

# La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux *ad hoc*

Etudes des Law Clinics  
en droit pénal international

sous la direction de  
Emanuela Fronza - Stefano Manacorda

DAJLOZ



GIUFFRÈ EDITORE

La justice pénale  
internationale  
dans les décisions  
des tribunaux *ad hoc*

Etudes des Law Clinics  
en droit pénal international

sous la direction de  
Emanuela Fronza - Stefano Manacorda

DALLOZ



GIUFFRÈ EDITORE

## SOMMAIRE

Liste des auteurs . . . . .	IX
Abréviations . . . . .	XI
Avant-propos. Les <i>Law Clinics en droit pénal international</i> : l'idée, la méthode, la signification . . . . .	1

### Première partie

## LA NORME PÉNALE INTERNATIONALE AU CONFLUENT DES MODÈLES JURIDIQUES

### Section 1

#### SOURCES ET INTERPRÉTATION

LORENZO GRADONI, <i>L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux</i> . . . . .	10
ANDREANA ESPOSITO, <i>La définition des crimes et le rôle du droit comparé: comment les juges comblent les lacunes normatives</i> . . . . .	41
BRIGITTE PESQUIÉ, <i>La qualification des faits par le Tribunal pénal international pour le Rwanda</i> . . . . .	58
ELISABETTA GRANDE, <i>Droit pénal et principe de légalité: la perspective du comparatiste</i> .	69

### Section 2

#### CRIMES ET ACTES PUNISSABLES

FULVIO M. PALOMBINO, <i>Les crimes de guerre dans l'évolution du droit international des conflits armés et la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie</i> . . . . .	82
GIOVANNI CARLO BRUNO, <i>Le crime de génocide dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda</i> . . . . .	94
FRANCESCA DE VITTOR, <i>L'apport des Tribunaux pénaux internationaux à la définition du crime de torture</i> . . . . .	109
DAVID BOYLE, <i>Génocide et crimes contre l'humanité: convergences et divergences</i> . . . .	124

Section 3  
IMPUTATION ET SANCTIONS

GAETANO MARINI, <i>La responsabilité pénale individuelle devant les juridictions pénales internationales: aspects introductifs</i> . . . . .	142
GAETANO CARLIZZI, <i>L'hypothèse spéciale de responsabilité du supérieur hiérarchique dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie</i> . . . . .	146
STEFANO MANACORDA, <i>Les peines dans la pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: l'affaiblissement des principes et la quête de contreponds</i> . . . . .	169

**Deuxième partie**

**LA PROCÉDURE PÉNALE INTERNATIONALE  
AU CROISEMENT DES ESPACES NORMATIFS**

Section 1  
COMPÉTENCE ET JURIDICTION

FANNY MARTIN, <i>Les compétences juridictionnelles ratione personae, ratione temporis et ratione materiae du Tribunal pénal international pour le Rwanda</i> . . . . .	198
GABRIELE DELLA MORTE, <i>Le champ des conflits: réflexions autour de la compétence ratione loci des Tribunaux pénaux internationaux</i> . . . . .	213
DAMIEN VANDERMEERSCH, <i>La faisabilité de la règle de la compétence universelle</i> . . . . .	224

Section 2  
DÉROULEMENT ET FONCTIONNEMENT

SILVIA ALLEGREZZA, <i>Les règles d'exclusion de la preuve testimoniale devant la Cour pénale internationale et dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux: un aperçu critique</i> . . . . .	240
JEAN-MARIE BIJU-DUVAL, <i>Le 'procès des médias' devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda: libres propos</i> . . . . .	250

**Troisième partie**

**LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE  
EN QUÊTE DE SA LÉGITIMATION**

Section 1  
FONDEMENTS

MIREILLE DELMAS-MARTY, <i>Tribunaux internationaux et mondialisation</i> . . . . .	268
--	-----

ANTONIO CASSESE, <i>Quelques réflexions sur la justice pénale internationale</i> . . . . .	283
EMANUELA FRONZA - JULIETTE TRICOT, <i>Fonction symbolique et droit pénal international: une analyse du discours des Tribunaux pénaux internationaux</i> . . . . .	292

Section 2  
ALTERNATIVES

ANDREA LOLLINI, <i>Les processus de judiciarisation de la résolution des conflits: les alternatives</i> . . . . .	312
JEREMY SARKIN, <i>Comparing and contrasting the approach to transitional justice in South Africa and Rwanda: choosing between truth, reconciliation and justice</i> . . . . .	327
ENRICA RIGO, <i>De la 'guerre juste' à la 'justice à travers la guerre': réflexions sur le rapport entre guerre et droit</i> . . . . .	342



## LISTE DES AUTEURS

- Silvia ALLEGREZZA, Docteur en Droit de l'Université de Bologne
- David BOYLE, Solicitor au Barreau de Sydney, Doctorant à l'Université de Paris 2 Assas
- Giovanni Carlo BRUNO, Chercheur au Centro Nazionale delle Ricerche (CNR) - Istituto di Studi Giuridici Internazionali, Naples
- Gaetano CARLIZZI, Juge au Tribunal Militaire de Naples
- Antonio CASSESE, Professeur de Droit international à la Faculté de Sciences Politiques de l'Université de Florence, Ancien Président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
- Gabriele DELLA MORTE, Docteur en Droit de l'Université de Palerme en cotutelle avec l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Mireille DELMAS-MARTY, Professeur au Collège de France, Chaire d'Etudes Juridiques comparatives et internationalisation du droit
- Francesca DE VITTOR, Doctorante en Droit international à l'Université de Naples Federico II
- Jean Marie BIJU-DUVAL, Avocat à la Cour d'appel de Paris
- Andreana ESPOSITO, Docteur en droit de l'Université de Salerne, *Assegnista di ricerca* à la Seconda Università di Napoli
- Emanuela FRONZA, Docteur en droit, *Professore a contratto* en droit pénal à l'Accademia Militare de Modène
- Lorenzo GRADONI, Docteur en Droit de l'Université de Bologne en cotutelle avec l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Elisabetta GRANDE, Professeur en Droit privé comparé à la Faculté de Droit, Università del Piemonte Orientale, Alessandria
- Andrea LOLLINI, Docteur en droit de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris en cotutelle avec l'Université de Bologne
- Stefano MANACORDA, Professeur associé de Droit pénal à la Seconda Università di Napoli
- Gaetano MARINI, Avocat général à la Cour d'Appel Militaire de Naples
- Fanny MARTIN, Doctorante à l'Université de Paris-2 Assas, ATER à l'Université Paris X-Nanterre
- Fulvio M. PALOMBINO, Doctorant en Droit international à l'Université de Naples Federico II
- Brigitte PESQUIE, membre du Pôle études et évaluation, Direction des affaires criminelles et des grâces, Ministère de la Justice, Paris
- Enrica RIGO, Docteur en droit de l'Université de Naples Federico II

Jeremy SARKIN, Senior Professor of Law, Law Faculty, University of the Western Cape, South Africa

Juliette TRICOT, Doctorante à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, ATER à l'Université Paris X-Nanterre

Damien VANDERMEERSCH, Vice-président au Tribunal de première instance de Bruxelles, Juge d'instruction

## ABRÉVIATIONS

### INSTITUTIONS ET TEXTS NORMATIFS

Convention européenne des droits de l'homme	CEDH
Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale	REGCPI
Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour le Rwanda	REGTPIR
Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie	REGTPIY
Statut de Rome,	StCPI
Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda	StTPIR
Statut du Tribunal pénal internationale pour l'ex-Yougoslavie	StTPIY
Pacte international relatif aux droits civils et politiques	PIDCP
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels,	PIDESC
Truth and Reconciliation Commission (South Africa)	TRC

### PÉRIODIQUES

African Journal of International Law	<i>AfJIntL</i>
American Journal of International Law	<i>AmJIntL</i>
Annuaire Français de Droit International	AFDI
Archives de politique criminelle	APC
British Yearbook of International Law	<i>BritYIntL</i>
Cour Permanente de Justice Internationale	CPIJ
Digesto delle discipline penalistiche	<i>DigDPen</i>
Enciclopedia del diritto	ED
Enciclopedia giuridica Treccani	EGT
European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice	<i>EJCCrLCrJ</i>
European Journal of International Law	<i>EJIntL</i>
Foro italiano	<i>Fit</i>
Indice (L') penale	<i>IndPen</i>
International and Comparative Law Quarterly	<i>IntCLQ</i>
International Criminal Law Review	<i>IntCLR</i>
International Journal of Criminal Law	<i>IntJCL</i>
Journal du droit international	<i>JDInt</i>
Journal of Criminal Law Quarterly	<i>JCLQ</i>
La Semaine Juridique	JCP
Neue Zeitschrift für Strafrecht	<i>NZStr</i>
Politica del diritto	PD

Questione giustizia	<i>QuestG</i>
Recueil de cours de l'Académie de La Haye	<i>Rc</i>
Revue belge de droit international	<i>RBDInt</i>
Revue de science criminelle et de droit pénal comparé	<i>RSC</i>
Revue générale de droit international public	<i>RGDIIntP</i>
Revue internationale de droit pénal	<i>RIntDP</i>
Rivista di diritto internazionale	<i>RDInt</i>
Rivista internazionale dei diritti dell'uomo	<i>RIntDU</i>
Rivista italiana di diritto e procedura penale	<i>RIIDPP</i>
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	<i>ZGStr</i>

**Avant-propos**

**LES LAW CLINICS EN DROIT  
PÉNAL INTERNATIONAL:  
L'IDÉE, LA MÉTHODE, LA SIGNIFICATION**

Le présent ouvrage entend offrir un témoignage de l'expérience accomplie par les *Law Clinics* en droit pénal international, créées dans l'année 2000 auprès du *Centre de droit pénal comparé* de l'Université de Paris 1 et de la *Seconda Università* de Naples.

L'objectif était de lancer une expérience pédagogique et de recherche sur le droit pénal international, et notamment sur l'activité des deux Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, suivant une méthode novatrice, notamment pour des juristes de culture juridique romano-germanique. En effet, ce que les juristes anglo-américains appellent une *Law Clinic* — structure dans laquelle des étudiants et des professeurs travaillent ensemble sur de vrais dossiers, allant parfois jusqu'à les plaider — n'est pas une expérience répandue, du moins jusqu'à maintenant ni en France ni en Italie. Brièvement, nous allons donc présenter par la suite comment une telle idée s'est esquissée, quelle a été la méthode suivie et quelle est, à nos yeux, sa valeur.

— *L'idée* de mettre en place les deux *Law Clinics* s'appuie tout d'abord sur la constatation que le droit pénal international se présente comme une branche juridique à l'état embryonnaire et qu'il n'est pas, à ce jour, une discipline reconnue et enseignée au niveau universitaire, à de rares exceptions près. Force est de constater que l'on ne dispose pas encore d'un *ius positum* ni d'une véritable discipline.

Pourtant, depuis près d'une décennie d'importants développements ont vu le jour: les deux Tribunaux *ad hoc* construisent progressivement un corps de règles et de principes; une juridiction permanente a vu le jour; la masse d'instruments normatifs et de mécanismes juridictionnels ne cesse de croître en ce domaine. L'offre de justice pénale internationale est donc bien réelle, de même que la demande de juristes spécialisés: elle émane des juridictions, des avocats, des organisations non-gouvernementales et du monde de la recherche universitaire. Au delà des approches singulières portant sur le droit pénal, sur la procédure ou sur le droit international, la demande faite aux nouveaux juristes consiste à se pencher sur l'internationalisation du droit

et de la justice, sur le rôle et les fonctions du juge, sur les mécanismes de résolution des conflits.

En effet, ce processus de ‘juridicisation’ des conflits est porteur de mutations que nous n’hésiterons pas à qualifier de révolutionnaires pour le juriste. La transformation des paradigmes juridiques est évidente. Erosion de la souveraineté, rupture du lien peine/Etat, subversion du principe classique de non-ingérence, re-distribution de la production normative selon des schémas qui ne sont plus linéaires, adaptation des garanties classiques du système pénal au contexte spécifique: voilà autant d’inconnus pour l’analyse juridique. Face à ce scénario, ainsi esquissé, les outils traditionnels du juriste ne semblent plus tout à fait aptes à assurer pleinement, et à eux seuls, l’étude, la compréhension et la systématisation des données normatives.

Pour ces raisons, il nous a semblé important d’entreprendre un travail d’étude et d’analyse sur le *droit en action* afin d’essayer d’identifier les principes et les règles régissant ce domaine, ainsi que les méthodes employées. Les *Law Clinics* de Paris et de Naples ont donc choisi d’étudier de manière parallèle la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie (Naples) et la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda (Paris) au travers une sélection de décisions rendues par les deux Tribunaux.

— *La méthode* propre des *Law Clinics*, ainsi que la structure et l’organisation du travail, ont été dégagées à partir de l’objet même de leur activité. La complexité des facteurs agissant dans le cadre du droit pénal international, ainsi que la nature hybride de cette branche du droit, ont imposé une adaptation de la façon d’appréhender à la fois la recherche et l’activité pédagogique.

Quant à l’approche, à l’instar des facultés de droit des universités anglo-américaines, les *Law Clinics* ont utilisé une méthode d’analyse inductive, se proposant de dégager une réflexion théorique générale sur les normes à partir des affaires particulières. Une telle *case law approach* a permis de travailler sur le droit et sur le procès, appréhendés dans leur configuration concrète. Les affaires sélectionnées (arrêts, mises en accusation et décisions) ont donc constitué l’axe commun des discussions et le point de départ des recherches et des analyses; ce choix étant notamment fondé sur la constatation qu’au sein du processus d’élaboration, le juge détient un rôle et une place déterminants. Ce rôle du juge se trouve confirmé par le Statut de la Cour pénale internationale: bien que ce texte contienne un noyau de dispositions de droit pénal général et n’introduise pas la règle du précédent, il réserve aux juges un rôle considérable.

Grâce à la *case law approach*, que l’on ne saurait réduire à une simple méthode casuistique, nous avons commencé à approcher et apercevoir le

mystère d'un droit en construction, avec tout ce que cette construction implique en termes de limites et d'incohérences. Le droit pénal international a été appréhendé en tant que matière unitaire, née historiquement de notions juridiques provenant du droit international et du droit pénal, et non comme une discipline qui subit l'opposition, parfois conflictuelle, entre ces deux branches de la science juridique. En outre, l'examen de la jurisprudence a permis de mettre en exergue tous les risques qui accompagnent un univers normatif caractérisé par l'absence de législateur proprement dit et qui se fonde sur la 'demande de justice' émanant de l'opinion publique en matière de violations graves des droits de l'homme. Quant à la composition des équipes, la spécificité des affaires analysées, en raison des contextes dans lesquels elles s'inscrivent a imposé une méthode interdisciplinaire. La formation a été donc assurée par des spécialistes, émanant de cultures et d'expériences différentes, qualifiés dans des branches diverses du droit, qu'il s'agisse du droit pénal, de la procédure pénale ou encore du droit international). Quant aux participants, la diversité a été également de mise: étudiants, doctorants, avocats, membres d'organisations non-gouvernementales, d'associations.

L'interdisciplinarité souhaitée, recherchée et mise en œuvre par les *Law Clinics* n'a pas été limitée aux disciplines juridiques. Il ne s'agissait pas seulement d'associer droit international, droit pénal et procédure pénale au sein d'une réflexion commune, mais aussi d'ouvrir le droit à d'autres savoirs: à titre principal, les sciences politiques, l'anthropologie et l'histoire. La question dite identitaire s'est à maintes reprises trouvée au centre des analyses, dans ses diverses dimensions. Elle requérait de se confronter avec des questions méta-juridiques (historiques, anthropologiques et sociologiques) marquant les régions des Grands Lacs et des Balkans, qui ont été les théâtres des atrocités.

Conscientes de l'importance du phénomène et des liens qu'il entretient avec la construction du droit pénal international, les *Law Clinics* ont consacré une partie des enseignements au droit comparé, qui accompagne le mouvement d'intégration entre traditions juridiques différentes mais qui peut également poser des bornes à ce processus et permettre de résister aux abus que l'intégration est susceptible d'engendrer. Dans ce cadre, la réflexion sur la comparaison apparaît fondamentale, à plusieurs titres. Premièrement, elle permet de dépasser les antagonismes (*common law / civil law*; droit international / droit pénal) sans gommer pour autant les divergences et les points de tension et de résistance. Ensuite, elle amène à prendre en compte d'autres traditions juridiques au-delà des familles anglo-saxonne et romano-germanique. Enfin, le droit comparé met en évidence encore une fois la nécessité de prendre en compte le rôle normatif des juges et d'analyser le

recours aux droits nationaux comme moyens subsidiaire pour combler les lacunes existantes sur le plan international en matière pénale, tendance qui a été confirmée par l'art. 21, lettre c, du STCPI.

Pour permettre le développement d'une réflexion commune sur le droit pénal international, s'est immédiatement imposée la nécessité de *travailler en équipe*. Le croisement et la rencontre des savoirs en droit pénal, droit international et procédure pénale, intégrant la problématique transversale relative aux mécanismes de résolution des conflits, a ainsi été la base de l'élaboration du programme de formation. Le travail en équipe a rendu inévitable la recherche d'un dialogue entre les membres du groupe ayant des expériences et des formations différentes. Cette approche a sans doute conduit à quitter une vision unilatérale, parfois rigide, du droit pénal international, permettant ainsi d'appréhender cette discipline dans sa nature hybride et donc autonome par rapport aux branches juridiques dont elle est historiquement issue.

En définitive les caractéristiques essentielles de la structure des deux Law Clinics ont été: leur ouverture à des milieux juridiques différents, la combinaison de la recherche et de la formation, l'approche interdisciplinaire et la prise en compte du contexte politique et historique des conflits. Tout cela a permis de porter un regard à la fois analytique et critique sur le droit pénal international, riche à nos yeux de valeur et de signification.

— *La signification* de cette expérience, au-delà de l'enrichissement scientifique que chacun des participants a pu en tirer, s'apprécie pour nous essentiellement sur le plan personnel. En effet, pour aboutir à des résultats, le choix de la démarche et des outils conceptuels doit s'accompagner d'une autre catégorie de moyens que constituent les relations humaines. Le travail en équipe est caractéristique du travail des juridictions, des organisations non gouvernementales et même des équipes de la défense, et se révèle en effet incontournable dans le milieu international. Il rend inévitable l'apprentissage du dialogue entre personnes d'expériences, de formations et de cultures différentes; il exige la recherche d'une base commune de communication, un vocabulaire et un lexique reconnus et partagés par les membres du groupe.

Nous croyons que cette dimension de l'expérience des *Law Clinics* a été réellement atteinte et pour cette raison nous voudrions remercier, d'une façon très directe et très simple, tous les formateurs et les participants des *Law Clinics* qui, avec passion, ont contribué par un véritable travail d'équipe à cette expérience. La plupart des formateurs ont participé à cet ouvrage. A eux sont également associés les intervenants extérieurs qui ont accepté tout au long de ces deux années de contribuer à cette aventure avec leur travail et leur soutien enthousiaste.

Nos remerciements vont aussi à M. Rinaldo Bontempi, ancien membre

du Parlement européen, qui, en tant que Président du Centro Iniziativa per l'Europa de Turin, a bien voulu lancer, auprès de la Commission européenne, le projet Lincs (Laboratory for the International Criminal System), projet au sein duquel les deux *Law Clinics* ont assuré la tâche de la formation et de la recherche.

A la Commission européenne vont aussi nos remerciements pour avoir bien voulu soutenir financièrement une telle initiative.

Merci à Monique Robichon pour son aide.

Enfin, une telle expérience n'aurait pas pu être réalisée sans l'appui de Mireille Delmas-Marty qui nous a soutenus et encouragés tout au long de cette expérience. C'est à elle que nous adressons notre reconnaissance la plus sincère, sachant que sans ses enseignements cet ouvrage n'aurait jamais pu voir le jour.

C'est sur la base de l'idée originale, de la méthode retenue et de la signification que cette expérience a représentées, que nous avons conçu le travail présenté dans cet ouvrage, en le structurant autour de trois thèmes majeurs: norme, procès et justice. Ces axes dessinent l'espace dans lequel se trouvent aujourd'hui réunis les essais sur la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda réalisés par les *Law Clinics* de Naples et de Paris. Il s'agira tout d'abord de se demander quel droit est appliqué par ces juridictions (première partie), puis de déterminer quelles modalités et quel parcours elles empruntent pour parvenir à la prise de décision (deuxième partie), avant de s'interroger sur les mécanismes et les sources de leur légitimité (troisième partie).

On ne cachera pas la nature éclatée des contributions, dont certaines représentent les études des formateurs et d'autres gardent la forme originale des interventions extérieures, ni la pluralité des approches, au vu de l'hétérogénéité des angles d'attaques retenus, ni enfin les contenus ponctuels et fragmentaires ne prétendant aucunement à l'exhaustivité. Tout cela représente peut-être une limite à l'effort accompli ici, mais se veut en même temps la reproduction de l'expérience dynamique et ouverte que nous avons réalisée à travers les *Law Clinics de droit pénal international*.

Emanuela Fronza

Stefano Manacorda

Paris, le 19 mai 2003



**Première partie**

**LA NORME PÉNALE INTERNATIONALE  
AU CONFLUENT DES MODÈLES JURIDIQUES**

Le droit dont les Tribunaux pénaux internationaux font application a une nature fortement complexe.

D'une part, cette complexité découle de la combinaison de *dynamiques internationales et internes* dans la définition de la norme pénale. Cette dernière est, à l'origine, de source internationale, ce qui implique la coexistence de dispositions écrites conventionnelles et de normes de nature coutumière 'révélées' par la jurisprudence. Néanmoins, la norme pénale internationale doit nécessairement se concrétiser pour fonder le jugement de responsabilité individuelle: ainsi les systèmes pénaux nationaux, filtrés par la jurisprudence de La Haye et d'Arusha, concourent en principe à donner à la norme un plus haut degré de précision.

D'autre part, et comme conséquence de la première observation, le droit pénal international se situe à mi-chemin entre un *modèle légaliste* de production de la norme et un *modèle jurisprudentiel*. Cette dualité est intrinsèque au droit international pénal, comme l'article 7.2 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen, ainsi que l'article 15.2 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, le reconnaissent. Elle reflète également la ligne de partage traditionnelle, mais qui reste à vérifier, entre systèmes juridiques internes d'origine romano-germanique et anglo-saxonne. Le clivage n'est donc pas horizontal, c'est-à-dire entre niveaux normatifs, mais vertical, à savoir inter-niveaux, et l'hybridation des modèles apparaît alors comme étant extrêmement complexe.

La confluence entre ces modèles juridiques peut être appréciée en se situant de trois différents points de vue. D'abord et principalement, celui des sources de la norme pénale internationale et de son interprétation, moment fondateur du discours (1). Ensuite, les conséquences de ce droit pénal international en gestation peuvent être observées dans la construction de la partie spéciale — éléments des normes d'incrimination (2) — aussi bien que de la partie générale — règles générales d'imputation et de sanction (3).

## Section 1

### SOURCES ET INTERPRÉTATION

Le droit pénal international révèle son caractère lacunaire et imparfait, lequel est moins le reflet de son intervention ponctuelle et ‘fragmentaire’ tenant à son rôle d’*extrema ratio*, que le résultat d’une évolution irrégulière et inachevée de ce domaine du droit. Sans prétendre à un degré de précision équivalent à celui de la norme pénale interne, la norme pénale internationale se définit substantiellement surtout à travers l’élaboration jurisprudentielle, ce qui affecte la portée du principe de la légalité dans ses différentes articulations.

Même si la situation a évolué depuis l’entrée en vigueur du Statut de Rome, ce sont en effet les juges qui co-déterminent le sens de la norme, faisant appel à différents procédés d’interprétation. D’abord, pour faire face aux lacunes des Statuts, ils recourent aux principes généraux du droit, comme désormais l’article 21 StCPI le demande. Lorsque la solution n’est pas définie au niveau international, ces principes finissent par véhiculer les règles de droit pénal communes aux systèmes juridiques internes (Gradoni). D’où l’élaboration par les juges d’une ébauche de méthode comparative en tant que fonction normative subsidiaire: l’hétérogénéité des systèmes nationaux doit en effet entraîner un effort de synthèse qui tienne compte de la pluralité des familles juridiques et des variantes pénales sous-jacentes, effort qui ne semble pas toujours avoir été accompli par les Tribunaux de manière rigoureuse et consciente (Esposito). L’étude de la qualification des faits dans la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda et sa comparaison avec le droit interne est l’occasion d’éprouver ce qu’il y a d’irréductible dans les principes fondamentaux du droit pénal et ce qui est problématique dans leur transposition au plan international (Pesquié). Mais la fonction créative que le juge exerce par rapport à la norme qu’il est appelé à appliquer est destinée à créer des courts-circuits normatifs, et cela non tant parce qu’elle s’apparente à la *common law* — comme on a tendance à l’affirmer — que parce qu’un certain nombre de garanties propres à ce système, au moment de la décision, paraissent peu respectées. L’analyse comparative de la légalité pénale amène à relativiser la portée de l’opposition traditionnelle entre *civil law* et *common law* et à reconnaître que le juge garde partout un rôle central dans la fonction créatrice du droit (Grande).

# L'EXPLOITATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE DROIT DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX

LORENZO GRADONI

SOMMAIRE: 1. Introduction. — 2. Aperçu des fonctions des principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. — A. Fonction supplétive. — B. Fonction interprétative. — C. Fonction confirmative. — 3. Méthodes d'identification des principes généraux de droit. — A. Dimension spatiale. —  $\alpha$ . Techniques de l'échantillonnage et de la falsification. —  $\beta$ . Principes généraux de droit relatifs: modulations dans la dimension spatiale. —  $\gamma$ . Principes de droit rationnel ou sans épithète: espace zéro. — B. Niveau d'abstraction. —  $\alpha$ . Technique des dénominateurs communs. —  $\beta$ . Technique des multiplicateurs communs. — 4. Méthodes de résolution des antinomies se manifestant au niveau des principes généraux de droit. — A. Exigences fondamentales de la justice pénale internationale. — B. Retour aux principes généraux du droit international. — C. Politique du droit international pénal: source normative de dernier ressort. — D. *In dubio pro reo* en tant que norme de clôture du système. — 5. Conclusion.

1. — En droit international public, on entend par « principes généraux de droit » des principes généralement reconnus dans les divers systèmes de droit internes et compatibles avec les exigences spécifiques à l'ordre juridique international <sup>1</sup>. Cette conception classique des principes généraux de droit en tant que source du droit international public est aussi nettement majoritaire en doctrine, quoiqu'elle ne reçoive pas une approbation unanime <sup>2</sup>. À ce propos, un premier clivage s'était ouvert entre positivistes et partisans du droit naturel au sein du Comité de juristes chargé, dans le cadre

<sup>1</sup> Voir, à titre d'exemple, D. CARREAUX, *Droit international public*, Pedone, Paris 1998, 2 s.; N. QUOC DINH - P. DAILLIER - A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ, Paris 1999, 344 s.; J. COMBACAU - S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien, Paris 1999, 107 s.

<sup>2</sup> Voir notamment: B. VITANYI, Les positions doctrinales concernant le sens de la notion de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », RGD Int P 1982, 48 s.; voir D. DEGAN, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff, La Haye 1997, 14-141; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public. Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, PUF, Paris 2000, 24-79.

de la Société des Nations, de la rédaction d'un projet du Statut de la Cour permanente de justice internationale. Il est bien connu que la formule finalement retenue par le Comité — « principes généraux de droit reconnus par les Nations civilisées » — porte le sceau de la victoire des positivistes sur les défenseurs de la « justice objective » en tant que source subsidiaire du droit des gens <sup>3</sup>.

Dans les débats judiciaires qui se déroulent actuellement au sein des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (dorénavant: les Tribunaux), l'ancienne controverse n'est plus formellement à l'ordre du jour, bien que de temps en temps des conceptions relevant du droit naturel apparaissent dans leur jurisprudence. Pourtant, la raison profonde qui avait poussé la majorité du Comité de juristes à contrecarrer ces conceptions, à savoir la crainte d'instituer un juge libre divinateur des oracles de la « justice objective », y demeure toujours d'actualité dans sa substance: il arrive en effet souvent que les Tribunaux fassent preuve d'une certaine hardiesse lorsqu'ils utilisent l'instrument malléable qu'est la comparaison entre systèmes juridiques nationaux.

À cause de son origine interne, la veine des principes généraux de droit se révèle particulièrement exploitable à l'intérieur de ces domaines du droit international public qui, autrefois, relevait exclusivement des systèmes de droit hiérarchisés, et qui ont gravité pendant plusieurs décennies à sa périphérie, tel le droit pénal au lendemain du procès de Nuremberg <sup>4</sup>. Or, comme l'a dit récemment le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, « le droit international pénal, qu'il s'agisse de la procédure ou du fond, n'en est encore qu'aux premiers stades de son développement » <sup>5</sup>; il est, selon le paradoxe peut-être involontaire de l'ancien Président du même Tribunal, *replete with lacunae* <sup>6</sup>. Par conséquent, s'il est vrai que la Cour Internationale de Justice, encore plus que sa devancière, a fait jusqu'ici un usage parcimonieux des principes généraux de droit <sup>7</sup>, on ne s'étonnera pas du fait que la jurispru-

<sup>3</sup> *Procès-verbaux des séances du Comité consultatif des Juristes*, 14 juin-24 juillet 1920, La Haye 1920, 334-335. La fortune de cette formule est bien connue (hormis les polémiques soulevées par l'adjectif « civilisées »): elle demeure inchangée dans l'article 38.1(c) du Statut de la Cour Internationale de Justice.

<sup>4</sup> Cf. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 6<sup>ème</sup> éd., Editoriale Scientifica, Naples 2002, 46.

<sup>5</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic et Vladimir Santic*, IT-95-16-T, Chambre de première instance, 14 janvier 2000, par. 537.

<sup>6</sup> A. CASSESE, *International Law*, Oxford University Press, 2001, 158.

<sup>7</sup> Voir A. CASSESE, *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to the Ascertainment of General Principles of Law Recognized by the*

dence des Tribunaux marque une reviviscence impressionnante de cette source normative <sup>8</sup>. Après une longue pénurie de décisions judiciaires pertinentes, l'occasion est donc propice pour étudier l'essence concrète des principes généraux de droit.

