

## RÉFLEXIONS SUR L'HYBRIDATION EN PROCÉDURE PÉNALE

Mireille DELMAS-MARTY

RÉSUMÉ: I. *Introduction* II. *Complexité: un jeu d'interactions.*  
III. *Cohérence: vers une grammaire commune?* IV. *Conclusion.*

### I. INTRODUCTION

A l'heure où s'élabore une justice pénale mondiale, il devient nécessaire de réfléchir aux moyens de définir des normes véritablement «communes». Pour être acceptées comme telles, ces normes devraient être conçues non par transplantation unilatérale d'un système dominant mais de façon pluraliste, en combinant le meilleur de chaque tradition nationale, par synthèse ou encore par «hybridation».

Entre les transplants et les hybrides, la distinction n'est pas toujours claire. Le premier terme est familier aux comparatistes qui ont depuis longtemps souligné les imperfections liées aux difficultés linguistiques et aux résistances sociales auxquelles se heurtent toute tentative de transplantation.<sup>1</sup> Mais il trouve une nouvelle actualité avec l'ouverture des frontières, la globalisation contribuant au développement des transplantations, tantôt imposées par contrainte, tantôt acceptées, ou même recherchées, au profit d'un système réputé plus prestigieux.

Qu'il s'agisse de prestige ou de contrainte (ou plus probablement d'un mélange des deux), le principal défaut de la transplantation tient au caractère unilatéral d'un mode d'intégration juridique qui se limite à transporter un concept, une institution, voire un système, «clé en mains», d'un pays à l'autre sans aucune réciprocité. Profondément marqué par

<sup>1</sup> *Methodology and epistemology of comparative law*, dir. M. van Hoecke, Hart, 2004.

une compétition entre systèmes de droit, une telle pratique favorise une stratégie de *marketing*, dont la modernité apparente cache mal l'archaïsme sous-jacent, car ni le *marketing* ni la transplantation ne permettent de prendre en compte les processus de fertilisation croisée beaucoup plus complexes qui se développent à l'échelle régionale ou mondiale. D'où la nécessité de distinguer la transplantation unilatérale (domination d'un système) de l'hybridation (composition-fusion) qui implique la réciprocité de l'échange.

Pour illustrer la différence, on pourrait s'inspirer des leçons du peintre Paul Klee quand, dans les années trente, il expliquait à ses élèves du Bauhaus comment composer un dessin à partir d'un cercle et d'une droite. Excluant d'emblée l'hypothèse d'une superposition sans unité (une rangée de droites alternant avec une rangée de cercles), le peintre dessinait plusieurs croquis, d'abord pour illustrer le risque de domination (la droite absorbant le cercle, ou le cercle dissolvant la droite); puis pour en venir à la composition fusion, démontrée par le surgissement d'un visage où se mêlent harmonieusement, comme par valorisation réciproque, les courbes et les droites.

De la peinture aux systèmes de droit, l'analogie est bien sûr imparfaite. Ayant participé à l'élaboration de plusieurs hybrides de procédure pénale (la ligne droite pouvant très approximativement évoquer la conception inquisitoire et le cercle la vision accusatoire), j'ai compris que le champ juridique ne relève pas d'un dessin —ni d'un dessein— définitivement conçu par un législateur artiste ou démiurge. Il se construit de façon interactive mais aussi évolutive car la norme hybride n'est pas immédiatement stabilisée: son élaboration est évolutive et sa réception en droit interne peut ménager des marges nationales implicites (renationalisation) qui transforment le processus d'hybridation (uniformisation) en harmonisation (rapprochement).

A deux occasions en 1993 comme membre de la commission française chargée d'élaborer un projet de TPI pour le Conseil de sécurité des Nations Unies, puis entre 1996 et 1999 comme coordinatrice du projet dit *Corpus Juris* pour la protection des intérêts financiers de l'UE, demandé par la Commission et le Parlement européens - j'ai pu vérifier que l'hybridation est un jeu d'interactions dont la complexité même soulève la question de cohérence qui appellerait la définition d'une grammaire commune.

