

Pénaliser les violations des droits de l'homme ?

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Pénaliser les violations des droits de l'homme ?. Communications, Editions du Seuil, 2019, Les droits humains au XXIe siècle (104), pp.191-203. hal-02114268

HAL Id: hal-02114268

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-02114268>

Submitted on 30 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Pénaliser les violations des droits de l'Homme ?

*in « Les droits humains au XXI^e siècle »
Communications, n° 104, 2019/1, pp. 191-203*

<https://www-cairn-int-info.faraway.parisnanterre.fr/revue-communications-2019-1-page-191.htm>

Recourir à l'outil pénal pour garantir les droits de l'Homme, n'est-ce pas paradoxal ? Car lorsqu'on pense ensemble sanction pénale et libertés, ce sont plutôt les risques que la répression pénale fait peser sur celles-ci qui viennent immédiatement à l'esprit : abus policiers, arbitraire des peines, inhumanité du monde carcéral...

Par ailleurs, on associe spontanément le droit pénal à la défense de l'ordre et de la sécurité. De fait, historiquement, il a d'abord servi à réprimer les « classes dangereuses », celles qui paraissaient susceptibles de troubler la paix bourgeoise. Aujourd'hui encore, la dérive sécuritaire qui remet en cause l'équilibre entre liberté et sécurité censé caractériser l'État de droit se manifeste d'abord et avant tout par la multiplication des infractions et la sévérité croissante des peines.

Et pourtant... Force est de constater que, parallèlement, l'outil pénal est de plus en plus souvent mobilisé pour protéger les droits de l'Homme en punissant leur violation. Un des exemples les plus connus, au niveau national, est celui de la répression pénale du « discours de haine », introduite en France par la loi de 1972 contre le racisme. Au niveau international, nombreuses sont les conventions qui obligent les États à recourir à l'arsenal pénal pour garantir l'effectivité des droits qu'elles énoncent : l'interdiction de la torture, des discriminations raciales, des disparitions forcées, désormais aussi les atteintes à l'environnement, tandis que la répression des violations les plus graves des droits humains - les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le génocide, est confiée à des tribunaux pénaux internationaux.

C'est cette utilisation croissante de l'outil pénal que l'on se propose de mettre ici en lumière, en tentant de dégager les raisons de ce phénomène, ce qu'il nous dit de la sensibilité évolutive et différentielle aux droits fondamentaux – sans omettre de s'interroger en conclusion sur ses limites et ses effets pervers.

Attardons-nous encore un instant, préalablement, sur les fonctions – les unes manifestes, les autres latentes – de la sanction pénale. Au-delà ou plutôt en-deçà de sa fonction punitive, la sanction pénale a une fonction dissuasive : son objectif est de prévenir les crimes et délits par la menace de la peine mais aussi par l'impact que peut avoir l'affirmation solennelle d'un interdit. Sur cette fonction qu'on peut qualifier de pédagogique se greffe une fonction symbolique : pénaliser certains comportements, c'est renforcer leur stigmatisation et rappeler l'attachement de la société à des normes de conduites et des valeurs jugées primordiales, la hiérarchie des peines reflétant ici la hiérarchie des valeurs auxquelles il est porté atteinte. Sous-jacents au droit pénal il y a donc toujours des enjeux axiologiques.

Cette multiplicité des fonctions assignées au droit pénal peut aider à comprendre les raisons pour lesquelles l'outil pénal est de plus en plus souvent mobilisé comme instrument de protection des droits de l'Homme – tout en ayant conscience de ce que ce mouvement s'inscrit dans une évolution plus générale caractérisée par le développement exponentiel des sanctions, et notamment des sanctions pénales, censées garantir l'effectivité d'une réglementation elle-même de plus en plus dense.

Radiographie du code pénal français

Une radiographie du code pénal français – plus précisément de ce qu’il est convenu d’appeler le « nouveau code pénal », promulgué en 1992 –, constitue un point de départ pertinent : d’une part parce que, logiquement, c’est là qu’est rassemblé l’essentiel de la réglementation pénale ; d’autre part parce que, tout au long de son processus d’élaboration, qui s’est étalé sur plus de dix ans, il a été constamment fait référence aux droits de l’homme, ce qui confirme l’importance des enjeux axiologiques évoqués plus haut¹. « Le code est inspiré par les droits de l’homme », répète Robert Badinter, qui en assumera la paternité, tandis que l’exposé des motifs évoque « les valeurs de référence, celles dont [le code] se propose d’assurer la protection en incriminant les transgressions les plus graves », au premier rang desquelles se trouvent les droits de l’homme ».