Hormis quelques dissonances peu significatives, la jurisprudence des Tribunaux consacre l'autonomie de ces principes en tant que source du droit international public; les thèses qui leur nient ce caractère par rapport à la coutume se trouvent donc démenties <sup>9</sup>. Un observateur a pourtant remarqué qu'au fil du temps les Tribunaux font de moins en moins référence aux principes généraux de droit — source supplétive « extérieure » aux Statuts — pour s'appuyer sur leur propre jurisprudence <sup>10</sup>. Il y a là une confirmation de la thèse, désormais classique, selon laquelle lesdits principes revêtent un rôle « récessif » dans le système des sources, c'est-à-dire qu'avec le temps ils ont tendance à être résorbés dans le droit coutumier ou conventionnel <sup>11</sup>. On peut donc parler d'une nébuleuse de principes transitoires qui se densifient au cours des phases originaires du droit international pénal <sup>12</sup>.

Community of Nations, in *International Law in the Post-Cold War World. Essays in Memory of Li Hopei*, sous la direction de S. YEE-W. TIEYA, Routledge, Londres, 43.

<sup>8</sup> L'affirmation qu'on lit dans un manuel récent — J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, Bruxelles 2000, 49 — est donc surprenante: « Cette source demeure aujourd'hui pratiquement inutilisée... sauf à considérer qu'elle est tombée en désuétude, ce qui est sans doute prématuré ».

<sup>9</sup> On n'a pu détecter qu'un seul arrêt s'écartant de cette tendance (auquel il faut ajouter une déclaration individuelle). Dans l'affaire *Tadic*, au bout d'une investigation cursive des systèmes juridiques nationaux, le TPIY a conclu que la règle *unus testis, nullus testis* n'y est pas généralement reconnue et, par conséquent, ne fait pas partie du « droit international coutumier ». La confusion volontaire entre principes généraux de droit et coutume est évidente. Cf. TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, Chambre de première instance, 7 mai 1997, par. 539; voir aussi Déclaration du Juge Patrick Robinson, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000, par. 12. Pour un exposé critique des thèses qui nient l'autonomie de principes généraux de droit en tant que source du droit international, voir R. KOLB, *La bonne foi en droit international*, cit. note 2, 29-42.

<sup>10</sup> Voir J. DE HEMPTINNE, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002, 134-135. Sur la valeur de la jurisprudence des Tribunaux, voir l'arrêt fondamental: TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Zlatko Aleksovsky*, IT-95-14/1-A, Chambre d'appel, 24 mars 2000, par. 92-115.

<sup>11</sup> A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, thèse, Paris, 1974; voir aussi A. PELLET, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., note 10, 136.

<sup>12</sup> La « surexploitation » des principes généraux de droit caractérisant cette phase historique du droit international pénal ne pouvait qu'entraîner une intensification des interactions normatives entre droit international et droits nationaux. Pour une perspective théorique sur ce phénomène voir M. DELMAS-MARTY, *Droit international et droit comparé: interactions et internormativité*, in M. CHIAVARIO, *Justice pénale entre passé et futur*, 2003; ainsi

Dans les pages suivantes, on tentera de saisir quelques aspects de ce phénomène originaire. Après avoir donné un aperçu des fonctions remplies par les principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux (2), les différentes méthodes d'identification des principes seront analysées, sous une double perspective qui vise à la dimension spatiale et au niveau d'abstraction de ceux-ci (3). Une dernière partie sera dédiée au problème, épineux et peu étudié jusqu'à présent, de la règle applicable lorsqu'il n'y a pas convergence entre systèmes juridiques nationaux (situation 'antinomique') (4); cela devrait par ailleurs permettre de mieux appréhender le rôle des principes généraux de droit dans le système des sources appliquées par les Tribunaux, avant qu'on propose quelques conclusions (5).

2. — Un simple aperçu des fonctions remplies par les principes généraux de droit dans la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* servira d'introduction aux thèmes de l'identification des principes par le juge, d'une part, et de la place de ces derniers parmi les sources du droit international pénal, de l'autre. Ces fonctions sont au nombre de trois, à savoir, la supplétive (A), l'interprétative (B) et la confirmative (C).

A. — Il était bien dans l'intention des rédacteurs du Statut de la Cour permanente de Justice internationale d'assigner aux principes généraux de droit une fonction supplétive, à activer, le cas échéant, pour combler les lacunes du droit conventionnel et coutumier<sup>13</sup>. Les Tribunaux se conforment strictement à cette logique<sup>14</sup>. En même temps, dans leur jurisprudence une théorie assez originale se précise qui distingue entre trois catégories de principes, à savoir: (i) principes généraux de droit au sens classique, (ii)

que E. FRONZA - N. GUILLOU, Les dynamiques d'élaboration des normes pénales internationales devant les Tribunaux pénaux internationaux: une analyse à partir de la jurisprudence sur le viol et la participation criminelle, *ibid.* (les auteurs y déconstruisent l'interaction normative entre droit international et droits nationaux pour déceler éventuellement quatre « dynamiques » différentes, à leur tour résultant de la combinaison de deux dichotomies fondamentales: précision / imprécision de la norme pénale internationale; comparaison horizontale (c'est-à-dire entre droits nationaux) / comparaison verticale (c'est-à-dire entre droit national, d'une part, et droit international, de l'autre); voir aussi, par les mêmes auteurs, Le crime de génocide, in *Variations autour d'un droit commun*, M. DELMAS-MARTY - H. MUIR WATT - H. RUIZ FABRI, Paris 2002, 273 s., tout particulièrement 286-292.

<sup>13</sup> Voir, dans les *Procès-verbaux des séances du Comité consultatif des Juristes*, cit. note 3, 334-335, les interventions des délégués britannique, Lord PHILLIMORE, et américain, E. ROOT.

<sup>14</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et al.*, cit. note 5, par. 591; TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landzo*, IT-96-21-A, Chambre d'appel, 20 février 2001, par. 583: « If there is a special defence of diminished responsibility known to international law, it must be found in the usual sources of international law — in this case, in the absence of reference to such a defence in established customary or conventional law, in the general principles of law recognised by all nations ».

principes généraux du droit international et notamment de droit international pénal, et même (iii) « principes généraux du droit conformes aux exigences fondamentales de la justice internationale »<sup>15</sup>.

Ces catégories normatives ont en commun le fait d'être évoquées par les Tribunaux en qualité de sources supplétives; pourtant, c'est à des niveaux différents qu'elles font leur entrée dans le raisonnement des juges. À cette place, il suffira de remarquer que les principes généraux de droit tirés des systèmes juridiques internes, qui font l'objet principal de cette étude, trouvent à s'appliquer seulement lorsque les principes généraux du droit international, soit les principes que par induction l'on peut tirer des règles coutumières ou conventionnelles, font défaut. Quant aux principes généraux du droit conformes aux exigences fondamentales de la justice internationale, c'est en dernier ressort qu'ils peuvent entrer dans le jeu, c'est-à-dire dès que l'enquête autour des principes généraux de droit d'origine interne a donné une réponse 'antinomique'. Dans la jurisprudence des Tribunaux l'on constate donc la présence de différents degrés de suppléance normative.

Ensuite l'on reviendra sur la question des rôles différents que les catégories de principes susmentionnées jouent dans le raisonnement judiciaire des Tribunaux (4).

B. — Les principes généraux de droit peuvent être utilisés, à l'instar d'autres éléments pertinents, pour déterminer le sens autrement ambigu ou obscur d'une règle coutumière, d'une norme conventionnelle ou encore d'une disposition des Statuts ou des Règlements de procédure et de preuve des Tribunaux.

À ce propos, c'est l'affaire *Barayagwiza* qui revêt un intérêt particulier, parce qu'elle permet d'entrevoir d'ores et déjà une dérive méthodologique dans la recherche des principes généraux dont il sera question plus loin. Dans cette affaire, la Chambre d'appel a interprété de manière très souple les conditions qui doivent être réunies pour qu'une demande en révision présentée par l'accusation soit recevable au sens du Règlement de procédure et de preuve, tellement souple que la Chambre d'appel en vient jusqu'à statuer que lesdites conditions doivent être appréciées « comme ayant un caractère non péremptoire »<sup>16</sup>. Apparemment, cette conclusion s'étaie sur deux arrêts nationaux seulement: l'une de la Chambre d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, l'autre de la Cour suprême canadienne; en effet, la Chambre d'appel ne tarde

<sup>15</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et al.*, cit. note 5, par. 591; voir aussi TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, par. 177, où on ne trouve aucune référence à la troisième catégorie de principes.

<sup>16</sup> Arrêt (demande du Procureur en révision ou réexamen), *Le Procureur c. Jean-Bosco Barayagwiza*, ICTR-97-19-AR72, Chambre d'appel, 31 mars 2000, par. 65.

pas à expliquer qu'elle « ne cite pas ces exemples pour justifier ses actions au sens strict », mais plutôt pour signifier que son approche « n'est pas étrangère » à d'autres systèmes juridiques<sup>17</sup>. La Chambre ne prétend même pas avoir mené une enquête comparative des systèmes juridiques nationaux (dont elle aurait révélé seulement les détails plus représentatifs), car elle est convaincue que les exemples judiciaires mentionnés, quand bien même dépourvus en soi de toute valeur contraignante, reflètent « l'intérêt de la justice »<sup>18</sup>.

C. — En dernier lieu, les principes généraux de droit sont employés pour confirmer une conclusion à laquelle le Tribunal est déjà parvenue sur la base du droit coutumier ou conventionnel. Dans l'affaire *Erdemovic*, c'est après avoir déduit, à partir d'une jurisprudence concordante des Tribunaux militaires de l'après-guerre, les conditions à remplir pour que la contrainte puisse être admise comme fait justificatif, que la Chambre de première instance a évoqué les principes généraux « traduits dans de nombreuses législations et jurisprudences internes » et corroborant sa conclusion. Pourtant, parmi ces « législations et jurisprudences », elle ne cite que le Code pénal français et les arrêts de la Cour de cassation française, bien qu'à titre d'exemple<sup>19</sup>. De façon semblable, dans l'affaire *Kovocka et al.*, la référence aux juridictions nationales se fait *ad abundantiam* et d'une manière assez sommaire: les jurisprudences convergentes de l'Afrique du Sud et des États-Unis apparaissent dans la motivation, où figurent aussi les cas de l'Autriche et du Portugal, de sorte que l'aperçu comparatif couvre finalement le côté des systèmes juridiques de tradition romaniste<sup>20</sup>.

Si l'on feuillette la jurisprudence des Tribunaux, il saute aux yeux que la comparaison entre systèmes juridiques nationaux se fait moins rigoureuse dès qu'on passe de la fonction supplétive (intensité normative maximale) à la fonction confirmative (intensité normative minimale, voire nulle), ce qui d'ailleurs n'est guère surprenant. Dans les pages suivantes, on se concentrera sur l'identification des principes généraux de droit en tant que source supplétive et aide à l'interprétation.

3. — Selon l'analyse proposée par R. Kolb dans sa *Contribution à l'étude des principes généraux de droit*<sup>21</sup>, l'identification des principes pose deux séries de problèmes, qui ont trait, respectivement, à leur généralité spatiale

<sup>17</sup> *Ibid.*, par. 68-69.

<sup>18</sup> *Ibid.*, par. 66.

<sup>19</sup> ТПИУ, Jugement portant condamnation, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, IT-96-22-T, Chambre de première instance, 29 novembre 1996, par. 19.

<sup>20</sup> Jugement, *Le Procureur c. Miroslav Kvocka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran '8eigic, Dragoljub Prcac*, IT-98-30/1-T, Chambre de première instance, 2 novembre 2001, par. 309.

<sup>21</sup> Sous-titre de son ouvrage incontournable: *La bonne foi en droit international public*, cit. note 2.

(reconnaissance des principes *ratione loci*) et au degré d'abstraction auquel l'interprète choisit de se placer avant d'entamer une enquête sur leur existence<sup>22</sup>. La jurisprudence des Tribunaux sera ci-après observée de cette double perspective: on verra d'abord se dessiner les espaces des principes (A) et ensuite les niveaux d'abstraction auxquels ils peuvent se cristalliser dans l'ordre juridique (B).

A. — Quant à la généralité *ratione loci* des principes, il est généralement admis qu'ils doivent être communs aux grands systèmes juridiques nationaux exprimant les diverses traditions juridiques qui cohabitent au sein de la société internationale. Les Tribunaux répètent souvent cet adage<sup>23</sup>, ce qui annonce une démarche comparative. Il est vrai toutefois que, dans la meilleure des hypothèses, le travail des Tribunaux mime l'approche comparatiste, de sorte que, dans la plupart des cas, leur raisonnement laisserait l'expert de droit comparé décidément insatisfait et soupçonneux d'un usage instrumental de sa discipline<sup>24</sup>. On peut voir en cela le résultat d'une tension extrême entre, d'une part, la tâche ardue que les Tribunaux sont, en principe, appelés à remplir, c'est-à-dire l'identification d'un principe dont la validité soit universellement reconnue et, d'autre part, les exigences inhérentes au débat judiciaire, qui empêchent les juges de se livrer aux analyses minutieuses auxquelles s'attarderait la doctrine.

Dans la jurisprudence des Tribunaux — complétée par les opinions individuelles et dissidentes des juges — l'on peut détecter les traces de deux premières approches à l'identification des principes généraux de droit: on les appellera, conventionnellement, techniques de l'échantillonnage et techniques de la falsification (1). Elles peuvent se confondre dans des approches éclectiques et partagent une certaine adhérence aux données du droit positif,

<sup>22</sup> *Ibid.*, 49.

<sup>23</sup> Voir, *ex multis*, TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, It-94-1-A, Chambre d'appel, 15 juillet 1999, par. 224: « it would be necessary to show that most, if not all, countries adopt the same notion of common purpose. More specifically, it would be necessary to show that, in any case, the major legal system of the world take the same approach to this notion »; *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et al.*, cit., note 5, par. 728: « il pourrait être utile de voir comment la plupart des systèmes pénaux nationaux règlent la question. Cette étude a pour but de déterminer si les grands systèmes juridiques du monde partagent des principes de droit pénal en la matière ».

<sup>24</sup> Voir notamment M. DELMAS-MARTY, L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit. note 10, 95 s. L'auteur tire de son analyse la conclusion suivante: « A la fonction d'interprétation reconnue au droit comparé semble se mêler tantôt une fonction de légitimation de la décision des juges, tantôt une tendance, sous couvert de droit comparé, à la domination d'un système juridique (ou d'une famille juridique) qui aurait seul(e) vocation à déterminer la solution », 101.

en contradiction avec d'autres conceptions qui ne manquent pas de faire surface dans les décisions des Tribunaux. Se rattachant au droit naturel ou rationnel, ces dernières assignent une importance secondaire à la reconnaissance *ratione loci* des principes généraux (2). En glissant vers l'anéantissement de la dimension spatiale des principes, on s'arrêtera aussi au milieu de l'échelle, pour enquêter s'il est concevable que les Tribunaux utilisent des principes généraux relatifs, soit moins qu'universels (3).

α. — Pour ce qui est de la technique de l'échantillonnage, elle prévoit d'abord la classification des systèmes juridiques nationaux par groupes plus ou moins homogènes. Normalement, les Tribunaux *ad hoc* distinguent entre deux grandes catégories de systèmes: d'une part, ceux qui se rapportent à la *common law*, d'autre part, ceux qui relèvent de la tradition romaniste<sup>25</sup>. Exceptionnellement, dans l'affaire *Tadic*, le Tribunal a estimé qu'un troisième groupe méritait d'être échantillonné: celui de systèmes juridiques marxistes<sup>26</sup>. Parfois, les juges ne peuvent pas trancher quant à la classification de tel ou tel système national, ainsi arrive-t-il qu'ils fabriquent une catégorie qu'on pourrait dire « résiduelle »<sup>27</sup>.

L'étape suivante consiste à sélectionner l'échantillon, ce qui impliquerait un dépeçage raisonné visant les cas les plus représentatifs à l'intérieur de chaque catégorie de systèmes juridiques: une tâche bien onéreuse, si l'on considère que les cas réellement représentatifs à l'intérieur de chaque groupe peuvent varier selon la question juridique à résoudre. En réalité, dans la pratique des Tribunaux le pragmatisme l'emporte nettement sur la méticulosité<sup>28</sup>.

Tout en reflétant un des efforts les plus admirables pour se rapprocher de la méthode comparatiste, l'opinion individuelle conjointe des juges McDonald et Vorah — où l'on trouve expliquées les raisons retenues par la majorité de la Chambre d'appel dans l'affaire *Erdemovic* — est la manifestation la plus ouverte de ce pragmatisme. Il s'agit là d'une démarche consciente: « notre approche » disent les juges, « par nécessité ne comporterapas de comparaison directe des règles spécifiques de chacun des systèmes

<sup>25</sup> À ce propos, il a été observé que ce sont « les spécialistes de droit international qui restent le plus attachés à une division bipartite dont les comparatistes commencent à montrer les limites, M. DELMAS-MARTY, *L'influence du droit comparé*, cit. note 24, 99.

<sup>26</sup> *Le Procureur c. Dusko Tadic*, cit. note 9, par. 538. D'après D. CARREAU *Droit international public*, cit. note 1, 279, il faudrait aussi tenir compte d'une quatrième catégorie de systèmes juridiques, à savoir celle des pays à droit « religieux ».

<sup>27</sup> Opinion individuelle présentée conjointement par les Juges McDonald-Vohrah, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, 7 octobre 1997, par. 58.

<sup>28</sup> En ce sens M. DELMAS-MARTY, *L'influence du droit comparé*, cit. note 24, 105.

juridiques mondiaux [...] Nous procéderons plutôt à l'examen des juridictions dont la jurisprudence est disponible en pratique »<sup>29</sup>. La question juridique à trancher était de savoir si la contrainte est admissible en tant que fait justificatif en cas de crimes de guerre ou contre l'humanité. À cette fin, les juges ont considéré quinze codes pénaux appartenant à autant de systèmes issus du droit romain, huit systèmes juridiques relevant de la *common law*, et cinq systèmes qui, à leur avis, échappent à la dichotomie classique<sup>30</sup>.

La dernière étape consiste à vérifier s'il y a convergence de ces familles juridiques vers un principe général commun. Au bout de leur enquête, les juges McDonald et Vohrah parviennent à une conclusion négative, au motif que, à leurs yeux, les systèmes de *common law*, contrairement à ceux qui relèvent de la tradition romaniste, semblent rejeter la contrainte comme moyen défensif en cas de meurtre de personnes innocentes; comme les points de vue des divers systèmes juridiques ne sont guère conciliables, disent les juges, force est de conclure à l'inexistence d'un principe général de droit régissant le cas d'espèce<sup>31</sup>, aboutissement antinomique qui, l'on verra plus loin, ne saurait être considéré à l'instar d'une solution définitive.

Au procédé inductif qui est le propre de la technique de l'échantillonnage s'oppose la démarche déductive qui caractérise la technique de la falsification. Essentiellement, cette dernière prévoit qu'on postule, d'abord, l'existence d'un principe général dont se fait sentir la nécessité; ensuite, elle demande à vérifier si les grandes traditions juridiques ne s'opposent pas de manière évidente au principe ainsi postulé<sup>32</sup>. Si tel est le cas, ledit principe s'en avère falsifié, c'est-à-dire qu'il ne fait pas partie du droit international.

L'opinion dissidente du juge Stephen dans l'affaire *Erdemovic* offre un bon exemple de technique déductive, technique qui par ailleurs amène Stephen à des conclusions diamétralement opposées à celles des ses collègues McDonald et Vohrah.

Dans cette affaire, il apparaissait que l'accusé n'avait pas eu le choix entre sa propre vie et celle d'autrui, car il faisait partie d'un peloton d'exécution dont les membres ne donnaient aucun signe de vouloir désertier: les victimes auraient été tuées même si l'accusé avait accompli le geste héroïque de sacrifier sa vie. Significativement, Stephen prend comme point de départ la considération

<sup>29</sup> Opinion individuelle présentée conjointement par les Juges McDonald-Vohrah, cit. note 27, par. 57.

<sup>30</sup> *Ibid.*, par. 58.

<sup>31</sup> *Ibid.*, par. 72.

<sup>32</sup> Voir SØRENSEN, Principes de droit international public, *Recueil de Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 101, 1960-III, 23-24; ainsi que les observations de R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, cit. note 2, 50.

suivante: nul se trouvant dans lesdites circonstances « ne devrait être accusé de meurtre dans aucun système juridique *rationnel* »<sup>33</sup>. Ailleurs, il parle aussi de « simple question de justice »<sup>34</sup>. Par la suite, il se livre à une analyse visant la *ratio* de la règle prévue par les systèmes de *common law*, la même règle qui avait poussé la majorité de la Chambre à conclure à l'inexistence d'un principe commun<sup>35</sup>. Il résume ainsi le résultat de son enquête: « Ce qui forme donc le fondement de l'exception concernant le meurtre en *common law* est... l'idée qu'il est mal de peser une vie contre une autre.... En conséquence, une personne soumise à la contrainte devrait préférer mourir plutôt que de tuer un innocent, quand le choix réside entre sa propre vie et celle d'autrui. Cette conception imprègne les écrits... de juristes de *common law*, qui n'ont jamais eu à examiner la situation dans laquelle le choix offert à un accusé n'était pas entre une vie ou une autre mais entre une vie ou les deux, la situation (à laquelle) le présent Appelant a été confronté »<sup>36</sup>. La conclusion que le juge en tire, c'est qu'aucune « violence n'est faite aux concepts fondamentaux de la *common law* en reconnaissant en droit international la contrainte comme moyen de défense dans les affaires de ce type »<sup>37</sup>. Partant, le principe général initialement postulé par la raison s'en sort finalement indemne de l'épreuve de la falsification<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Opinion individuelle-dissidente du Juge Stephen, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, IT-96-22-A, 7 octobre 1997, par. 27.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 26.

<sup>35</sup> *Ibid.*, par. 28: « Il est nécessaire d'examiner en profondeur les fondements de l'exception prévue en *common law* en cas de meurtre avant d'accepter qu'elle influence le droit international ».

<sup>36</sup> *Ibid.*, par. 33.

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 64.

<sup>38</sup> La falsification peut être conjurée même si, à l'intérieur des systèmes juridiques nationaux qui s'opposent à un principe donné, le principe contraire fait l'objet de critiques sérieuses au point qu'il doit être considéré obsolète bien que parfaitement en vigueur. L'on trouve cette démarche singulière dans une opinion dissidente du juge McDonald. Il s'agissait de savoir si une Chambre peut ordonner à la défense de divulguer à l'accusation une déposition préalable d'un témoin, recueillie par la défense ou pour son compte en prévision d'un procès, après que le même témoin ait rendu sa déposition. À ce propos, le juge McDonald a fait la remarque suivante: « La justice ne peut être servie si chaque règle-décision doit être justifiée sur la base d'un décompte de tous les systèmes juridiques. Se retrancher derrière un secret professionnel qui fait l'objet d'une certaine contestation, même dans les systèmes internes qui le reconnaissent, ne revient pas à appliquer un principe général de droit mais plutôt à appliquer un principe obsolète » (Opinion séparée et dissidente du juge McDonald relative à une requête de l'accusation aux fins de production de déposition de témoins à décharge, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, 27 novembre 1996, par. 50).

La technique de la falsification semble être employée par le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, quoique de façon moins explicite, dans l'affaire *Kunarac et al.*<sup>39</sup>, qui fera l'objet de développements ultérieurs<sup>40</sup>. Pourtant, à s'en tenir aux motivations des arrêts, cette approche n'est pas dominante en jurisprudence: normalement la comparaison entre systèmes juridiques nationaux précède la définition du principe. Toutefois, rien n'empêche que derrière une technique rédactionnelle, intéressante en soi, se cache un procédé logique inverse. Une partie de la doctrine s'en doute<sup>41</sup>, tandis qu'un ancien « protagoniste » en fait l'objet d'une confiance<sup>42</sup>.

β. — Quelle que soit la technique employée, il se peut que les Tribunaux attachent plus d'importance à une famille de systèmes juridiques qu'à une autre. On peut noter cette démarche, en premier lieu, dans les cas où il s'agit d'interpréter une disposition qui sous-tend une conception, ou une institution qui appartient à une tradition juridique spécifique; en deuxième lieu, elle apparaît lorsque des dispositions de ce genre ne sont pas suffisamment précises pour qu'on puisse en déduire de façon logique et nécessaire des règles plus spécifiques. Dans ces derniers cas, on glisse de la fonction interprétative vers la fonction supplétive de principes. D'ailleurs, il n'est pas toujours aisé de tracer une ligne de partage nette entre les deux.

Cette démarche est bien visible dans la « reconstruction » des principes régissant la procédure de *guilty plea* (plaidoyer de culpabilité) qu'on trouve dans l'affaire *Erdemovic*. À cette procédure se réfère de manière assez vague et ambiguë l'article 20(3) du СТТРП, de sorte que la majorité de la Chambre d'appel estime approprié de « prendre en considération les sources des systèmes internes de la *common law* pour en clarifier le sens véritable et connaître les garanties » qui doivent entourer son application; en effet, « une référence aux juridictions nationales d'où la notion de plaidoyer de culpabilité est tirée » lui semble inévitable<sup>43</sup>.

On notera aussi que ce procédé intellectuel peut se développer à des niveaux d'abstraction plus élevés. Ainsi, dans l'affaire *Delalic et al.*, il est dit que, comme « le Statut et le Règlement du Tribunal réalisent une synthèse des deux

<sup>39</sup> ТПЙ, Jugement, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23-T et IT-96-23/1-T, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 440.

<sup>40</sup> Voir *infra*.

<sup>41</sup> M. DELMAS-MARTY, *L'influence du droit comparé*, cit. note 24, 106; E. FRONZA, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit. note 10, 139.

<sup>42</sup> Ancien président du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, A. CASSESE raconte: « Mon expérience est que souvent le droit comparé est utilisé pour confirmer une solution que l'on avait déjà trouvée », *ibid.*, 140.

<sup>43</sup> Opinion individuelle présentée conjointement par les Juges McDonald et Vohrah, cit. note 27, par. 6.

grandes traditions juridiques, à savoir, la *common law*... et la tradition civiliste », il faut « tenir compte des différentes approches adoptées dans le cadre de ces traditions juridiques pour interpréter (les dispositions statutaires et réglementaires) »<sup>44</sup>.

Dans une autre instance, en interprétant l'article 89 (B) du Règlement du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie — disposition qui dirige l'interprète vers les principes généraux du droit « dans les cas où le Règlement est muet » — le juge Stephen a observé que la procédure du Tribunal étant « de caractère contradictoire plutôt qu'inquisitoire, ... les règles qui... sont très fréquemment adoptées dans les systèmes contradictoires auront nécessairement une forte valeur de persuasion quand il deviendra nécessaire de prendre une décision dans les cas qui ne sont pas tranchés par le Règlement du Tribunal international »<sup>45</sup>. L'on considère ainsi un système (ou sub-système) de règles à l'instar d'un 'récepteur', doté de ses propres caractéristiques, et d'une cohérence qu'il faut sauvegarder quand il entre en contact avec des influences normatives externes.

De prime abord, un passage de l'arrêt *Akayesu* semble suivre le procédé qu'on vient d'illustrer, dans la mesure où le Tribunal pour le Rwanda donne davantage de poids aux systèmes de tradition romaniste. En réalité la démarche est singulière, en ce qu'elle paraît faire allusion à une conception « géographiquement située » des principes généraux de droit: elle manifeste une prédilection absolue pour les systèmes de tradition civiliste au motif apparent que le droit rwandais y appartient. Comme l'explique le Tribunal, « aux fins de l'interprétation de l'article 2.3(e) du Statut, qui ne définit pas la notion de complicité... il convient de définir (cette dernière) comme le fait le Code pénal rwandais et de retenir les trois premières formes de participation criminelle prévues à l'article 91 du Code pénal rwandais », à l'exclusion des deux dernières, puisque celles-ci, contrairement aux autres, ne se trouvent

<sup>44</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Land'9eo*, IT-96-21-A, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, par. 159. Voir aussi Opinion individuelle et dissidente du juge Cassese, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, IT-96-22-A, 7 octobre 1997, par. 4: « La procédure pénale internationale ne découle... pas d'un corpus de droit uniforme. Dans une large mesure, elle découle de la fusion de deux systèmes juridiques différents, celui des pays relevant de la *common law* et celui des pays de droit romain (même si, pour des raisons historiques, on observe à l'heure actuelle au plan international un déséquilibre très net en faveur du système de *common law*) ».

<sup>45</sup> Opinion séparée du Juge Stephen sur la décision relative à la requête de l'accusation aux fins de production de dépositions de témoins, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, 27 novembre 1996.

pas « dans la plupart des systèmes juridiques criminels de *civil law* »<sup>46</sup>. Curieusement, l'étendue de la base géographique du principe général — qui est aussi la base de sa légitimation — dépend ici de la nature du système juridique rwandais, et non pas d'une source du droit international pertinente.

Ceci nous amène à examiner si les Tribunaux *ad hoc* peuvent faire application de principes généraux qui sont spécifiques à un groupe de pays, qu'ils soient géographiquement délimités ou définis sur la base d'autres critères.

La majorité des auteurs qui se sont penchés sur la question admet sans hésitation l'existence de cette catégorie de normes<sup>47</sup>. D'ailleurs, dès qu'on a accepté l'idée d'une coutume régionale ou même bilatérale<sup>48</sup>, on ne voit plus pourquoi il devrait en aller différemment pour ce qui concerne les principes généraux de droit<sup>49</sup>. Qu'en est-il donc de ces principes moins qu'universels dans la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc*? On les y chercherait en vain.

Pour mieux comprendre les sens et les implications de cette absence, il faut se pencher brièvement sur la manière dont les Tribunaux *ad hoc* traitent les autres sources du droit international. Dans le Rapport du Secrétaire général que le Conseil de Sécurité a fait sien lors de l'adoption de la résolution 827 instituant le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, on lit que « l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige que le Tribunal international applique les règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier, de manière que le problème résultant du fait que certains États, mais non la totalité d'entre eux, adhèrent à des conventions spécifiques ne se pose pas »<sup>50</sup>. Fallait-il par là entendre que le Tribunal devait se borner à l'application des règles coutumières générales, soit celles qui lient tout sujet de droit international? La Chambre d'appel, dans l'affaire *Tadic*, a donné une réponse négative à cette question, sur la base d'une interprétation du passage précité qui, loin d'être incorrecte, n'était pas la seule possible. Elle considère que les créateurs du

<sup>46</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chambre première instance I, 2 septembre 1998, par. 533-537.