## II. COMPLEXITÉ: UN JEU D'INTERACTIONS

Ni le *Corpus Juris*,<sup>2</sup> ni le statut des TPI, puis de la CPI, n'ont vocation à se substituer au droit national. Ils sont destinés à entrer dans un jeu plus complexe d'interactions où l'harmonisation joue aussi un rôle, démontrant que l'hybridation n'est pas d'emblée la figure parfaite rêvée par le peintre, mais une forme composite et instable, qui se construit progressivement par ajustements et réajustements.

1. *L'exemple européen du Corpus Juris*

Les sources de l'intégration pénale européenne sont fort diverses<sup>3</sup> et prévoient davantage une harmonisation, directe ou indirecte, qu'une véritable unification par hybridation. Plus ambitieux, le projet dit *Corpus Juris* avait pour objectif de proposer des règles unifiées. L'élaboration du projet a donc été précédée d'une recherche comparative,<sup>4</sup> qui a permis d'établir une « grille de lecture », sorte de langage commun pour désigner les acteurs de la procédure de façon aussi neutre que possible: *partie poursuivante, accusé ou juge*. De même pour les pouvoirs qui commandent la marche du procès, évoqués par des formules détachées du contexte national, comme *signalement, investigation, preuve, accusation, contradiction, coercition, disposition de la procédure, enfin décision*.

A partir de cette grille, il était possible de dégager la grammaire proprement dite, c'est-à-dire la structure qui, dans chaque système, relie acteurs et pouvoirs: une grammaire *accusatoire* qui relie aux acteurs privés la plupart des pouvoirs, du signalement de l'infraction à la disposition de la procédure (*guilty plea* et *plea bargaining*), en passant par la recherche

<sup>2</sup> *Corpus juris portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'UE*, dir. Mireille Delmas-Marty, Economica, 1997; *La mise en œuvre du Corpus juris dans les Etats membres de l'UE*, dir. Mireille Delmas-Marty, et J. Vervaele, Intersentia, vol. I à III, 2000, vol. IV, 2002 (en version bilingue, français et anglais).

<sup>3</sup> Voir G. Giudicelli-Delage et Stefano Manacorda, *L'intégration pénale indirecte*, SLC 2005; Mireille Delmas-Marty, "Towards an integrated European Criminal Law", in *The Cambridge Year book of European Legal Studies*, J. Bell and C. Kilpatrick eds., Hart 2006, p.16.

<sup>4</sup> Voir *Procédures pénales d'Europe*, dir. Mireille Delmas-Marty, PUF 1995, p. 60; *European Criminal Procedures*, Mireille Delmas-Marty and John Spencer (eds.), Cambridge University Press, 2005, p. 70.

des preuves (au point d'exclure, sauf exception, la preuve par ouï-dire ou *hearsay*); et une grammaire *inquisitoire* qui favorise, de façon diamétralement opposée, les acteurs publics et en particulier l'emblématique juge d'instruction chargé de fonctions à la fois policières (investigations pour constituer à la phase préparatoire un dossier écrit transmis à la juridiction de jugement) et juridictionnelles (décidant notamment de la détention).

D'aussi fortes divergences auraient exclu toute tentative d'hybridation si les droits nationaux n'avaient déjà commencé à évoluer à travers une première harmonisation, en partie imposée par la CEDH (dont les condamnations permettent au passage de vérifier que chaque modèle avait ses faiblesses); et en partie spontanée. Sur le continent européen, la plupart des pays ont renoncé au juge d'instruction et renforcé le rôle actif de la défense, au point d'instaurer en Italie une procédure partiellement accusatoire et, même en France, un juge des libertés (loi 15 juin 2000) et un plaider coupable (loi 9 mars 2004); tandis que le Royaume Uni a introduit des organes de poursuite publique et considérablement réduit la possibilité d'exclure la preuve indirecte (*Criminal Justice Act 2003, Prevention of Terrorism Act 2005*), comme la Cour suprême des Etats Unis, mais selon des modalités différentes.<sup>5</sup>

En tout cas, cette harmonisation progressive, mise en lumière par l'étude comparative, a facilité la phase d'hybridation proprement dite, c'est-à-dire un ensemble de règles concernant la conduite des investigations, les droits des parties et les modalités de la preuve, unifiées autour de la nouvelle figure du procureur européen.