Il s’agit bien sûr d’un discours de légitimation : dans les faits, non seulement la protection des droits fondamentaux n’est pas le souci primordial des codificateurs mais le poids des préoccupations sécuritaires va croissant à mesure que les réformes se succèdent.

Néanmoins, relire le « nouveau code pénal » à la lumière de cet engagement permet de repérer, en creux, ces fameuses valeurs qu’il est censé traduire, leur hiérarchisation et leur évolution. Les intitulés des Livres, Titres et Chapitres contribuent à cet effet d’affichage. La partie centrale, dans l’optique qui nous concerne, est le Livre II, consacré aux « crimes et délits contre les personnes ». Le titre I^{er} est consacré aux crimes contre l’humanité, dont le génocide – c’est une des innovations clés du nouveau code pénal –, auxquels on a adjoint, depuis la loi de bioéthique de 2004, en tant que « crimes contre l’espèce humaine » (on reviendra plus loin sur cette terminologie), « le fait de mettre en œuvre une pratique eugénique tendant à l’organisation de la sélection des personnes » et le clonage reproductif.

Le titre II punit les « atteintes à la personne humaine » : atteintes à la vie (meurtre, homicide involontaire) ; disparitions forcées – infraction introduite en 2013, à la suite de la ratification par la France de la Convention de 2006 pour la protection contre les disparitions forcées ; atteintes à l’intégrité physique ou psychique (torture et actes de barbarie, agressions sexuelles, y compris harcèlement sexuel, harcèlement moral, introduit 2002) ; atteintes aux libertés, incluant depuis 2013 la réduction en esclavage et l’exploitation des personnes réduites en esclavage.

Témoin de l’effet d’affichage dévolu aux intitulés du nouveau code pénal, sont désormais réunies dans un même chapitre intitulé « atteintes à la dignité de la personne » un ensemble d’infractions auparavant dispersées ou nouvellement introduites dans le code. On y trouve les discriminations, la traite des êtres humains (incrimination introduite en 2003, après la ratification du protocole de Palerme dont on reparlera plus loin), mais aussi la dissimulation forcée du visage, autrement dit le fait d’imposer cette dissimulation à d’autres par menace, violence, contrainte, abus d’autorité ou abus de pouvoir, infraction créée par la loi de 2010 (la personne qui dissimule son visage n’est passible que d’une contravention), le proxénétisme, le recours à la prostitution (il s’agit ici de la pénalisation du client, introduite par la loi de 2002 pour les prostitué-e-s mineur-e-s, et généralisée par la loi de 2016) ; l’exploitation de la mendicité (2003) et de la vente à la sauvette (2011) ; le fait de soumettre une personne à des conditions de travail et d’hébergement contraires à la dignité, le travail forcé, la réduction en servitude, le bizutage (infraction créée en 1998 et étendue en 2017), enfin les atteintes au respect dû aux morts (atteinte à l’intégrité du cadavre, violation ou profanation des sépultures...).

D’autres délits encore, regroupés sous l’étiquette « atteintes à la personnalité » visent à protéger la vie privée et l’intimité : enregistrements, écoutes, fichage sans consentement, violation du secret des correspondances, détournement de finalité de l’examen des caractéristiques génétiques ou de l’identification par les empreintes génétiques. Enfin, le code sanctionne les abus d’autorités commis contre les particuliers, qui comprennent les discrimina-

tions, les atteintes à la liberté individuelle, à l'inviolabilité du domicile ou au secret des correspondances.