<sup>47</sup> Voir, par exemple, D. CARREAUX, *Droit international public*, cit. note 1, 277; N. QUOC DINH - P. DAILLIER - A. PELLET, *Droit international public*, *ibid.*, 348; J. COMBACAU - S. SUR, *Droit international public*, *ibid.*, 107; J. VERHOEVEN, *Droit international public*, cit. note 8, 349; R. KOLB, *La bonne foi en droit international*, cit. note 2, 51.

<sup>48</sup> Voir, respectivement, Cour internationale de Justice, arrêt, *Affaire relative au droit d'asile (Colombie/Pérou)*, 20 novembre 1950, *Recueil* 1950, 266; Cour internationale de Justice, arrêt, *Affaire relative au droit de passage en territoire indien (Portugal/Inde)*, 12 avril 1960, *Recueil* 1960, 6.

<sup>49</sup> En ce sens, R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, cit. note 2, 50.

<sup>50</sup> Nations Unies, Doc. no. S/25704, par. 34.

Tribunal étaient soucieux « d'éviter d'enfreindre le principe *nullum crimen sine lege* au cas où une *partie au conflit* n'adhérait pas à un traité spécifique », ce qui implique que « le Tribunal international est autorisé à appliquer, outre le droit international coutumier, tout traité qui... lie incontestablement [ces] parties à la date de la commission du crime »<sup>51</sup>. Il y a là peut-être une petite manipulation du sens des mots employées par le Secrétaire général — qui s'y prêtent d'ailleurs: dans l'exégèse de la Chambre d'appel, « certains État » se lit comme « parties au conflit » et la *lex* y figure sans épithète, tandis que, dans le Rapport, la référence exclusive à la coutume donne à penser que c'était la *lex generalis* que les rédacteurs avaient à l'esprit.

Quoi qu'il en soit, cette interprétation fait désormais autorité<sup>52</sup>. Le

<sup>51</sup> Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, par. 143. La Chambre d'appel s'est fondée, entre autres, sur les débats au sein du Conseil de Sécurité lors de l'adoption du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie: « A la réunion durant laquelle le Conseil de Sécurité a adopté le Statut, trois Membres ont exprimé leur interprétation selon laquelle la compétence du Tribunal international aux termes de l'article 3, concernant les lois ou coutumes de la guerre, couvre tout accord sur le droit humanitaire en vigueur dans l'ex-Yougoslavie (voir *Déclarations des représentants de la France, des États-Unis et du Royaume-Uni, procès-verbal verbatim provisoire de la 3217e réunion*, par. 11, 15 et 19, Document des Nations Unies S/Pv.3217, 25 mai 1993) » (par. 75); « Aucun délégué n'a contesté ces déclarations et elle peuvent donc être considérées comme une interprétation faisant autorité de l'article 3... », *ibid.*, par. 88. Pour une confirmation, voir, par exemple, ТРИУ, Jugement, *Le Procureur c. Tibomir Blaskic*, IT-95-14-T, Chambre de première instance, 3 mars 2000, par. 169. Dans la même direction s'est acheminé le Tribunal pour le Rwanda, qui toutefois s'est aussi engagé à vérifier s'il y avait correspondance entre les instruments internationaux relevant de sa compétence et le droit international coutumier, déversant ainsi une cascade d'*obiter dicta*, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, cit. note 46, par. 605-610.

<sup>52</sup> Quoique des dissonances semblent se percevoir dans la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie: ТРИУ, Jugement, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, IT-95-10-T, Chambre de première instance I, 14 décembre 1999, par. 61: « Conformément au principe *nullum crimen sine lege*, la Chambre entend traiter les éléments constitutifs du crime de génocide en ne tenant compte que de ce qui fait partie sans aucun doute possible du droit international coutumier »; *Le Procureur c. Zejnir Delalic et al.*, cit. note 44, par. 170: « La communauté internationale ne peut s'attaquer à l'hydre insaisissable du comportement humain que par une interprétation raisonnable des dispositions existantes du droit international coutumier, qui prend en compte les finalités de celui-ci »; *ibid.*, par. 415: « Il est clair que le Secrétaire général faisait référence (dans son Rapport) à l'application du droit international coutumier existant ». En doctrine, B. SIMMA - A. PAULUS, Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit), in *Droit International Pénal*, sous la direction de H. ASCENSIO - E. DECAUX - A. PELLET, Pedone, Paris 2000, 56, s'opposent implicitement à l'interprétation offerte par la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic* lorsqu'ils affirment: « Des traités limités du point de vue du nombre de parties contractantes ne suffisent pas, à eux seuls, à fonder la jurisprudence d'un Tribunal dont les décisions revendiquent une valeur universelle ».

Tribunal pour le Rwanda, pour sa part, peut donc appliquer non seulement la coutume, mais tout traité pertinent accepté par le Rwanda et en vigueur à l'époque des faits contestés à l'accusé<sup>53</sup>. Pourquoi donc l'universalisme, que l'on trahit pour étendre aux traités la sphère du droit applicable, semble-t-il régner en maître quand les principes généraux de droit sont en cause?

Dans une hypothèse, l'absence des principes généraux relatifs, qu'on constate dans la jurisprudence, pourrait dissimuler leur présence sous forme de source subsidiaire, qui entrerait en ligne de compte une fois que toute autre source s'est révélée déficitaire: ces principes seraient alors des flèches que les Tribunaux n'ont pas encore dû dégainer de leur carquois.

À l'évidence, cette hypothèse se fonde sur l'idée que dans la hiérarchie des sources du droit international pénal, du point de vue des Tribunaux, les principes généraux universels occupent une place plus élevée par rapport aux principes dépourvus de cette qualité. Bien que cette supposition se heurte à la règle *lex specialis derogat generali*, on pourrait l'admettre *ex hypothesi* sur la base de la considération suivante: jouissant d'une base de légitimité plus large, les principes universels devraient l'emporter sur les principes locaux ou relatifs à une tradition juridique spécifique. Pourtant, d'autres éléments amènent à conclure que, du point de vue des Tribunaux, les principes généraux moins qu'universels ne constituent aucunement une source de droit international pénal. En effet, comme l'on verra mieux par la suite, les Tribunaux, dans les cas où la recherche d'un principe commun aboutit à un résultat antinomique, sont prêts à exploiter en dernier ressort la veine inépuisable des « exigences fondamentales de la justice internationale », qui ne manque jamais de donner sa réponse normative.

Ce souci d'imprimer sur la jurisprudence le sceau de l'universalité, constant chez les Tribunaux, est d'ailleurs bien compréhensible: la tension universaliste est indispensable à l'édification d'un corpus normatif nouveau — dont les carences concernent notamment la partie générale et la procédure

<sup>53</sup> Voir, en ce sens, TPIR, Jugement et Sentence, *Le Procureur c. Georges Andersen Nderubumwe Rutanganda*, ICTR-96-3-T, Chambre de première instance I, 9 décembre 1999, par. 89. Voir aussi le *Rapport du Secrétaire général sur les dispositions pratiques à prendre pour permettre au Tribunal international pour le Rwanda de fonctionner effectivement, recommandant d'établir le siège du Tribunal à Arusha* (doc. no. S/1995/134) du 13 février 1995, qui tranche la question d'entrée de jeu: « Il convient de noter que, dans le Statut du Tribunal international pour le Rwanda, le Conseil de Sécurité est allé plus loin que dans celui du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dans le choix du droit applicable et a inclus dans la compétence *ratione materiae* des instruments qui n'étaient pas nécessairement considérés comme faisant partie du droit international coutumier... L'article 4 du Statut inclut donc les violations du Protocole additionnel II qui, dans son ensemble, n'a pas encore été universellement reconnu comme faisant partie du droit international coutumier » (par. 12).

pénale — qui puisse être repris au-dehors des contextes spécifiques où opèrent les Tribunaux. Il n'en reste pas moins une contradiction entre universalisme de principes et application de normes relatives aux infractions qui ne relèvent pas du droit coutumier général.

γ. — En conclusion de section, il faut rendre compte de certaines tendances, minoritaires dans la jurisprudence des Tribunaux, pour lesquelles la dimension spatiale des principes généraux n'a guère d'importance ou, tout au moins, ne joue pas un rôle déterminant: il s'agit de conceptions qui appréhendent lesdits principes à l'instar de règles dictées par la raison universelle, ou bien les considèrent comme découlant de la notion même du Droit. Avec raison, la doctrine remarque qu'à la lumière de ces conceptions « l'universalité du principe dans les ordres juridiques internes n'est qu'un moyen de révéler son existence sur le plan du droit international, mais elle n'en est pas le fait créateur, la source »<sup>54</sup>. Il n'est point surprenant qu'en doctrine cet oubli de la primauté du droit positif ait été la cible de nombreuses critiques<sup>55</sup>. Il n'en reste pas moins que ces conceptions se représentent de temps à autre au sein des Tribunaux.

Pour en donner quelques exemples: dans l'affaire *Furundzija*, le Tribunal se débarrasse de l'outillage du droit comparé au fur et à mesure que le principe qu'il considère s'approche de vérités juridiques évidentes à ses yeux: « la présomption d'impartialité » dont bénéficient les juges se trouve alors « consacrée... par le droit interne », cette conclusion étant étayée par référence à une seule décision de la Cour Suprême d'Afrique du Sud<sup>56</sup>. En outre, plus haut on a déjà attiré l'attention sur l'affaire *Barayagwiza*, où la Chambre d'appel a considéré comme utile, mais pas du tout nécessaire, la mention de deux arrêts d'origine nationale, et cela pour mieux expliquer

<sup>54</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, cit. note 2, 55.

<sup>55</sup> Se rattachant à la lettre de l'article 38.1(c) du Statut de la Cour internationale de Justice, un juriste éminent, Ch. Rousseau, a mis en garde contre toute conception des principes généraux de droit inspirée du droit naturel. À ce propos il a irréfutablement affirmé que dans la mesure où ledit Statut parle de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », il aiguille le juge exclusivement vers les principes qui font partie des ordres juridiques positifs (voir son ouvrage *Droit international public*, I, Sirey, Paris, 1970, 373). Bien sûr, cette considération ne saurait suffire, à elle seule, à faire taire les partisans du droit naturel, qui pourraient aisément réfuter la thèse selon laquelle la disposition précitée épuise les sources du droit international. En tout cas, on ne peut pas ici réexposer une querelle qui n'est qu'une facette du grand débat théorique sur les principes généraux de droit: voir B. VITANYI, Les positions doctrinales, et R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, cit. note 2.

<sup>56</sup> Arrêt, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-A, *Chambre d'appel*, 21 juillet 2000, par. 196.

l'essence d'un principe qui en tout cas s'accordait avec « l'intérêt de la justice »<sup>57</sup>.

Le juge Shahabuddeen, actuellement Vice-Président du Tribunal pour l'ex- Yougoslavie, a consacré une déclaration individuelle aux assises théoriques de la démarche qu'on vient de décrire. Pour lui, les principes généraux « ne sont pas tant des généralisations résultant de l'application du droit comparé... que des illustrations d'un sentiment commun profond de ce qui est juste au regard des circonstances »<sup>58</sup>; en d'autres termes, ils sont « des propositions générales... qui reflètent les caractéristiques fondamentales de la vérité juridique même, en bref du Droit »<sup>59</sup>. De plus, dans un passage fort intéressant, le juge prononce une mise en garde contre les tendances comparatistes, au motif que, à son avis, « le recours à différentes méthodes de recherche peut entraîner des résultats différents »<sup>60</sup>. Pourtant, on se doute bien du fait que les appels à la *recta ratio* puissent se prêter à autant d'erreurs et d'abus, surtout quand les Tribunaux n'opèrent pas selon la rigueur déductive que le juge Shahabuddeen lui-même a pris soin de prôner.

Pour le Vice-Président, en effet, la règle dont il faut faire application doit être déductible de manière nécessaire du principe saisi par la raison juridique; ce qui implique qu'une distinction soit faite entre, d'une part, principes susceptibles de résoudre une question concrète de façon univoque et, d'autre part, principes qui, de par leur généralité excessive, doivent se tenir pour inutilisables à cette fin, tant qu'ils ne sont pas intégrés par des règles suffisamment précises, qu'elles soient d'origine coutumière ou conventionnelle<sup>61</sup>. Comme on le verra ci-après, il arrive parfois que les Tribunaux oublient cette rigueur, spécialement lorsqu'il planent à la hauteur du droit rationnel, et, plus généralement, quand ils trouvent leurs principes dans la plus vague des abstractions.

B. — Il a été observé que « la solution de la question de savoir si un

<sup>57</sup> *Le Procureur c. Jean-Bosco Barayagwiza*, cit. note 16, par. 65.

<sup>58</sup> Déclaration du Juge Shahabuddeen, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000, par. 6. En ce disant, Shahabuddeen s'inspire de S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996, III, Martinus Nijhoff, 1605. D'une manière analogue s'exprime A. CASSESE, *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, cit. note 7, 52: « These principles or conceptions are inherent in any legal system... Hence, their identification does not require an in depth comparative survey of all the major legal systems of the world, but can be carried out by way of generalization and induction from the main features of the legal orders based on the rule of law ».

<sup>59</sup> *Ibid.* Shahabuddeen offre ici sa traduction française de l'œuvre classique de B. CHENG, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (1953), Cambridge University Press, 1987, 24.

<sup>60</sup> *Ibid.*, par. 9.

<sup>61</sup> *Ibid.*, par. 9.

principe est commun aux divers ordres juridiques dépend du degré d'abstraction auquel on choisit *a priori* de se placer », en ce sens que la probabilité de tomber sur un principe général augmente au fur et à mesure que le niveau d'abstraction s'élève: « tout ce qui monte converge »<sup>62</sup>.

Dans la jurisprudence des Tribunaux ainsi qu'en doctrine, l'on utilise souvent la métaphore algébrique pour rendre l'idée du procédé intellectuel finalisé à l'abstraction de principes généraux communs aux systèmes juridiques nationaux: il faut « dégager les dénominateurs communs à ces systèmes et, en particulier, les notions de base que ceux-ci ont en commun »<sup>63</sup>. Cette métaphore est à tel point dominante, qu'elle mérite d'être décodifiée et appréhendée dans toutes ses implications. Sur la base des suggestions tirées de la jurisprudence des Tribunaux, on distinguera ci-dessous entre technique des dénominateurs communs (1) et technique des multiplicateurs communs (2).

α. — Préliminairement, on observera que différentes règles juridiques positives peuvent avoir plusieurs dénominateurs communs, le plus petit d'entre eux étant, dans le domaine du droit, le fait même d'être une règle juridique, ce qui correspond au niveau d'abstraction le plus élevé — il s'agit, métaphoriquement, du numéro un, soit le dénominateur que partagent même les nombres premiers entre eux. À l'autre bout du spectre l'on trouve la coïncidence, même partielle, entre règles juridiques positives: on se reportera, à titre d'exemple, à l'affaire *Akayesu*, où le Tribunal constata que les systèmes pénaux considérés prévoyaient en commun un certain nombre de formes de participation criminelle<sup>64</sup>. Le degré d'abstraction s'approche ici de zéro, tandis que l'adhérence au droit positif est maximum. Au milieu de ces deux extrémités se situe la recherche de la *ratio communis*, ou bien d'une « tendance générale », d'une « doctrine », d'un « principe sous-tendant les règles concrètes »<sup>65</sup>. Il peut donc y avoir toute une gamme de niveaux d'abstraction intermédiaires<sup>66</sup>.

Lorsqu'il s'agit de dégager un principe général de droit, le choix du niveau d'abstraction auquel se placer n'est pas neutre. Plus le juge s'élève dans la recherche de la *ratio communis*, plus il se débarrasse des contraintes du droit positif. On notera aussi que le niveau choisi par le juge est en même

<sup>62</sup> R. KOLB, *La bonne foi en droit international public*, cit. note 2, 53.

<sup>63</sup> *Le Procureur c. Anto Furundzija*, cit. note 14, par. 178. *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac*, cit. note 38, par. 439.

<sup>64</sup> Voir *supra*, note 43 et texte correspondant.

<sup>65</sup> Cf. opinion individuelle conjointe des Juges McDonald et Vohrah, cit. note 27, par. 57.

<sup>66</sup> Voir, par exemple, dans l'opinion individuelle et dissidente du Juge Stephen, cit. note 33, les réflexions sur la *ratio* sous-jacente à la règle de *common law* selon laquelle la contrainte ne peut excuser le meurtre de personnes innocentes.

temps le point où s'achève le procédé inductif et où commence le raisonnement déductif: ledit niveau est alors directement proportionnel à l'ampleur de la marge de manœuvre dont bénéficie le juge au moment où il s'apprête à déduire, du principe général, des règles plus spécifiques.

Cette démarche est illustrée par le raisonnement de la Chambre d'appel dans l'affaire *Delalic et al.* Lors du procès de première instance, le Président de la Chambre s'était endormi plusieurs fois au cours des audiences, au point que ses collègues et les membres du Greffe avaient dû, de temps en temps, le secouer pour qu'il se réveille. La Chambre d'appel, investie d'un grief prévisible, a constaté que la question était sans précédent au plan international; afin de la résoudre, elle s'est donc penchée sur l'expérience des juridictions nationales. Sur ce point, la Chambre nous assure qu'une enquête menée au niveau des systèmes juridiques internes démontre qu'il n'y a pas lieu de remettre en question le jugement d'une cour inférieure s'il n'est pas prouvé que la 'somnolence' de l'un de ses membres a causé « some identifiable prejudice » à la partie demanderesse <sup>67</sup>. Du principe général ainsi formulé, la Chambre déduit deux règles procédurales plus spécifiques: i) pour que son grief soit accueilli, l'appelant doit prouver que le juge dormeur « was unable to perceive « essential » or « crucial » events in the hearing » <sup>68</sup>; ii) le fait que l'avocat défenseur n'ait pas protesté formellement contre l'inattention évidente d'un membre du collège justifie la présomption que « the matters to which the judge was inattentive were not of such significance... that the proceedings could not continue without attention being called thereto » <sup>69</sup>.

Bien évidemment, on n'est pas en présence des seules règles que la Chambre aurait pu déduire du principe général susvisé. Cependant, en les formulant, elle se place déjà sur le versant déductif de son raisonnement: dans un souci de légitimation, la première règle est étayée par deux décisions judiciaires allemandes, tandis que la deuxième n'est corroborée que par un seul précédent, marqué en 1901 par une juridiction de l'Illinois <sup>70</sup>.

β. — La technique des multiplicateurs communs se distingue de la précédente de par son principe directeur. À nos fins, on peut qualifier de « multiplicateur » un principe rationnel sous-jacent aux réglementations des divers systèmes juridiques, mais qui, du point de vue du juge international,

<sup>67</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalic et al.*, cit. note 14, par. 630. En effet, le Tribunal ne cite à l'appui pas plus qu'une poignée de cas jurisprudentiels, pour la plupart d'origine nord-américaine (cf. par. 625 et 630).

<sup>68</sup> *Ibid.*, par. 630.

<sup>69</sup> *Ibid.*, par. 631.

<sup>70</sup> *Ibid.*, par. 630-631.

n'a pas (encore) déployé tout son potentiel normatif sur le plan du droit positivement reconnu à l'intérieur de ces systèmes (ou de quelques-uns d'entre eux). Le principe rationnel dont il est question ici, le multiplicateur, ne doit pas se confondre avec la *ratio* qu'on peut déduire d'une règle positive, car la *ratio* peut être aussi la résultante de plusieurs principes rationnels concurrents; en d'autres termes, la présence d'un principe rationnel commun n'implique pas nécessairement l'existence d'une *ratio communis*: un principe s'exprimant à l'état pur dans une règle juridique peut être, dans une autre, contrebalancé par des considérations différentes. L'autonomie de la technique des multiplicateurs communs est ainsi établie.

L'on observe cette technique à l'œuvre dans l'affaire *Kunarac et al.* <sup>71</sup>. Dans une affaire antérieure, à partir d'un examen comparatif de systèmes juridiques nationaux, le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie concluait que « l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne » était un élément constitutif du crime de viol <sup>72</sup>. Or dans l'affaire naguère mentionnée, au bout d'un raisonnement savamment articulé, une autre Chambre de première instance s'est écartée de cette définition <sup>73</sup>. Au préalable, la Chambre reclasse l'échantillon des systèmes juridiques nationaux selon la solution qu'ils donnent à la question à trancher — la contrainte est-elle un élément constitutif du viol? — plutôt que par leur appartenance à telle ou telle famille juridique; ensuite, elle s'aperçoit que « the basic principle which is truly common to these legal systems is that serious violations of sexual *autonomy* are to be penalised » <sup>74</sup>; enfin, étant donné que l'autonomie sexuelle est enfreinte « whenever the person subjected to the act has not freely agreed to it or is otherwise not a voluntary participant », la Chambre parvient à une définition du viol plus large, d'après laquelle la preuve qu'il y a eu coercition n'est plus qu'une manière suffisante, et non pas nécessaire, d'établir la violation de l'autonomie sexuelle, à son tour véritable élément constitutif du viol <sup>75</sup>.

Pourtant, tout cela se fait en présence d'un nombre non négligeable de systèmes juridiques nationaux, mentionnés dans la motivation, qui considè-

<sup>71</sup> *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, cit. note 39.

<sup>72</sup> *Le Procureur c. Anto Furundzija*, cit. note 15, par. 185.

<sup>73</sup> La nouvelle définition a été confirmée par la Chambre d'appel: cf. Arrêt, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23 et IT-96-23/1-A, Chambre d'appel, 12 juin 2002, par. 127-133.

<sup>74</sup> *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, cit. note 38, par. 457. À peine plus haut (par. 440), la Chambre avait qualifié ce principe de base de « true common denominator ». Pris acte de cette référence au dénominateur commun, la nature de la démarche effectivement employée exige néanmoins qu'on la classe sous une dénomination différente.

<sup>75</sup> *Ibid.*, par. 457-460.

rent la coercition à l'instar d'un élément constitutif du crime en question. C'est que, du point de vue de la Chambre, lesdits systèmes reflètent bien le principe de base — « the basic principle which is truly common » — tandis que la viscosité de leurs législations oppose une friction à son affirmation positive, à savoir au plein épanouissement de la rationalité juridique (appréhendue du point de vue du Tribunal). La tendance de la Chambre en faveur de la règle du droit rationnel est d'ailleurs évidente dans une observation marginale qu'elle fait à propos de l'histoire récente du droit pénal allemand: bien que classable comme système partiellement « irrationnel » à l'époque des faits en cause, en 1998, son code pénal a été amendé afin d'y introduire une définition du viol plus large, de sorte qu'à l'heure actuelle il illustre, aux yeux de la Chambre, une tendance du droit positif vers une définition plus large, et plus rationnelle, de ce crime <sup>76</sup>.

L'on notera enfin que la méthode des multiplicateurs peut entraîner des conséquences quant à la mise en œuvre des techniques de l'échantillonnage et de la falsification. Dans le cadre de la première technique elle impliquerait, d'abord, la réorganisation de l'échantillon selon la solution adoptée dans les divers systèmes juridiques nationaux; ensuite, l'élévation du principe rationnel au rang de principe général de droit, bien qu'il ne s'exprime pas pleinement dans le droit positif des systèmes considérés. Dans le cadre de la seconde technique, la règle que le juge a rationnellement supposée ne saurait être falsifiée par n'importe quelle contradiction se manifestant au niveau des droits positifs.

4. — Il se peut que la recherche d'un principe général de droit révèle un conflit irréductible entre systèmes juridiques nationaux. Dans ce cas, l'enquête des Tribunaux doit viser une règle qui leur permet de sortir de l'impasse <sup>77</sup>. Pour ceux qui, à ce propos, souhaiteraient voir l'uniformité d'approche en jurisprudence, il y aurait de quoi être déçu: en effet on y détecte pas moins de quatre méthodes ou techniques différentes, qui peuvent être classifiées selon qu'ils puisent la solution dans une source supplétive ultérieure, ou bien dans les principes généraux de droit eux-mêmes.

Relèvent de la première catégorie trois méthodes, qui se définissent selon la notion normative ou pseudo-normative employée en fonction résolutive: principes généraux conformes aux exigences fondamentales de la justice pénale internationale (A); principes généraux du droit international (B); considérations relatives à la politique du droit international pénal (C). Comme on le verra par la suite, ces méthodes se ressemblent, en ce sens

<sup>76</sup> *Ibid.*, par. 443, note 1125.

<sup>77</sup> Sur le problème des lacunes en droit international pénal, voir aussi la contribution de A. ESPOSITO dans ce volume, *infra*, p. 41 et s.

qu'elles tranchent la question de la règle applicable à partir de principes vagues et indéterminés.

La quatrième méthode, à la différence de toute autre, ne prévoit pas de sources supplétives ultérieures: elle localise la norme de clôture du système normatif au niveau de principes généraux de droit (D). Il s'agit en fait d'une technique qui n'a pas emporté la prédilection des Tribunaux, car elle limite davantage que les autres la créativité des juges en tant qu'architectes du droit international pénal.

A. — C'est dans l'affaire *Kupreskic et al.* que l'expression « principes généraux du droit conformes aux exigences fondamentales de la justice pénale internationale », un peu grandiloquente, fait sa première apparition <sup>78</sup>. Dans cette affaire, la Chambre de première instance a dû se mesurer à un problème de procédure délicat tout autant qu'insoluble à la lumière du Statut, du Règlement, et même des principes généraux du droit international. Il s'agissait de savoir comment procéder lorsque certains éléments constitutifs de l'infraction contestée dans l'acte d'accusation n'ont pas été établis, tandis que, sur la base d'une qualification alternative des faits en cause, le Tribunal aurait été en présence d'un crime relevant de sa compétence. Les systèmes juridiques nationaux ne s'accordant pas sur les règles applicables en l'espèce, la Chambre a trouvé sa réponse en combinant deux « exigences fondamentales » <sup>79</sup>, à savoir, d'une part, « le plein respect des droits de l'accusé » et, d'autre part, l'existence des conditions nécessaires pour que le Procureur et, plus généralement le Tribunal, puissent « accomplir leur mission efficacement et dans l'intérêt de la justice » <sup>80</sup>.

Après avoir rappelé qu'un simple vice de forme n'entraîne pas forcément un préjudice aux droits de la défense <sup>81</sup>, la Chambre a identifié le point d'équilibre entre les exigences précitées dans deux séries de principes visant respectivement les devoirs de l'accusation et les pouvoirs du juge. Concernant les devoirs de l'accusation, dès qu'elle s'aperçoit avoir commis une erreur dans la qualification des faits, elle doit demander au juge l'autorisation de modifier l'acte d'accusation initial, afin d'accorder à la défense la possibilité de contester le nouveau chef d'accusation; à moins que ce dernier ne concerne une infraction à la fois moindre par rapport à celle figurant dans l'acte d'accusation initiale et incluse dans celle-ci, puisqu'en ce cas l'accusé se serait déjà vu accorder l'occasion de contester chacun des éléments du crime

<sup>78</sup> *Le Procureur c. Zoran Kupreskic et al.*, cit. note 5, par. 591.

<sup>79</sup> *Ibid.*, par. 728-738.

<sup>80</sup> *Ibid.*, par. 739.

<sup>81</sup> *Ibid.*, par. 741.

faisant l'objet du nouveau chef d'accusation <sup>82</sup>. Pour ce qui concerne les pouvoirs du juge, il peut statuer directement, en s'écartant des qualifications formulées par l'accusation, lorsque les preuves présentées au procès établissent la commission d'une infraction moins grave, situation dont la Chambre donne deux exemples: i) la condamnation pour crimes de guerre lorsque l'insuffisance de la preuve que les actes criminels aient été commis dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile ne permet pas de retenir l'accusation de crimes contre l'humanité; ii) la condamnation pour instigation à commettre un crime, bien que l'acte d'accusation n'en contestât que la commission <sup>83</sup>.

Il se peut que les règles qu'on vient d'illustrer permettent, en l'occurrence, de bouleverser une stratégie défensive, mais il revient évidemment à l'expert de procédure pénale d'apprécier si le Tribunal, dans l'affaire *Kupreskic et al.*, a trouvé un point d'équilibre satisfaisant du point de vue des garanties procédurales qui doivent profiter à l'accusé. En revanche, la précision et la richesse en détails des règles édictées par le Tribunal ne peuvent que surprendre, étant donné que leur contenu est tiré de l'intersection de concepts aussi vagues que « l'exigence d'une action pénale efficace » et « l'indispensable garantie des droits de l'accusé » <sup>84</sup>.

B. — La deuxième technique permettant de remédier à l'absence de principes communs aux systèmes juridiques nationaux prévoit le recours en dernier ressort aux principes généraux du droit international. On se souviendra que, dans la jurisprudence des Tribunaux, les principes généraux de droit remplissent une fonction supplétive de second degré — c'est-à-dire que le juge doit y faire appel au cas où les principes généraux du droit international, en tant que première source supplétive, font défaut. C'est pour cela qu'on parlera ici de « technique circulaire »: elle implique un retour en arrière aux principes généraux du droit international, ce qui de prime abord pourrait surprendre. En effet, un auteur éminent, A. Cassese, a qualifié cette démarche de contradictoire <sup>85</sup>. L'on verra pourtant que le vice logique n'est ici qu'une apparence trompeuse.

Dans l'affaire *Furundzija*, la Chambre de première instance, après avoir constaté que les principes généraux du droit international ne l'aidaient point à dissiper ses incertitudes quant à la définition du crime de viol, a trouvé de celle-ci une « version provisoire » en interrogeant les principes généraux de

<sup>82</sup> *Ibid.*, par. 743.

<sup>83</sup> *Ibid.*, par. 744-746.

<sup>84</sup> Cette démarche est parfaitement légitime pour A. CASSESE, *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, cit. note 7, 49.

<sup>85</sup> *Ibid.*, 53.

droit. Il ne restait qu'un doute à résoudre: fallait-il qualifier de viol ou de simple violence sexuelle la pénétration orale forcée? À cette question les systèmes juridiques nationaux donnaient des réponses divergentes. Face à ce manque d'uniformité, le raisonnement de la Chambre ricoche vers les principes généraux du droit international, parmi lesquels l'exigence du respect de la dignité humaine ressort par son importance. La Chambre en conclut qu'une atteinte à la dignité humaine aussi humiliante que la pénétration orale forcée ne saurait être qualifiée de simple violence sexuelle sans aller à l'encontre dudit principe; cet acte rentre donc dans l'espèce criminelle du viol, qui entraîne une peine plus lourde <sup>86</sup>.