Proposé dans un *Livre vert* de la Commission, le procureur européen a été inscrit dans le traité constitutionnel qui prévoit son institution par un vote à l'unanimité (article 274 CT). Le projet nécessiterait encore une loi européenne pour préciser la définition de diverses règles (statut du parquet, règles de procédure, règles de preuve et voies de recours) sur le modèle d'hybridation proposé par le *Corpus Juris*.

Même si le traité constitutionnel est en panne depuis un an (rejeté par referendum en France et aux Pays Bas), le parquet européen pourrait encore être adopté soit par un groupe restreint de pays (coopérations renforcées), soit par une directive de la Commission. Rappelons en effet une décision récente et quasi-constitutionnelle de la Cour de justice des

<sup>5</sup> *Crawford v. Washington*, 124 SCt 1354 (2004), *International Commentary on evidence*, The Berkeley Electronic Press, <http://www.bepress.com/ice>

Communautés européennes (13 septembre 2005),<sup>6</sup> qui attribue le pouvoir législatif à la Communauté, imposant le recours aux instruments législatifs du premier pilier (directives dont la transposition est imposée aux Etats). Cette décision annule une décision-cadre (inter/étatique) sur la protection pénale de l'environnement au motif que la protection de l'environnement est un objectif «transversal et fondamental» relevant de la Communauté (donc du supra/étatique) et que les mesures pénales sont nécessaires à l'effectivité de cette protection. Un tel argument serait sans doute transposable aux fraudes contre les intérêts financiers de l'Union.

Cela dit, si le parquet européen devait être créé par l'une ou l'autre de ces voies, il est clair que toute la procédure ne serait pas unifiée. Sa compétence, déjà limitée par le traité à la PIF (les intérêts financiers de l'UE étant supranationaux par nature), ne viserait en tout cas pas d'emblée toute la criminalité transnationale. De plus l'unification concernerait seulement la phase préparatoire du procès et non celle du jugement, l'articulation entre institutions nationales et européennes, étant renvoyée à la future loi européenne, qui devrait envisager aussi une harmonisation minimale des règles nationales. Enfin le processus ne s'arrêterait pas au stade législatif, appelant sans doute des réajustements, comme on peut le voir avec la justice pénale mondiale.

## 2. La justice pénale mondiale

L'internationalisation pénale à l'échelle mondiale a une bonne longueur d'avance sur l'internationalisation pénale européenne, même si elle reste circonscrite à quelques crimes considérés comme les plus graves.

Les tribunaux *ad hoc* (TPIY et TPIR) ont été institués il y a plus de dix ans<sup>7</sup> et ont adopté de multiples modifications du règlement de procédure et de preuve (plus d'une vingtaine). Critiquées au nom d'une stricte séparation des pouvoirs qui devrait interdire au juge de modifier les règles de procédure à mesure que les difficultés apparaissent, ces réformes ont pourtant largement contribué à la mise au point d'une figure hybride qui inspirera en partie le statut de la CPI. Comme si l'instabilité du premier dispositif avait permis les réajustements nécessaires au second.

<sup>6</sup> Voir G. Giudicelli-Delage, *RSC* 2005 n°4 et S. Manacorda, *op. cit.* nota 4, pp. 940 ss.

<sup>7</sup> Symposium "The ICTY 10 years on : The View from inside", *JICJ* 2 (2004) 353-599.

Dès le début la notion d'hybride fut invoquée, voire affichée par les juges: «la philosophie qui sous-tend la procédure pénale des TPI vise à maintenir une sorte d'équilibre entre procédure accusatoire des systèmes de *common law* et procédure inquisitoire de la tradition civiliste, tout en veillant à ce que justice soit faite».<sup>8</sup> Mais le risque de domination n'était pas exclu pour autant. Tirant argument de l'existence de règles, comme le plaider coupable, directement inspirées de la *common law*, la majorité des juges avait tendance à fonder l'interprétation sur les principes de *common law* et le président Cassese<sup>9</sup> dû rappeler, dans une opinion dissidente restée minoritaire, que la procédure pénale internationale, produit de «la décantation progressive des règles et concepts pénaux internes dans le réceptacle international», résultait non pas d'un *corpus* de droit uniforme, mais de «la combinaison et la fusion» entre deux systèmes juridiques différents, celui des pays relevant de la *common law* et celui des pays de droit romain. Il souligna en vain qu'une «importation mécanique» de notions tirées d'un droit national risquait «d'altérer ou de fausser la spécificité», tenant au contexte inter-étatique et à l'absence de moyens autonomes de coercition.

