



Luis Arroyo Zapatero • Recteur honoraire de l'Université de Castilla-La Mancha, Président de la Société Internationale de Défense Sociale

Quelle méthode pour une harmonisation pénale ?

1. Les limites traditionnelles du droit pénal comparé pour l'harmonisation

À l'heure de la mondialisation, un saut qualitatif dans le contenu et la méthodologie du droit comparé, en particulier concernant la politique criminelle, est indispensable. La question demeure cependant difficile, en raison des profondes discontinuités dans les processus politiques, et en particulier des deux guerres mondiales, qui ont directement affecté les acteurs académiques du droit comparé, traditionnellement français et allemands. Le drame a été verbalisé par le président de la Société de Législation Comparée de France Jean Paulin Niboyet lors de la séance solennelle du 19 février 1949 : « *Berlin nous faisait une grande concurrence : il y avait là deux institutions, avec des hommes extrêmement savants à leur tête, qui faisaient paraître des travaux de grande valeur, et qui avaient deux bibliothèques magnifiques : un institut de droit public comparé et un institut de droit privé comparé. Ils ont été chassés de Berlin. C'est à nous à savoir faire en sorte que Paris devienne le principal centre du droit comparé de l'Europe* »¹.

Les objectifs sont aussi devenus plus complexes. Deux classiques modernes comme Zweigert et Kötz pouvaient dire jusqu'à récemment que le droit comparé dans son approche traditionnelle était orienté pour être invoqué dans les processus d'élaboration de nouvelles lois ou pour l'élaboration d'éléments technico-juridiques dans le but d'augmenter la connaissance scientifique².

Les processus d'harmonisation juridique internationale sont très récents. Ils naissent avec la Société des Nations puis se multiplient aux Nations Unies, avec des instruments d'harmonisation portant sur de nombreuses

questions juridiques. Dans le domaine des droits de l'homme, la Déclaration universelle de 1948 a ainsi lentement trouvé ses incarnations régionales, avec les cours européennes et américaines et, plus modestement, au niveau mondial. Dans le domaine de la protection pénale des intérêts communs internationaux, le processus s'est arrêté avant de donner naissance à ce qui aurait dû être la première norme d'harmonisation : une Cour pénale internationale, avec des règles matérielles et de procédures internationales. Toutefois, depuis la fin de la guerre froide, le processus d'harmonisation pénale internationale a été plus rapide et plus étendu qu'il n'y paraît.

Il n'est pas exagéré d'affirmer que plus d'un cinquième du droit pénal est aujourd'hui harmonisé au niveau international, ce qui, dans l'Union européenne, représente plus de 30% de la matière, avec des règles pénales harmonisées en plus du principe de reconnaissance mutuelle. L'harmonisation réalisée au niveau mondial a été historiquement davantage portée par des diplomates que des juristes, y compris les comparatistes, bien que certaines personnalités brillantes aient réussi à allier diplomatie et droit. Il suffit de mentionner le rôle de René Cassin et Hartley Shawcross dans l'élaboration de la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention contre le génocide ou la Convention européenne des droits de l'homme. Parmi les responsables politiques, la première femme à présider avec succès un organe international mérite d'être rappelée et louée : Eleanor Roosevelt. Ce travail faisait toutefois peu de cas de la théorie.

Jusqu'aux années 1900, on se contentait de moderniser et d'étendre la *lex mercatoria*, si pertinente et si facile tant la croyance que l'unification du droit privé et du droit commercial à l'échelle mondiale, facilitant les échanges économiques, était forte. Cependant, en matière pénale, objet par excellence de la souveraineté de l'État au même titre que la monnaie par exemple, la difficulté était bien plus grande. Malgré tout, la question pénale se retrouve inscrite dans les discussions académiques internationales avant 1914, notamment en doctrine avec la multiplication des congrès pénitentiaires internationaux à partir de la fin du 19^{ème} siècle³.

Le premier grand pas en avant fait à l'initiative de Franz von Lizst à Berlin, fut de compiler une gigantesque collection de codes pénaux. Von Lizst avait pour objectif de les comparer et d'en extraire les principes directeurs (*Vergleichende Darstellung des deutschen und des ausländischen Strafrechts* (1905-1909)). Cinq ans plus tôt, en 1900, se tenait à Paris le premier Congrès international de droit comparé, où Raymond Saleilles et Édouard Lambert proclamaient que le droit comparé devait servir de science en faveur du rapprochement des civilisations et du développement du droit international par l'élaboration d'un droit commun de l'humanité. Initiative fortement soutenue par la Société de Législation Comparée, créée

1. La réconciliation de l'Europe était très lointaine, surtout celle du fameux axe franco-allemand ; v. L. Arroyo Zapatero, « Soixantième anniversaire de la Société Internationale de Défense Sociale, 1949-2009 : L'esprit des temps », *Cahiers de Défense Sociale*, 2009-2010, p. 11 et s.

2. K. Zweigert, Konrad, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, Band I und II, Tübingen JCB Mohr, 1984 (1ère édition de 1969), p. 51.

3. Sur l'évolution des sciences pénales v. L. Arroyo Zapatero, « Las tres pasiones de las Ciencias penales », *Criminalia*, 2020, p. 96.

en 1869⁴. Enfin, au début du 20^{ème} siècle, John Henry Wigmore fondait à Chicago le Bureau de droit comparé de l'*American Bar Association* (1906), avec une intense activité de traduction et de publication d'ouvrages de droit pénal et de criminologie⁵.