La contradiction se révèle apparente si l'on songe au fait que la notion de « principes généraux du droit international » recouvre un ensemble hétérogène de règles relevant de différents niveaux d'abstraction <sup>87</sup>. Lorsque les Tribunaux ne sont pas en mesure de détecter un principe du droit international suffisamment précis, ils se tournent vers le réservoir de règles potentiellement plus sophistiquées que sont les principes généraux de droit. Au cas où cette interrogation donne une réponse antinomique, ils reviennent aux principes du droit international, en se plaçant cette fois à un niveau d'abstraction plus élevé. À ce point, la question se présente sous un jour nouveau: au-delà des dénominations respectives, il n'y a aucune différence substantielle entre, d'une part, les principes généraux du droit international que les Tribunaux évoquent en dernier ressort et, d'autre part, les « exigences fondamentales de la justice pénale internationale ». Du reste, le principe du respect de la dignité humaine, au vu de son caractère à la fois évocateur et indéterminé, en quoi se distinguerait-il par rapport au principe qui veut qu'on garantisse un procès équitable aux accusés, ailleurs qualifié d'exigence fondamentale?

Cela posé, on peut remettre en question la validité des conceptions qui assignent aux principes du droit international une primauté logique et méthodologique absolue. Selon A. Cassese notamment, le juge ne doit se tourner vers les principes généraux de droit que dans les cas où les principes généraux du droit international font défaut, parce que, sur le plan substantiel, ces derniers seraient par définition plus aptes à régler une question juridique internationale; en outre, ladite solution serait formellement requise

<sup>86</sup> *Le Procureur c. Anto Furundzija*, cit. note 15, par. 182-186. Comme le dit la Chambre au par. 184, le fait que certains systèmes pénaux retiennent une qualification moins stigmatisante et entraînant une peine moins grave « est largement contrebalancé par le principe fondamental de la dignité humaine... qui milite en faveur de l'élargissement de la définition du viol ».

<sup>87</sup> Cf. Ch. ROUSSEAU, *Droit international public*, cit. note 55, 393-395.

par la règle *lex specialis derogat generali*<sup>88</sup>. On peut se demander toutefois si cette préférence s'impose indépendamment du degré d'abstraction du principe considéré ou bien si elle risque, quand le niveau de flou de celui-ci dépasse une limite donnée, d'aller à l'encontre du principe de légalité. Ce n'est peut-être pas par hasard que le même auteur définit de manière apriorique les niveaux d'abstraction caractérisant à la fois les principes généraux de droit et les principes généraux du droit international, ces derniers étant qualifiés de « sweeping and rather loose standards of conduct » tandis que les autres seraient... davantage « sweeping »<sup>89</sup>. Pourtant, s'il est vrai que la règle du respect de la dignité humaine s'inscrit dans la première catégorie de principes, on ne saurait trouver parmi les principes généraux de droit un concept plus indéterminé et riche en potentialité que celle-ci. Il est significatif à ce propos que l'article 15 du Pacte international sur les droits civils et politiques, codifiant le principe *nullum crimen sine lege*, permette qu'on porte condamnation pour les comportements tenus pour criminels « d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »<sup>90</sup>, et non pas sur la base de concepts vagues, indépendamment du fait que ces derniers appartiennent à l'ordre juridique international.

Cela n'équivaut pourtant pas à dénier la primauté structurelle de principes du droit international par rapport à ceux qu'on tire des systèmes juridiques internes. Bien évidemment, ces derniers ne sauraient pas être transposés dans l'ordre juridique international si celui-ci les rejette. L'on sait bien d'ailleurs que les principes généraux de droit, en tant que source du droit international, se dégagent au moyen du procédé intellectuel de l'analogie critique<sup>91</sup>, à savoir en respectant les limites des exigences propres à l'ordre juridique auquel la source appartient. Comme les Tribunaux l'ont dit maintes fois, « les approches judiciaires internes doivent être maniées avec la plus extrême prudence au plan international, de crainte de ne pouvoir tenir compte des caractéristiques uniques de la procédure pénale internationale »<sup>92</sup>. Par conséquent, les principes généraux du droit international,

<sup>88</sup> *International Law*, cit. note 6, 158-159.

<sup>89</sup> *Ibid.*, 151 et 159.

<sup>90</sup> Voir aussi l'article 7, par. 2, de la CEDH (« Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la poursuite d'un prévenu coupable d'une action qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées »).

<sup>91</sup> Voir, *ex multis*, A. McNAIR, *The General Principles of Law Recognized by the Civilized Nations*, *British Yearbook of International Law*, 1957, 1 s.; A. PELLET, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international*, cit. note 11, 294 s.

<sup>92</sup> Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 11 juillet 1997, *Le Procureur c.*

lorsqu'ils ne sont pas suffisamment précis pour permettre aux Tribunaux de trancher de façon univoque, devraient s'analyser comme limite à la transposition des principes d'origine interne au plan international, plutôt qu'à l'instar de notions qui rendent superfétatoire tout recours aux principes généraux de droit. Dans cette perspective, les Tribunaux devraient au moins exposer, le cas échéant, les 'raisons internationale' qui s'opposeraient à l'application d'un principe commun aux systèmes juridiques nationaux, ce qui leur donnerait l'occasion d'illustrer en quoi consisteraient, exactement, la « spécificité » ou les « traits singuliers » du droit international pénal <sup>93</sup>.

Jusqu'ici, la jurisprudence et la doctrine n'ont pas en effet expliqué, de façon persuasive, la nature de cette spécificité. Pourtant, les conséquences normatives de celle-ci sont loin d'être négligeables: dans l'affaire *Delalic et al.*, l'on va jusqu'à supposer qu'elle peut entraîner un affaiblissement du principe de légalité tel qu'il est connu en droit interne <sup>94</sup>. Pour justifier des différenciations semblables, les appels au « besoin de préserver l'ordre mondial » <sup>95</sup>, à « la mission du Tribunal international » <sup>96</sup> ou bien au *spirit of international trials* <sup>97</sup> ne sauraient pas suffire en soi. Il n'en va pas différemment pour le vieil argument selon lequel « tous les principes des droits

*Tibomir Blaskic*, IT-95-14-AR108bis, 29 octobre 1997, par. 23; *Le Procureur c. Anto Furundzija*, cit. note 14, par.177; *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, cit. note 39, par. 439. Voir aussi Opinion individuelle et dissidente du Juge Cassese, cit. note 44, par. 4.

<sup>93</sup> *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac et al.*, cit. note 39, par. 439.

<sup>94</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalic et al.*, cit.note 44, par. 405. Deux raisons ont apparemment poussé le Tribunal vers cette conclusion: la première a trait aux modes de formation du droit international: « Alors que, dans les systèmes internes de justice pénale, le processus d'incrimination dépend de la loi qui fixe le moment à compter duquel la conduite est interdite et le contenu de l'interdiction, le système international de justice pénale atteint le même objectif par des traités ou des conventions, ou lorsque les mesures unilatérales d'interdiction prises par les États passent dans la coutume » (par. 404); la deuxième se réfère aux rapports normatifs entre droit international pénal et ordres juridiques internes: le premier étant composé pour l'essentiel de normes destinées à être transposées et complétées par les seconds, ce que le Tribunal qualifie d'« hypothèse fondamentale » (par. 405). La motivation, nébuleuse, a été à juste titre critiquée (bien que seulement par rapport à son premier volet) par A. CASSESE, *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, cit.note 7, 51. Cet auteur propose aussi une explication alternative: « The difference rather lies in the still rudimentary character of international criminal law », différence qui implique que le principe de légalité ne soit pas à l'heure actuelle « fully applicable at the international level » (*ibid.*). L'on peut pourtant se demander si le principe de légalité ne figure pas parmi les rudiments de tout droit pénal contemporain.

<sup>95</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalic et al.*, cit. note 44, par. 405.

<sup>96</sup> Opinion individuelle présentée conjointement par les Juges McDonald et Vohrah cit.note 27, par. 57.

<sup>97</sup> A. CASSESE, *The Contribution of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, cit. note 7, 55.

nationaux ne conviennent pas à un ordre juridique qui repose sur l'indépendance de ses sujets de droit, les États »<sup>98</sup>, argument courant lorsqu'il s'agissait d'expliquer une certaine méfiance envers la transposition critique de notions appartenant au droit civil dans le droit des traités et de la responsabilité internationale des États. La spécificité de ces domaines du droit international, essentiellement conçus pour régir les rapports inter-étatiques, est indéniable. Mais peut-on vraiment s'apaiser en répétant le même argument à propos du droit international pénal, étant donné que celui-ci discipline l'interaction entre autorités publiques expliquant l'action pénale et individus susceptibles de poursuites, tout comme au niveau de systèmes pénaux internes? La réponse ne peut qu'être négative, si l'on considère que, du point de vue des structures intersubjectives, en droit international pénal le rapport de similitude justifiant l'analogie entre droit interne et droit international, et donc la transposition de l'un à l'autre, est plus étroit qu'ailleurs<sup>99</sup>.

C. — On a pu remédier à l'absence de principes communs aux systèmes juridiques internes au moyen de considérations de politique du droit international pénal. Dans l'affaire *Erdemovic*, les juges McDonald et Vohrah, exprimant l'opinion de la majorité au sein de la Chambre d'appel, ont conclu que le droit international pénal n'admet pas la contrainte en tant que cause exonératoire, malgré la position contraire des systèmes de tradition romaniste<sup>100</sup>. À leur avis, la solution contraire, favorable à l'accusé, aurait empêché la justice pénale internationale de déployer pleinement son effet

<sup>98</sup> B. SIMMA - A. PAULUS, Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal, cit. note 52, 63.

<sup>99</sup> Il va sans dire qu'il n'y a pas d'équivalence entre les expressions « rapport de similitude étroit » et « rapport d'identité ». Le fait que les Tribunaux opèrent dans un contexte interétatique entraîne bien des différences qui peuvent donner un contenu précis aux limites que la transposition ne saurait franchir. Selon A. Cassese, auteur qui a beaucoup insisté sur la spécificité du droit international pénal par rapport aux systèmes pénaux internes, la conséquence la « plus frappante » découlant du fait que « les individus qui relèvent de la compétence [des Tribunaux pénaux internationaux] sont sous le pouvoir et le contrôle des États souverains » consiste en ce que ces Tribunaux « ne dispos[ent] d'aucun moyen direct de faire exécuter ses ordonnances, ses citations à comparaître et autres décisions », de sorte que, « pour obliger des individus placés sous la souveraineté d'un État à se plier à ses injonctions, il doit s'en remettre à la coopération de cet État »: Opinion individuelle et dissidente du Juge Cassese, cit. note 44, par. 5. Il est toutefois évident qu'une singularité de ce type a une valeur bien relative: elle ne saurait pas justifier qu'au plan international on s'écarte à plaisir des principes communs aux ordres juridiques internes.

<sup>100</sup> Et l'ambivalence des systèmes relevant de la *common law*: cf. Opinion individuelle et dissidente du juge Stephen, cit. note 33.

dissuasif — euphémiquement appelé « effet normatif adéquat »<sup>101</sup>. Par moments, leur raisonnement se présente sous forme d'interprétation téléologique: « nous devons garder à l'esprit que nous travaillons dans le cadre du droit international humanitaire dont l'un des objectifs premiers est la protection des personnes faibles et vulnérables »<sup>102</sup>; ou bien: « notre position tient compte de l'obligation que nous impose le Statut de nous assurer que le droit international humanitaire, qui s'attache à la protection de l'espèce humaine, ne se trouve en aucune manière affaibli »<sup>103</sup>. En même temps ils avouent une « incursion dans des considération de politique générale », tout en expliquant que leur thèse « ne consiste pas à dire que les considérations politiques dominent le droit mais plutôt qu'elles doivent être prises en compte pour trancher une espèce lorsque cela semble approprié »<sup>104</sup>.

Si l'on fait abstraction de sa rhétorique moins sophistiquée, la méthode suivie par les juges McDonald et Vohrah révèle un lien de parenté assez étroit avec les précédentes. Ici comme ailleurs, les juges repèrent d'abord une ou plusieurs « exigences fondamentales », pour en tirer ensuite des principes adéquats au besoin. On pourrait dire que, rapprochée des techniques susvisées, cette méthode acquiert l'aspect à la fois déformant et révélateur d'une caricature. Il y a pourtant une différence: l'impératif qui caractérise la technique des considérations de politiques du droit peut s'adresser seulement au juge — en lui demandant d'appliquer la règle qui maximise l'efficacité du système pénal international — tandis que, dans le cadre des autres méthodes, le principe résolutif peut aussi se manifester sous forme de règle de conduite morale visant les administrés, pour juridiquement imparfaite qu'elle soit, comme le démontre l'application du principe du respect de la dignité humaine en cas de pénétration orale forcée. La méthode des considérations politiques érige donc un diaphragme encore plus opaque

<sup>101</sup> Opinion individuelle présentée conjointement par les Juges McDonald et Vohrah, cit. note 27, par. 75.

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.* par. 88.

<sup>104</sup> *Ibid.*, par. 78. Plutôt réservée quant au rôle des considérations de nature politique dans la jurisprudence des Tribunaux, mais substantiellement concordante, est l'opinion du Juge Li. Voir Opinion individuelle et dissidente du Juge Li, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, IT-96-22-A, 7 octobre 1997, par. 8. *Contra* A. CASSESE: « Le concept de recours à un choix axé sur une politique générale reviendrait à fouler aux pieds le principe... *nullum crimen sine lege*. Un Tribunal international doit appliquer... les règles existantes de droit international telles qu'elles ont été créées par les sources du système juridique international. S'il a, au lieu de cela, recours à des considérations de politique générale ou à des principes moraux, il agit *ultra vires* »: Opinion individuelle et dissidente du juge Cassese, cit. note 44, par. 49.

entre les sujets du droit international pénal et la règle juridique dont le juge va faire application.

D. — La dernière méthode se distingue nettement de toute autre: elle est en effet irréductible à la conception des « exigences fondamentales » qui imprègne les techniques susvisées. Ces dernières prévoient l'existence d'une source supplétive ultérieure que l'on peut interroger lorsque des courants opposés entrent en collision dans le bassin des principes généraux de droit, en y produisant un gouffre sans fond. En ce cas, le réservoir des « exigences fondamentales » offrira toujours une réponse: elles donnent au système juridique son caractère exhaustif. En revanche, selon la méthode dont il est question ici, la norme de clôture du système se trouve au niveau des principes généraux de droit; elle n'est en effet qu'un de ces principes: *in dubio pro reo*.

L'affaire *Musema* illustre bien cette démarche: il s'agissait de savoir si l'accusé pouvait être inculpé à la fois pour génocide et pour avoir eu l'intention de commettre ce crime. Aucune autre source ne pouvant l'aider, le Tribunal s'est tourné vers les principes généraux de droit. Comme son analyse comparative montrait un conflit indépassable entre « systèmes de tradition romano-continentale » et « systèmes de tradition anglo-saxonne », il a tout simplement retenu la solution « la plus favorable à l'accusé »<sup>105</sup>. À cause des graves lacunes affligeant le droit international pénal la maxime *in dubio pro reo* étend exceptionnellement son influence au niveau de la détermination de la règle applicable.

Bien que les Tribunaux admettent l'existence de liens étroits entre ladite maxime, le principe de légalité<sup>106</sup> et la présomption d'innocence<sup>107</sup>, le recours à la technique axée sur elle est bien rare dans la jurisprudence<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Alfred Musema*, ICTR-96-13-T, Chambre de première instance, 27 janvier 2000, par. 195-198. Dans un contexte différent, à savoir lorsqu'il y a divergence entre versions linguistiques officielles d'un même texte normatif, le même principe, pousse le Tribunal pour le Rwanda à retenir le sens véhiculé par « la version la plus favorable à l'accusé » (*Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, cit. note 46, par. 500-501). Dans le contexte très particulier du droit international pénal, la règle interprétative codifiée à l'article 33 de la Convention de Vienne sur le droit des traités se trouve donc mise de côté.

<sup>106</sup> *Le Procureur c. Zejnil Delalic et al.*, cit. note 44, par. 402: le principe *nullum crimen sine lege* implique que « toute ambiguïté doit être bannie des lois pénales ».

<sup>107</sup> *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, cit. note 46, par. 500-501.

<sup>108</sup> Dans une opinion individuelle et dissidente, cit. note 44, A. Cassese recommande le recours au principe *in dubio pro reo* en tant que norme de clôture, lorsque le droit international pénal s'est révélé ambigu ou lacunaire. Pourtant, la prescription qu'il déduit de ce principe est tout à fait originale: comme l'accusé était tenu de connaître la loi pénale du pays dont il était ressortissant et de fonder ses attentes sur son contenu, il est « pertinent et judicieux de se fonder — en dernier ressort — sur la législation nationale de l'accusé » (par. 49). Le droit international pénal aurait donc un contenu variable selon la nationalité de

Pourtant, il n'est pas difficile de saisir la raison profonde de cette réticence envers une méthode suivant laquelle c'est le principe *in dubio pro reo* qui, au moment décisif, tranche automatiquement la question de la règle applicable, tout en reléguant le juge dans un rôle passif. Il résulterait, de l'application de cette méthode, un collage de normes qui, au prix d'une adhérence ponctuelle au principe du *favor rei*, laisserait irrésolu le problème de la cohérence du *corpus iuris* en construction. Par contre, le juge s'affranchit de sa passivité lorsqu'il fait dériver la règle d'entités morales — « les exigences fondamentales de la justice pénale internationale » — tel un prêtre qui seul détient la clé d'oracles sibyllins: en ces cas, c'est le juge qui décide du principe plutôt que de se laisser guider par celui-ci vers une solution inéluctable.

5. — Plusieurs conceptions de principes généraux de droit coexistent dans la jurisprudence des Tribunaux, telles des reflets plus ou moins vifs de controverses doctrinales non encore assoupies. Se rangeant à l'opinion dominante, les Tribunaux ont reconnu auxdits principes la qualité de source autonome du droit international public, source destinée, dans leur jurisprudence comme ailleurs, à remplir une fonction essentiellement supplétive.

Dans le contexte des Tribunaux, les préoccupations d'ordre théorique doivent souvent céder le pas aux problèmes plus concrets de l'identification et de la mise en œuvre des principes généraux de droit. À cet égard, le motif dominant qui ressort de l'analyse de la jurisprudence, c'est l'ampleur de la marge discrétionnaire dont bénéficie le juge. Il se concrétise d'abord dans le maniement généralement peu rigoureux de l'outillage emprunté au droit comparé — quand il est admis, ce qui n'est pas toujours le cas, que la recherche de principes généraux de droit impose cette démarche. En outre, la technique des dénominateurs communs est employée de façon que le juge garde la liberté de choisir un niveau d'abstraction suffisamment élevé pour qu'il puisse développer des raisonnements déductifs plus fructueux que rigoureux. Ailleurs, la technique des multiplicateurs communs lui a permis de relire les données des droits positifs nationaux à la lumière d'une plus parfaite rationalité.

Au cas où les principes généraux de droit font défaut, la question de la règle applicable est tranchée sur la base des catégories normatives fuyantes — tels les principes conformes aux exigences de la justice pénale internationale ou les principes généraux du droit international les plus vagues — voire en spéculant sur la politique du droit international pénal, sans qu'on puisse par ailleurs distinguer nettement ces types d'argumentation juridique au-delà de leurs dénominations respectives. Il s'agit là de catégories norma-

l'accusé au moment des faits contestés dans l'acte d'accusation, ce qui peut entraîner des conséquences discriminatoires paradoxales.

tives qui ne peuvent jamais décevoir le juge, car, d'une part, en postulant l'exhaustivité du système juridique, ils lui fournissent toujours une réponse et, d'autre part, leur ductilité extrême lui permet de forger la règle la plus apte aux exigences du droit international pénal. L'insistance avec laquelle les Tribunaux réclament la spécificité de ce droit par rapport aux ordres juridiques internes n'est pas seulement le reflet d'une méthodologie qui à juste titre privilégie l'analogie critique et la transposition raisonnée, mais aussi l'instrument permettant d'éviter l'application du principe *in dubio pro reo* en tant que norme de clôture du système.

Il serait cependant injustifié de croire que l'affirmation jurisprudentielle de la règle applicable dépend des exigences du cas concret: en dépit ou en faveur d'un législateur plus que jamais laconique, les Tribunaux s'engagent consciemment dans la construction de l'édifice du droit international pénal. À cette fin, la juxtaposition de solutions tirées de tel ou tel système de droit interne, bien que concrètement plus conforme aux principes généraux de légalité et du *favor rei*, ne garantit aucune cohérence systémique, de sorte qu'elle ne saurait pas remplacer la précision et la hardiesse d'une œuvre déductive entreprise à la lumière des grands principes directeurs de la justice pénale internationale. Il n'en reste pas moins que certaines expérimentations posent le dilemme moral des cobayes.

# LA DÉFINITION DES CRIMES ET LE RÔLE DU DROIT COMPARÉ: COMMENT LES JUGES COMBLENT LES LACUNES NORMATIVES \*

ANDREANA ESPOSITO

SOMMAIRE: 1. Le comportement des Tribunaux *ad hoc*. — 2. Le viol dans la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc*. — 3. Le parcours de la recherche de définition. — 4. Une cohérente incohérence. — 5. Sécurité juridique, légalité, *Voice et Exit*. — 6. Conclusions.

Le visiteur d'une ville se munira tout d'abord d'un guide des choses à voir et il identifiera des itinéraires qui le mèneront à la découverte des nombreux aspects de la vie passée observée avec les yeux du présent. *Et il lui arrivera de dévier de son programme initial, de se surprendre à parcourir des rues et des chemins non programmés et à première vue improbables.* De même, le juriste, par hypothèse étudiant le droit pénal de culture de *civil law*, qui veut flâner à travers la citadelle des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, se munira, en premier lieu, des textes normatifs qui sont appliqués par ces Tribunaux. Il étudiera les arrêts déjà rendus qui lui permettront de se rendre compte des contenus donnés aux dispositions générales des Statuts et il lui arrivera d'observer un panorama inattendu, totalement anormal et de compréhension difficile. S'il ne s'arrête pas, mais poursuit sur son chemin cognitif, il comprendra qu'il est en train d'examiner, au travers d'une lentille qui agrandit tout et déforme en partie, une projection sur l'échelle internationale des rapports actuels entre droit et juge et, en particulier, de la primauté de la juridiction dans la formation de la loi même pénale.

Le premier élément, en effet, qui ressort de l'étude de la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* est le rôle de *law maker* attribué aux juges, aux prises avec des préceptes extrêmement vagues et synthétiques. Les *Elements of crimes* ne sont pas indiqués par le Statut; et, en l'absence de description des

\* Traduction par Isabelle Mansuy.

conduites interdites, ce sera le devoir des interprètes, sur la base des éléments du cas concret, de construire leur propre définition.

La fonction accomplie par les juges est une fonction clairement normative: interprétation du texte juridique avec l'objectif de résoudre des problèmes pratiques. Le procédé de production du droit voit, en définitive, la nette prévalence du droit du juge sur le droit du législateur. Avec la conséquence inévitable de la production d'un droit en même temps dispersé et provisoire, destiné naturellement à être complété, précisé et, en dernière analyse, dépassé par les interventions successives du juge.

L'image qui se prête le mieux à représenter ce processus est celle du *roman en chaîne*, décrit par Dworkin: les différents arrêts sont les divers chapitres d'un même roman, dont la cohérence narrative devrait être assurée par le fait que la décision du juge soit la *raisonnable continuation d'une page déjà écrite* <sup>1</sup>.

Le test auquel je me propose de soumettre l'activité des juges des deux Tribunaux est donc celui de la *prévision raisonnable* de l'interprétation donnée à une norme. La stratégie pour évaluer le caractère raisonnable d'une interprétation jurisprudentielle est celle imposée par Dworkin: admettre la possibilité d'une clarification graduelle de la portée d'une norme d'incrimination pour que le résultat interprétatif soit *cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible* (voie de la cohérence) <sup>2</sup>. Pour opérer cette évaluation, j'examinerai la jurisprudence des Tribunaux sur le crime de viol et j'analyserai comment s'est développée, et à travers quel parcours s'est formée la définition du viol acceptée par eux.

1. — Le délit de viol a été encadré par les Tribunaux *ad hoc* soit dans le cadre des crimes de guerre, soit dans le cadre de violations des lois et des coutumes de guerre. Il est possible de faire rentrer cette incrimination dans les deux typologies des crimes internationaux, ce qui est la conséquence directe de la manière dont les Statuts des deux Tribunaux *ad hoc* sont formulés et les Conventions internationales de droit humanitaire ont été rédigées <sup>3</sup>. Ni dans les uns ni dans les autres, en effet, il n'y a de description des actes dont les crimes se composent: à l'exception du génocide, toutes les normes sont *vagues*: homicide, torture, souffrances graves, viol etc. Il y a

<sup>1</sup> DWORKIN, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

<sup>2</sup> La possibilité d'éclaircir la signification des éléments constitutifs d'un délit en l'adaptant à des circonstances nouvelles qui peuvent raisonnablement entrer dans la conception originiaire du délit a été affirmée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme; cf. CEDH, Arrêt, *Baskaya et Okçuoglu c. Turquie*, 8 juillet 1999.

<sup>3</sup> Le même discours peut s'étendre à d'autres genres de délits tels que, par exemple, la torture ou l'homicide.

plutôt des *étiquettes* sans indications des contenus: d'où la nécessité pour les juges des Tribunaux d'élaborer les éléments du crime (*elements of crimes*) pour pouvoir ensuite faire rentrer les faits des cas spécifiques dans les éléments ainsi identifiés.

Dans l'identification des *elements of crimes*, les Tribunaux opèrent essentiellement selon deux lignes directrices: le recours au droit comparé et le recours au droit international, ou mieux aux principes généraux du droit international. Il s'agit de techniques qui ne peuvent pas toujours être utilisées cumulativement, comme c'est arrivé, par exemple, pour les actes de torture, pour la définition desquels les Tribunaux recourent au seul droit international, et pour la conduite de viol, pour la définition de laquelle — comme nous le verrons — ils ont eu recours, au contraire, d'abord aux principes de droit international et ensuite à l'instrument de la comparaison.

2. — De la jurisprudence des Tribunaux ressort que pratiquement toutes les dispositions identifiant des crimes internationaux ont constitué la base légale des condamnations pour faits de viol. Ont été utilisés: l'article 5 g du STTPY et l'article 3 g du STTPR, qualifiant l'infraction en question de crime contre l'humanité. La difficulté de prouver que l'acte ou les actes de viol font partie d'un plan qui vise à réaliser des viols de masse a parfois amené les Tribunaux à utiliser d'autres normes pour poursuivre ces conduites: ou l'article 2 b du STTPY, considérant le viol comme torture et donc violation grave des Conventions de Genève, ou l'article 3 du STTPY, violations des lois et coutumes de guerre. Et enfin le viol a été considéré comme acte de génocide et, en ce cas, la norme appliquée a été l'article 2 du STTPR.

Je vais maintenant montrer l'évolution jurisprudentielle de la définition du viol, en analysant les principaux arrêts sur ce point.

*Affaire Akayesu, 2 septembre 1998, TPIR*<sup>4</sup>

On le sait, l'arrêt *Akayesu* est le premier arrêt prononcé par un Tribunal international ayant condamné un accusé pour génocide. *L'indictment*, qui indiquait, initialement, seulement les actes de génocide fut modifié au cours du procès et, aux douze chefs d'accusation initiaux, l'accusation en ajouta trois,

<sup>4</sup> Sur l'arrêt *Akayesu* et sur le crime de viol dans la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc*, voir E. FRONZA, *I crimini di diritto internazionale nell'interpretazione della giurisprudenza internazionale: il caso Akayesu*, in ILLUMINATI, STORTONI, VIRGILIO (a cura di), *Crimini internazionali tra diritto e giustizia*, Giappichelli, 2000, 71-97; HEALY, *Prosecuting Rape Under the Statute of the War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia*, *Brooklyn Journal of International Law*, 1995, 327-383; KARAGIANNAKIS, *The Definition of Rape and Its Characterization as an Act of Genocide - A review of Jurisprudence of International Criminal Tribunals for Rwanda and the Former Yugoslavia*, *Leiden Journal of International Law*, 1999, 479-490; PAPACONSTANTINOU, *Rape as a Crime Under International Humanitarian Law*, *Revue Hellénique de Droit International*, 1998, 477-499.

tous concernant des crimes de nature sexuelle. Selon l'accusation, l'accusé se serait rendu responsable des actes commis par ses subordonnés, parce qu'il n'avait rien fait pour les empêcher ou pour en punir les auteurs: bien que n'ayant pas personnellement participé, Akayesu, présent, la plupart des fois, dans l'immédiat voisinage, quand ce n'était pas sur le lieu de la commission de l'infraction, les aurait facilités et en partie encouragés. Pour ces violences sexuelles, il fut accusé et condamné pour crime contre l'humanité au sens de l'article 3 g du STTPR.

Comme cela ressort clairement de ce même arrêt, le génocide commis au Rwanda avait été précédé aussi d'une campagne au cours de laquelle les femmes Tutsi avaient été mises au pilori. Les viols en étaient alors une conséquence normale, visant justement à humilier et dégrader ces femmes jusqu'à aboutir à leur élimination physique. Dans ce même arrêt, les faits de viol ont donc pris aussi une signification au sens de l'article 2 du STTPR. Trois aspects relèvent de notre étude:

1) Le Tribunal a qualifié le viol comme une étape de *destruction du groupe*, et donc comme partie intégrante du crime de génocide;

2) Il a reconnu l'autonomie du viol — comme infraction autonome et non instrumentale pour la réalisation d'une autre incrimination — en le faisant entrer dans le cadre des crimes contre l'humanité;

3) Il a fourni une première définition du viol et de la violence sexuelle.

1) En ce qui concerne le premier point, de nombreux témoignages avaient rapporté que les crimes de viol et autres formes de violences sexuelles incluaient *gang rape*, viols publics, viols multiples, viols avec des objets extérieurs, viols d'enfants, nudité forcée, avortements forcés, mariages forcés, *sexual slavery*, *sexual torture*. Souvent les femmes, objets de violences sexuelles, étaient tuées à la fin. Pour pouvoir faire entrer ces violences dans le cadre de l'incrimination de génocide, au sens de l'article 2 du STTPR (dont le texte est identique à celui de l'article 4 du STTPY), le Tribunal a vérifié la présence de deux conditions: *a*) que ces violences sexuelles rentraient dans le cadre d'un des actes indiqués par le second alinéa de l'article 2 et que, *b*) les mêmes actes, dirigés contre un groupe national, ethnique, racial ou religieux, étaient réalisés afin de détruire tout ou partie de ce groupe.