Au cours du temps, on observe cependant un rééquilibrage. Diverses réformes ont renforcé tout à la fois l'égalité des armes (modèle accusatoire) et le rôle actif du juge (modèle inquisitoire). Exemple typique de la nécessité de réajustements successifs, un juge de la mise en état fut d'abord instauré par la pratique, puis consacré par un amendement au règlement adopté en juillet 1998 (article 65 ter règlement TPIY), veillant au respect des règles de recevabilité et jouant en quelque sorte «le rôle de grand jury ou *committing magistrate* en *common law*, ou de juge d'instruction dans certains systèmes juridiques civilistes».<sup>10</sup> Enfin le statut CPI crée une chambre préliminaire (articles 15, 56, 57, 58), qui prolonge et renforce l'institution par les TPI d'un juge de la mise en état.

De même sera progressivement résolu le délicat problème du dossier, les réformes successives ayant peu à peu introduit, parmi les règles générales de preuve, la possibilité pour les juges de recevoir la déposition d'un témoin oralement ou par écrit « si l'intérêt de la justice le commande » (arti-

<sup>8</sup> Arrêt *Delalic*, TPIY, 4 février 1998, § 20.

<sup>9</sup> Voir l'opinion dissidente du président Cassese, dans l'affaire *Erdemovic*, TPIY, appel, 7 oct. 1997, §§ 3 et 4.

<sup>10</sup> Arrêt *Brdanin*, 5 oct. 1999, §13.

cle 89 F) et ayant supprimé l'interdiction initiale de la preuve indirecte. Et le statut de la CPI (art. 64) réaffirme que la direction du procès appartient aux juges et non aux parties (notamment, sur les témoins, article 64 §6b).

Sur d'autres points, comme la participation des victimes (article 68 §3), le statut de la CPI marque une nouvelle évolution, admettant la représentation par un avocat, ce qui les rapproche des «parties civiles» des systèmes romano-germaniques, même s'il ne s'agit que de parties jointes, dont l'intervention n'impose pas l'ouverture du procès. Et la décision du 10 février 2006, interprétant la notion de préjudice par référence à la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme, donne droit à la demande des victimes d'ouvrir le procès, malgré l'opposition du procureur, reconnaissant ainsi à la chambre préliminaire un pouvoir qui la transformerait, selon certains commentateurs, en un véritable juge d'instruction.<sup>11</sup>

En d'autres domaines, comme la négociation entre l'accusation et la défense, l'évolution semble encore inachevée. A première vue exclue en raison de la gravité des crimes internationaux, la négociation risque de devenir nécessaire pour des raisons pratiques, mais son régime juridique reste à définir. Si le statut admet la possibilité de plaider coupable (article 64 §2), il la définit davantage selon le modèle continental de «l'aveu de culpabilité» (*confession*) (article 65) que par référence au véritable modèle anglo-américain du plaider coupable (*guilty plea*) et ne donne aucune indication sur une éventuelle négociation entre l'accusation et la défense. Constatant la confusion et la complexité (*confusing complexity*) du paysage juridique actuel, et présentant les pauvres pénalistes comme «des marins errant au hasard sur l'océan, sans compas, ni étoile, ni autre repère pour les guider», le comparatiste américain Mirjan Damaska<sup>12</sup> rappelle que, d'un modèle à l'autre, la négociation obéit à des règles différentes et apparemment inconciliables, notamment quant au rôle du juge et quant à la publicité donnée à la négociation.<sup>13</sup> Il conclut à la nécessité d'innover, tant en raison du caractère hybride du statut que de la fonction

<sup>11</sup> M. Miraglia, "The first decision of the ICC pre-trial Chamber, *JICJ* 4 (2006) 188-195; G. Bitty Chr. *RSC* 2006 à paraître.

<sup>12</sup> Mirjan Damaska, "Negotiated Justice in International Courts", *JICJ* 2 (2004), 1018- 1039.

<sup>13</sup> M. Langer, "From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea bargaining and the Americanization thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, 2004, 1-64.

pédagogique propre à la justice pénale internationale, et suggère des règles spécifiques pour éviter toute suspicion en donnant une certaine transparence à la négociation.