De leur côté, les universitaires mettaient en route un puissant mouvement sous le nom d'Association Internationale de Droit Pénal, sous la direction du berlinois von Lizst de Berlin, de l'hollandais van Hammel et du belge Adolph Prins, qui réussirent à rassembler à Berlin des pénalistes de tous les pays d'Europe continentale et à constituer un large catalogue d'idées et de projets d'institutions pénales. Comme l'a souligné Ignacio Berdugo, presque tout ce qui a été mis en œuvre par la suite est issu de ce gigantesque effort scientifique⁶.

Ces ambitions internationalistes trouvèrent un nouvel élan avec la création de la Société des Nations (SDN), qui mit à l'ordre du jour la coopération juridique internationale, notamment avec la création de la Cour internationale de justice et de l'Organisation internationale du travail. L'objectif était de construire un gouvernement mondial qui préviendrait les guerres et ouvrirait la voie au progrès⁷.

Les initiatives de la SDN au cours des dix premières années furent d'abord d'éliminer autant que possible les divergences entre les législations nationales qui étaient de nature à empêcher la coopération entre les États dans la lutte contre la criminalité. L'outil majeur de cette ambition fut l'unification des incriminations des actes criminels portant atteinte aux intérêts communs. Le champ était vaste et comprenait notamment les régimes d'extradition, le principe de la double incrimination, la contrefaçon de monnaie, la traite des femmes, le trafic de drogue, l'esclavage, la piraterie, les publications obscènes et même le terrorisme, ce dernier faisant l'objet d'une Convention adoptée en 1937. La même année, une proposition fut formulée pour la création d'un tribunal pénal international afin de protéger la paix internationale.

Outre ces propositions d'unification des groupes d'infractions, une longue liste de propositions pénales fut établie sur des questions générales, telles que l'harmonisation des concepts de faits justificatifs de condamnation, de légitime défense, d'état de nécessité et de récidive. Le travail engagé sur la période précédente en matière de condamnations avec sursis et de libération conditionnelle fut également poursuivi avec une plus grande systématisation de l'incorporation dans les codes pénaux des États. En réalité, il s'agissait plus d'une harmonisation « topique » de certaines des institutions nationales que

d'une unification de la législation pénale, expression qui ne sera forgée que plus tard par Theodor Viehweg.

2. Portée et limites de l'harmonisation verticale : le différend de Nuremberg sur la « conspiracy »

Le droit commun que les comparatistes espéraient forger au-delà des lois nationales fut élaboré principalement par des personnes non liées au mouvement comparatiste⁸. Ce fut notamment le cas du premier droit mondial « unifié » : la Charte de Londres (la « Charte ») pour la création de la Cour pénale militaire internationale, avec sa liste d'incrimination et ses précisions processuelles. La Charte instaura quatre grands crimes et un principe qui représentait une innovation juridique dans l'histoire de l'humanité : la responsabilité pénale personnelle des dirigeants des États ayant commis des atrocités. Au-delà de ce dépassement de l'impunité des chefs d'État et de gouvernement, c'est plus largement la non-pertinence du traitement interne par chaque pays des crimes contre l'humanité et l'impunité pour la commission d'atrocités commises sur l'ordre de supérieurs que la Charte avait pour ambition de traiter. Ce corpus unifié se heurta toutefois à des difficultés concernant l'incrimination autonome de la *conspiracy*. La genèse des discussions à ce sujet montre les frictions qui surgissent lorsque les comparatistes ne participent pas à l'harmonisation du droit pénal.

La clause de « conspiracy » avait une grande valeur stratégique pour les Américains, mais ce mode unique d'imputation de la responsabilité en *common law* n'était ni acceptable ni compréhensible en droit continental. Il ne s'agissait pas seulement d'une « question de culture juridique ». L'enjeu était de sanctionner des participants et complices des crimes consommés au même titre que leurs auteurs. L'objectif de la « conspiracy » est ainsi d'atteindre tous les responsables quel que soit leur niveau d'implication.

On rappellera les divergences profondes qui ont existé entre les Britanniques, les Soviétiques et les Américains quant à l'attitude à adopter pour punir les principaux criminels de guerre. Les Britanniques étaient favorables à une solution « politique », c'est-à-dire à ce qu'ils appellent les « exécutions sommaires » qui devaient toucher jusqu'à 50 dirigeants nazis, « multipliées par 100 » a-t-on fait dire à Staline. En réalité, ces paroles relevaient vraisemblablement d'une plaisanterie de Staline à Churchill lors d'une réunion bilatérale à Moscou en octobre 1944 après la réunion de Québec. D'ailleurs lorsque Churchill évoque cette rencontre à Roosevelt, il lui indique que Staline aurait pris position en défaveur d'exécutions sans procès⁹. Pour sa part, F. D. Roosevelt ne voulait pas prendre le risque d'une solution « d'avocats », dont l'issue était incertaine et donc politiquement risquée pour les vainqueurs. Ses plus proches conseillers, d'anciens procureurs, le mirent toutefois en garde contre la solution dite « politique », tant sur le principe qu'en raison du risque

4. B. Fauvarque-Cosson, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 63 n°3, 2011. pp. 527-540 ; M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé. Éléments d'introduction générale à l'étude comparative des droits*, Neuchâtel, Editions Ides et Calendes, 1971, p. 17.