De l'égalité à la dignité

On peut donc lire le code pénal comme exprimant la volonté de mettre hors-la-loi et de punir des comportements qui portent atteinte à des droits fondamentaux tels que le droit à la vie, le droit à l'intégrité, le droit de disposer de soi, le droit au respect de la vie privée qui inclut le droit à l'épanouissement personnel, ou encore le droit à la dignité. Si l'on cherche à tirer, de façon plus fine, des enseignements quant aux valeurs qui émergent en creux des comportements pénalisés, la promotion de la « dignité », mérite qu'on s'y arrête. Elle devient une sorte de catégorie attrape-tout, puisque des actes naguère réprimés au nom de l'atteinte à l'égalité – telles les discriminations – ou aux mœurs – tel le proxénétisme – le sont désormais au nom de la dignité.

Prenons le cas des discriminations. C'est la loi du 1^{er} juillet 1972 contre le racisme qui a introduit dans le code pénal des dispositions tendant à réprimer la discrimination raciale, définie à l'époque comme le fait de refuser le bénéfice d'un droit, de refuser de fournir un bien ou un service, de licencier ou de refuser d'embaucher une personne à raison de son origine ou de son appartenance ou de sa non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Dans le nouveau code pénal, entré en vigueur en 1994, ces dispositions, lorsqu'elles émanent de personnes privées, ont été intégrées, on l'a dit, dans un chapitre consacré à la répression des atteintes à la dignité.

Mais cette mutation sémantique s'est accompagnée de l'élargissement de la prohibition des discriminations à une multitude d'autres catégories de personnes. La liste initiale des discriminations prohibées a ainsi été complétée par celles fondées sur le sexe ou la situation de famille (1975), les mœurs (1986), l'état de santé et le handicap (1990), les opinions politiques et syndicales (1994), l'âge, l'apparence physique, le patronyme, l'orientation sexuelle (2001), les caractéristiques génétiques (2002), la grossesse (2006), l'identité sexuelle (2012) – rebaptisée identité de genre en 2016 –, le lieu de résidence (2014), la perte d'autonomie (2015), la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur (2016), la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français (2016). Ce sont donc l'ensemble de ces discriminations, énumérées à l'article 225-1 du code pénal, qui sont désormais punies en tant qu'atteintes à la dignité.

La prolifération des motifs de discrimination interdits nous dit quelque chose de l'exigence croissante d'égalité dans la société, mais au risque de voir le lien avec la dignité devenir assez artificiel et d'en diluer la charge symbolique.

Le discours de haine : une autre atteinte au respect de la dignité

La notion de dignité revient elle aussi de façon constante lorsqu'il s'agit de justifier la pénalisation du « discours de haine ». C'est aux principes de dignité et d'égalité que fait référence le préambule de la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale par laquelle les États s'engagent à punir pénalement le discours raciste ; le conseil des ministres du Conseil de l'Europe, dans une recommandation sur ce thème, en 1997, rappelait la nécessité de concilier le respect de la liberté d'expression avec le respect de la dignité humaine. La Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, estime que, compte tenu de ce que « la tolérance et le respect de l'égalité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste [...] on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner [...] toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance » (*Affaire Erbakan c. Turquie*, 2006). La commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), en 2015, englobe dans le discours de haine celui qui est proféré au nom de la «

race », de la couleur, de l'origine familiale, nationale ou ethnique, de l'âge, du handicap, de la langue, de la religion ou des convictions, du sexe, du genre, de l'identité de genre, de l'orientation sexuelle.

En France, depuis la loi du 1^{er} juillet 1972 contre le racisme, la loi de 1881 sur la presse punit spécifiquement et plus sévèrement la diffamation et l'injure lorsqu'elles visent des personnes « à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée » et elle punit également la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard de ces personnes ou groupes. Toutefois, alors que, dans le domaine des discriminations, les dispositions de la loi de 1972 ont très vite été étendues aux femmes et aux homosexuels, ici, l'extension s'est heurtée à de puissantes résistances, les arguments le plus souvent avancés étant l'inutilité d'une protection spécifique pour les femmes ou les homosexuels, d'un côté, le danger pour la liberté d'expression et plus spécifiquement pour la liberté de la presse. Il a donc fallu attendre 2004 pour que le dispositif soit étendu aux propos visant des personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap – ce à quoi une loi de 2012 a ajouté l'identité sexuelle.