*a*) Au regard de l'élément matériel, en ne faisant pas entrer les viols parmi les actes indiqués par l'article 2 du STTPR, le Tribunal a démontré comment les violences sexuelles perpétrées à l'encontre de femmes Tutsi pouvaient constituer, selon les cas:

— les meurtres de membres du groupe, et en effet « *dans la majorité des cas, les viols des femmes Tutsi à Taba ont été accompagnés de l'intention de tuer ces [...]. Suite à un acte de viol collectif, un témoin a entendu l'Accusé dire "demain elles seront tuées" et elles l'ont effectivement été. En ce sens, il*

*apparaît clairement à la Chambre que les viols et violences sexuelles correspondaient, au même titre que d'autres atteintes graves à l'intégrité physique et mentale commises à l'encontre de Tutsi, à la volonté de faire souffrir et mutiler les Tutsi avant même de les tuer, dans le dessein de détruire le groupe Tutsi tout en faisant terriblement souffrir ses membres »*<sup>5</sup>;

— l'administration de graves dommages physiques et mentaux aux membres du groupe. Après avoir rappelé que les dommages physiques et mentaux, selon la lettre b, ne doivent pas être permanents ou irréparables, la Chambre a affirmé que: « *aux fins de l'interprétation de l'article 2(2)b du Statut, la Chambre entend, par atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale, sans s'y limiter, les actes de torture, que cette dernière soit physique ou mentale, les traitements inhumains ou dégradants, le viol, les violences sexuelles, la persécution* »<sup>6</sup> et donc « *les viols et violences sexuelles constituent indubitablement des atteintes graves à l'intégrité physique et mentale des victimes et sont même, selon la Chambre, l'un des pires moyens d'atteinte à l'intégrité de la victime, puisque cette dernière est doublement attaquée: dans son intégrité physique et dans son intégrité mentale* »<sup>7</sup>;

— l'imposition de mesures ayant pour but de prévenir les naissances à l'intérieur du groupe. En particulier, ces *mesures* ont été identifiées par la Chambre dans « *la mutilation sexuelle, la pratique de la stérilisation, l'utilisation forcée de moyens contraceptifs, la séparation des sexes, l'interdiction des mariages* ». En plus, le Tribunal a affirmé que « *dans le contexte de sociétés patriarcales, où l'appartenance au groupe est dictée par l'identité du père, un exemple de mesure visant à entraver les naissances au sein d'un groupe est celle du cas où, durant un viol, une femme dudit groupe est délibérément ensemencée par un homme d'un autre groupe, dans l'intention de l'amener à donner naissance à un enfant qui n'appartiendra alors pas au groupe de sa mère* »<sup>8</sup>.

b) Concernant le dol spécial, représenté par l'intention de détruire tout ou partie d'un groupe, la Chambre a opéré exclusivement sur le plan probatoire et, après avoir réaffirmé la difficulté, voire l'impossibilité, d'identifier *in concreto* cette finalité, a conclu qu'il s'agit d'un problème qui doit être abordé et résolu au cas par cas.

2) Le second aspect significatif de l'arrêt, comme nous l'avons dit, concerne la qualification du viol comme crime contre l'humanité et sa signification autonome: dans ce contexte, le Tribunal a affirmé que le viol ne constitue pas seulement une atteinte à la dignité, mais aussi un *grave*

<sup>5</sup> Affaire *Akayesu*, TPIR-96-4-t, par. 733.

<sup>6</sup> *Ibid.* par. 504.

<sup>7</sup> *Ibid.* par. 731.

<sup>8</sup> *Ibid.* par. 507.

*dommage physique et mental*. Le viol est un crime contre l'humanité quand il fait partie d'une attaque diffusée et systématique contre la population civile.

3) Le troisième aspect est celui qui concerne la définition. Dans la recherche d'une définition, qui ne se retrouve pas sur le plan international, le Tribunal est parti d'une perspective nationale. Mais il s'agit d'une référence quasi accidentelle et en négatif. Il s'est limité à observer que, « *si le viol a été défini, dans certaines juridictions nationales, comme tout acte de pénétration sexuelle non consensuel commis sur la personne d'autrui, en tant qu'acte il peut toutefois consister en l'introduction d'objets quelconques dans des orifices du corps d'autrui qui ne sont pas considérés comme ayant une vocation sexuelle intrinsèque et/ou en l'utilisation de tels orifices dans un but sexuel* »<sup>9</sup>. Il y a donc le refus d'une définition de type *mécanique* des actes constituant le viol, qui identifie une fois pour toutes les parties du corps ou les objets dont l'usage ou l'implication peuvent constituer le viol. Le Tribunal privilégie plutôt une interprétation qui tient compte du contexte de violence qui caractérise de tels actes et, ce faisant, fait appel à la notion de torture donnée par la Convention contre la torture et autres actes et punitions cruels, inhumains et dégradants de 1984. Et il affirme: « *La Chambre considère que le viol constitue une forme d'agression et qu'une description mécanique des objets et des parties du corps qui interviennent dans sa commission ne permet pas d'appréhender les éléments essentiels de ce crime. La Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels inhumains ou dégradants n'énumère pas d'actes précis dans sa définition de la torture, préférant mettre l'accent sur le cadre conceptuel de la violence sanctionnée par l'Etat... À l'instar de la torture, le viol est utilisé à des fins d'intimidation, de dégradation, d'humiliation, de discrimination, de sanction, de contrôle ou de destruction d'une personne. Comme elle, il constitue une atteinte à la dignité de la personne et s'assimile en fait à la torture lorsqu'il est commis par un agent de la fonction publique ou par toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. La Chambre définit le viol comme une invasion physique de nature sexuelle commise sur la personne d'autrui sous l'empire de la contrainte* »<sup>10</sup>.

Le délit de viol est, en définitive, construit par le Tribunal pour le Rwanda selon le schéma des infractions à forme libre (*reati a forma libera*), en accordant de cette manière au bien protégé — dignité humaine et intégrité physique — la plus ample protection.

<sup>9</sup> *Ibid.* par. 596

<sup>10</sup> *Ibid.* par. 597-598.

*Affaire Delalic et consorts 16 novembre 1996, TPIY* <sup>11</sup>.

Les accusés, *Delalic* et autres, furent accusés de graves violations et de violations des lois et coutumes de guerre. En particulier, *Delalic*, coordinateur des activités des forces musulmanes dans le territoire de Konijc, fut accusé, avec le commandant du camp, d'avoir personnellement commis certaines violences sexuelles, ainsi que d'avoir permis (ou de ne pas être intervenu pour éviter) que ses subordonnés commettent de tels actes de violence. Ne pouvant pas appliquer l'article 5 g du STTPY, car il n'était pas prouvé que les faits de viol faisaient partie d'attaques directes contre la population civile, le Tribunal a vérifié si les actes de viol, attribués aux accusés, pouvaient entrer dans l'infraction de torture, de manière à appliquer l'article 2 du STTPY. La Chambre a recherché, et donc analysé, la jurisprudence internationale, aussi bien sur la définition de la torture, que sur la possibilité de faire entrer des actes de violences sexuelles dans l'incrimination de torture <sup>12</sup>. Sur la base de cette analyse, la Chambre a accepté l'interprétation et la description des éléments constitutifs de l'infraction de viol élaborés dans l'arrêt *Akayesu*: elle a donc axé la définition du viol, non pas sur l'identification des actes qui constituent ce type de violence sexuelle, mais plutôt sur les souffrances infligées. Le Tribunal dit: « *La Chambre de première instance considère que tout viol est un acte abject, qui porte atteinte au plus profond de la dignité humaine et de l'intégrité physique [...]. Le viol provoque de vives douleurs et souffrances, tant physiques que psychologiques* » <sup>13</sup>. En optant pour cette définition, le Tribunal a interprété l'infraction en question comme une infraction pluri-offensive à forme libre. L'*actus reus* n'est donc pas décrit, mais les conséquences en sont indiquées directement et uniquement.

*Affaire Furundzija 10 décembre 1998, TPIY* <sup>14</sup>.

Les faits concernaient une femme, témoin A, à plusieurs reprises violente, maltraitée et menacée. Le viol subi n'avait pas été perpétré personnellement par l'accusé, qui était, en effet, accusé d'avoir participé à la torture et à des atteintes à la dignité humaine, comprenant le viol. Pour le viol, l'article utilisé est l'article 3 du STTPY. S'agissant d'une disposition-cadre (qui se termine avec une clause ouverte), l'énumération n'est pas exhaustive et,

<sup>11</sup> Sur l'arrêt *Delalic*, cf. SUNGA, The Celebici Case: A Comment on the Main Legal Issues in the ICTY's Trial Chamber Judgment, *Leiden Journal of International Law*, 2000, 105-138.

<sup>12</sup> *Affaire Delalic et consorts*, IT-96-21-T, par. 480-493.

<sup>13</sup> *Ibid.* par. 495.

<sup>14</sup> Sur l'arrêt *Furundzija* voir ASHKIN, The International War Crimes Trial of *Anto Furundzija*: Major Progress Toward Ending the Cycle of Impunity for Rape Crimes, *Leiden Journal of International Law*, 1999, 935-955.

donc, toutes les violations graves du droit international peuvent entrer dans ce cadre. Et cela vaut évidemment aussi pour les atteintes à la dignité de la personne, dont le viol.

Avec cet arrêt, le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie s'est éloigné des lignes tracées par les décisions précédentes, aussi bien dans l'interprétation que dans la définition de l'infraction en question. Les lignes précédentes sont rappelées, mais non suivies. Après avoir rappelé la jurisprudence précédente, la Chambre affirme « *qu'aucun autre élément que ceux mis en évidence ne peut être tiré du droit international conventionnel ou coutumier, de même que ne sont d'aucun secours les principes généraux du droit pénal international ou ceux du droit international. La Chambre de première instance estime, par conséquent, que, pour arriver à une définition précise du viol basée sur le principe en vertu duquel les normes pénales doivent avoir un contenu précis (principe of specificity, Bestimmtheitsgrundsatz, exprimé par le brocard latin nullum crimen sine lege stricta), il faut rechercher des principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques. On peut, avec toute la prudence nécessaire, dégager ces principes du droit interne* »<sup>15</sup>.

De cette manière, le Tribunal donne une indication méthodologique précise: le recours au droit international est l'instrument principal à utiliser dans la recherche de définitions des crimes de la compétence du Tribunal; seulement lorsque cette voie n'est pas en mesure de mener à des résultats acceptables, il est nécessaire de recourir au droit comparé. En cas d'impossibilité de déduire une définition d'un crime donné dans le droit pénal international, celle-ci doit alors se déduire des principes qui forment *un dénominateur commun* de ce délit dans les principaux systèmes juridiques. Deux points sont alors saillants dans l'arrêt: d'un côté, la voie suivie pour interpréter une notion *acceptable* de viol et, de l'autre côté, le contenu de cette définition. Les deux points se distinguent des deux premiers arrêts examinés.

Si, dans l'affaire *Furundzija*, le choix de la méthode, la comparaison, pour identifier une définition du viol apparaît clairement, les critères d'analyse des divers droits nationaux ne sont pas aussi clairs. En rappelant le principe de légalité, la Chambre indique l'exigence de respecter deux conditions: *a)* la nécessité de ne pas renvoyer seulement à des systèmes de droit continental ou à des systèmes de *common law*, mais plutôt de dégager *les concepts généraux et les institutions légales communes aux grands systèmes mondiaux* (critère du dénominateur commun); *b)* seconde condition, la nécessité de garder les spécificités des procès des différents systèmes et,

<sup>15</sup> Souligné par l'auteur, excepté le passage entre parenthèses déjà souligné dans le jugement. Affaire *Furundzija*, IT-95-17/I-T, par. 177.

surtout, les différences entre un procès international et les procès nationaux. Le respect de ces conditions ne comporte pas une transposition mécanique d'une définition d'un système à l'autre, mais plutôt, dans l'intention du juge international, une adaptation de la réalité normative nationale à la réalité normative internationale. Ce processus de définition serait permis seulement avec le respect de ces conditions. De la lecture de l'arrêt on ne peut, toutefois, pas percevoir si cette méthode énoncée a ensuite été appliquée.

Des législations nationales, la Chambre dégage une tendance à identifier une définition large du viol, qui comprend des actes précédemment qualifiés d'infraction de violences sexuelles, moins grave. Un nombre croissant d'incriminations caractérisées de manière différente est, selon le Tribunal, entré dans le cadre du viol: mais toutes ces incriminations seraient caractérisées par la présence de la *pénétration physique forcée*<sup>16</sup>. Dans l'identification, en détail, des conduites qui peuvent entrer dans l'infraction de viol, le Tribunal dégage des différents droits nationaux observés *qu'en dépit des disparités inévitables la plupart des systèmes juridiques de la common law ou de tradition civiliste considèrent le viol comme la pénétration forcée du corps humain par le pénis ou l'introduction d'un autre objet dans le vagin ou l'anus*<sup>17</sup>. Dans ce cas est donc utilisé, non pas le critère du dénominateur commun, comme il l'avait au contraire énoncé, mais le critère du consensus (*la plupart des systèmes juridiques*) pour parvenir à une première identification provisoire des actes constituant le viol.

Mais le même critère ne peut pas être utilisé par les juges pour établir si l'acte de la pénétration orale entre dans la notion de viol ou, plutôt, dans celle de violence sexuelle. La Chambre écrit, en effet, sur ce point: «*Une différence fondamentale apparaît toutefois dans l'incrimination de la pénétration orale forcée: certains États la considèrent comme une violence sexuelle, tandis qu'elle est qualifiée de viol dans d'autres États. Face à ce manque d'uniformité, il revient à la Chambre de première instance de voir si l'on peut parvenir à une solution appropriée en recourant aux principes généraux du droit pénal international ou, si ces principes ne sont d'aucun secours, aux principes généraux du droit international*»<sup>18</sup>. Il y a donc un retour en arrière vers la voie principale de recherche de définition des infractions. Une fois le bien protégé identifié dans la dignité humaine, et rappelée la valeur primordiale et absolue reconnue à ce bien, aussi bien dans le droit international humanitaire que dans le droit international des droits de l'homme, le Tribunal conclut

<sup>16</sup> *Ibid.* par. 181.

<sup>17</sup> *Ibid.* par. 181.

<sup>18</sup> *Ibid.* par. 182.

dans le sens de la légitimité de l'intégration de ce type d'acte sexuel dans le cadre du crime de viol <sup>19</sup>.

Le viol est donc défini au travers d'une description de *type mécanique* identifiant les objets et les parties du corps, parties actives ou passives d'une pénétration réalisée « *par l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne* » <sup>20</sup>. En d'autres termes, les éléments constitutifs de l'incrimination en question sont deux, à savoir la pénétration et l'usage de la force, de la coercition et de la menace.

Le viol devient, ainsi, une infraction à forme liée (*reato a forma vincolata*) et le cadre d'application de l'incrimination est restreint aux seules hypothèses dans lesquelles les modalités d'atteinte au bien protégé — intégrité physique et morale <sup>21</sup> — implique aussi bien les objets que les parties du corps indiqués dans l'arrêt.

*Affaire Kunarac, Kovac et Vukovic* 22 février 2001, TPIY

Les faits, objets de l'arrêt, concernaient les événements qui s'étaient déroulés dans un camp de détention — appelé *rape camp* — voisin de Foca. Les accusés *Kunarac, Kovac* et *Vukovic* ont été accusés de torture et viol, qualifié aussi bien de crime contre l'humanité, au sens de l'article 5 g du STTPY, que de violations des lois et des coutumes de guerre, au sens de l'article 3 du STTPY. Les accusés *Kunarac* et *Kovac* ont aussi été condamnés pour réduction en esclavage.

Pour définir l'infraction de viol, le Tribunal utilise, comme point de départ, l'arrêt *Furundzija*. La méthode suivie dans la recherche de la définition est la même: analyse d'un large spectre de législations nationales et, donc, leur comparaison. La conclusion est partiellement égale à celle obtenue dans l'arrêt *Furundzija*. Elle partage avec le précédent la définition du viol comme pénétration physique, avec l'identification ponctuelle des objets et des parties du corps impliqués. Le Tribunal ne partage pas la nécessité de décrire — et de limiter — les modalités d'agression à « *l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne*. par l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne.

La présente Chambre de première instance convient que, lorsque ces éléments sont prouvés, l'*actus reus* du viol est constitué en droit international.

<sup>19</sup> *Ibid.* par. 183.

<sup>20</sup> La Chambre de première instance estime que les éléments objectifs constitutifs du viol sont: « i) la pénétration sexuelle, fût-elle légère: a) du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis ou tout autre objet utilisé par le violeur; ou (b) de la bouche de la victime par le pénis du violeur; ii) par l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne », affaire *Furundzija*, cit., par. 185.

<sup>21</sup> Voir *ibid.* par. 186.

Toutefois, vu les circonstances de l'espèce, la Chambre de première instance considère qu'il est nécessaire de préciser la manière dont elle comprend le paragraphe ii) de la définition *Furundzija*. Elle considère que cette définition, bien adaptée aux circonstances de l'espèce, est cependant plus stricte sur un point que ne l'exige le droit international. En indiquant que l'acte de pénétration sexuelle ne constitue un viol que s'il s'accompagne de l'emploi de la force, de la menace de son emploi ou de la contrainte sur la personne de la victime ou d'un tiers, la définition *Furundzija* passe sous silence d'autres facteurs qui feraient de la pénétration sexuelle un acte non consensuel ou non voulu par la victime, ce qui, comme l'a laissé présager l'audience et comme nous le verrons plus loin, est, de l'avis de la Chambre de première instance, le sens précis qu'il faut donner en droit international à cet élément de la définition »<sup>22</sup>.

En particulier, en opérant une systématisation des diverses législations, la Chambre identifie trois catégories dans lesquelles se situent les incriminations de viol:

— les définitions qui portent sur les activités sexuelles accompagnées par la force ou la menace de l'usage de la force sur la victime ou à l'encontre de tiers;

— les définitions qui portent sur les activités sexuelles perpétrées par la force ou avec une pluralité d'autres modalités qui rendent la victime particulièrement vulnérable ou incapable de refuser;

— les définitions qui portent sur l'activité sexuelle sans le consentement de la victime<sup>23</sup>.

L'utilisation de la comparaison n'est pas, dans cet arrêt, fondée exclusivement sur le critère du consensus (qui permettrait d'utiliser la définition de viol majoritairement utilisée dans les ordres nationaux), mais sert plutôt à l'identification des dénominateurs communs caractérisant les différentes législations, à utiliser ensuite dans un contexte international. La Chambre cherche donc à identifier les éléments minimaux communs, présents dans toutes les législations.

Le vrai dénominateur commun, qui ressort de cette comparaison, est l'incrimination, dans tous les cas, de conduites qui portent atteinte à la libre détermination sexuelle (*sexual autonomy*). De l'examen des législations nationales, il ressort que, afin de déterminer l'infraction en question, l'élément déterminant est d'avoir agi sans le consentement de la victime. La liberté sexuelle (*sexual autonomy*) est violée chaque fois qu'une personne n'a pas délibérément consenti, ou n'a pas délibérément participé, à l'acte sexuel.

<sup>22</sup> Case IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, par. 437- 438.

<sup>23</sup> *Ibid.*, par. 442.

La définition du viol, donc, ressort partiellement modifiée par rapport à celle de l'arrêt *Furundzija*, en perdant la nécessité que l'acte sexuel — encore une fois ponctuellement décrit en ce qui concerne les parties du corps et les objets impliqués — soit réalisé *par l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne* <sup>24</sup>. De cette façon, on identifie un autre bien juridique lésé par le viol, à savoir la *sexual autonomy*: toutes les fois qu'il y aura eu limitation de la liberté de se déterminer concernant l'acte sexuel, il y aura infraction.

En bref la conception reste 'mécaniste': la Chambre a interprété le délit de viol comme une infraction à forme liée, là où par « acte sexuel » s'entend seulement la pénétration de parties déterminées du corps par le biais d'objets déterminés. L'incrimination analysée perd ensuite son caractère d'infraction pluri-offensive en identifiant un seul et autre bien juridique: celui de la *sexual autonomy*.

3. — À l'analyse de la jurisprudence, il apparaît que l'identification de l'infraction de viol (et donc de ses éléments constitutifs) naît de la concrète exigence de donner une apparence normative à des situations factuelles. La recherche faite par les juges dans ce domaine se développe à travers deux aspects: la recherche de la proposition de la définition la plus adaptée au cas concret individuel et la recherche de la voie permettant de trouver cette définition.

En ce qui concerne le second aspect, la voie que les Tribunaux parcourent pour repérer une proposition de définition acceptable est celle de la comparaison. Partie des timides affirmations à ce propos dans les arrêts *Akayesu* et *Delalic*, l'indication de la méthode à suivre devient plus explicite dans les arrêts *Furundzija* et *Kunarac*: ne pouvant trouver aucune définition de viol en droit international, il est nécessaire de la rechercher dans les législations nationales.

Dans l'arrêt *Furundzija*, le critère utilisé — au moins pour une partie de la définition utilisée — est celui du consensus: la notion est construite à partir de ce qui existe dans la « *plupart des systèmes juridiques de la common law ou de tradition civilistes* ». Dans l'arrêt *Kunarac*, la méthode est toujours celle de la comparaison, mais le critère de lecture est différent; la Chambre s'efforce

<sup>24</sup> Selon le Tribunal: « L'élément matériel du crime de viol est constitué par: la pénétration sexuelle, fût-elle légère: a) du vagin ou de l'anus de la victime par le pénis du violeur ou tout autre objet utilisé par lui; ou b) de la bouche de la victime par le pénis du violeur, dès lors que cette pénétration sexuelle a lieu sans le consentement de la victime. Le consentement à cet effet doit être donné volontairement et doit résulter de l'exercice du libre arbitre de la victime, évalué au vu des circonstances. L'élément moral est constitué par l'intention de procéder à cette pénétration sexuelle, et par le fait de savoir qu'elle se produit sans le consentement de la victime », *ibid.* par. 460.

de chercher « *the basic principle which is truly common* » aux systèmes juridiques examinés. Le critère est alors celui du *dénominateur commun* aux différents systèmes <sup>25</sup>.

En ce qui concerne le premier aspect, la recherche de la proposition de définition la plus adaptée mène à des résultats naturellement provisoires, servant essentiellement à la résolution des cas concrets individuels. L'adaptation de la notion de viol aux exigences des cas à résoudre est obtenue aussi bien en modifiant le bien juridique à protéger qu'en transformant les éléments constitutifs de l'infraction en question.

Par trois fois, l'incrimination est interprétée comme pluri-offensive: le bien juridique à protéger est ainsi identifié dans la dignité humaine et dans l'intégrité physique (arrêts *Akayesu* et *Delalic*) et, donc, dans l'intégrité physique et morale (arrêt *Furundzija*). Dans l'arrêt *Kunarac*, seulement, se trouve un seul bien juridique: celui de la *sexual autonomy*. À cause du changement de bien juridique se produit inévitablement une transformation des éléments constitutifs de l'infraction. Apparemment, en lisant les arrêts, on semble assister à une progressive spécification des éléments identifiés depuis le début. Dans les deux premiers, on parle d'« *invasion physique de nature sexuelle ou d'un acte de nature sexuelle commis sur la personne sous l'empire de la contrainte* ». Dans l'arrêt *Furundzija*, on spécifie que « [l']*invasion physique ou l'acte de nature sexuelle* » dont il s'agit se réalise quand il y a une « *pénétration physique forcée* ». Et par contrainte il faut entendre, en particulier, *l'emploi de la force, de la menace ou de la contrainte contre la victime ou une tierce personne*. Dans l'arrêt *Kunarac*, enfin, tout en confirmant la définition d'acte sexuel précédemment donnée, les modalités d'agression disparaissent et on identifie un élément négatif: l'absence de consentement. La Chambre écrit à ce propos: « *Étant donné qu'il ressort clairement de l'affaire Furundzija qu'il ne convient pas de donner une interprétation étroite des termes de contrainte, force ou menace d'emploi de la force et que le terme de contrainte en particulier recouvre la plupart des comportements qui excluent le consentement, l'interprétation donnée par le droit international sur le sujet ne diffère pas substantiellement de la définition Furundzija* » <sup>26</sup>.

4. — Le cadre qui se dégage est celui d'un droit jurisprudentiel qui se transforme en s'adaptant aux exigences qui naissent des affaires soumises aux Tribunaux. Si cela est l'unique fil conducteur, une évolution jurispruden-

<sup>25</sup> Dans l'arrêt *Furundzija* aussi on lit que la méthode de la comparaison doit être utilisée selon le critère du dénominateur commun. Mais au moment du choix de la définition la plus adéquate, la Chambre opte pour celle suivie dans la majeure partie des pays.

<sup>26</sup> Case IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, par. 459.

tielle, linéaire seulement en apparence et de spécification d'éléments structurels déjà identifiés, devient donc inévitable.

Il est évident que les juges forcent parfois les normes pour opérer certaines interprétations. Dans l'affaire *Furundzija*, par exemple, ne pouvant utiliser le critère du consentement pour faire aussi entrer, parmi les actes de viol, les rapports sexuels oraux, la méthode comparative est abandonnée et l'identification des actes de viol est complétée par le biais d'un recours improvisé à des principes génériques de droit international.

Le recours même à la méthode de la comparaison n'est pas exempt de critiques. Il ne semble pas que les juges, en recherchant la présence d'un consensus sur la définition de viol donnée par les législations nationales, aient réalisé une comparaison attentive et détaillée. Et, dans le même temps, le choix opéré n'est pas suffisamment motivé. Le renvoi au fait que la définition adoptée est présente dans la majeure partie des systèmes juridiques analysés n'est certainement pas suffisant.

Une interprétation différente, même suivie par une minorité d'Etats, pourrait être préférable, tant sur l'aspect de la protection des garanties que sur l'aspect d'une meilleure compatibilité avec le contexte socioculturel dans lequel se sont produits les faits incriminés <sup>27</sup>.

Dans l'arrêt *Kunarac*, encore, l'élargissement du cadre d'opérativité de l'incrimination en question est obtenu par le biais de la réduction à une seule des diverses modalités d'agression décrites par la jurisprudence précédente, méthode que l'on ne peut pas partager.

En substance, dans les trois cas, l'identification des éléments structurels de l'infraction de viol est trop conditionnée et subordonnée à des éléments factuels pour que le déroulement successif du précepte générique soit prévisible.

En reprenant l'image de Dworkin du roman en chaîne, il ne semble pas pouvoir être affirmé que les décisions individuelles des juges sont une *raisonnable continuation d'une page déjà écrite*. Seulement apparemment les juges ont suivi *la voie de la cohérence* dans l'écriture des arrêts. Dans les affaires examinées, ils ont structuré ou déstructuré l'incrimination — aussi par le recours à différents biens juridiques — en introduisant ou en éliminant les éléments constitutifs qui permettaient de faire entrer des faits concrets dans la norme ainsi identifiée.

<sup>27</sup> Il faut, en tout cas, préciser que le Code pénal de la Bosnie-Herzégovine, applicable au moment des faits, contenait une notion de viol qui punissait « Quiconque oblige, en recourant à la force ou à la menace d'attenter à sa vie ou à l'intégrité physique d'un proche, une femme avec laquelle il n'est pas marié à avoir des relations sexuelles est passible d'une peine d'emprisonnement de un à dix ans ».

En définitive, ce qui apparaît, de toute évidence est la volonté des juges de considérer que le respect de la dignité humaine, posé comme fondement du droit par leur application, est prioritaire sur toute autre valeur, en particulier sur celle de la légalité, avec une conséquente diminution de sécurité juridique.

5. — La perte de sécurité juridique, à laquelle on assiste dans le cadre de la recherche de définitions par les Tribunaux *ad hoc*, n'est pas tellement, et pas seulement, causée par la prévalence de la source jurisprudentielle sur celle législative dans le processus de formation de la norme, mais plutôt par l'excessif caractère provisoire des arrêts, préoccupés, comme nous l'avons vu, uniquement à donner une réponse adéquate à de très graves agressions à des biens juridiques importants.

À bien y regarder, il s'agit d'un phénomène, *mutatis mutandis*, présent aussi au niveau national, dans lequel ladite crise de la légalité trouve, entre autres, ses raisons d'être aussi bien dans la dégradation de la technique de formulation des incriminations, que dans les interprétations évolutives et créatives de la jurisprudence ayant pour but de colmater les lacunes de protection.

La détérioration de la valeur de la certitude juridique — qui apparaît ainsi macroscopique dans la réalité des Tribunaux *ad hoc* — causée par la progressive érosion de la légalité, a été considérée comme réparable, par la plupart des juristes, par le biais de la récupération de l'idéal de légalité des Lumières, probablement seulement utopique parce que non adapté à la réalité contemporaine.

Il est possible de reconstruire le système légalité comme une institution qui vise à la production d'un bien spécifique, celui de la sécurité juridique. L'incapacité de ce système (institution) à fonctionner régulièrement et à produire un bien de qualité acceptable apparaît alors évidente. Nous sommes, donc, en présence d'une institution qui perd du terrain, qui fournit des biens de qualité toujours inférieure et il devient donc important de concentrer l'attention sur les mécanismes de réaction et de récupération de la qualité perdue.

En utilisant les catégories de Hirschman<sup>28</sup>, on peut considérer que le mécanisme unique (ou prévalent) de récupération de la légalité expérimenté a été celui de la *Voice*: devant les déviations de l'idée classique de légalité, la

<sup>28</sup> Je fais référence aux concepts de *Voice* et *Exit* utilisés par A. Hirschman pour expliquer les réactions opposées des consommateurs ou des membres d'une organisation à la détérioration qualitative des biens qu'ils acquièrent ou des services ou bénéfices qu'ils reçoivent. Sur ces thèmes, cf. HIRSCHMAN, *A Propensity to Self-Subversion*, Harvard University Press, 1995, trad. it. *Autosovversione*, Il Mulino, 1997; *Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, 1970, trad. it. *Lealtà, defezione, protesta. Rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti e dello stato*, Bompiani, 1982; aussi MELDOLESI, *Alla scoperta del possibile*, Il Mulino, 1994.

réaction a été de les considérer comme des formes pathologiques d'un système abstrait en mesure de fonctionner (et de produire donc de la sécurité juridique) s'il est correctement utilisé dans la pratique. On a identifié, comme causes de la perte d'efficacité de la légalité, parfois le *mauvais* législateur, parfois le *mauvais* juge. L'instrument utilisé a été alors celui de la protestation à l'encontre des *mauvais exécutés*, protestation visant à obtenir directement un rétablissement de la qualité qui a subi la détérioration.