5. L. Arroyo Zapatero, « Las tres pasiones de las ciencias penales », *op. cit.*

6. I. Berdugo Gómez de la Torre, *El movimiento de política criminal tendente a la unificación legislativa*, Madrid 1976 : <www.cienciaspenales.net>.

7. M. Ancel, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Ides et Calendes, 1971. p. 22 et s.

8. M. Delmas-Marty, *Le relatif et l'universel. Les Forces imaginantes du droit*, 1, Seuil, *cit. infra*, p. 36 et 37.

9. T. Taylor, *The anatomy of the Nuremberg Trials*, A. Knof, 1982, chap. 4.

que le peuple américain - qui n'avait pas connu les atrocités nazies sur son sol - rejette les exécutions de masse.

Au contraire, Henry L. Stimson, ministre de la guerre et ancien secrétaire d'État, le juge Samuel Roseman, conseiller spécial du Président et le procureur général Biddle pensaient que la voie des procès serait une manière de présenter à l'opinion publique américaine les raisons pour lesquelles les parents avaient sacrifié leurs enfants en Europe pour la deuxième fois en deux générations. Pour convaincre Roosevelt, Stimson lui présenta l'idée d'intégrer la *conspiracy* dans les charges. Il lui rappela son expérience comme procureur du district sud de New York contre les sociétés impliquées dans la fraude fiscale et la contrebande de sucre sur la côte est - et accessoirement, dans la lutte contre les grèves et les syndicats.

À cette époque, l'impunité des chefs d'entreprise pris fin avec l'application des premières lois pénales économiques qui prévoyaient l'incrimination pour *conspiracy*, vieil héritage britannique. Stimson ainsi armé ne s'était pas limité à punir les exécutants, c'est-à-dire les employés qui chargeaient et déchargeaient les cargaisons de sucre, et fit condamner les dirigeants et les entreprises elles-mêmes. L'accord de Roosevelt obtenu, les juristes américains purent proposer aux alliés à Londres un système de procès « *conspiracy and criminal organization* »¹⁰.

Lorsque la délégation américaine arriva à Londres le 4 avril, elle constata que les Britanniques continuaient à rejeter tout type de solution juridique et s'en tenaient à la solution dite « politique ». Toutefois, l'alternative du système « *conspiracy and organization* » gagna du terrain. Le 12 avril, Roosevelt décéda sans qu'aucun accord ne soit trouvé avec les Britanniques et les Soviétiques. Dans le même temps, le cabinet de guerre de Londres accepta la proposition américaine, qu'il considérait comme un bon compromis entre un procès et des exécutions sommaires. Washington envoya alors à Londres un comité présidé par le juge Rosenman, maintenu en fonction par le nouveau Président Truman, ainsi que le secrétaire à la Guerre Stimson. Toutefois les relations entre Alliés étaient instables. Roosevelt qui avait promis à Staline de le laisser prendre Berlin n'était plus, et des tensions commençaient à se faire jour faisant craindre un effondrement des alliances.

La libération du camp de concentration de Buchenwald le 11 avril, celle du camp Bergen Belsen par les Britanniques un jour plus tard, et enfin celle de Dachau par les Américains le 24 avril mirent fin aux tergiversations. Les photographies des atrocités commises firent la une des journaux et les citoyens américains pouvaient maintenant comprendre pourquoi ils s'étaient battus et enfin croire ce que les Soviétiques dénonçaient depuis l'été 1944 et la libération de Majdanek, des trois autres camps de l'Est, puis d'Auschwitz en janvier 1945. Les Alliés eux-mêmes avaient découvert le camp de Struthof-Natzweiler en

France à la fin du mois de novembre 1944.

Pour les Américains, la notion de *conspiracy* qui apparaît dans la Charte comme une sous-section et avec un caractère subsidiaire, représentait la clé pour atteindre les grands criminels de guerre. Ainsi, il devint possible d'inclure dans les poursuites même les personnages les plus difficiles à inculper comme Schacht et von Papen qui semblaient s'être limités à assister aux débuts de la dictature. C'est pourquoi le procureur Jackson, dans son discours d'ouverture de l'acte d'accusation, l'a érigé en crime autonome. Toutefois, le tribunal rejeta d'emblée l'interprétation américaine et a appliqué les critères ordinaires de perpétration et de complicité. Il déclara au sujet de la *conspiracy* que le dernier paragraphe de l'article 6 de la Charte « *n'avait pas pour objet d'ajouter une infraction distincte aux crimes précédemment énumérés... Aussi le tribunal négligera-t-il désormais l'inculpation de complot...* »¹¹.

Ce moment majeur dans l'adoption d'une politique d'unification radicale et l'universalisation du droit pénal, montre les difficultés à imposer de manière hiérarchique et verticale des institutions singulières propres à un pays ou à une culture juridique. Ainsi, l'incrimination pour *conspiracy* s'est radicalement effondrée devant l'étonnement d'Henri Donnedieu de Vabres et des juges Soviétiques¹².