On peut enfin citer les dispositions du code pénal qui prévoient, depuis 2003 l'aggravation des peines lorsque l'infraction a un caractère raciste, antisémite ou xénophobe, lorsqu'elle a été commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime (désormais : de son identité sexuelle) et, depuis 2017, lorsqu'elle est commise en lien avec le sexe de la victime.

Des droits de la personne aux droits du travailleur

Le code pénal protège la personne humaine, mais le code du travail, qui vise à protéger le travailleur, est lui-même irrigué de dispositions pénales, ce qui montre que l'outil pénal peut être mobilisé pour garantir des droits économiques et sociaux. On assiste là encore à la multiplication des incriminations, avec l'idée implicite ou explicite que la sanction pénale serait la clé de l'effectivité du droit du travail et plus spécialement des normes instituées en faveur des salariés ; mais en-deçà de cette fonction instrumentale, la fonction symbolique du droit pénal du travail se lit dans le choix des comportements sanctionnables et l'échelle des peines qui leur sont attachées.

Pour protéger l'intégrité physique des salariés, le code du travail érige en infraction la violation des dispositions relatives à l'hygiène et à la sécurité : même en l'absence de tout accident ou dommage l'inobservation de prescriptions visant à la prévention des risques peut engager la responsabilité pénale de l'employeur. D'autres dispositions manifestent la volonté de protéger la personne du travailleur contre les atteintes à sa dignité, telle l'interdiction des discriminations, du harcèlement moral et du harcèlement sexuel. Le code du travail ne sanctionne toutefois pénalement que la discrimination syndicale et les discriminations fondées sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse : les autres formes de discriminations, pour lesquelles il ne prévoit que des sanctions civiles, telle la nullité du licenciement, peuvent toutefois être poursuivies sur le fondement du code pénal, en tant qu'atteintes à la dignité. Au-delà des droits individuels, les droits collectifs sont eux aussi garantis par des dispositions pénales : constituent des délits le fait de porter atteinte à la liberté de désignation des candidats aux élections prud'homales ou à l'indépendance des conseillers prud'hommes, les entraves au droit syndical, au droit d'expression des salariés, à la constitution d'un comité social et économique.

De la dignité de la personne humaine à la protection de l'humanité

La dignité est encore centrale dans l'appréhension du crime contre l'humanité. En premier lieu, les textes qui le définissent – l'article 6 C du statut de Nuremberg, le statut des tribunaux pénaux internationaux, le statut de Rome de la Cour pénale internationale – y incluent non

seulement des atteintes à la vie mais aussi la réduction en esclavage, la déportation et « tout autre acte « inhumain » commis contre des populations civiles, la torture, le viol et d'autres formes de violence sexuelle telles que l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée, autant de crimes qui portent bien atteinte à la dignité humaine.

Mais au-delà et plus fondamentalement, « il y a crime contre l'humanité parce que la victime est dépositaire de celle-ci en même temps qu'elle en est membre »². Autrement dit, l'humanité renvoie à la fois à « ce qu'il y a d'humain en l'Homme »³ : à sa dignité, dans laquelle on voit l'essence même de la personne humaine – et à la collectivité des ceux et celles qui peuplent la planète.

C'est ce lien étroit entre humanité et dignité qui justifie la proposition d'inclure dans le crime contre l'humanité les nouvelles formes de dépersonnalisation permises par les biotechnologies, comme les pratiques eugénistes tendant à la création de surhommes par sélection génétique ou le clonage à des fins de reproduction d'êtres humains. Si celui-ci est qualifié de « pratique contraire à la dignité humaine » par la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de 1997 et par le Protocole additionnel de 1998 à la Convention d'Oviedo conclu dans le cadre du Conseil de l'Europe, ces textes n'ont pas été jusqu'à le qualifier de crime contre l'humanité. En revanche, comme on l'a rappelé plus haut, le législateur français a réuni en 2004 dans un même chapitre du code pénal les dispositions qui punissent le crime contre l'humanité et celles qui punissent les « crimes contre l'espèce humaine », érigeant en crimes passibles de trente ans de réclusion criminelle l'eugénisme et le clonage reproductif.