Mais il laisse ouverte la question du rôle du juge, proposant soit une audition publique du principal témoin sur le modèle anglo-américain, soit un interrogatoire de l'accusé par le juge sur le modèle continental. En outre on serait tenté d'ajouter que la négociation, seule forme d'évitement ou de simplification du procès admise en Occident, devra sans doute être élargie aux diverses formes de médiation et de réconciliation qui existent dans les autres traditions juridiques et culturelles.

Un tel débat n'est pas seulement technique. Il affecte les bases mêmes d'une hybridation qui se limite pour l'essentiel aux droits occidentaux, au risque de réduire les autres traditions à une acculturation progressive, alors même que la CPI est désormais saisie d'affaires situées principalement en Afrique. Le procureur, ouvrant en juin 2004 une première enquête au Congo, avait d'ailleurs posé la question de la prise en compte du relativisme culturel et des formes alternatives de justice dans la décision d'engager des poursuites.<sup>14</sup> Cette question doit en effet être posée car le concept même d'hybridation ne peut se limiter, à l'échelle mondiale, aux seuls modèles occidentaux. La notion d'intérêts de la justice, qui conditionne la décision de classement («parce que poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice», article 53, statut CPI), devra notamment tenir compte des diverses formes de justice alternative (négociation, médiation, réconciliation).<sup>15</sup>

Enfin l'hybridation renouvelle la question des modes d'interprétation, en cas d'imprécision ou de lacunes du droit écrit. Certes le statut prévoit, comme on l'a déjà rappelé, l'application des principes et règles du droit international, puis des principes généraux de droit dégagés par la cour à partir des «différents systèmes juridiques du monde» (article 21), mais il ne dit ni comment trancher les divergences entre les traditions nationales ni comment adapter ces principes à la nature hybride des règles. Si la

<sup>14</sup> Bureau du Procureur CPI, "Interpretation and scope of 'interests of justice' in article 53 of the Rome Statute", *Memorandum CPI*, 7 mai 2004.

<sup>15</sup> Mireille Delmas-Marty, *La CPI et les interactions entre droit international et droit pénal interne à l'ouverture du procès pénal*, RSC 2005. 473 ; « *Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary phase of trial at the ICC* », *JICJ* 4 (2006) 2-11.



complexité contribue au pluralisme, elle soulève la question de la cohérence d'ensemble, incitant à la recherche d'une grammaire commune.

### III. COHÉRENCE: VERS UNE GRAMMAIRE COMMUNE?

La grammaire, c'est-à-dire la structure propre à chaque système, est sans doute la clé d'une intégration pénale à la fois unifiée et pluraliste, car elle permet, en définissant une cohérence, de distinguer la transplantation de l'hybridation. Mais cette notion de grammaire est aussi révélatrice du caractère supra/national des ensembles juridiques unifiés, donc des limites d'un processus qui modifie profondément le caractère des relations entre Etats.

#### 1. *La notion de grammaire commune*

Comme on a pu le vérifier avec l'exemple de la justice pénale internationale, l'une des caractéristiques d'une forme conçue par hybridation est qu'elle va se distinguer des formes nationales en devenant progressivement autonome. Autrement dit, l'hybridation va de pair avec l'autonomisation.<sup>16</sup> La conséquence est que sa cohérence ne peut être simplement empruntée à un système préexistant, comme le soulignent encore certains juges dans l'affaire Milosevic<sup>17</sup> (opinion individuelle du juge O-Gon et opinion partiellement dissidente du juge Shahabudden) à propos des règles sur le contre interrogatoire des témoins à charge par l'accusation.

La cohérence doit par conséquent être construite, au delà des règles techniques, sur des principes directeurs, ou méta-principes, qui définissent une grammaire commune et guident l'interprétation à mesure que se posent des questions inévitablement nouvelles.

<sup>16</sup> J. Hemptinne, «Hybridité et autonomie du règlement de procédure et de preuve du TPIY», in *Les sources du droit international pénal*, dir. M. Delmas-Marty, E. Fronza et E. Lambert-Abdelgawad, SLC, 2005, pP. 135sq.