Aucun des juges n'a précisé sa position, peut-être parce que la référence aux « autres cultures juridiques » a évité une discussion de fond sur les différences entre la clause de *conspiracy* dans le droit américain et le droit continental. En fait, il y avait dans le grand cercle à Londres et plus tard à Nuremberg quelques juristes dotés de fortes qualifications comparatistes. Parmi eux figuraient les juges Henry Donnedieu de Vabres et Nikitchenko, tous deux ayant déjà écrit des livres sur le droit pénal international. Le premier avait déjà publié ses *Principes modernes de Droit pénal international* en 1928. Le juge suppléant soviétique A. Trainin, auteur de *La Défense de la paix et du droit pénal*, avait également publié avant la guerre et à nouveau pendant la guerre. Parmi les collaborateurs de chaque équipe de juristes des alliés, il faut mentionner Hersch Lauterpacht, réfugié à l'université de Cambridge depuis la fin des années 20 et professeur de droit international, et Raphaël Lemkin, réfugié aux États-Unis. Bien que dépourvus de réels pouvoirs décisionnels, le premier a eu de très bonnes relations avec le groupe anglais et surtout avec le procureur général américain Jackson, grâce auquel, les concepts de guerre d'agression, de crimes contre l'humanité et la future Décla-

11. J.-B. Herzog, *Nuremberg. Un échec fructueux ?*, LGDJ, Paris 1975, p. 99.

12. V. Donnedieu de Vabres, *Le procès de Nuremberg, Cours de Doctorat*, p. 247 et 254. Ceci est également expliqué par le juge américain du tribunal Francis Biddle : v. J. Owen, « Nuremberg. Evil on trial », *Hedline Review*, 2006, p. 316 ; H. L. Stimson et M. Bundy, *On active service in peace and war*, Harpers, 1948 ; B. F. Smith, *Reaching Judgment at Nuremberg*, Andre Deutsch, 1977 ; S. M. Twist, *Retrospectivity at Nuremberg: the nature and limits of a schmittian analysis*, University of Central Lancashire, 2012 ; S. Cordini, « Delitos de organización: los modelos de 'conspiracy' y 'asociación criminal' en el Derecho interno y en el Derecho internacional », *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, 2017, pp. 75-120. La complexité des différentes solutions juridiques dans les pays de l'UE est analysée dans le livre de J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3. ed., Dalloz, 2008, p. 72 et s., p. 117 et s.

10. B. F. Smith, *The American Road to Nuremberg, The documentary record 1944-1945*, Hoover Institution Press, Stamford 1982, p. 98 et s. ; Stimson 586 ; T. Taylor, *The anatomy of the Nuremberg Trials*, op. cit.

ration des droits de l'homme sont devenus centraux.

Lemkin quant à lui, a contribué à la systématisation décisive des lois et règlements nazis et à la première apparition du concept de génocide inclus dans le texte de l'acte d'accusation de Jackson. Lemkin avait d'ailleurs rencontré ce dernier à Washington, mais sans parvenir alors à faire accepter le concept de génocide en raison de l'inquiétude des Américains liée au système de discrimination raciale. Le concept et son protagoniste s'épanouiront lors de la rédaction de la Convention sur le génocide en 1948. Philip Sands a présenté une excellente image de ces deux juristes dans son *Retour à Lemberg*¹³, ouvrage qui dévoile la véritable genèse des concepts criminels les plus pertinents de notre époque, le crime contre l'humanité et le génocide. Les travaux de Guillaume Mouralis, en particulier dans *Le moment Nuremberg* sont également très précieux. Il s'agit de l'essai le plus original sur Nuremberg. Il porte une attention particulière à la typologie des juristes, à la question raciale, à la réflexion des deux côtés de l'Atlantique et à l'héritage de Nuremberg¹⁴.

Il faut également évoquer l'influence d'un important groupe d'exilés allemands de la « *Frankfurt School* » qui avaient rejoint les universités de New York où ils avaient transféré l'Institut de recherche sociale. Ses membres les plus qualifiés rejoignirent l'équipe de l'OSS, l'ancêtre de la CIA, avec pour mission d'expliquer aux hauts commandants militaires que l'Allemagne n'était pas une simple dictature mais aussi un État national-socialiste totalitaire.

Parmi ces hommes, on retrouve Otto Kirchheimer, Herbert Marcuse et Franz Neumann. Ce dernier, auteur de *Béhémot : structure et pratique du national-socialisme*, en 1942, une théorie politique et sociale du nazisme, parue dix ans avant le livre de Hannah Arendt, avait fait son doctorat en droit pénal avec Max Ernst Mayer, un disciple de Hugo Sinzheimer, spécialiste du droit du travail à Weimar. Il était un avocat des syndicats allemands et du Parti social-démocrate, jusqu'au début des persécutions en 1933, qui le conduisirent à la *London School of Economics* avec Harold Laski, où il fit un deuxième doctorat, cette fois en sociologie, puis à l'université de Columbia. Toutefois le plus haut responsable américain, très actif dans l'équipe de Nuremberg, était favorable à ce que les nazis soient jugés selon le droit allemand et les tribunaux allemands¹⁵.