L'internationalisation de l'outil pénal

Au-delà de l'incrimination du crime contre l'humanité, le développement du droit international pénal peut être lu comme la mise en œuvre de l'obligation qui pèse sur la communauté des États de punir les auteurs des crimes internationaux, ceux qui correspondent aux violations les plus graves des normes fondamentales du droit international, à savoir : l'agression, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide.

La répression internationale de ces crimes se justifie par l'idée que, en raison de leur nature et de leur portée, ils concernent la communauté internationale tout entière mais aussi par le constat que ces actes qui heurtent la conscience humaine risqueraient sinon de rester impunis. Leur répression peut être confiée soit à des juridictions internationales, soit aux juridictions des États investies d'une « compétence universelle », appelées, dans un cas comme dans l'autre, à juger les auteurs de ces crimes pour le compte de l'humanité.

La technique de la compétence universelle, qui donne vocation aux tribunaux de tout État pour connaître d'une infraction, quels que soient le lieu où elle a été commise et la nationalité de son auteur ou de sa victime s'étend à d'autres crimes que ceux que l'on vient de citer. Elle a fait son entrée dans le droit international positif au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et permet aujourd'hui de juger les auteurs de violations graves du droit international humanitaire (Conventions de Genève de 1949), du crime d'apartheid, qualifié par la Convention de 1973 de crime contre l'humanité, de faits de torture (Convention de 1984), de disparitions forcées (Convention de 2006).

Enfin, plusieurs conventions internationales obligent les États à conférer aux actes les plus graves le caractère d'infraction pénale et à prévoir des peines suffisamment dissuasives et proportionnées à cette gravité. C'est le cas, notamment, de la prise d'otages (Convention de 1979), de la torture (Convention de 1964), de la discrimination raciale (Convention de 1965), de la traite des êtres humains (Protocole de Palerme, 2000), des disparitions forcées (Convention de 2006).

Le droit pénal au secours de l'écosystème

Le droit à l'environnement fait partie, comme le droit au développement, de cette « troisième génération » des droits de l'Homme – un concept proposé pour caractériser des droits qui conditionnent l'existence de tous les autres : civils et politiques, économiques, sociaux et culturels. L'acte final de la première conférence des Nations unies sur l'environnement adopté à Stockholm en 1972 mettait en exergue cette interdépendance lorsqu'il proclamait : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisante, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ».

Si les initiatives visant à donner corps à cet engagement, depuis la conférence de Stockholm de 1972 jusqu'à la COP 23 de 2017, n'ont pas débouché sur des résultats concluants, leur existence atteste la centralité des enjeux environnementaux et la conviction qu'ils sont devenus inséparables de la préservation des droits individuels et collectifs. En témoigne également le fait qu'un grand nombre d'États ont inscrit le droit à l'environnement dans des textes constitutionnels ou législatifs dotés d'une portée contraignante.

Le développement du droit pénal de l'environnement s'inscrit dans ce contexte, la sanction pénale étant investie de ses deux fonctions classiques : une fonction dissuasive, qui implique d'instaurer des sanctions proportionnelles à la gravité des délits et à l'ampleur des dommages causés ; une fonction expressive ou symbolique, pour marquer la prise de conscience de la solidarité de destin qui lie les habitants de la planète et de leur responsabilité à l'égard des générations futures.

De nombreux textes internationaux obligent à sanctionner pénalement les comportements dommageables pour l'environnement. Ainsi, la Convention d'Oslo de 1972 sur la prévention de la pollution marine qualifie d'infraction le rejet volontaire de déchets dans la mer à partir d'un navire ou aéronefs ; la Convention de Londres de 1973 sur la prévention de la pollution par les navires (dite Convention MARPOL) incrimine le fait pour un navire de rejeter à la mer des hydrocarbures et d'autres substances nuisibles et oblige les États à réprimer ces actes ; la Convention de Washington sur le commerce international des espèces de faune et flore sauvages menacées d'extinction (Convention CITES) de 1973 oblige elle aussi à adopter des sanctions pénales ; la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontaliers de déchets dangereux et de leur élimination qualifie d'infraction pénale le trafic illicite de déchets et prescrit que « chaque Partie adopte les lois voulues pour interdire et réprimer sévèrement le trafic illicite ».