Dans un système détérioré, selon Hirschman, les consommateurs peuvent contribuer directement, par le biais de la *Voice*, ou indirectement, par le biais de l'*Exit*, à la récupération de la qualité perdue. On retrouve de façon récurrente l'affirmation selon laquelle il n'y a *aucune harmonie préétablie entre l'Exit et la Voice*. Il peut se produire que l'une fasse obstacle à l'autre et qu'elles tendent à s'affaiblir réciproquement. Mais il est aussi vrai que les deux mécanismes peuvent collaborer et se renforcer réciproquement, de manière à ce que la récupération de la qualité détériorée soit le résultat de leur action conjointe.

L'observation de la réalité qui nous intéresse a vu la vérification de la prévalence de la *Voice* sur l'*Exit*. N'a quasiment jamais été considérée, dans la littérature pénale, en effet, l'autre réaction possible, opposée à la *Voice*, celle de l'*Exit*, de l'abandon donc de cette idée de légalité, pour rechercher des alternatives valables en mesure de regagner la sécurité juridique perdue.

L'*Exit* a été, jusqu'à présent, peu pratiqué parce que l'on a pensé qu'il n'était pas une autre réaction praticable: l'unique institution considérée comme de nature à produire le bien de la sécurité juridique était celle de la légalité. Cette prétendue impossibilité d'alternative a déterminé, à son tour, un affaiblissement de la capacité de récupération de la *Voice*. La décision d'utiliser la *Voice*, en d'autres termes, a été vue comme une décision à laquelle on ne pouvait pas renoncer <sup>29</sup>.

L'usage de la *Voice* s'est dirigé ensuite, comme nous l'avons vu, contre les acteurs de l'institution (législateur et juges), en considérant, au contraire, que la légalité, dans ses aspects de la réserve de la loi, de précision, de la stricte interprétation et de la non-rétroactivité, est en soi susceptible de produire la sécurité juridique. L'incapacité ontologique de la norme écrite à prévoir tous les faits concrètement vérifiables, et la naturelle propension du juge à forcer la limite de la légalité formelle pour répondre à des besoins de protection non encore (ou non complètement) ressentis par le législateur

<sup>29</sup> Dans la littérature italienne, à propos du débat sur le thème de la légalité, cf. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Giappichelli, 1999; DONINI, *Le garanzie istituzionali della legalità penale e un « nuovo » ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?*, *Cassazione penale*, 2002, 1165-1181.

sont considérées comme le résultat d'un usage superficiel et inefficace de l'outil de la légalité.

Il ne semble pas que la *Voice* ait atteint un résultat acceptable. On peut présumer que la voie pour récupérer la valeur de la sécurité juridique passe par l'*Exit*. Utiliser ce mécanisme opposé de réaction ne signifie pas nécessairement le dépassement complet de l'idée de légalité, mais plutôt la nécessité d'identifier des correctifs, aussi bien internes qu'externes, à l'institution de la légalité. La route à parcourir semble être alors celle d'un usage conjoint d'*Exit* et de *Voice* puisque, de cette manière, aussi bien à travers une nouvelle formulation de l'idée de légalité qu'à travers l'identification de liens et procédures externes à la légalité, il est peut-être possible de garantir une *performance* acceptable de sécurité juridique.

6. — À la fin de son vagabondage à travers la citadelle des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, le journal de voyage du spécialiste de droit pénal de culture de *civil law* est dense d'annotations. Sur les sources du droit. Sur le rôle des juges. Sur l'exigence déçue — encore une fois — de sécurité juridique.

De la lecture des arrêts il est, en effet, ressorti que la jurisprudence des Tribunaux internationaux est source de droit et que les juges créent la norme à interpréter et à appliquer. La vision du droit qui en ressort est celle d'un droit dynamique qui, grâce à l'interprète, se modèle et se transforme sur la base des exigences qui se dégagent de la réalité. La signification d'une norme — qu'elle soit de source législative ou juridictionnelle — évolue dans le temps et oblige l'interprète à cristalliser, momentanément, dans l'arrêt la signification actuelle d'une norme. Il est clair que dans cette construction, l'interprète doit tenir compte du possible développement discontinu de la norme. Une évolution diachronique sans fracture ou fêlure n'est pas envisageable.

La valeur de la certitude ou de la sécurité juridique impose, toutefois, que l'opération de renouvellement de la signification vérifie, en partant du passé, que le contenu actuel était prévisible. Le changement de perspective opéré dans le cadre des Tribunaux *ad hoc* empêche, raisonnablement, de rechercher la sécurité juridique selon le schéma traditionnel d'une légalité *stricto sensu*. Il en découle donc que le bien à protéger est la sécurité du droit et que le système de la légalité *stricto sensu* est l'un des instruments possibles pour le protéger. Dans ce contexte, la sécurité juridique devrait alors se recentrer, tout au moins, sur une légalité entendue comme la possibilité de connaître la norme. Et cette possibilité, dans ce cadre, signifie accessibilité et prévisibilité de la norme dans son application jurisprudentielle concrète. Une preuve de la possibilité de connaître est tout à fait absente de la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc*. Et c'est, sous le profil de la sécurité juridique (manquante), sa limite principale.

# LA QUALIFICATION DES FAITS PAR LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR LE RWANDA

BRIGITTE PESQUIÉ

SOMMAIRE: 1. Les spécificités du travail de qualification par le TPIR. — A. Différences de contexte. — B. Différences de méthode. — 2. Les enjeux de la qualification. — A. Enjeu juridique. — B. Enjeu symbolique.

La fonction juridictionnelle est par essence une fonction créatrice. La véritable compréhension d'un texte n'est possible et complète qu'à partir du moment où un juge nourrit la notion abstraite unitaire des réalités variées et multiples qui peuvent s'y rattacher<sup>1</sup>. Mais, suivant le domaine dans lequel la juridiction doit dire le droit et trancher les litiges, cette fonction créatrice sera plus ou moins limitée. En droit pénal, le principe de la légalité criminelle, considéré comme le principe cardinal, et reconnu tant au plan national qu'au plan international<sup>2</sup>, interdit aux juges de créer des incriminations et des sanctions et lui fait donc obligation de qualifier les faits, c'est-à-dire les rattacher à un texte préexistant. L'effet créateur de la jurisprudence pénale est donc des plus réduits, à condition toutefois que le texte soit clair et précis et que son interprétation extensive soit prohibée. Si ces deux derniers points sont en France des questions classiques, la nouveauté que représente la création des Tribunaux pénaux internationaux oblige à les réexaminer. L'étude de la qualification des faits dans la jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda (dorénavant TPIR)<sup>3</sup> et de sa comparaison avec le droit interne<sup>4</sup> est l'occasion d'éprouver ce qu'il y a d'irréductible dans les

<sup>1</sup> Ceci étant particulièrement vrai en droit international, le protocole scientifique de la *Law Clinic* de Paris a privilégié la *case-law approach*.

<sup>2</sup> P. BARANES, Le principe de légalité; D. MODIANO, Principe de légalité et droit international pénal, in *Law Clinic de Paris, Rapport 2001-2002*.

<sup>3</sup> L'arrêt *Akayesu*, qui faisait partie des arrêts étudiés par la *Law Clinic*, est particulièrement intéressant puisqu'il s'agit du premier rendu par le TPIR.

<sup>4</sup> Les ateliers de la *Law Clinic* ont donné lieu à de nombreux travaux de droit comparé à partir des arrêts des Tribunaux pénaux internationaux, alors que la présente contribution privilégie le droit français, souvent considéré comme exemplaire de la tradition de droit écrit,

principes fondamentaux du droit pénal et ce qui est problématique dans leur transposition au plan international.

1. — La qualification — opération intellectuelle consistant pour le juge à déterminer quel texte s'applique au comportement reproché au délinquant — est donc liée à l'interprétation donnée aux textes. Ceci est vrai de toutes les juridictions pénales, mais il importe de souligner les spécificités sur ces deux points du TPIR, tenant à la fois aux différences de contexte et aux différences de méthode.

A. — Si l'obligation de qualifier s'impose autant au juge interne qu'au juge international, conformément au principe de légalité, la lecture des arrêts du TPIR montre que la recherche des sources ne se fait pas sur le même mode. Dans les conclusions juridiques de ses jugements, le TPIR reprend les articles de son Statut qui définissent les infractions dont il doit expliciter le sens. Il accompagne systématiquement ce rappel des sources d'une présentation de 'précédents' textuel, jurisprudentiel ou coutumier. Ainsi, dans le jugement *Akayesu*<sup>5</sup>, la définition du génocide de l'article 2 du Statut est mentionnée comme une reprise de la Convention de 1948 sur le génocide, qui « est incontestablement considérée comme faisant partie du droit international coutumier, comme en témoigne l'avis consultatif rendu en 1951 par la Cour internationale de Justice sur les réserves à la Convention sur le génocide » (par. 495). De même, concernant les crimes contre l'humanité, la reprise de l'article 3 du Statut est précédée d'une 'genèse' de la notion, depuis le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg jusqu'à l'article 7 du StCPI, avec cette précision: « La Chambre relève que la notion de crime contre l'humanité n'a cessé d'évoluer depuis les procès de Nuremberg et de Tokyo, notamment à travers les affaires Eichmann, Barbie, Touvier et Papon » (par. 567).

Or, le droit pénal n'a pas besoin d'un tel étayage: le texte du Statut est nécessaire, mais il est suffisant. Ces références multiples et surabondantes donnent même l'impression que le Tribunal pourrait chercher ailleurs que dans le Statut les limites de sa compétence.

Il est vrai que les jugements pénaux en droit interne ont rarement des développements aussi importants que ceux des Tribunaux pénaux internationaux, et ne connaissent pas les opinions séparées, concordantes ou dissidentes, ce qui ne permet pas de suivre le cheminement complet du raisonnement jusqu'à la décision. Ce type de motivation est également

en raison du poids historique de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et des codifications napoléoniennes.

<sup>5</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chambre de première instance, 2 septembre 1998.

caractéristique des juridictions pouvant créer ou utiliser des précédents, quelle que soit la force reconnue à ceux-ci <sup>6</sup>. Or, étant donné l'indigence <sup>7</sup> des sources qu'il doit utiliser, le TPIR se doit de préciser et compléter les articles du Statut, ce qui renvoie à une autre question, celle concernant la qualité des textes eux-mêmes.

Le premier problème qui se pose au juge quand il doit qualifier des faits est celui de trouver les différents textes applicables. En droit interne, cette étape est problématique en raison de l'inflation normative continue, difficulté que ne connaît pas le TPIR, puisque les incriminations qu'il doit mettre en œuvre (génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre) figurent toutes dans le Statut, aux articles 2 à 4. Le deuxième problème est de tracer les frontières entre les différentes incriminations; la qualité d'un texte se juge non seulement à son contenu propre, mais aussi à la façon dont il s'intègre à l'ensemble du droit. Nous reviendrons sur ce point *infra* à propos des concours de qualifications, mais il faut déjà souligner le paradoxe de l'existence de ce problème devant le TPIR, avec si peu d'articles. Cette difficulté à tracer des frontières est liée au contenu des articles du Statut, dont la rédaction ne répond pas à l'exigence de texte clair et précis. Cette exigence ancienne — renouvelée par la Cour européenne des droits de l'homme au nom de la « qualité de la loi » — n'est jamais contestée, pas plus que la difficulté de sa mise en œuvre. Mais cette unanimité n'a pas produit pour autant une 'grammaire à l'usage des légistes', un guide de rédaction indiquant les 'fautes de législation les plus courantes'. Il ne s'agit pas ici d'en proposer un, qui, s'il était facile à faire, serait déjà fait. Cependant, quelques grands traits peuvent être rappelés, dont des auteurs se sont fait l'écho <sup>8</sup>.

Une loi (au sens large) est par nature un texte général et abstrait. Le comportement décrit dans une loi pénale doit donc être conçu indépendamment des éléments de la catégorie qu'il crée. Ce caractère général et abstrait,

<sup>6</sup> E. GOPALA-KRISHNAN, Le précédent, in *Law Clinic de Paris, Rapport 2001-2002*.

<sup>7</sup> Le contraste est caricatural avec les dispositions ayant le même objet pour la Cour pénale internationale, les articles ayant triplé de longueur (sans être toujours plus clair) et devant se comprendre à l'aide du document de 57 pages (!) sur « les éléments des crimes » (PCNICC/2000/1/Add.2).

<sup>8</sup> Notamment: J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, Litec, 1986; *La protection pénale de la personne humaine*, Litec, 1994; H. DONNEDIEU DE VABRES, *La répression du génocide*, Dalloz, 1948, 145: « Le droit pénal classique trouve la garantie des droits de l'homme et du citoyen dans un système d'incriminations précises. Il est modéré dans la répression de la tentative. Il s'abstient de punir les actes préparatoires. Il n'atteint l'intention criminelle que si elle s'est traduite, de manière non équivoque, par des actes concrets et extérieurs. Il fait abstraction du mobile, dont l'appréciation est arbitraire, dont les modalités sont variables au point que leur prévision dans la loi priverait le système légal de toute unité, de toute certitude, d'une grande partie de sa valeur préventive ».

s'il n'est pas en soi contraire à l'exigence de clarté, est plus difficilement conciliable avec l'exigence de précision. La norme idéale est celle qui pose une définition de comportement; en deçà, se trouve le comportement simplement nommé; au-delà, le catalogue de cas.

Le comportement simplement nommé est inévitablement imprécis, de même que l'incrimination de l'atteinte à une valeur ou un intérêt protégé, lorsque n'est pas défini le comportement matériel qui y porte atteinte; à l'inverse, le catalogue passe de l'abstrait au concret, avec le risque d'être incomplet.

Les articles du Statut offrent malheureusement des exemples de ces deux cas de figure.

Les articles 2 (sur le génocide <sup>9</sup>) et 3 (sur les crimes contre l'humanité <sup>10</sup>) mentionnent sans les définir le meurtre, l'assassinat, l'extermination, la torture, les persécutions, etc.

Si l'ensemble de ces termes offre à l'imagination un tableau d'horreurs évidentes, il ne fournit pas pour autant à un juge un moyen efficace de discriminer des comportements et de leur appliquer sans hésitation leur étiquette légale. La distinction du meurtre et de l'assassinat a longuement arrêté le Tribunal (indépendamment des problèmes de différences entre le texte français et le texte anglais du Statut, qui ne font qu'ajouter à la

<sup>9</sup> Article 2 par. 2: « Le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. »

<sup>10</sup> « Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse:

- a) Assassinat;
- b) Extermination;
- c) Réduction en esclavage;
- d) Expulsion;
- e) Emprisonnement;
- f) Torture;
- g) Viol;
- h) Persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses;
- i) Autres actes inhumains ».

difficulté)<sup>11</sup>. Il est également difficile de cerner le domaine de « l'extermination », qui, dans le langage courant, signifie la même chose que « l'assassinat dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique » prévu dans le même article. De même, comment comprendre l'acte de génocide qu'est « l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale »? La distinction de l'atteinte « grave » et de l'atteinte « légère » est une question de fait laissée à l'appréciation du Tribunal, dont on ne sait s'il doit l'apprécier *in abstracto* ou *in concreto*. De plus, cette définition est suffisamment large pour englober les points suivants de l'article. Celui-ci se termine par l'incrimination de l'entente, de l'incitation, de la tentative et de la complicité sans la moindre indication sur le contenu de ces notions et leur régime.

A l'inverse de la généralité excessive d'un comportement simplement nommé, se trouve le passage au concret avec l'usage d'une liste ou d'un catalogue. Il est généralement admis qu'en droit pénal une liste doit être considérée comme limitative, d'où le risque de ne pas avoir tout prévu. Une pratique choquante consiste à contourner le problème en spécifiant que la liste n'est pas limitée, comme dans l'article 4 du Statut sur les crimes de guerre — « ces violations comprennent sans s'y limiter... » — ou dans l'article 3 qui termine la liste des crimes contre l'humanité par la formule « autres actes inhumains ». Cette formule tautologique est l'exemple de ce qu'il ne faut pas faire en matière pénale: ce n'est ni une définition, ni une liste limitative. De plus, la signification de ces termes dans le langage courant ne fait l'objet d'aucun consensus. Le juge chargé d'appliquer cet article peut 'inventer' des crimes contre l'humanité à partir de cette disposition, y compris en faisant de l'interprétation littérale.

B. — Le Statut ne fournit pas non plus d'indications sur la méthode légitime d'interprétation juridictionnelle des textes; il faut donc se rabattre sur des principes généraux en la matière. Il s'agit d'une approche essentiellement doctrinale, car il n'existe pas en droit pénal de méthode officielle d'interprétation<sup>12</sup> comparable à la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Les tribunaux nationaux, eux, expliquent fort peu à quel type d'interprétation ils ont recours. Le TPIR, lui, a régulièrement recours à des formules comme la présomption d'innocence ou le respect des droits de la défense pour expliquer sa façon d'interpréter, et ce faisant il se décerne à lui-même un brevet d'interprétation stricte, souvent démenti par la phrase qui suit.

<sup>11</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chambre de première instance, 2 septembre 1998, par. 500 et 501; par. 587-590.

<sup>12</sup> Ne peut prétendre au titre de 'méthode' le laconique article 111-4 du Code pénal français qui dit: « La loi pénale est d'interprétation stricte », et ce depuis 1994 seulement.

Les principes gouvernant l'interprétation des textes en matière criminelle font l'objet d'un consensus autour du vocabulaire et de la présentation. Il est généralement expliqué que trois méthodes sont envisageables. En premier lieu, une méthode littérale, qui privilégie la lettre sur l'esprit du texte, qui retient le sens usuel des termes et non le sens technique ou juridique, et en cas de doute retient l'interprétation la plus étroite. En deuxième lieu, une méthode stricte ou téléologique, qui respecte la lettre du texte, mais peut s'en écarter si celle-ci n'est pas conforme à son esprit, en interprétant le texte en fonction de son objet et de son but. Et enfin une méthode analogique, qui permet une interprétation extensive au-delà des prévisions explicites du texte en raison d'une similitude de comportement, de type de faute, de résultat ou d'intérêt protégé. A partir de cette classification on considère que depuis le XIXe siècle la jurisprudence applique et défend l'interprétation stricte des lois pénales.

Une certaine méfiance est de mise devant un exposé limité à trois hypothèses, qui consiste en général à opposer deux caricatures et à retenir la solution médiane, nécessairement plus nuancée, comme la seule valide.

Il n'est effectivement pas contestable qu'il y a contradiction entre le principe de légalité criminelle et l'interprétation analogique; cette interprétation est résolument créatrice du droit pénal et un système ne peut sans incohérence postuler l'un et l'autre. La mise à l'écart de l'interprétation littérale est moins convaincante, puisque c'est la méthode la plus protectrice de la liberté individuelle. Mais il lui est reproché d'être rigide et de figer le droit, empêchant sa nécessaire adaptation à l'évolution des mœurs et des techniques<sup>13</sup>. Autant dire que, si la méthode doit être écartée pour cette raison quand il s'agit de textes anciens, elle doit à l'inverse être privilégiée quand il s'agit de textes récents comme le Statut. La seconde critique faite à cette méthode est qu'elle présuppose une loi parfaite. Il est malheureusement vrai que les maléfices d'un texte obligent l'interprète à s'affranchir de sa lettre pour éviter des absurdités<sup>14</sup>. L'interprétation littérale est en effet une des plus exigeantes: la façon de procéder des Tribunaux pénaux internationaux, qui examine le sens des mots du Statut un par un, est typique de l'interprétation littérale, alors qu'il choisit rarement l'interprétation la plus

<sup>13</sup> L'évolution des techniques ne concerne d'ailleurs pas tous les sujets et l'argument n'est donc pas valable dans tous les domaines. Quant à l'évolution des mœurs, elle fait aussi évoluer le sens des mots, et on ne voit pas pourquoi l'interprétation littérale, qui s'attache au sens 'ordinaire' des termes, devrait retenir le plus désuet.

<sup>14</sup> Mais on glisse insensiblement de la possibilité de rectifier des erreurs matérielles à la faculté d'étendre des textes vagues. Le rejet de l'interprétation littérale ne doit pas être considéré comme une autorisation pour les légistes de faire des lois imparfaites.

étroite. Mais ce travail d'exégèse fait ressortir les faiblesses du texte et conduit régulièrement le Tribunal à se fixer à lui-même des limites qu'il ne peut ensuite respecter. Un exemple caractéristique concerne la définition des groupes protégés contre le génocide, car la définition donnée pour chaque groupe n'est pas compatible avec la notion générique de groupe protégé, faite auparavant <sup>15</sup>.

De surcroît, l'interprétation téléologique, considérée comme intermédiaire des deux autres, mérite elle aussi d'être précisée: « Le juge pénal se voit reconnaître un champ d'interprétation permise que la doctrine pénale qualifie « d'interprétation téléologique », c'est-à-dire une interprétation fondée sur le but de la loi. Le problème se déplace alors. Quel critère de différence entre l'analogie interdite et la téléologie autorisée? Les auteurs ne s'en expliquent pas. Ils se contentent de citer en référence des arrêts de la Cour de cassation qui pour eux illustrent cette méthode téléologique. (...) En définitive, la méthode qualifiée de téléologique apparaît comme un voile jeté sur les cas où la Cour de cassation n'a pas voulu faire respecter la règle que par ailleurs elle défend, depuis le début du XIXe siècle, comme une conséquence inéluctable du principe de légalité » <sup>16</sup>.

Il est intéressant de comparer ce qui vient d'être vu avec la méthode d'interprétation des textes de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Les deux niveaux de compréhension d'un texte y sont envisagés, c'est-à-dire la compréhension du texte en lui-même et la compréhension par rapport à l'ensemble auquel il appartient. Selon l'article 31 de la Convention, l'interprétation du texte doit être faite « ...suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but... ». Le contexte est lui-même précisé comme « ...outre le texte, préambule et annexes... », tous les accords et instruments ayant rapport au traité. Il est également tenu compte des accords et pratiques ultérieurs et des autres règles pertinentes de droit international applicables entre les parties. L'interprétation à partir des travaux préparatoires n'intervient qu'en complément de cette interprétation. Si le texte est clair, elle ne peut que le confirmer. Seul un texte obscur ou absurde après application de l'article 31 peut être expliqué par les travaux préparatoires.

<sup>15</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur contre Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chambre de première instance, 2 septembre 1998, par. 511 s.: « L'appartenance à de tels groupes semblerait ne pas pouvoir être normalement remise en cause par ses membres, qui y appartiennent d'office, par naissance, de façon continue et souvent irrémédiable », définition qui ne peut convenir avec celle des groupes nationaux ou religieux. Sur ces points, voir D. BOYLE, *Génocide et crimes contre l'humanité: convergences et divergences*, dans cet ouvrage, *infra*, p. 124 etc.

<sup>16</sup> C. BARBERGER, *Droit pénal*, Repères La Découverte, 1997, 44.

On constate que ce texte constitue une parfaite synthèse de ce que la doctrine pénale recommande au titre de l'interprétation stricte, alors qu'il n'a jamais eu vocation à s'appliquer à la matière pénale. Ce rapprochement des disciplines n'est cependant pas réjouissant, car il montre l'affaiblissement des principes protecteurs de la liberté individuelle.

2. — Il y a une différence radicale entre la situation du juge en droit interne et celle du TPIR, en ce qui concerne tant les enjeux juridiques que l'enjeu symbolique de la qualification des faits.

A. — En droit interne, l'objectif premier de la qualification est de déterminer la nature de l'infraction pour connaître la procédure applicable et désigner le tribunal compétent. Si la juridiction désignée l'a été par erreur (à l'exception de celles qui ont plénitude de juridiction) elle renverra le dossier au parquet à fins de mieux se pourvoir. En droit pénal international, il n'y a qu'une procédure et qu'un tribunal, mais celui-ci n'a pas plénitude de juridiction. Pourtant, aucune possibilité de réorientation de la procédure n'existe devant le TPIR. Le problème est que, si le fait constitue bien une infraction (et les faits soumis à la juridiction sont au minimum des meurtres, des viols ou des assassinats), mais que ces faits ne sont pas de la compétence du TPIR (un meurtre n'est pas forcément un génocide et les situations de crise civile ou de guerre sont propices aux règlements de compte parallèles), celui-ci ne peut pas renvoyer à un autre Tribunal. Ce risque d'impunité explique peut-être la tentation d'interprétation extensive, notamment par l'assimilation de l'omission à l'action ou de la négligence à l'intention coupable.

La qualification des faits est d'abord faite par le Procureur et elle est provisoire dans tous les actes antérieurs au jugement; la juridiction est saisie *in rem*, elle peut requalifier<sup>17</sup>. On constate que, pour chacun des faits reprochés, l'accusation retient à la fois génocide, crime contre l'humanité, etc. Ce n'est théoriquement pas différent en droit interne puisque le juge est censé avoir examiné les faits de la prévention sous toutes les qualifications dont ils sont susceptibles. Mais, contrairement à ce qui se passe devant le TPIR, d'une part, cet examen est implicite et ne se voit que si la juridiction modifie la qualification initiale pour restituer aux faits leur véritable qualification, d'autre part, cet examen des différentes qualifications est fait, non pour les ajouter les unes aux autres, mais pour déterminer laquelle doit être retenue.

La qualification consiste, comme on l'a dit, à déterminer le texte

<sup>17</sup> D'où un problème de respect du droit de l'accusé « à être informé dans le plus court délai de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui », cf. TPIR, *Le Procureur contre Akayesu*, arrêt d'appel, 7 septembre 2000 par. 102 s.

applicable aux faits. Le principe en droit interne est celui de la qualification unique: « Il serait a priori contraire à la cohérence du système juridique répressif qu'un même fait tombe sous le coup de plusieurs qualifications à la fois. De ce point de vue, tout cumul de qualifications est révélateur en lui-même d'une insuffisante précision de la définition des incriminations, bref, d'un mauvais travail législatif. Si la définition des incriminations a été correctement faite, l'hypothèse d'une pluralité de qualifications est impossible. En réalité, la concurrence des textes incriminateurs n'est alors qu'apparente: après un travail d'éliminations successives, une seule qualification subsistera... »<sup>18</sup>.

De façon véritablement exceptionnelle, le principe de la qualification unique est écarté au profit du cumul de qualifications si un seul comportement manifeste plusieurs intentions délictueuses ou porte atteinte à plusieurs valeurs; dans ce cas, il est possible de faire plusieurs déclarations de culpabilité et on retient, pour la détermination de la peine, les règles du concours réel d'infractions. Retenons cependant que cette détermination de la différence d'intérêts protégés, très hasardeuse, est critiquée en raison de son caractère 'divinatoire', cet élément n'étant presque jamais explicite.

En raison de la multiplication des qualifications dans l'acte d'accusation, la première question que se pose le Tribunal dans le jugement *Akayesu* est celle du « concours d'infractions » et non celle du concours de qualifications, qu'il faut distinguer du concours réel d'infractions: les accusés devant le TPIR se voient tous reprocher des faits multiples (lieux et dates différents). Pour chaque fait, il peut y avoir une déclaration de culpabilité, et ces différentes infractions s'ajoutent les unes aux autres: cette situation s'appelle un concours réel d'infractions (en droit interne, la règle est que l'on peut additionner les peines encourues pour chacune des infractions, dans la limite du maximum légal le plus élevé). En revanche, quand un seul et unique comportement semble entrer dans les prévisions de plusieurs textes, il s'agit d'un conflit de qualifications.

En se plaçant d'emblée sur le terrain du concours d'infractions, le TPI a considéré qu'il devait choisir entre qualification unique et cumul de qualifications, au lieu de poser la qualification unique comme le principe et le cumul comme l'exception, ce qui était pourtant plus logique, s'agissant du Statut qui comporte seulement trois infractions. Sur cette base, le Tribunal retient trois critères d'acceptabilité du cumul: « (1) les infractions comportent des éléments constitutifs différents; ou (2) les dispositions créant les infractions protègent des intérêts distincts, ou (3) il est nécessaire d'obtenir

<sup>18</sup> P. CONTE - P. MAISTRE DE CHAMBON, *Droit pénal général*, Colin 5<sup>ème</sup>, 2000, 127.

une condamnation pour les deux infractions pour rendre pleinement compte du comportement de l'Accusé » (par. 468). La réalité des deux premiers points est affirmée sans démonstration et le troisième point est simplement assorti d'un exemple. Il est pourtant difficile d'être convaincu par de tels critères. Concernant le premier, si tous les éléments constitutifs sont « différents », ils ne devraient justement pas s'appliquer aux « mêmes » faits. Quant au deuxième critère, on ne peut que rappeler l'aspect divinatoire de cette détermination d'intérêts protégés distincts pour des infractions appartenant toutes à la catégorie des violations graves du droit humanitaire. Le troisième critère, enfin, peu éclairant, se distingue mal des deux précédents en dépit d'une formulation orientée vers l'aspect symbolique de la sentence.

Cette pratique des cumuls de qualifications provoque un brouillage important des notions et de leurs frontières, sans même répondre à des impératifs répressifs, s'agissant d'infractions pour lesquelles les peines encourues sont identiques. On voit d'ailleurs dans la sentence prononcée contre Jean-Paul Akayesu toute l'absurdité qu'il y a à additionner des emprisonnements 'à vie', la vie n'étant pas une durée et ne pouvant faire l'objet d'une opération.