<sup>17</sup> TPIY, Ch première instance, 29 avril 2004 (affaire IT-02-54-T)

C'est ainsi que le *Corpus Juris* posait trois méta-principes, inspirés tant de la CESDH que du droit comparé, pour caractériser une nouvelle grammaire hybride, ni accusatoire, ni inquisitoire, mais « contradictoire » :

—La territorialité européenne, qui attribue la compétence, sur tout le territoire européen, au procureur européen, organe de poursuite publique menant des investigations actives, à charge et à décharge (emprunt au modèle inquisitoire).

—La garantie judiciaire, confiée lors de la phase préparatoire, non pas à un juge d'instruction, mais à un « juge des libertés » qui n'a aucun pouvoir d'investigation mais joue un rôle d'arbitre entre l'accusation et la défense, notamment en ce qui concerne les mesures coercitives (dans l'esprit du modèle accusatoire).

—Enfin le principe du débat « contradictoire », défini comme une conception nouvelle de la procédure, en particulier de la preuve, qui combine un dossier écrit évitant à la juridiction de jugement de mener toute l'enquête à l'audience (modèle inquisitoire) avec des règles excluant les preuves établies de façon unilatérale (modèle accusatoire).

A l'échelle mondiale aussi, la cohérence pourrait venir en partie des principes posés par les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, souvent invoqués par dans les procès, et certains juges nationaux, comme la Cour suprême d'Argentine, qui n'ont pas hésité à fonder l'annulation de dispositions (comme l'auto-amnistie) sur le respect des droits de l'homme et de la jurisprudence de la CIDH.<sup>18</sup>

Toutefois jusqu'à présent les juges pénaux internationaux ne semblent pas se considérer comme liés par ces instruments, précisément en raison de la spécificité de la justice pénale internationale qui concerne, ou est supposée concerner les Etats, à travers leurs responsables.<sup>19</sup> S'ils se réfèrent aux textes et à la jurisprudence sur les droits de l'homme, c'est de façon discrétionnaire.

<sup>18</sup> Ch. A E. Baker, "A full stop to Amnesty in Argentina, The Simon case", *JICJ* 3 (2005)1106-1120.

<sup>19</sup> Voir E. Lambert-Abdelgawad, *Les sources...* précité, pp. 97-134 ; R. Maison, « Le droit international, les droits de l'homme et les juridictions internationales pénales », in *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales*, dir. G. Cohen-Jonathan et J. F. Flauss, Bruylant, 2004 , pp. 121-139.

Pour résoudre les divergences entre les systèmes nationaux, il reste nécessaire de concevoir des «principes directeurs de procédure»,<sup>20</sup> ou plus largement une grammaire pénale internationale spécifique.

Comme le montre l'exemple de la négociation entre l'accusation et la défense, il faut en effet remonter à la conception même de la justice pénale internationale pour rechercher les principes qui doivent encadrer la solution par référence aux spécificités d'une la justice pénale internationale dont la fragilité même appelle un surcroît de transparence et de rigueur.

Au lieu de définir au coup par coup, à mesure que les questions techniques se posent, les éléments d'une cohérence d'ensemble, l'élaboration d'une grammaire adaptée au processus d'hybridation supposerait un travail plus systématique, au croisement des principes de droit international général, des instruments de protection des droits de l'homme et des principaux systèmes de justice pénale nationale.

C'est dire le lien entre grammaire commune et pluralisme. Pour éviter que l'unification se traduise seulement par la transplantation d'un modèle dominant, la définition de principes communs, acceptables dans chaque système entrant dans la composition de la nouvelle forme juridique, est sans doute indispensable. Elle permet d'éviter les faux hybrides qui sont en réalité des greffes car ils impliquent pas les emprunts réciproques qui caractérisent et la véritable hybridation et risquent de provoquer le rejet, voire la paralysie de tout un système.

On en voit un exemple avec la procédure imposée pour le Tribunal spécial pour l'Irak (dont il faut rappeler qu'il ne fut pas institué par un acte juridique de droit international, mais par une décision du gouverneur américain). La greffe de règles américaines, conçues à partir d'une grammaire accusatoire (qui implique de mener l'enquête à l'audience, sous la forme d'un débat contradictoire devant un juge neutre), sur un système de type inquisitoire (où l'instruction reste menée, dans une phase préparatoire, par un juge d'instruction qui établit un dossier) semble aboutir à une impasse.