Au niveau européen, la Convention sur la protection de l'environnement par le droit pénal adoptée en 1998 par le comité des ministres du Conseil de l'Europe, partant du principe que « les sanctions pénales et administratives prononcées à l'égard des personnes morales peuvent jouer un rôle efficace dans la prévention des atteintes à l'environnement », impose aux États de punir pénalement, y compris de peines de prison, les infractions intentionnelles mais aussi les infractions de négligence. Elle prévoit parallèlement de renforcer la coopération internationale pour que les auteurs de ces infractions n'échappent pas aux poursuites et à leur sanction. Le fait que la Convention ne soit toujours pas entrée en vigueur au bout de vingt ans montre toutefois la résistance des États à ces limitations de leur souveraineté en matière pénale. Au niveau de l'Union européenne, cependant, une directive de 2008 relative à la protection de l'environnement par le droit pénal en a repris l'inspiration. Estimant que le respect de la législation en matière de protection de l'environnement « peut et doit être renforcé par l'existence de sanctions pénales, qui reflètent une désapprobation de la société qualitativement différente de celle manifestée par le biais des sanctions administratives ou d'une indemnisation au civil », elle liste les actes qui sont constitutifs d'une infraction pénale lorsqu'ils sont illicites et commis intentionnellement ou par négligence. C'est notamment le cas de ceux qui

sont susceptibles non seulement de causer la mort ou de graves lésions à des personnes mais aussi de provoquer une dégradation substantielle de la qualité de l'air, de la qualité du sol, de la qualité de l'eau, de la faune ou de la flore ou encore d'appauvrir la couche d'ozone.

Vers la reconnaissance du crime d'écocide ?

Le statut de Rome de la Cour pénale internationale inclut parmi les crimes de guerre « le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment [...] des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel ». En septembre 2016, la procureure générale de la CPI a affirmé sa volonté d'enquêter sur certains crimes environnementaux tels que l'exploitation illicite de ressources naturelles, l'appropriation illicite de terres ou la destruction de l'environnement. Cette prise de position a été saluée par les ONG qui y ont vu la perspective de pouvoir assigner devant la CPI les dirigeants d'entreprises et les responsables politiques complices de l'expropriation de terres, de la destruction des forêts tropicales ou de la pollution de sources d'eaux.

Si les atteintes délibérées à l'environnement peuvent appuyer des condamnations pour crimes de guerre ou crimes contre l'humanité, elles ne sont pas constitutives par elles-mêmes d'un crime international. D'où la proposition qui revient de façon de plus en plus insistante de faire de la destruction de l'écosystème un cinquième crime international : le crime d'écocide. Pour montrer que l'idée n'est pas une simple lubie de militants écologistes, on fait valoir que, outre le Vietnam, logiquement pionnier dans ce domaine en tant que victime de l'épandage sur ses forêts, par l'armée américaine, d'un puissant défoliant : l'« agent orange », une dizaine d'États, dont la Russie et plusieurs de ses anciens satellites, l'ont inscrit dans leur législation nationale.

Pour les uns, la qualification d'écocide devrait s'appliquer aux crimes intentionnels et viser en priorité la délinquance des réseaux mafieux qui se livrent au trafic illicite d'espèces protégées et d'essences de bois, conduisant au saccage massif de la faune et de la flore ; d'autres, plus radicaux, comme le mouvement *End Ecocide on Earth*, entendent y inclure les comportements même non intentionnels, de façon à ne pas épargner les multinationales dont les activités altèrent de manière grave les écosystèmes.

Reste l'objectif commun assigné à ce « droit pénal de l'écosystème » encore en gestation⁴ : responsabiliser l'humanité présente vis-à-vis des générations futures et du vivant non humain.

Limites et effets pervers de l'outil pénal

Si l'on veut évaluer l'efficacité des sanctions pénales, il faut pour commencer faire la part de ce qui, dans leur prolifération, répond à un besoin d'affichage : la sanction est instrumentalisée par les pouvoirs publics, pour rassurer les citoyens ou au moins leur montrer qu'on prend un problème au sérieux, ce dont témoigne la tendance à légiférer à chaque fois qu'un fait divers émeut l'opinion. La politique législative concernant les comportements sexuels déviants, plus particulièrement ceux dont sont victimes les mineurs, en fournit l'illustration frappante : la multiplication des délits et l'aggravation des sanctions est certes une façon de marquer la réprobation de la société à l'égard de ces infractions ; mais l'effet dissuasif n'est pas assuré pour autant, dès lors que la délinquance sexuelle n'est pas par essence une délinquance raisonnée, le passage à l'acte étant souvent pulsionnel.