Une analyse comparée du terme « *conspiracy* » et de ses significations aurait pu être très utile. Dans la conception continentale, la *conspiracy* permet d'incriminer la participation à la phase de conception et d'accord pour l'exécution, sans qu'il y ait eu pour autant

commission de l'infraction en elle-même. Si l'infraction est effectivement commise, la peine punissant l'auteur concernera aussi son complice. La peine pour complicité en droit continental est toujours moins lourde que celle des auteurs et coauteurs. Ainsi, par exemple, les codes espagnols successifs depuis 1822 étaient plus ou moins libéraux et punissaient le complot ou la conspiration pour tous les crimes ou seulement pour les plus graves¹⁶. En revanche, quelle que fût l'époque, la peine était toujours inférieure à celle du crime consommé ou de la tentative de crime. Dans la conception américaine, la fonction de la clause de *conspiracy* était de sanctionner toutes les participations à partir du moment de la conception et de l'accord, de la peine applicable à l'auteur principal de l'infraction commise, que l'infraction ait été effectivement consommée ou non. Il est clair que les deux clauses n'étaient pas fonctionnellement équivalentes. Mais même chez les comparatistes, le débat doctrinal sur l'équivalence fonctionnelle n'avait pas encore surgi.

Il serait certainement nécessaire aujourd'hui de prendre en compte ces différents effets ou fonctions pour juger les nombreuses lois pénales américaines d'ordre économique qui tendent à être appliquées de manière extraterritoriale. Ces dernières, en sanctionnant des actes par des peines disproportionnées ou des actes, parfois non punissables dans d'autres traditions juridiques, compromettent la coopération juridique internationale. L'appréciation de cette équivalence fonctionnelle devrait précéder toute coopération judiciaire entre l'Union européenne et les États-Unis. À l'heure actuelle, l'incrimination de conspiration avec des peines disproportionnées sert également à rechercher la coopération de l'accusé pour qu'il se rende sans arme à l'accusation¹⁷.

Après le début de la guerre froide, avec l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention contre le génocide, l'activité législative des Nations Unies a été réduite et limitée à des questions très éloignées des droits de l'homme et des affaires pénales, exception faite de l'approbation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en 1966. Les deux faits d'harmonisation les plus aboutis durant cette période furent la Déclaration des droits de l'homme du Conseil de l'Europe et la Déclaration américaine des droits de l'homme, avec leur Cour et leur Tribunal. Ces constructions ont conduit à une grande harmonisation, y compris par l'effet de leur application par la jurisprudence. L'action conventionnelle et son application systématique et programmée a été le plus puissant harmonisateur de normes. En matière pénale, surtout, elle a limité l'excès du pouvoir punitif de l'État et a donné une puissante impulsion à l'évolution du droit comparé. La catégorie juris-

13. P. Sands, *Retour à Lemberg*, Albin Michel, 2016, et à ce sujet L. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la humanidad y genocidio: genética de dos conceptos en Philippe Sands, Calle Este-Oeste, leertirant.es*, 2017; R. Lemkin, *Axis Rule in occupied Europe, Carnegie End.*, 1944; H. Lauterpacht, *An International Bill of the Rights of Man*, 1945; A. Tisseron, *La France et le procès de Nuremberg. Inventer le Droit international*, préf. de A. Wieviorka, Les prairies ordinaires, 2014.

14. G. Mouralis, *Le moment Nuremberg*, Presses de Sciences Po, 2019, spéc. p. 53 à 57.

15. Neumann, Marcuse, Kirchheimer, *Im Kampf gegen Nazideutschland*, ed. Raffaele Laudani, Institut für Sozialforschung, Campus, Frankfurt, 2016, p. 585 et s.

16. M. Barbero Santos, *Política criminal en España*, Túcar, 1977.

17. Sur les formules actuelles de *conspiracy*, v. Carsten Momsen/S. Lisa, « Conspiracy als Beteiligungsmodell », *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ZIS 3 et 4, 2019, p. 182 et p. 243 et s.; S. Cordini, « Delitos de organización: los modelos de 'conspiracy' y 'asociación criminal' en el Derecho interno y en el Derecho internacional », *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, 2017, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 75-120.

prudentielle de la « marge d'appréciation nationale », qui intervient dans la phase d'application de la convention et qui constitue le point de rencontre entre universalité et souveraineté, a été particulièrement fructueuse.

3. De nouvelles voies pour l'harmonisation internationale à l'heure de la mondialisation

C'est après la chute du mur de Berlin que le phénomène de mondialisation a été rendu visible et que des forces matérielles sont apparues, exigeant une harmonisation dans certains domaines. La plus urgente d'entre elles était la lutte contre la corruption et le crime organisé, rapidement suivie par d'autres.

C'est précisément en observant l'organisation de la lutte contre la corruption internationale, d'abord conduite par le petit groupe expérimenté d'États qui composent l'OCDE, que l'on constate les difficultés non surmontées par la science du droit comparé à unifier les règles de pays ayant des cultures juridiques et parfois des principes très différents. La solution pour éviter une impasse prévisible nécessita une double « invention » : l'harmonisation des règles nationales, en évitant l'unification nominale des catégories et en identifiant celles qui fournissent un équivalent fonctionnel dans chaque pays. En même temps, par opposition à la tentative traditionnelle d'uniformiser toutes les infractions et les sanctions dès le début de la rédaction de la convention, le système mis en place innova avec un mécanisme de suivi par les parties à la convention du processus de mise en œuvre par chaque partie. Cette innovation, notamment celle relative au concept d'équivalence fonctionnelle, apparaît avec Marc Pieth et s'appuie sur les modifications notables produites dans la construction théorique du droit comparé au cours des dernières décennies. Cette construction s'est notamment faite sur le terrain avec la combinaison du réalisme juridique traditionnel anglo-saxon et du fonctionnalisme systémique qui imprègne toute la science juridique allemande sociologique - et juridico-criminelle - au cours des dernières décennies. C'est surtout en droit international privé et commercial que le principe juridique traditionnel des comparatistes a été dépassé par le fonctionnalisme, en construisant des institutions et des normes internationales sur la base de la comparaison non pas de principes et de leur désignation, mais des fonctions et de leurs équivalences.