B. — En commentant le projet de Convention sur le génocide, Henri Donnedieu de Vabres se posait cette question: « Quel est l'intérêt d'appliquer une qualification spéciale, tirée du mobile, à des faits que le droit pénal ordinaire réprime avec un maximum de rigueur? Quel sera l'effet, sinon de soustraire leurs auteurs à la réprobation commune en les parant d'une étiquette politique, de les soumettre à l'appréciation divergente des partis? »<sup>19</sup>. Il ne reconnaissait à cette Convention que le mérite essentiel de prévoir une juridiction internationale. Il n'imaginait donc pas qu'à l'inverse de ses craintes — rehausser des infractions de droit commun par un caractère politique — la qualification de génocidaire deviendrait la plus infamante, et que cet enjeu symbolique deviendrait essentiel, par-delà l'enjeu répressif ou préventif de la Convention. Mais ce phénomène suscite lui aussi des réserves. Outre que c'est une tâche écrasante et contre nature pour un Tribunal que de manier des symboles, cela a conduit les Tribunaux pénaux internationaux à créer une hiérarchie dans un texte qui n'en comportait pas.

On peut ainsi lire dans le jugement *Akayesu*: « La Chambre ne considère pas qu'un acte quelconque de génocide, les crimes contre l'humanité et ou les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II constituent des formes mineures les uns des autres. Le Statut du Tribunal n'établit pas une hiérarchie des normes; il traite les trois

<sup>19</sup> H. DONNEDIEU DE VABRES, *La répression du génocide*, Dalloz, 1948, 145.

infractions sur un pied d'égalité. Si l'on peut considérer le génocide comme le crime le plus grave, rien dans le Statut n'autorise à dire que les crimes contre l'humanité ou les violations de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II sont, en toute hypothèse, accessoires au crime de génocide et constituent, par suite, des infractions subsidiaires de celui-ci » (par. 470). Ce classement reste d'ailleurs difficile à comprendre, le Tribunal expliquant à la fois qu'il n'y a pas de hiérarchie et que le génocide est le plus grave. Dans le jugement *Kambanda*<sup>20</sup>, rendu deux jours plus tard, la hiérarchie est plus nette: « Il ne semble pas douteux à la Chambre que les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II, malgré leur gravité, soient considérées comme des crimes moindres que le génocide ou le crime contre l'humanité » (par. 14) et « la Chambre considère que ce crime [le génocide] constitue le crime des crimes » (par. 16).

L'importance de cet enjeu symbolique se constate également en regardant l'article 9 par. 2 du Statut: « Quiconque a été traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire ne peut subséquentement être traduit devant le Tribunal international pour le Rwanda que si: a) le fait pour lequel il a été jugé était qualifié crime de droit commun (...) ». Bien que le risque d'impunité soit écarté puisqu'il s'agit de personnes condamnées, le soupçon de les voir échapper aux qualifications suprêmes justifie l'entorse à la règle *non bis in idem*.

On voit aussi que l'enjeu symbolique risque de se retourner contre lui-même, car l'extension de la qualification au plus grand nombre de comportements conduit à galvauder leur signification.

Si l'on fait abstraction des enjeux, et que l'on examine seulement la technique juridique, on voit qu'il n'est pas difficile de trouver des points communs entre le droit pénal national et le droit pénal international. Mais les deux matières partagent essentiellement les problèmes et ont peu de solutions à s'échanger. L'écriture du Statut est conforme à l'état actuel du droit pénal, dont les principes ont souvent perdu de leur fermeté. Et l'on en vient à ce qu'un droit jeune et une institution neuve aient recupéré les défauts d'un système ancien au lieu de bénéficier des leçons de l'expérience.

<sup>20</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur contre Jean Kambanda*, ICTR-97-23-S, Chambre de première instance, 4 septembre 1998.

## DROIT PÉNAL ET PRINCIPE DE LÉGALITÉ: LA PERSPECTIVE DU COMPARATISTE

ELISABETTA GRANDE

SOMMAIRE: 1. Légalité pénale et civilisation juridique: quelle relation? — 2. La légalité formaliste des pays romanistes et la légalité réaliste des pays de *common law*: points de vue différents.

1. — A partir de la Révolution française on nous a toujours expliqué que le principe de légalité en droit criminel, tel qu' il est énoncé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 (« Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée »), représente la garantie minimale pour le citoyen de tout pays civilisé. Dès la première année d'université, les étudiants en droit de l'Europe continentale apprennent, en effet, qu'il n'y a pas de civilisation juridique lorsque la légalité des crimes et des peines (dans le sens jacobin du mot) n'est pas accueillie.

Quelques questions deviennent alors urgentes. La liaison nécessaire du principe de légalité en droit pénal avec le concept de civilisation juridique n'est-elle pas une construction tout à fait interne à la tradition des pays romanistes ? Est-ce que d'autres conceptions de la légalité sont possibles? Est-ce que ces dernières offrent en effet une meilleure protection à l'individu contre les abus du pouvoir public? Est-ce que, enfin, l'exigence de la légalité se pose partout de la même façon ou bien est-elle propre à une seule parmi les différentes traditions juridiques, notamment celle occidentale? Est-ce que, dans ce dernier cas, la perspective selon laquelle on peut considérer comme civilisés les seuls pays où le principe de légalité s'applique est une perspective ethnocentrique, qui marque négativement tout point de vue différent sans chercher à l'insérer dans un contexte?

A de telles questions on peut essayer de donner quelques réponses en situant le problème de la légalité criminelle dans un cadre comparatif, qui tienne en compte des différentes sensibilités juridiques face à la question de la protection de l'individu contre les abus du pouvoir dans le domaine pénal.

D'un côté, on pourrait ainsi constater que l'idée de légalité (même

criminelle) semble appartenir seulement au monde juridique occidental, où une séparation entre les concepts de droit, de religion et de politique existe; ce qui explique l'équation occidentale: principe de légalité criminelle = civilisation.

Le système occidental, « à droit professionnel »<sup>1</sup>, fait appel au principe démocratique dans la formation de ses règles pour gagner l'acceptation des citoyens, tandis que les systèmes « à droit religieux/traditionnel » ou « à droit politique » font recours au monde ultra-terrestre ou à l'idée de transition vers un ordre différent. Donc, la légitimation que le juge occidental obtient en tant que technicien est gagnée par le juge d'autres traditions juridiques au travers de son rôle politique ou religieux<sup>2</sup>. Cela entraîne une différente attitude à l'égard de la légalité. En cas de droit religieux (où la religion l'emporte sur le droit en tant que mécanisme de contrôle social) le juge en effet ne représente pas un pouvoir public et terrestre dont il faut se protéger, et il n'est pas regardé en tant qu'homme avec ses limites humaines, qu'il faut craindre; tout au contraire, il est un religieux, un savant qui représente le surnaturel, il est la voix du transcendant, de « dieu », qui ne peut pas se tromper et qui par définition ne peut pas commettre d'injustices. Il n'est pas question d'un gouvernement des lois opposé à celui des hommes, il est question d'un ordre surnaturel qui l'emporte sur l'ordre terrestre (le *Li* qui l'emporte sur le *Fa*, le *Dharma* qui l'emporte sur l'*Artha*, etc.), d'un ordre où la véritable loi est une loi universelle et ultra-terrestre, où la même personne est à la fois juge et autorité religieuse transcendante. En ce contexte, il n'y a pas de place pour une idée de légalité à l'occidentale: l'ordre universel n'a pas besoin d'une légitimation démocratique là où la certitude n'est pas une valeur. Tout au contraire l'incertitude est parfois souhaitée: c'est pour cela qu'auprès de la philosophie confucéenne les infractions et les peines correspondantes ne doivent pas être connues à l'avance, parce que autrement l'opportunisme et le respect bureaucratique des normes l'emporteraient sur la recherche de la vertu individuelle.

Même dans les pays à droit politique (où la politique l'emporte sur le droit en tant que mécanisme de contrôle social) il n'y a pas de place pour une idée de légalité de type occidental. Ici non plus, le juge n'est pas considéré en tant qu'individu avec ses préférences dont il faut se protéger. Il est en fait un politicien, qui ne peut pas agir à son gré. Il est la voix du parti politique,

<sup>1</sup> Voir U. MATTEI, Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, *American Journal of Comparative Law*, 1997, 5.

<sup>2</sup> Sur la légitimation et sa signification voir P. BOURDIEU, Esprits de l'Etat. Genèse et structure du champ bureaucratique, in *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, P. BOURDIEU, Paris, 1994.

légitimé en tant que projet de transition vers un ordre nouveau; et à son tour c'est le parti qui donne légitimation à ceux qui, s'y identifiant, vont décider les cas concrets. Il n'est donc pas question, ici non plus, d'un gouvernement des hommes en tant qu'opposé à celui des lois, mais d'un gouvernement de la politique qui obtient sa légitimation par l'idée de renverser un ordre donné afin d'atteindre un ordre différent. Dans un tel contexte, la certitude même ne peut pas représenter une valeur: l'idée de transition implique l'incertitude, qu'on accepte en vue d'une certitude future. L'exigence d'une légalité actuelle est en définitive effacée par le souci de s'opposer à une légalité dépassée, devenue dans le temps illégale (la légalité socialiste, par exemple, est en ce sens un concept qui, s'opposant à la légalité bourgeoise, la nie), lorsqu'une nouvelle et véritable « légalité » devient tout simplement un but à atteindre.

Le différent circuit de légitimation des normes et de ceux qui les appliquent explique donc l'indifférence des systèmes à droit politique ou religieux à l'égard d'un principe estimé fondamental chez les pays à droit professionnel.

D'un autre côté, on peut bien observer qu'à l'intérieur même du paradigme occidental des conceptions différentes à l'égard de la légalité criminelle coexistent, et que la conception jacobine n'est pas nécessairement celle qui offre la meilleure protection à l'individu. En effet, le principe *nullum crimen sine lege*, interprété à la manière du juriste romaniste (c'est-à-dire de façon formaliste), nie *a priori* et d'une façon irréaliste tout pouvoir créateur du juge. Cela, paradoxalement, entraîne une protection inférieure de l'individu face aux abus du pouvoir public chez les systèmes « légalistes-formalistes », par rapport à ce qui se passe chez les systèmes qui par tradition, reconnaissent le juge en tant que source de droit et qu'on peut classer ici comme systèmes « à légalité réaliste ». Les véritables garanties contre le pouvoir pénal abusif semblent en effet dériver de la capacité d'un système juridique de comprendre et accepter les dynamiques au sein de la formation des règles de droit criminel, lesquelles comme toute autre règle de droit se caractérisent par la complexité.

La fiction, acceptée chez les juristes romanistes, que la loi formelle soit la seule source du droit criminel efface au contraire la perception d'une telle complexité, et alimente chez les juges romanistes l'ancienne conviction d'être tout simplement la 'bouche de la loi'. La conséquence, c'est un manque de responsabilité publique et privée du juge romaniste au regard de son pouvoir de création d'incrimination (et de la peine). Cela signifie à la fois un manque de règles jurisprudentielles de sauvegarde contre tout abus pouvant dériver de ce pouvoir. La conscience de son pouvoir créateur, même si de moins en moins affichée ouvertement, a toujours conduit le juge de *common law*, au

contraire, à la mise en oeuvre de mécanismes internes à la jurisprudence visant la protection de l'individu contre les risques d'abus découlant tant de son propre pouvoir que de tout autre pouvoir d'incrimination. La légalité criminelle dans les pays romanistes possède alors vraisemblablement un contenu différent que dans les pays de *common law* et, bien que la légalité au sens continental soit considérée comme l'expression la plus haute de la civilisation juridique, l'on peut constater que la légalité non positiviste des pays de *common law* est beaucoup plus efficace contre les abus du pouvoir public dans le domaine pénal.

En définitive, le regard du comparatiste permet de relativiser les points de vue internes à un système ou à une famille juridique, en montrant les limites vis-à-vis des pratiques et des points de vue d'autres traditions de droit. Il nous permet aussi de comprendre que certaines exigences, celle de la légalité criminelle par exemple, ne sont pas universelles, mais qu'elles sont liées à une structure juridique de fond particulière. La liaison nécessaire entre la reconnaissance d'un principe juridique et la réalisation de la « civilisation », que parfois un système donné considère comme un dogme, peut ainsi se révéler arbitraire par rapport à un contexte plus large. Le concept même de civilisation juridique apparaît en effet tout à fait relatif, lié à une structure de fond particulière et parfois instrumentée à fin d'hégémonie.

2. — Encore très récemment <sup>3</sup> le juge anglais s'accordait théoriquement le pouvoir de « découvrir » de nouvelles infractions criminelles en dehors de tout texte législatif. Et cela se vérifiait chaque fois qu'il s'agissait de punir un comportement contraire aux bonnes mœurs ou bien nuisible pour la collectivité (on parle de *common law misdemeanor doctrine*). En plus, le système anglais n'a jamais accepté le principe que toute infraction criminelle soit d'origine légale: en effet, il connaît des infractions d'origine jurisprudentielle (*common law crimes*), c'est-à-dire des infractions qui ne trouvent pas leur définition dans un texte de loi, mais qui, jadis créées, continuent d'exister et d'être appliquées (c'est entre autres le cas même du meurtre). La règle du précédent, appliquée au domaine criminel, confère enfin au juge anglais une position très importante parmi les sources du droit.

Est-ce que tout cela signifie que le système anglais n'est pas au même niveau de civilisation juridique que les systèmes italien, français et allemand, qui ont depuis longtemps codifié la règle *nullum crimen sine lege*? Est-ce que, jusqu'aux récentes décisions judiciaires qu'on vient d'indiquer, les Anglais

<sup>3</sup> C'est-à-dire jusqu'aux décisions judiciaires *Regina v. Knüller*, A.C., 435, 1973; *D.P.P. v. Withers*, 3 W.L.R. 751, 1974; *Regina v. Bow Street Magistrates Court, Ex parte Choudhury*, Q.B.D., apparues sur le *Times Law Report* du 10.4.1990, qui affirment que le juge n'a pas un *law making power* dans le domaine pénal.

étaient dépourvus de toute sauvegarde de leur libertés individuelles de façon comparable à ce qui se passait lors du nazisme en Allemagne? Est-ce que la sauvegarde des libertés individuelles est une question formelle, s'attachant tout simplement à des énoncés? Est-ce que finalement le principe *nullum crimen sine lege* représente véritablement une condition nécessaire et suffisante pour sauvegarder les individus contre les abus qui peuvent être commis dans le domaine criminel?

Un coup d'œil à la *law in action* anglaise nous permet de donner une réponse négative à ces questions et nous donne la possibilité de conclure que le principe de stricte légalité, comme interprété par les Italiens, les Allemands ou les Français, ne se présente pas tout à fait en tant que voie obligée pour limiter les abus du pouvoir public. Tout au contraire, le positivisme sous-tendu à la notion du *nullum crimen sine lege* empêche la mise en oeuvre d'une protection large des libertés individuelles, ce qui fait que l'accueil du principe *nullum crimen sine lege* n'est pas non plus une condition suffisante pour atteindre des garanties efficaces dans le domaine pénal.

Malgré l'absence formelle du principe en question, depuis au moins deux siècles, le système anglais est en effet considéré comme le berceau des sauvegardes contre les abus de l'Etat. La *rule of law*, c'est-à-dire l'idée qu'il y ait un gouvernement de la loi et non pas des hommes, y avait déjà trouvé son expression à partir environ du XIV<sup>ème</sup> siècle, lorsque les Cours Royales abandonnèrent le critère de l'équité pour appliquer la règle du précédent. Cela donna au droit un caractère d'objectivité et au juge le rôle du technicien, en tant que pur 'révéléateur' d'une règle préexistante dans la *common law*. A la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle cependant, le criticisme de Bentham dévoila au monde anglais la fiction qui était propre de la théorie déclarative de la *common law*. La prise de conscience à l'égard du pouvoir créateur du juge anglais qui en découla fut riche en conséquences: d'un côté, il en résulta un désir collectif de certitude et de prévisibilité du droit qui, à l'égard du précédent entraîna, à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, la stricte règle du *stare decisis*; de l'autre côté, en poursuivant la 'découverte' de nouvelles infractions criminelles, les juges anglais n'auraient pas pu garder leur rôle de techniciens, puisque la rupture avec le principe de la *rule of law* aurait paru évidente. C'est pour cela que, n'abdiquant pas théoriquement leur pouvoir créateur dans le domaine pénal, les juges déférèrent en réalité au Parlement toute tâche de créer de nouvelles infractions <sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Sur ce point voir les affirmations de G.L. WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, Londres, 1961, 594: «*It is true to say that for the last two centuries nearly all distinctive innovations have been by the legislature. Thus the offence of obtaining property by false pretences had to be created by statute in 1757, the judges having refused to develop this branch*

Par ailleurs, les juges anglais avaient depuis longtemps mis en oeuvre des sauvegardes très efficaces contre les risques d'abus qui auraient pu dériver pour les individus du législateur criminel. L'infraction d'origine législative, au contraire de l'infraction en *common law*, avait en effet été perçue par le juge anglais comme une infraction nouvelle et pour cela sa rétroactivité avait été bientôt empêchée par une règle jurisprudentielle très respectée<sup>5</sup>. Le désir du juge anglais de protéger les libertés individuelles contre les abus d'un législateur sanguinaire, qui aux temps de la révolution industrielle prévoyait la peine de mort pour des infractions mineures, explique aussi la règle - toujours d'origine jurisprudentielle - de *strict construction* des lois criminelles (selon laquelle « *If there is a reasonable interpretation which will avoid the penalty in any particular case we must adopt that construction. If there are two reasonable constructions we must give the more lenient one* »<sup>6</sup>). Avec la progressive humanisation du droit criminel, cette règle perdit de son importance, mais elle resta quand même dans le droit anglais sous forme d'interdiction de l'extension analogique des textes d'incrimination<sup>7</sup> et d'inapplica-

*of the law. Embezzlement was created by statute in 1799, fraudulent conversion in 1812, misappropriation by bailees in 1857, and incest in 1908. In all these instances the judges had refrained from extending the criminal law on their own initiative or else it was quite clear beforehand that they would not do so; and Parliament had to intervene* ». Pour les nombreuses décisions judiciaires qui avaient refusé d'étendre le domaine criminel par voie jurisprudentielle, voir aussi ARCHBOLD'S, *Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases*, Londres, 1959, 11 et RUSSELL, *On Crime*, 11<sup>ème</sup> éd., C. Turner, Londres, 1958, 11-13.

<sup>5</sup> La défense de rétroactivité de la loi pénale est très ancienne dans le système anglais: « *No law, made after a fact done, can make it a crime...*For before the law, there is no trasgression of the law » nous dit déjà HOBBS, dans son *Leviathan*, Londres, 1651, ch. 27, 28. Voit aussi G. WILLIAMS, *Criminal Law, The General Part*, cit., 58 s. Même BENTHAM, *The Works of Jeremy Bentham*, I, Edimbourg, 1843, 326, écrit à ce sujet: « *This is one of the noblest characteristics of the English Tribunals: they have generally followed the declared will of the legislator with scrupulous fidelity, or have directed themselves as far as possible by previous judgement...* This rigid observance of the laws may have had some inconveniences in an incomplete system, but it is true spirit of liberty which inspires the English with so much horror for what is called an *ex post facto law* ».

<sup>6</sup> Voir LORD M.H. ESHER, *Tuck and Sons v. Prister*, 19 Q.B.D. 1887, 638.

<sup>7</sup> « A penal law then, shall not be extended... by construction. The law of England does not allow of constructive offences, or of arbitrary punishments. No man incurs a penalty unless the act which subjects him to it is clearly both within the spirit and the letter of the statute imposing such penalty. 'If these rules are violated' said Best, C.J., in the case of *Fletcher v. Lord Sondes* (3 Birmingham 580), 'the fate of accused is decided by the arbitrary discretion of judges, and not by the express authority of the law' », nous explique DWARRIS, *A General Treatise on Statutes*, 1873, 247, en éclaircissant le rapport entre le juge anglais et la loi formelle. J. HALL, *General Principles of Criminal Law*, New York, 1960, 47, pour sa part, souligne que l'extension analogique des lois criminelles est interdite en *common law* en tant qu'une « *deliberate, judicial law-making* ».

tion des lois vagues<sup>8</sup>. Les sauvegardes dans le domaine pénal, qui dans les pays romanistes étaient imposées *de haut*, par le principe écrit de stricte légalité, en Angleterre avaient donc été garanties au niveau de règles jurisprudentielles, c'est-à-dire au niveau de leur application, ce qui leur donnait une efficacité remarquable.

De plus, le rapport entre le juge anglais et la loi formelle est tout à fait différent de son rapport avec la *common law*. Un *common law crime*, jusqu'à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, lui apparaissait comme ayant toujours existé, par conséquent sa 'découverte' ne pouvait pas poser de problèmes de rétroactivité. L'infraction législative, au contraire, est aux yeux du *common lawyer* une infraction tout à fait nouvelle, dont l'interprétation qui s'éloigne de la *strict construction* confère à l'interprète un pouvoir créateur qui n'est pas tellement différent du pouvoir législatif et à l'égard duquel le problème de rétroactivité peut bien se poser. L'énoncé législatif n'étant pas autonome de son interprétation, un revirement jurisprudentiel à cet égard équivaut pour le juge anglais à son amendement législatif, contre lequel — si défavorable — les individus doivent être sauvegardés. D'autre part, l'interprétation extensive (*liberal construction*) des lois criminelles — admise par le système anglais à partir de la moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, à côté de l'interprétation littérale — permet au juge de parer les défauts d'un texte législatif et de lui donner toute l'ampleur désirable, ce qui fait que l'activité interprétative soit ressentie par le juriste de *common law* comme très proche de celle législative. Par conséquent, lorsque les lacunes, par voie d'« interprétation », sont comblées d'une façon inattendue par le contexte juridique, pour le *common lawyer* se pose en effet un problème de sauvegarde des citoyens contre la rétroactivité de la nouvelle infraction créée par l'interprétation. Le mécanisme de protection que le système anglais a prédisposé à cet égard est en même temps discret et efficace. Il s'agit d'un mécanisme mis en oeuvre au niveau du *sentencing*, c'est-à-dire de la détermination de la peine, niveau auquel le système anglais a traditionnellement réparé toute injustice se réalisant au niveau de l'incrimination<sup>9</sup>. Face à un revirement jurisprudentiel, défavorable au prévenu, concernant l'interprétation d'un texte législatif (mais, après la chute de la théorie déclarative de la *common law*, d'un *common law crime* aussi<sup>10</sup>) ou à une hypothèse de *first impression* (c'est-à-dire

<sup>8</sup> Voir sur ce point G. WILLIAMS, *The General Part*, cit., 578

<sup>9</sup> Voir, pour le large emploi du pardon royal par exemple, J. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Londres, 1979, 420. Pour l'actuel emploi de l'*absolute discharge* là où l'application de la peine serait ressentie comme injuste, voir M. WASIK, *The Grant of an Absolute Discharge*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, n. 2, 1985, 211 s.

<sup>10</sup> Voir *Button v. D.P.P.* (1965), 66 *Cr. App. R.*, 36 s., spéc. 44., concernant une hypothèse dans laquelle la *House of Lords* élargissait par voie de revirement jurisprudentiel la

à une interprétation extensive jamais rendue auparavant, lorsque le fait auquel le juge est confronté est difficilement reconnaissable *prima facie* comme une occurrence du type normatif, les juges anglais adoptent la technique de ne pas appliquer la peine. L'*absolute discharge*, c'est-à-dire la condamnation sans peine, ou bien la *concurrent sentence*, c'est-à-dire l'absorption d'une peine par une autre, permettent en effet une condamnation purement formelle, ce qui en même temps protège le prévenu contre la rétroactivité de la nouvelle infraction et cache aux yeux de la collectivité le pouvoir créateur du juge qui y est sous-tendu. La technique utilisée est aussi efficace puisque la règle vient de ceux qui doivent l'appliquer, ce qui fait qu'elle est respectée <sup>11</sup>.

Dans les mêmes situations, le juge des pays romanistes ne met traditionnellement en oeuvre aucune sauvegarde contre les infractions créées par interprétation, car la rhétorique du principe de légalité lui empêche toute prise de conscience de son pouvoir créateur à l'égard d'infractions criminelles. Comme jadis le juge anglais à l'égard de la *common law*, le juge italien, français ou allemand fait montre de tout simplement « rechercher » et « découvrir » le vrai sens d'une loi d'incrimination; ce qui fait, donc, que dans l'esprit collectif — ainsi le veut la conception libérale de la protection des citoyens — la loi formelle reste la seule source du droit pénal <sup>12</sup>.

sphère d'un *common law crime*: l'*affray*, mais au moment de la détermination de la peine appliquait le critère de l'absorption en fonction de *prospective overruling* (c'est-à-dire pour empêcher la rétroactivité de la règle nouvelle).

<sup>11</sup> Pour une analyse plus approfondie de ces thèmes je renvoie à E. GRANDE, La sentenza n.364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di « common law »: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto, *Fit.* 1990, 3 s.; E. GRANDE, Principio di legalità e diritto giurisprudenziale: un'antinomia?, *Pd*, XXVII, n.3, 1996, 469 s.

<sup>12</sup> Pour une récente, même encore si limitée, ouverture du juriste romaniste à l'égard d'une notion élargie de légalité pénale qui prend en compte le rôle créateur du juge, voir, entre autres, M. VOGLIOTTI, Penser l'impensable: le principe de la non-rétroactivité du jugement pénal *in malam partem*. La perspective italienne, in *Droit transitoire jurisprudentiel — Perspective comparative*, *Rev. Dr. Ulb* 26, 2002, 59 s. Sur ce thème voir aussi S. MANACORDA, Ius commune criminale? Enjeux et perspectives de la comparaison pénale dans la transition des systèmes, in *Variations autour d'un droit commun, Première Rencontres de l'UMR de droit comparé de Paris*, Paris 28-29 mai 2001, sous la direction de M. DELMAS-MARTY - H. MUIR WATT - H. RUIZ FABRI, Paris 2002, 11 s.

D'ailleurs une impulsion vers une redéfinition généralisée du principe de légalité en termes réalistes provient de la Cour européenne des droits de l'homme. D'après les juges de Strasbourg la notion de « loi », prévue dans l'intitulé de l'art. 7 de la Convention européenne (« pas de peine sans loi »), englobe, en effet, « le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle » (arrêts *Sunday Times c. Royaume-Uni* du 26 avril 1979 et *Malone c. Royaume-Uni* du 2 août 1984, mais aussi *Kruslin c. France* et *Huwig c. France* du 24 avril 1990 et *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, par. 29), et l'écriture judiciaire du droit aurait la fonction de « compléter » l'écriture législative du droit pénal (*Müller et autres c. Suisse*, du 24 mai 1988,

Une comparaison qui ne s'arrête pas aux simples énoncés nous permet finalement de constater comment, malgré l'absence du principe formel de légalité, et pourtant justement en raison de cela, le système anglais garantit en fait à ses citoyens la sauvegarde la plus étendue contre les abus du pouvoir public dans le domaine criminel. Les limites du principe formel de légalité nous apparaissent alors évidentes, ainsi que la nécessité d'une protection complexe face à la complexité de la règle de droit.

Si, du niveau de l'incrimination on passe à la détermination de la peine, on peut constater comment sur ce plan aussi l'absence dans le système anglais d'un principe de légalité, qui impose que la peine soit tout à fait établie par le législateur et que le juge dans sa concrète détermination suive tout simplement les critères législatifs, n'équivaut pas à l'absence de garantie contre les abus de pouvoir. Malgré l'existence de *common law crimes*, dont la peine *at large* (c'est-à-dire qui va d'un minimum d'une *absolute discharge* à un maximum d'une *life sentence*) n'est pas établie par le Parlement et malgré l'absence jusqu'à 1991 (lorsque le *Criminal Justice Act* a été promulgué) de n'importe quelle indication législative au sujet de la peine concrètement à appliquer par le juge <sup>13</sup>, le système anglais a quand même offert aux citoyens une garantie d'objectivité en ce qui concerne la détermination des peines. Encore un fois, ce sont des règles internes, c'est-à-dire qui émanent de ceux qui doivent les appliquer, qui établissent les critères pour une détermination de la peine uniforme et non pas arbitraire. Ce sont en effet les principes à l'égard de la peine à appliquer, énoncés par la *Court of Criminal Appeal* à partir de son institution en 1907, les *guideline judgments* de la *Court of Appeal* (à partir des années soixante-dix), publiés également dans les répertoires jurisprudentiels consacrés entre autres au *sentencing* (à partir de 1954 avec la *Criminal Law Review*) à ou l'égard du *sentencing* exclusive-

par. 29, et *Kokkinakis c. Grèce*, du 25 mai 1993, par. 40; voir aussi l'arrêt *S.W. c. Royaume-Uni*, du 22 novembre 1995 et, pour une prise de position critique à cet égard, S.VAN DROOGHENBROECK, Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale, *Revue trim. droits de l'homme*, 1996, 463 s.). Pour les répercussions d'une telle redéfinition de la légalité pénale sur le droit interne des pays membres du Conseil de l'Europe en cas d'application rétroactive d'une nouvelle norme jurisprudentielle, voir S. RIONDATO, Retroattività del mutamento penale giurisprudenziale sfavorevole, tra legalità e ragionevolezza, in *Diritto e clinica per l'analisi della decisione del caso*, Padoue, 2000, 241.

<sup>13</sup> Lors de *statutory crimes* le Parlement énonçait en effet tout simplement le maximum, en laissant au pouvoir discrétionnaire du juge le choix entre une *absolute discharge*, une *conditional discharge*, une peine pécuniaire, un *community service order*, une peine de détention, etc., selon le maximum établi.

mentement (dès la publication en 1970 de la première édition des *Principles of Sentencing* du Dr. Thomas, suivie en 1979 par la publication des *Criminal Appeal Reports- Sentencing* et de l'encyclopédie *Current Sentencing Practice*), mais surtout les règles intériorisées par les juges mêmes au moment de leur formation, qui font que l'activité du *sentencing* n'est pas arbitraire en Angleterre, mais pour ainsi dire, un pouvoir discrétionnaire réglé.

Tout au contraire, l'activité de détermination de la peine du juge d'un pays légaliste comme l'Italie, bien qu'apparemment strictement limitée par la volonté du législateur (qui en principe établit le minimum et le maximum de peine pour chaque infraction, les critères à suivre pour son individualisation concrète — art. 132, 133, 133bis du Code pénal —, les faits qui donnent lieu à sa diminution et à son aggravation et la qualité ou quantité d'aggravation ou diminution correspondantes), est en effet une activité à pouvoir discrétionnaire non réglé. Au delà des énoncés formels, en fait le juge italien garde à ce sujet un pouvoir discrétionnaire remarquable, qu'il ne sent cependant pas le besoin de régler, car ce pouvoir est caché sous le voile de la légalité. Il suffit ici de mentionner la possibilité qu'il a de 'mettre en balance' toute circonstance aggravante contre toute atténuante et de déclarer les unes prédominantes sur les autres comme il veut, de remplir à sa discrétion le contenu de termes comme 'circonstances atténuantes génériques', d'interpréter les critères de détermination de la peine établis par le législateur en fonction de la rétribution ou bien de la réintégration sociale du condamné, ce qui conduit à des conséquences au niveau de la sanction tout à fait opposées. Le juge italien, apparemment pur interprète d'une volonté supérieure, maintient donc sa légitimation en tant que technicien, mais il n'offre pas les mêmes garanties d'objectivité et de prévisibilité de la peine que son collègue anglais.