La répression pénale a par ailleurs des effets nécessairement ambivalents sur la protection des libertés puisqu'elle peut conduire à interdire et sanctionner des actes ou des paroles qui sont par eux-mêmes l'expression d'une liberté. On sait bien, pour ne prendre que l'exemple le plus connu et le plus souvent cité, les problèmes complexes d'articulation avec le respect de la liberté d'expression que pose la pénalisation du discours de haine.

Plus fondamentalement, l'utilisation de l'outil pénal, par hypothèse répressif, n'est pas anodine. On peut rappeler à cet égard les questions qui ont été soulevées lors de la discussion

la loi sur les violences sexuelles et sexistes, adoptée en juin 2018. Là encore, la pression de l'opinion a joué : dans un contexte marqué par la campagne #MeToo, l'élément déclenchant a été le refus, par des juges, de qualifier de viol une relation sexuelle entre un majeur et une très jeune mineure. Fallait-il durcir les peines, créer une présomption de viol en-dessous de 15 ans, allonger le délai de prescription, voire rendre les crimes sexuels imprescriptibles, à l'instar des crimes contre l'humanité ? Plus généralement, faut-il, au nom de la protection des femmes et des enfants, sacrifier des principes qu'on défend par ailleurs ? Peut-on militer contre l'inflation pénale ou une politique du tout carcéral tout en demandant que les violences sexuelles et sexistes soient toujours plus sévèrement punies ? Les partisans d'un durcissement répliquent que celui-ci est nécessaire pour inverser les effets d'un droit conçu par les hommes et pour les hommes.

Il arrive aussi que l'enfer soit pavé de bonnes intentions, comme le montre l'exemple de la pénalisation des clients, instituée dans la perspective de faire reculer la prostitution, par tarissement de la « demande ». La loi adoptée en ce sens en 2016 a en réalité aggravé la situation de celles qu'elle prétendait protéger : les clients sont, de fait, moins nombreux, mais la diminution de la clientèle de rue a entraîné une dégradation importante des conditions de vie déjà très précaires des prostituées qui doivent donc passer plus d'heures dans la rue et surtout accepter des passes plus risquées, comme des rapports non protégés. Enfin, pour rassurer leurs clients, les prostituées ont tendance à privilégier des lieux isolés où elles courent un risque accru de subir des violences.

On peut s'interroger aussi sur l'effectivité et sur l'efficacité des sanctions pénales. Quelle est l'efficacité des quelques centaines de condamnations prononcées chaque année pour délits d'expression raciste, comment en mesurer l'effet réellement dissuasif ? Si l'on se tourne du côté du droit du travail, les statistiques montrent un écart important entre le nombre d'infractions commises et les poursuites engagées, *a fortiori* les condamnations prononcées. La répression pénale des discriminations laisse le même goût d'inachevé. Les signalements sont rares, proportionnellement à la réalité du phénomène, les poursuites et les condamnations encore plus. La voie pénale s'avère hasardeuse parce que le procès pénal recèle une série de pièges pour la victime, à commencer par le problème de la preuve, elle est coûteuse sur le plan des moyens et aléatoire quant à son issue. D'autant que si les sanctions encourues sont lourdes, incluant des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans et des amendes à hauteur de 45 000 euro, les peines effectivement prononcées sont généralement clémentes.

L'efficacité de la justice pénale internationale n'est pas non plus à la hauteur du symbole qu'elle représente. Rappelons d'abord que la juridiction de la CPI ne s'applique que si les États sur le territoire duquel les crimes ont été commis ou dont l'auteur est un ressortissant sont parties au traité ou ont accepté la compétence de la Cour par une déclaration spéciale. Or si 124 États sont parties à la Convention, les États-Unis, la Russie, la Chine, l'Inde, la quasi-totalité des pays arabes ainsi qu'Israël se sont abstenus de la ratifier. Le Conseil de sécurité peut certes saisir la CPI concernant des actes commis par les ressortissants ou sur le territoire d'un État qui n'a pas adhéré à la Convention, mais l'influence des membres permanents reste ici déterminante. En pratique, depuis son entrée en fonction en 2002, l'activité de la Cour, a été quasi-exclusivement tournée vers l'Afrique, au point qu'à la fin de l'année 2017, trois pays africains avaient d'ores et déjà notifié leur retrait, annonçant sans doute d'autres défections. De façon plus générale, la justice pénale internationale se heurte à une série d'obstacles qui entravent son efficacité et expliquent qu'au bout de quinze ans la Cour n'ait rendu que trois jugements, dont l'un s'est conclu par un acquittement. Le premier de ces obstacles découle de la souveraineté des États : la Cour n'ayant pas les moyens de faire exécuter ses mandats d'arrêt, elle a du mal à obtenir la comparution des personnes mises en cause. D'autres découlent de ce que, s'agissant de juger des individus et non des États, il n'est pas toujours

facile d'identifier les responsables des crimes de masse et d'apporter la preuve de leur culpabilité au-delà du doute raisonnable – qui doit profiter à l'accusé.

Cette dernière remarque met en lumière un des effets potentiellement pervers de l'outil pénal : en raison notamment du formalisme de la procédure, dont l'objet est de protéger les droits des personnes mises en cause, la condamnation n'est jamais certaine, quels que soient les indices concordants de culpabilité que l'on a cru pouvoir rassembler, la crédibilité des témoignages produits, la pertinence des raisonnements proposés. Or la relaxe ou l'acquittement, outre qu'ils peuvent être douloureusement ressentis par les victimes, risquent d'être préjudiciables à la cause que l'on défend dès lors qu'ils seront nécessairement brandis comme la preuve du mal-fondé de la plainte initiale.

Plus fondamentalement encore, on peut s'interroger sinon sur la pertinence, du moins sur les limites d'une technique qui s'avère manifestement bien peu efficace pour éradiquer les pratiques attentatoires aux droits de l'Homme. Le recours systématique à la sanction pénale devient une sorte de réflexe, une solution de facilité qui détourne de l'action préventive, du travail pédagogique en amont ? À force de brandir trop exclusivement l'arme pénale, ne contribue-t-on pas au « désarmement éthique » de nos sociétés ?⁵

¹ Pierrette Poncela et Pierre Lascoumes, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, PUF, Les voies du droit, 1998.

² René-Jean Dupuy, *L'humanité dans l'imaginaire des nations*, Julliard, Conférences, essais et leçons du Collège de France, 1991, p. 203.

³ Pierre Truche, « La notion de crime contre l'humanité. Bilan et propositions », *Esprit*, mai 1992, p. 37-87.

⁴ Mireille Delmas-Marty, « Humanité, espèce humaine et droit pénal », *Revue de Sciences criminelles*, 2012, p. 495.

⁵ Gwenaële Calvès, *Envoyer les racistes en prison ?* LGDJ, coll. Exégèses, 2015, p. 87.

LOCHAK Danièle, professeure émérite de droit public de l'université Paris Nanterre (Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux – CREDOF)

lochak@parisnanterre.fr

RÉSUMÉ

L'objet de cette contribution est de mettre en lumière l'utilisation croissante de l'outil pénal, tant au niveau des législations nationales – ici, de la législation française – qu'au niveau international, pour protéger les droits de l'Homme. On tentera ici de dégager les raisons de ce phénomène, ce qu'il nous dit de la sensibilité évolutive et différentielle aux droits fondamentaux – sans omettre de s'interroger en conclusion sur ses limites et ses effets pervers.

SUMMARY

The focus of this contribution is to highlight the increasing use of tool for criminal justice, at the national legislation level - in France - and at international one, in order to protect Human rights. We shall try to clear the reasons of this phenomenon, what it says about the evolutive and differential sensibility for fundamental rights - while not omitting to question, in the conclusion, its limits and its pernicious effects.

MOTS-CLÉS

Droit pénal – droits de l'Homme – dignité – crime contre l'humanité - écocide