Toujours en 1978, à l'occasion d'une grande réunion à l'Institut de droit pénal étranger et international de Fribourg i. Br., organisé par Hans Henrich Jecheck, Marc Ancel proclama que jusqu'alors la seule évolution, bien que précieuse, du droit pénal comparé avait porté sur des éléments de politique pénale. Alors que les contributions des autres participants ne montraient pas la conscience de la nécessité de dépasser l'opposition entre les arguments de principe et d'utilité, Marc Ancel montra la voie. Il déclara : « *de nombreux comparatistes modernes préconisent l'exemple de la méthode fonctionnelle qui, au lieu de partir du texte ou de l'institution pour en déduire les conséquences logiques, s'efforce de partir du problème lui-même qui exige*

une solution de la part du juriste »¹⁸.

Le début du processus de création de la Convention anticorruption de l'OCDE coïncide avec le moment de maturité de l'harmonisation pénale dans l'Union européenne. C'est au sein de ses organes que se produisit la plus grande impulsion à la théorie et à la pratique de l'harmonisation au sujet de laquelle Mireille Delmas-Marty mena un grand travail collectif appelé « Les chemins de l'harmonisation »¹⁹. Elle proposa dans ce cadre une théorie de l'harmonisation fondée sur une théorie générale qu'elle enrichit puissamment tant dans son fondement que dans sa portée pendant ses années au Collège de France²⁰. Sa théorie générale comporte au moins trois éléments clés : l'harmonisation par voie d'hybridation avec la primauté des droits de l'homme, la marge nationale d'appréciation²¹ et la trilogie des acteurs, des faits et des processus d'harmonisation internationale. Ce sont les fondements du droit comparé moderne. Au cours des séminaires sur les voies de l'harmonisation, un élément abordé par Marc Pieth dans le processus d'élaboration de la convention de l'OCDE fut examiné, mais il ne fit pas l'objet de l'attention qu'il méritait, ni dans les commentaires académiques sur les conventions successives de lutte contre la corruption, ni dans la réflexion générale sur le droit comparé. Il est utile de réexaminer la question, car nous sommes à la veille de la conclusion de deux grandes conventions internationales sur le changement climatique et la protection des droits de l'homme contre les sociétés multinationales.

4. Le critère de l'équivalence fonctionnelle clé pour les futures conventions pénales

À la fin des années 90, alors que la mondialisation s'accroissait, la lutte contre la corruption devint une nécessité collective et multilatérale en faveur du progrès économique. La mise au jour de grands et graves scandales internationaux de corruption impliquant de grandes entreprises - qui incluait même parfois dans leurs comptes des dépenses de corruption de fonctionnaires étrangers - mais aussi plusieurs crises économiques liées à la corruption massive dans certaines régions, comme la crise asiatique de 1997, servirent d'électrochocs. Sous la pression et l'expérience concurrentielle du *Foreign Corrupt Practices Act* américain de 1977, l'OCDE pris l'initiative d'une Convention internationale contre la corruption (la « Convention »). Dans une première phase, seules des recommandations aux États membres furent produites, puis une véritable

18. M. Ancel, *Le droit pénal comparé en tant que moyen de recherche dans le domaine de la politique criminelle*, en H.H. Jescheck G. Kaiser, *Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie*, Duncker&Humblot, Berlin 1980, p. 91.

19. M. Delmas-Marty, M. Pieth, U., Sieber (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, Société de Législation Comparée, Paris, 2008.

20. Depuis sa leçon inaugurale, M. Delmas-Marty, *Etudes juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, Paris, 2003 puis *Les forces imaginantes du droit, I : Le Relatif et l'Universel*, Paris, Seuil, 2004, II ; *Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil, 2005, III ; *La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2006, IV ; *Vers une communauté de valeurs*, Seuil, 2011.

21. M. Delmas-Marty, M.-L. Izorche, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 52.4, 2000, pp. 753-780.

convention fut adoptée à la fois pour harmoniser la définition la plus élémentaire de la corruption de fonctionnaires étrangers par des entreprises exportatrices, et pour établir les éléments de base des poursuites pénales²².

Les rédacteurs de la Convention, conscients d'évoluer dans un univers de cultures juridiques très différentes, renoncèrent à l'unification des textes, mais adoptèrent un système de principes de base que les parties doivent mettre en œuvre dans leur législation nationale, selon un certain nombre de critères indicatifs, tous inspirés du principe de l'équivalence fonctionnelle.

La Convention définit l'infraction visée, la corruption de fonctionnaires, et requiert des États qu'ils adoptent une telle infraction dans leur législation pénale, y compris les formes de perpétration et de participation, ainsi que la conspiration ou la tentative de la commettre. Elle exige que les sanctions soient appliquées de la même manière que la législation de l'État partie s'applique à la corruption de leurs propres fonctionnaires nationaux. Elle proclame également que chaque pays doit adopter les mesures législatives nécessaires, conformément à ses propres principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales afin de punir les infractions de corruption.