« *Often is not the formal rules and principles but rather the spirit and aims with which the exercise of discretion is approached which determine outcomes* », nous dit Andrew Ashworth<sup>14</sup>. C'est exactement le différent esprit à l'égard de son propre pouvoir discrétionnaire — au sujet de la détermination de la peine aussi bien que de l'incrimination — qui fait que le juge d'un pays « à légalité réaliste », comme l'Angleterre, offre, contre les abus qui d'un tel pouvoir peuvent dériver une protection meilleure que le juge d'un pays à légalité 'formaliste', qui ne reconnaît même pas l'existence de ce pouvoir.

L'on aurait pu croire, en conclusion, que l'accueil formel du principe *nullum crimen nulla poena sine lege* était la condition nécessaire pour être

<sup>14</sup> *Sentencing and Criminal Justice*, Butterworths, 1995, 32.

civilisé; à travers une comparaison qui ne s'arrête pas aux énoncés, on a pourtant découvert qu'il y a des pays qui formellement n'acceptent pas ce principe, mais où grâce à cela la protection des libertés individuelles est plus forte.



## Section 2

### CRIMES ET ACTES PUNISSABLES

La coexistence problématique de sources différentes qui convergent dans la création de la norme pénale internationale s'apprécie aisément en relation avec les définitions statutaires des crimes. Ces dernières sont calquées sur les conventions préexistantes, comme c'est le cas pour le génocide et les principaux crimes de guerre, ainsi que sur la précédente évolution jurisprudentielle, telle celle qui a eu lieu pour les crimes contre l'humanité.

La genèse internationaliste commune aux définitions des articles 3 à 6 StTPIY et 2 à 5 StTPIR entraîne des conséquences sur la structure de l'infraction, qui s'articule dès lors sur deux niveaux. D'une part, elle est liée à un *contexte* dans lequel les actes sont punissables, aspect proprement internationaliste mais riche d'implications pénales: c'est le 'chapeau', dans le langage traditionnel, qui concourt à définir le comportement matériel (ainsi délimitant le champ d'application de la norme) et l'élément moral, lequel doit réfléchir les circonstances dudit contexte. D'autre part, l'infraction s'articule autour d'une *pluralité d'actes* punissables en forme alternative qui expriment le noyau du comportement interdit (homicide, coups et blessures, persécution, etc.) et qui sont énoncés sans être définis.

Ce double niveau de description de l'infraction, ainsi que l'absence de précisions quant aux éléments constitutifs de chaque acte punissable, fait surgir des questions partiellement nouvelles quant à la relation entre normes, ainsi qu'une fois de plus une étendue importante du pouvoir du juge. Du travail des Tribunaux apparaît donc l'extension progressive des crimes de guerre des conflits internationaux aux conflits internes (Palombino), la détermination inachevée des éléments constitutifs du génocide (Bruno), et la recherche d'un concept de torture propre au droit international pénal partiellement distinct de celui émergeant dans le droit des droits de l'homme (De Vittor). De plus, c'est le rapport entre crimes, et notamment la possibilité de les distinguer — entraînant au plan pratique la possibilité de donner lieu à un concours apparent ou réel d'infractions — qui se révèle problématique, la question des relations existant entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité étant à cet égard paradigmatique (Boyle).

# LES CRIMES DE GUERRE DANS L'ÉVOLUTION DU DROIT INTERNATIONAL DES CONFLITS ARMÉS ET LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE \*

FULVIO M. PALOMBINO

SOMMAIRE: 1. Les crimes de guerre comme garantie du droit de la guerre. — 2. Les éléments constitutifs des crimes de guerre. — A. L'existence d'une guerre ou d'un conflit armé. — B. La violation qualifiée d'un intérêt protégé par le droit de la guerre. — 3. Les crimes de guerre dans les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. — 4. Les crimes de guerre dans le Statut de la Cour pénale internationale.

1. — La difficulté croissante de distinguer les crimes individuels de guerre d'autres formes criminelles requiert une délimitation exacte de ce concept qui tient compte de la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux. C'est en particulier dans le cadre de l'activité de la *Law Clinic de droit pénal international* que la recherche prend une signification spécifique.

Si l'on veut introduire correctement le thème évoqué, il est nécessaire de faire, tout d'abord, quelques considérations de caractère général et de prendre comme point de départ la notion du droit de la guerre, dont les crimes de guerre mêmes constituent une catégorie caractéristique <sup>1</sup>.

Ce que l'on peut déduire d'une considération objective de la pratique internationale est que le droit de la guerre, ou mieux le *jus in bello*, peut être défini aussi bien *positivement* que *négativement*. Entendu dans un sens *positif*, il se présente comme l'ensemble des principes et des règles qui régissent la conduite de la guerre et qui, dans les rapports entre les belligérants, prescrivent quels comportements peuvent être considérés comme licites. Entendu dans un sens *négatif*, vice versa, le droit de la guerre tend à poser des limites à l'exercice de la violence belliqueuse, aussi bien de la part des États que de la part des individus impliqués dans le conflit armé, en

\* Traduction par Isabelle Mansuy.

<sup>1</sup> Il est, en revanche, fait abstraction, dans notre exposé, du problème de la responsabilité étatique pour la commission des crimes de guerre.

cherchant à le circonscrire au strict nécessaire. Que l'on utilise l'une ou l'autre des définitions précitées, la substance, de toute façon, ne change pas. On doit observer, en revanche, comment cette branche du droit international continue à se caractériser surtout par ses aspects humanitaires<sup>2</sup>. Ce n'est pas un hasard, en ce sens, si la plus grande partie des conventions multilatérales en ce domaine, conclues à partir de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, se limite à traduire en normes écrites des principes de droit coutumier préexistants<sup>3</sup>.

Pour le reste, la quatrième Convention de La Haye de 1907 sur les violations des lois et des coutumes de la guerre, avec le règlement annexé, et les quatre Conventions de Genève de 1949 sur le droit humanitaire de guerre successivement intégrées par deux protocoles de 1977 sur la protection des victimes des conflits armés, qu'ils soient internationaux ou non, méritent une attention particulière dans l'optique ici examinée<sup>4</sup>. Selon l'*opinio juris* des États, en effet, le manquement au respect des Conventions précitées, dont la

<sup>2</sup> Sur le droit de la guerre cf., entre autres, G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Bellico*, Milan 1954; A.P. SERENI, *Diritto Internazionale*, IV, *Conflitti Internazionali*, Milan 1965; G. SCHWARZENBERGER, *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, II, *The Law of Armed Conflict*, Londres 1968; C. ROUSSEAU, *Le Droit des Conflits armés*, Paris 1983; *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, sous la direction de D. FLECK, Oxford 1995; E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruxelles, 1999; I. DETTER, *The Law of War*, 2<sup>ème</sup> éd., Cambridge 2000; L.C. GREEN, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2<sup>ème</sup> éd., Manchester 2000; A. CASSESE, *International Law*, New York 2001; N. RONZITTI, *Diritto Internazionale dei Conflitti Armati*, 2<sup>ème</sup> éd., Turin 2001.

<sup>3</sup> Cela ressortait déjà de l'arrêt du 1er octobre 1946 rendu par le Tribunal pénal international de Nuremberg, selon lequel: « The law of war is to be found not only in treaties, but in the customs and practices of States which gradually obtained universal recognition, and from the general principles of justice applied by jurists and practised by military courts in many cases treaties do more than express and define for more accurate reference the principles of law already existing ». Le texte de l'arrêt est publié in *AmJintL*, 1947, 216. Pour un commentaire, cf. G.A. FINCH, *The Nuremberg Trial and International Law*, *ibid.*, 20; Q. WRIGHT, *The Law of the Nuremberg Trial*, *ibid.*, 38.

<sup>4</sup> Les quatre Conventions de Genève de 1949 concernent: 1) l'amélioration du sort des blessés et des malades des forces armées en campagne; 2) l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées en mer; 3) le traitement des prisonniers de guerre; 4) la protection des civils en temps de guerre. Il est intéressant de remarquer qu'aussi bien les sources conventionnelles du droit de la guerre, que les conventions précitées, se différenciant en cela de tous les autres traités multilatéraux en la matière, ne contiennent pas la clause nommée *si omnes*, prévoyant en revanche, à l'article 2 commun, que: « ...Si l'une des Puissances en conflit n'est pas partie à la présente Convention, les Puissances parties à celle-ci resteront néanmoins liées par elle dans leurs rapports réciproques. Elles seront liées en outre par la Convention envers ladite Puissance, si celle-ci en accepte et en applique les dispositions ». Parmi les premiers commentaires des Conventions, cf. J. GUTTERIDGE, *The Geneva Conventions of 1949*, *BritYIntL*, 1949, 298.

valeur coutumière est unanimement acceptée, équivaut à la commission d'un crime de guerre.

Cela étant posé, il nous semble indiscutable que le droit reconnu à chaque État de punir ou d'extrader les criminels de guerre sur la base du principe de *l'universalité de la juridiction pénale*<sup>5</sup> doit être qualifié de garantie du droit international des conflits armés. Les normes de droit de la guerre, en effet, de même que toute autre norme juridique, pour être concrètement appliquées, requièrent l'identification de moyens qui incitent à les respecter et qui permettent d'en réprimer la violation. Le concept de garantie, donc, comme cela a été observé, même dans le contexte du droit international commun, « est... plus large que celui de *sanction*, dans la mesure où il comprend tout acte, procédé... et situation qui vise à maintenir ou rétablir cet équilibre social perturbé, potentiellement ou effectivement, par les sujets. Norme et garantie sont dans un rapport de présupposition réciproque, la norme étant telle seulement dans la mesure où elle est socialement garantie »<sup>6</sup>. Mais, pour comprendre quelle est la portée effective de la garantie précitée et comment les Tribunaux pénaux internationaux ont contribué à la renforcer, il faut, à ce point, fournir une définition des crimes de guerre et en identifier les éléments constitutifs.

2. — Les crimes de guerre ont été définis pour la première fois, de manière systématique, dans l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, selon lequel pouvaient être qualifiés de crimes de guerre les violations des lois et des coutumes de guerre comme, par exemple, la tuerie des otages ou la destruction injustifiée de villes. Mais, si l'on fait abstraction de la définition générique que l'on vient d'énoncer et que l'on cherche, au contraire, à isoler les éléments constitutifs de l'incrimination en question, il est évident que les conditions requises par le droit international général pour constituer de tels crimes sont *deux*, à savoir l'existence d'une guerre ou d'un conflit armé et, d'autre part, l'atteinte particulièrement qualifiée à des intérêts protégés par le droit de la guerre<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> A cet égard, il a été observé, toutefois, que le principe en question ne devrait pas être interprété dans le sens suivant: « ...En l'absence d'un quelconque rattachement avec l'État du juge, le criminel international pourrait être jugé même s'il n'est pas physiquement présent sur le territoire de l'État, à savoir par contumace. La pratique n'autorise pas une conclusion contraire, à part quelque loi interne, ... mais qui, sur cet aspect, n'a pas encore trouvé d'application jusqu'à présent »: B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, 6<sup>ème</sup> éd., Naples 2002, 216.

<sup>6</sup> Ainsi, R. QUADRI, *Diritto Internazionale Pubblico*, 5<sup>ème</sup> éd., Naples 1968, 229.

<sup>7</sup> Sur les crimes de guerre, cf. G. BALLADORE PALLIERI, cit., 362; G. SPERDUTI, *Crimini internazionali*, Ed, XI, Milan 1962, 337; G. SCHWARZEMBERGER, cit., 462; F. FRANCONI, *Crimini internazionali*, *DigDPen*, IV, Turin, 1989, 464; B. B. JIA, *The differing concepts of war crimes*

A. — En ce qui concerne la première condition requise, il s'agit essentiellement d'établir *quand* a commencé une guerre et, donc, à partir de quel moment peuvent être appliqués les mécanismes de garantie du droit de la guerre, y compris celui qui consiste dans le droit de réprimer les crimes de guerre <sup>8</sup>.

Dans le passé, la doctrine était divisée sur ce point. Certains auteurs considéraient nécessaire de fournir une définition objective de la guerre, ou mieux d'établir quels critères devaient être satisfaits pour qu'une guerre soit constituée <sup>9</sup>. Cette interprétation, toutefois, resta minoritaire en raison de la difficulté naturelle d'identifier une notion de guerre partagée au niveau universel, et une approche de type *subjectiviste* finit, en revanche, par s'affirmer.

Selon cette approche, en particulier, pour que surgisse un *état de guerre*, un sujet de droit international devait manifester sa propre volonté d'être en guerre contre un autre, volonté que l'on pouvait déduire de comportements probants ou d'une déclaration expresse. Mais cela finissait par créer « une séparation artificielle entre 'l'état de guerre' comme concept juridique et le fait de la guerre entendu comme combat en cours » <sup>10</sup>. Par conséquent, paradoxalement, il pouvait y avoir un état de guerre sans hostilités.

Sans aucune importance, en revanche, était l'existence d'une *juste cause*, c'est-à-dire d'un titre qui rendait une guerre légitime. Comme nous l'avons observé, en effet, cette question appartenait exclusivement à la sphère de la morale, là où, sur le plan strictement juridique, tout ce qui était exigé pour fournir à la guerre une base de légalité était cet élément subjectif dont nous avons déjà discuté <sup>11</sup>.

and crimes against humanity in International Criminal Law, in *The reality of international law. Essays in honour of Ian Brownly*, sous la direction de G. S. GOLDWIN-GILL-S. TALMON, Oxford/New York 1999, 243-271; *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*, Milan 1998, sous la direction de P.L. ZANARDI - G. VENTURINI - R. ABI-SAAB; Les crimes de guerre, in *Droit International Pénal*, sous la direction de H. ASCENSIO - E. DECAUX - A. PELLET, Pedone, Paris 2000, 265; T. MERON, *War Crimes Law Comes of Age*, New York 1998; E. GREPPI, *I crimini di guerra e contro l'umanità nel diritto internazionale*, Turin 2001.

<sup>8</sup> Sur ce point, cf., dans la doctrine, G. BALLADORE PALLIERI, cit., 3; A.P. SERENI, cit., 1891; G. SCHWARZEMBERGER, cit., 59; A. CURTI GIALDINO, *Guerra (diritto internazionale)*, Ed, XIX, Milan 1970, 849; D. TURNS, War crimes without war? — the applicability of international humanitarian law to atrocities in non-international armed conflicts, *AffintL*, 1995, 804; C. GREENWOOD, The Concept of War in Modern International Law, *IntCLQ*, 1987, 283; I. DETTER, cit., 3; N. RONZITTI, cit., 120.

<sup>9</sup> C'est l'opinion soutenue, entre autres, par E.M. BORCHARD, *War and Peace*, *AmJntL*, 1933, 114.

<sup>10</sup> Ainsi C. GREENWOOD, cit., 286.

<sup>11</sup> Dans le sens ici indiqué, cf., entre autres, G. BALLADORE PALLIERI, cit. 21.

A partir de la fin de la Deuxième Guerre mondiale, de toute façon, la majeure partie de la doctrine internationaliste, compte tenu aussi de la nature controversée de l'approche subjectiviste suivie dans le passé, a commencé à placer, à côté du concept de *guerre*, celui de *conflit armé*, en cela confortée, d'ailleurs, par l'article 2 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949, selon lequel ces Conventions auraient trouvé application: « en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles ».

Comme il a été observé en particulier: « Bien que le terme de conflit armé n'ait pas encore remplacé celui de guerre, le développement vers l'abolition complète de cette dernière notion apparaît désormais évident »<sup>12</sup>. Le concept de conflit armé, en effet, outre qu'il couvre l'hypothèse, toujours plus fréquente dans la pratique internationale, des conflits internes<sup>13</sup>, aurait surtout l'avantage d'éviter qu'un État, en niant l'existence d'une véritable guerre, omette d'appliquer le droit humanitaire.

On ne peut pas partager, en revanche, l'opinion doctrinale selon laquelle, s'il faut opérer une distinction entre guerre et conflit armé, même seulement à des fins de classification, l'unique critère utilisable est celui qui se base sur les dimensions des hostilités<sup>14</sup>. A notre avis, en effet, le problème n'est pas d'ordre formel, mais plutôt substantiel.

B. — Relativement à la seconde condition requise pour constituer un crime de guerre, elle consiste en l'existence d'une atteinte particulièrement qualifiée d'un bien protégé par le droit de la guerre. Personne ne soutiendrait, en effet, qu'un belligérant soit un criminel de guerre pour avoir tué, au cours d'un combat, un belligérant adverse. Mais il le serait, en revanche, dans le cas où, par exemple, il blesserait intentionnellement un ennemi déjà agonisant. Le concept de *bien* rappelé ci-dessus, donc, doit être interprété de manière telle qu'il comprenne non seulement les *choses* et les *lieux* sur lesquels ne peut pas se dérouler la violence de la guerre, comme les zones démilitarisées<sup>15</sup>, mais aussi les *personnes*, s'il s'agit de blessés, malades ou civils<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> En ce sens, N. RONZITTI, cit., 121. Sur ce point, cf. aussi G. SCHWARZEMBERGER, *From the laws of war to the Laws of Armed Conflicts*, Current Legal Problems, 1968, 239; C. GREENWOOD, cit., 283.

<sup>13</sup> Sur ce point, cf. D. BINDSCHINDLER-ROBERT, *A Reconsideration of the Law of Armed Conflict*, Genève 1969, 5.

<sup>14</sup> Dans ce sens-là, cf. I. DETTER, cit., 17.

<sup>15</sup> Cf. E. DAVID, cit., 248; L.C. GREEN, cit., 99; N. RONZITTI, cit., 224.

<sup>16</sup> Sur ce point, cf. E. DAVID, cit., 218; L.C. GREEN, cit., 159; H.P. GASSER, Protection of the civilian population, in D. FLECK, cit., 209; W. RABUS, Protection of the wounded, sick and shipwrecked, *ibid.*, 293; N. RONZITTI, cit., 217.

D'autre part, sont particulièrement protégés les *prisonniers de guerre*, dont le *statut* juridique est régi par le Règlement annexe à la IV<sup>ème</sup> Convention de La Haye de 1907, par la III<sup>ème</sup> Convention de Genève de 1949 et par le I<sup>er</sup> Protocole additionnel de 1977. Ces sujets aussi, en effet, doivent être traités *humainement*, à la condition que la détention ne soit pas une sanction, mais une mesure de sécurité<sup>17</sup>. En ce sens, du reste, le choix des États-Unis de ne pas qualifier de prisonniers de guerre les détenus de Guantanamo, capturés pendant la guerre en Afghanistan, est discutable. Selon le gouvernement américain, en effet, les détenus mêmes seraient des combattants *illégitimes*, qui ne pourraient entrer dans aucune des catégories prévues par l'article 4 de la III<sup>ème</sup> Convention de Genève<sup>18</sup>. Mais, même si cela était vrai, le gouvernement américain, comme l'ont relevé aussi bien le Parlement

<sup>17</sup> Cf. sur ce point G. BALLADORE PALLIERI, cit., 179; C. ROUSSEAU, cit., 83; A.F. PANZERA, Prigionia di guerra, *ED*, XXXV, 1984, 462; E. DAVID, cit., 382; L.C. GREEN, cit., 196; H. FISCHER, Protection of prisoners of war, in D. FLECK, cit., 321; N. RONZITTI, cit., 229.

<sup>18</sup> Selon l'article en question, en particulier: « Sont prisonniers de guerre... les personnes qui, appartenant à l'une des catégories suivantes, sont tombées au pouvoir de l'ennemi:

1. les membres des forces armées d'une Partie au conflit, de même que les membres des milices et des corps de volontaires faisant partie de ces forces armées;

2. les membres des autres milices et les membres des autres corps de volontaires, y compris ceux des mouvements de résistance organisés, appartenant à une Partie au conflit et agissant en dehors ou à l'intérieur de leur propre territoire, même si ce territoire est occupé, pourvu que ces milices ou corps de volontaires, y compris ces mouvements de résistance organisés, remplissent les conditions suivantes: a) d'avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés; b) d'avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance; c) de porter ouvertement les armes; d) de se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre;

3. les membres des forces armées régulières qui se réclament d'un gouvernement ou d'une autorité non reconnus par la Puissance détentrice;

4. les personnes qui suivent les forces armées sans en faire directement partie, telles que les membres civils d'équipages d'avions militaires, correspondants de guerre, fournisseurs, membres d'unités de travail ou de services chargés du bien-être des forces armées, à condition qu'elles en aient reçu l'autorisation des forces armées qu'elles accompagnent, celles-ci tenues de délivrer à cet effet une carte d'identité semblable au modèle annexé;

5. les membres des équipages, y compris les commandants, pilotes et apprentis, de la marine marchande et les équipages de l'aviation civile des Parties au conflit qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu d'autres dispositions du droit international;

6. la population d'un territoire non occupé qui, à l'approche de l'ennemi, prend spontanément les armes pour combattre les troupes d'invasion sans avoir eu le temps de se constituer en forces armées régulières, si elle porte ouvertement les armes et si elle respecte les lois et coutumes de la guerre.

Dans la doctrine, cf. sur ce point R. WEDGWOOD, Al Qaeda, Terrorism and Military Commissions, *AmJIntL*, 2002, 328; P. WECKEL, *Le statut incertain des détenus sur la base américaine de Guantanamo*, *RGDIntP*, 2002, 257.

européen<sup>19</sup> que la Commission interaméricaine des droits de l'homme<sup>20</sup>, devait au moins appliquer l'article 5 de la même Convention de Genève, selon lequel: « S'il y a doute sur l'appartenance à l'une des catégories énumérées à l'article 4 des personnes qui ont commis un acte de belligérance et qui sont tombées aux mains de l'ennemi, lesdites personnes bénéficieront de la protection de la présente Convention en attendant que leur statut ait été déterminé par un tribunal compétent ».

Enfin, un crime de guerre est constitué lorsque sont utilisées des armes particulièrement destructives, telles que armes bactériologiques et chimiques, qui infligent des souffrances inutiles et non justifiées par des exigences de caractère militaire. Même dans ce cas, en effet, nonobstant la présence d'un bon nombre d'accords internationaux, on peut reconnaître la formation désormais avenue d'une norme de droit international général<sup>21</sup>.

3. — L'analyse, bien que brève, des caractéristiques générales des crimes de guerre nous permet, à ce point, de vérifier comment ils ont été reçus et réglementés dans les Statuts du Tribunal pénal international pour les crimes commis dans l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pour le Rwanda.

En commençant par considérer le premier, après avoir reconnu au Tribunal, dans l'article 1, « la compétence à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire [...] », il délimite cette compétence en opérant essentiellement une *summa divisio* entre *war crimes* (art. 2 et 3) et *crimes against humanity* (art. 4 et 5)<sup>22</sup>. Mais, en faisant abstraction de ces derniers, nous devons, au regard des crimes de guerre, distinguer entre les articles 2 et 3, même s'il s'agit de normes complémentaires<sup>23</sup>.

L'article 2 concerne les violations graves des Conventions de Genève de

<sup>19</sup> Il s'agit de la résolution du Parlement européen du 7 février 2002, avec laquelle, en particulier le Parlement a invité l'ONU et son Conseil de Sécurité à adopter une résolution qui institue un Tribunal compétent pour les questions liées à l'Afghanistan, dans le but d'éclaircir le statut juridique des prisonniers.

<sup>20</sup> Il s'agit de la décision rendue par la Commission le 12 mars 2002.

<sup>21</sup> Cf. P. GARGIULO, *Recenti sviluppi del diritto internazionale umanitario: proibizione o limitazione dell'impiego di alcune armi convenzionali*, *Comunità internazionale*, 1983, 98; CARNAHAN-ROBERTSON, *The Protocol on Blinding Laser Weapons: a New Direction for International Humanitarian Law*, *AmJintL*, 1996, 484; MATHESON, *The Revision of the Mines Protocol*, *AmJintL*, 1997, 158; N. RONZITTI, cit., 165.

<sup>22</sup> Le STPY, en particulier, a été adopté avec la *Résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies n° 827 du 25 mai 1993*, aussi connue que discutée.

<sup>23</sup> Relativement aux crimes de guerre dans le STPY, cf. G. CARELLA, *Il Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia*, in *Interventi delle Nazioni Unite e Diritto Internazionale*, sous la direction de P. PICONE, Padoue 1995, 484; T. MERON, cit., 210; E. GREPPI, cit., 143; N. RONZITTI, cit., 201.

1949, à savoir les actes directs contre les personnes ou les biens protégés au sens des dispositions de la Convention de Genève pertinente, tels que, par exemple, l'homicide intentionnel ou la torture d'un civil. Nous avons déjà remarqué, en effet, *supra* 1, que ces violations, comme, du reste, le reconnaît explicitement le premier Protocole additionnel de 1977 (art. 85.5)<sup>24</sup>, constituent un crime de guerre en vertu du bien protégé. Dans le « droit de Genève », toutefois, et donc dans le Statut du Tribunal, les violations graves sont seulement celles des principes humanitaires applicables dans les *conflits armés internationaux*. Par conséquent, la responsabilité pénale individuelle n'est pas prévue pour les violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, selon lequel les Parties contractantes, même dans le contexte de *conflits armés internes*, sont tenues de garantir le respect des plus importants principes humanitaires.

L'article 3 du Statut, d'autre part, consacré aux violations des lois et des coutumes de guerre, complète la disposition précédente en énumérant, même si simplement à titre d'exemple, d'autres crimes qui comprennent, entre autres, la destruction arbitraire de villes et l'attaque d'édifices sans défense.

Mais la nature juridique des crimes prévus par l'article en question fut, au moins initialement, objet de discussion. Au moment de l'adoption de la résolution du Conseil de Sécurité n° 827 de 1993, qui institue le Tribunal, les États-Unis, la France et la Grande-Bretagne formulaient, en effet, une déclaration interprétative commune selon laquelle l'expression « *laws and customs of war* », utilisée dans l'article 3 du Statut, se référait non seulement au droit humanitaire coutumier, mais aussi à celui conventionnel en vigueur sur le territoire de l'ex-Yougoslavie au moment des faits commis<sup>25</sup>. De cette manière, en effet, dans le cadre d'un conflit à la nature évidemment *mixte*, le respect de l'article 3 commun aux Conventions de Genève aurait aussi été garanti<sup>26</sup>.

Mais l'interprétation que nous venons de rappeler, sur la base de ce que la doctrine soutient, ne pouvait être acceptée pour diverses raisons.

Tout d'abord, à l'examen attentif de la pratique internationale, il est indéniable que, lorsque est utilisée l'expression « violations des lois et des cou-

<sup>24</sup> L'article précité, en particulier, dispose que: « ... Sous réserve de l'application des Conventions et du présent Protocole, les infractions graves à ces instruments sont considérées comme des crimes de guerre ».

<sup>25</sup> Le texte de la déclaration est reproduit in U.N. Doc. S/PV.3217 du 25 mai 1993, 15.

<sup>26</sup> En particulier, en ce qui concerne la nature du conflit yougoslave, il fut initialement un conflit *interne*. Après 1991, en revanche, il prit un caractère *international* jusqu'à devenir, à partir de 1993, conflit interne internationalisé. Sur ce point, cf. pour tous TANCA, Sulla qualificazione del conflitto nella ex Jugoslavia, in *RDInt*, 1993, 37.

tumes de guerre », on entend faire référence exclusivement au droit coutumier. Si, en revanche, on veut renvoyer au droit de la guerre, considéré dans son ensemble, l'expression « violations des règles internationales applicables aux conflits armés » est préférée. En second lieu, là où le Statut « a voulu régler aussi le conflit interne, il l'a fait explicitement ». L'article 5, en effet, relatif aux crimes contre l'humanité, reconnaît la compétence du Tribunal pour juger les personnes responsables de tels crimes s'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, *interne ou international*. D'autre part: « Étant donné que les comportements de l'article 3 commun ne sont pas assortis, dans les Conventions de Genève, de la garantie de la responsabilité pénale personnelle, les faire entrer, de la part du Statut, dans la catégorie des crimes internationaux des individus, outre que ce serait exorbitant au regard du contenu de la norme sur le pouvoir des juridictions universelles, constituerait une nouveauté qui serait appliquée rétroactivement à des comportements antérieurs à l'entrée en vigueur du Statut même, en violation du principe *nullum crimen sine lege* ». Enfin, la coïncidence entre crimes de guerre et crimes contre l'humanité, au moins au regard des comportements les plus graves, comme l'extermination, empêcherait que de tels comportements restent impunis <sup>27</sup>.

La critique susdite est, de toute façon, désormais dépassée à la lumière de l'arrêt rendu par la Chambre d'Appel du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic* <sup>28</sup>, arrêt qui a fourni une importante contribution à l'évolution du droit international général en ce domaine <sup>29</sup>.

Selon le Tribunal, en effet, s'il est vrai que, en faisant référence aux infractions graves aux Conventions de Genève, l'article 2 du Statut considère les seuls conflits internationaux, la même conclusion ne peut être faite relativement à l'article 3. Cet article, à bien y regarder, est une clause générale qui comprend toutes les violations qui ne rentrent pas dans les articles 2, 4 et 5. Il s'agit d'une règle résiduelle, établie afin de ne pas laisser impunie une per-

<sup>27</sup> C'est l'opinion de G. CARELLA, cit., 485. Le même auteur, entre autres, ne manque pas d'ajouter que: « Étant donné la présence, dans le Statut, de l'article 2 ayant pour objet exprimé et exclusif les Conventions de Genève, il est étrange que la référence à l'article 3 commun à ces Conventions n'ait pas été effectuée dans cette disposition et qu'elle limite par contre l'incrimination aux seules « violations graves » desquelles est exclu l'art. 3 commun ».

<sup>28</sup> Le texte de l'arrêt est publié in *RDInt* 1995, 1016.

<sup>29</sup> Sur ce point, cf. G. ALDRICH, