la pensée moderne et ses canons classiques, au profit d'une pensée sans ancrage historique ou épistémologique dans le réel du droit contemporain. Mesure et pondération s'imposent donc, qui viennent nuancer toutes les affirmations que nous avons pu lancer ici.

Au cours de ces quelques pages, la question des sources est apparue comme relevant à la fois de la réalité quotidienne pour les praticiens du droit et d'un questionnement ontologique de la plus grande profondeur, quant à la définition même du droit. Cela doit nous interpeller, en ce que prendre position à leur sujet implique une responsabilité dans notre chef d'auteurs : les théories influencent le réel qu'elles commentent¹⁸⁷. Sans porter spécialement de jugement prescriptif sur son objet, le théoricien doit être conscient qu'outre une possible instrumentalisation de sa réflexion, la présentation du droit qu'il met en place, la conception qu'il élabore peuvent contribuer à modifier cet objet même, à transformer le droit : la théorie se nourrit de son objet et ce dernier se nourrit des théories qui lui sont consacrées ; ainsi le premier procureur de la C.P.I. en a-t-il appelé aux « communautés académiques » pour définir les *modus operandi* issus du Statut de Rome¹⁸⁸. Il paraît donc important de faire preuve d'une flexibilité « en phase » avec celle de notre objet, d'apporter des réponses efficaces, de ne pas nous enfermer en tentant

¹⁸⁷ BOURDIEU (P.), *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Fayard, Paris, 1982, p. 156.

¹⁸⁸ MORENO OCAMPO (L.), « The International criminal court: seeking global justice », *Case Western Reserve Journal Int. Law*, 2005, vol. 40, p. 218.

d'établir un dictionnaire des sources du droit, composé de catégories peut-être inutiles au praticien concrètement confronté à ce qu'un positiviste, sans doute, considérerait comme du non-droit. Dans cette perspective de renforcement mutuel des théories et des pratiques, dans une visée pragmatique aussi, la théorie des trois cercles de la validité paraît particulièrement en mesure de répondre à nos attentes, non tant à une volonté d'ordonner ou de fonder philosophiquement le droit qu'au besoin d'évaluer l'importance et l'intensité des instruments qui organisent les rapports sociaux actuels.