Elle prévoit globalement des sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, d'une sévérité comparable à celle des infractions de corruption des propres agents de l'État. Dans le cas des personnes physiques, elles comprennent une peine d'emprisonnement suffisante pour permettre la coopération judiciaire et l'extradition. En outre, elle exige des pays qu'ils prévoient la saisie et la confiscation des produits de l'acte de corruption ou qu'ils prévoient des sanctions pécuniaires d'« effet comparable ». Elle invite à prévoir des sanctions civiles et administratives en plus des sanctions principales.

Les États s'engagent à réguler l'exercice de leur compétence pour la poursuite des infractions de corruption, qu'elles soient commises sur leur territoire ou à l'étranger, et à poursuivre aussi bien les ressortissants nationaux que les ressortissants étrangers. Ils s'engagent également à revoir leur système de compétence pour en assurer l'efficacité et à prévoir une coopération judiciaire pénale et, dans le cas des personnes morales, une coopération civile et administrative. Ils s'obligent aussi à revoir leur système de compétence pour en assurer l'efficacité et le corriger en conséquence, ainsi qu'à établir un délai de prescription adapté au temps nécessaire pour les enquêtes et les poursuites. L'État partie est également tenu d'appliquer l'infraction de blanchiment d'argent en cas de corruption de fonctionnaires étrangers par des nationaux.

La Convention intègre également des clauses relatives aux normes comptables des entreprises, interdisant les règles permettant de faciliter la dissimulation de la corruption et exigeant la sanction du non-respect par l'en-

gagement de la responsabilité civile, administrative ou pénale avec des *sanctions effectives, proportionnées et dissuasives*. Enfin, elle exclut l'argument de la double incrimination dans ces infractions et du secret bancaire aux fins de la coopération judiciaire. Elle autorise l'extradition pour la simple participation et oblige les États à poursuivre leurs propres ressortissants s'ils n'accordent pas l'extradition. Enfin, l'article 12 de la Convention établit l'obligation pour les États de se soumettre à un « contrôle systématique » (surveillance et suivi) pour promouvoir la pleine application de la Convention²³.

Le préambule de la Convention indique que son objectif est de parvenir à une *équivalence fonctionnelle* dans son application par les différents pays. De plus, le premier commentaire officiel de la conférence de négociation explique dans des termes généraux, que « (cette) Convention a pour objectif d'assurer une *équivalence fonctionnelle* entre les mesures prises par les Parties pour sanctionner la corruption d'agents publics étrangers, sans exiger l'*uniformité* ou une modification de principes fondamentaux du système juridique d'une Partie ».

La Convention n'impose pas la responsabilité pénale des personnes morales (article 2), car cette pratique n'était pas uniformément présente dans la plupart des pays à l'époque. Toutefois, elle exige qu'en plus de poursuivre les infractions commises par des personnes physiques à l'intérieur et à l'extérieur des entreprises, le pays dispose d'un système sérieux de responsabilité civile ou administrative. Le suivi de la Convention vérifie que les systèmes de sanctions civiles ou administratives des personnes morales soient fonctionnellement équivalents, c'est-à-dire qu'ils ont des effets dissuasifs et une efficacité similaire à celle du système pénal. En particulier, le champ d'application de la responsabilité pénale des personnes physiques agissant au sein et pour le compte de personnes morales commettant des actes de corruption devait être revu (Recommandation 2009, annexe 1, Guide de bonnes pratiques, paragraphe B).

Comme on peut le constater, l'harmonisation implique l'identification claire des comportements qui sont destinés à être interdits au niveau international. Ce faisant elle doit conduire à ce que ces comportements fassent l'objet d'une transposition par le législateur national, tant pour les cas de perpétration que pour ceux de participation, de préparation et de tentative. L'indication relative aux sanctions (article 3.1) mérite une attention particulière. Elle met l'accent sur l'idée que les sanctions pénales doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives » et que, dans le cas de la responsabilité des personnes physiques, elles doivent être comparables ou analogues à celles que la légis-

22. M. Pieth, L. A. Low, P. J. Cullen (eds.), *The OECD convention on bribery: A commentary*, CUP, 2006, p. 14 et s. et sur le principe d'équivalence fonctionnelle, p. 37 et s.

23. M. Pieth, L. A. Low, P. J. Cullen (eds.), *The OECD convention on bribery: A commentary*, op. cit., p. 37 et s. ; Mark Pieth, M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber (dir.), *Les chemins de l'harmonisation pénale. Harmonising criminal law*, op. cit., p. 231 ; V. Mongillo, *Harmonization within the European Union*, in A. Fiorella, *Corporate criminal liability and compliance programs*, volume II, *Towards a common model in the European Union*, Jeunes éditions de Naples, 2012 ; M. Pieth, « The Responsibility of Legal Persons », in *the OECD Commentary*, op. cit., p. 2 et s.

lation nationale prévoit pour ce comportement. Des peines de privation de liberté suffisantes doivent également être prévues pour permettre une entraide judiciaire efficace, l'extradition doit être prévue (article 3.1). En outre, elle demande l'exclusion de circonstances injustifiées qui pourraient empêcher les poursuites, telles que la prescription, les limitations à l'extradition, comme l'exigence induite de double incrimination dans ce cas. En outre, lorsque le texte fait référence aux sanctions relatives à la confiscation des bénéfices illicites, il affirme que d'autres conséquences juridiques telles que celles de nature monétaire qui ne sont pas des amendes et qui ont un « effet comparable » peuvent être prévues. Les règles comptables (article 8) doivent quant à elle exclure tous les mécanismes qui encouragent la corruption, tels que la comptabilité parallèle hors livres, les registres mal identifiés, les registres de dépenses inexistantes ou l'enregistrement de passifs non identifiés. Ces pratiques sont désignées comme des infractions méritant l'application de sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, « proportionnées et dissuasives ».