Le résultat de la greffe est non seulement d'imposer aux juges et aux procureurs des conseillers étrangers, ignorants de la grammaire inquisi-

<sup>20</sup> TPIY Ch 1ère. instance, 21 oct. 2004 (aff. IT-03-68-T): ordonnance énonçant «les principes directeurs qui régiront l'admission des éléments de preuve et le comportement des parties pendant le procès».

toire, et d'obliger les avocats à la pratique du contre-interrogatoire, fort éloignée de leur culture juridique; mais aussi d'alourdir considérablement la procédure, notamment en ce qui concerne les investigations qui seront menées successivement par le juge d'instruction dans la phase préparatoire, puis par les parties, notamment sous la forme d'un contre-interrogatoire des témoins, à l'audience.<sup>21</sup>

S'il est clair que l'administration américaine voulait éviter de légitimer le modèle de la CPI,<sup>22</sup> cette façon d'exprimer son refus de toute justice supranationale risque de servir de contre exemple et de favoriser à terme le modèle de la CPI. Toutefois cette résistance a le mérite de mettre en lumière les limites du processus d'unification.

## *2. La grammaire commune et les limites de l'hybridation*

L'idée même de grammaire commune, qui conditionne la cohérence d'une unification pluraliste, suppose en réalité un changement considérable des relations entre Etats car elle implique un passage de relations inter/étatiques à des relations supra/étatiques qui ne se justifie pas en toutes matières.

Le débat, entrouvert à propos de la justice pénale dite internationale, se développe simultanément selon plusieurs axes, opposant d'une part souverainistes et universalistes et d'autre part internationalistes, pénalistes et spécialistes des droits de l'homme.

Dans une perspective souverainiste de type inter/étatique, la recherche d'une grammaire commune ne s'impose pas. Si la justice pénale internationale est une forme élargie de responsabilité des Etats, il suffit de définir des règles techniques pour lutter contre l'impunité et soumettre «les agents principaux d'un Etat, ceux qui sont à l'origine d'une politique perçue comme gravement criminelle, [...] à une forme de responsabilité internationale».<sup>23</sup>

<sup>21</sup> S. Zappallà, "The Iraqi Special Tribunal's Draft Rules of Procedure and Evidence: Neither Fish nor Fowl", *JICJ* 2 (2004) 855-864.

<sup>22</sup> J. Alvarez, "Trying Hussein : Between Hubris and hegemony", *JICJ* 2 (2004), 319-329.

<sup>23</sup> Voir R. Maison, «Le droit international, les droits de l'homme et les juridictions internationales pénales», précité.

En revanche, dans une perspective universaliste et supra/étatique, la légitimité d'une justice qui impose, au nom de la protection de l'humanité, des sanctions «pénales», c'est-à-dire incluant des punitions lourdes (y compris des privations de liberté à vie), appelle une grammaire commune qui définirait une cohérence nouvelle incluant les moyens de protéger à la fois les victimes et les accusés contre les risques d'arbitraire.

Pour réconcilier ces diverses perspectives, on peut tenter d'éclairer les choix de procédure par référence à la nature des crimes poursuivis, considérée à travers les intérêts protégés. Ma proposition serait de réserver l'hybridation à la protection d'intérêts considérés comme *supranationaux*: en Europe les atteintes aux intérêts financiers de l'UE mais à l'échelle mondiale les crimes « contre l'humanité » et les autres valeurs considérées comme universelles par la communauté internationale.

En revanche la protection d'intérêts *internationaux* (ceux que mettent en cause la criminalité transfrontière) appellerait soit une simple coopération, soit un rapprochement, mais sans unification, par harmonisation des pratiques nationales.

#### IV. CONCLUSION

L'hybridation, propre à un modèle universaliste qui se veut aussi humaniste et pluraliste, c'est-à-dire respectueux à la fois des droits de l'homme et respectueux de la diversité des cultures, est fortement emblématique et symboliquement très significative.

Définie comme un processus très ambitieux d'unification de la procédure pénale qui réussirait à incorporer la diversité des traditions nationales, l'hybridation ne peut cependant être imposée en toutes matières, ni s'appliquer à tout l'ensemble du système pénal.

Elle ne doit pas être séparée des autres méthodes d'internationalisation du droit pénal et devra nécessairement se combiner avec d'autres modèles dont il sera également question au cours de ce prestigieux Congrès international de droit pénal.