Ainsi, l'exigence d'harmonisation ne se limite pas au niveau normatif, mais s'étend au niveau juridictionnel, à l'exigence d'une application efficace du système normatif sur le plan procédural, tant au niveau national qu'au niveau de la coopération judiciaire internationale (article 4). Comme l'indique Mark Pieth, le concept d'équivalence fonctionnelle n'est pas simplement une formule permettant d'accepter toutes les variantes nationales, mais appelle certaines exigences minimales²⁴.

Il serait certainement souhaitable que les pays qui prévoient une responsabilité pénale des personnes morales partagent leur expérience pour éviter les régimes confus et désordonnés qui prévalent chez d'autres. Ces approximations tendent à entraîner l'impunité, soit pour les sociétés, soit pour les dirigeants des sociétés qui commettent effectivement les infractions, voire pour les deux.

Ce système d'harmonisation et de transposition législative par des « mesures équivalentes » et des « sanctions effectives, proportionnées et dissuasives » prévoit également une clause finale établissant un système de contrôle et de suivi. Il vise à connaître au niveau des Parties, les règles, leur transposition, leur légalité, leur application aux procédures et l'évolution de leur traitement juridique par les autorités gouvernementales et judiciaires. C'est ce qu'on appelle traditionnellement l'étude non seulement du « droit dans les livres » (« *Law in Books* ») mais aussi du « droit en action » (« *Law in Action* »). Ces derniers termes ne sont pas originaires du droit continental, mais sont une bonne métaphore de la nécessité d'un examen non seulement nominal mais aussi substantiel ou matériel des lois²⁵. Il ne s'agit pas seulement de découvrir d'éventuelles erreurs dans les mesures législatives adoptées, mais aussi des erreurs dans le fonctionnement de tout le système,

autrement dit des erreurs dans l'application²⁶. Il est regrettable que les conventions anticorruption ultérieures (Interaméricaine, Conseil de l'Europe et Nations Unies) n'aient pas réitéré l'idée directrice de l'équivalence fonctionnelle, mais il n'en reste pas moins que les organes de contrôle et de suivi respectifs fonctionnent de la même manière que dans le cadre de la convention de l'OCDE.

En outre, l'évaluation de l'équivalence fonctionnelle dans la législation européenne est également prise en compte. Les États disposent, dans leur transposition des directives, d'une marge de décision soumise à des limites fixées par l'équivalence fonctionnelle. Il est toujours question, comme l'a proclamé Cesare Predazzi, que « *le prince ne puisse pas décider arbitrairement de sa religion ou de son système de responsabilité ou, mieux, d'impunité* ».

En bref, tout futur projet de convention internationale en matière pénale doit tenir compte de la définition conventionnelle de l'objet de l'accord proposé, des mesures de protection et des conditions d'équivalence fonctionnelle des mécanismes envisagés. Nous assistons à l'accélération de plusieurs mouvements en faveur de la protection pénale des biens communs de l'humanité : l'environnement et la prévention de la crise climatique, la protection des droits de l'homme contre leur violation par les entreprises multinationales, la protection mondiale de la santé contre les risques d'épidémie ou encore la lutte contre certains comportements de contrefaçon, de fraude, de thésaurisation, etc. Il serait souhaitable que ces combats s'appuient sur ces préceptes.

Sur le problème du crime d'écocide, il existe une proposition très avancée de Convention internationale préparée par un groupe international de juristes dirigé par Laurent Neyret²⁷. Ce projet a tenu compte des expériences de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Naturellement, la définition des concepts et des mesures est plus détaillée, mais elle se conforme davantage à une approche fonctionnelle qu'à un objectif unificateur. Une deuxième convention proposée pour les crimes environnementaux en général semble poursuivre un objectif d'unification, ce qui rend son adoption sans doute précoce. Il serait peut-être plus opportun de s'atteler à déployer ces principes à l'échelle nationale avant la mise en œuvre d'un tel texte.

Plus de vingt ans après l'adoption de la Convention de l'OCDE, il apparaît que le système peut encore être amélioré et pourrait être modulé avec d'autres dispositions. Il est très probable que les énoncés puissent être synthétisés davantage et que les exigences puissent être reformulées avec l'adoption de mesures fonctionnellement équivalentes. Toutefois il est clair qu'elle a permis des progrès considérables pour engager la responsabilité pénale des personnes morales coupables de faits de corruption.

24. Convention de OCDE sur la lutte corruption transnationale, op. cit., p. 39.

25. En ce sens voir M. Ancel, *Utilité et méthodes du droit comparé*, op. cit., p. 101 : « et cette méthode reste-elle souvent dite fonctionnelle ».

26. Pour un aperçu des éléments à analyser dans ce point : v. C. Fijnaut et L. Huberts (ed.), *Corruption, Integrity and Law Enforcement*, Kluwer, The Hague, 2002, p. 11 et seq.

27. L. Neyret, *Des écocrimes à l'écocide - Le droit pénal au secours de l'environnement*, préf. de Mireille Delmas-Marty, Bruylant, 2015.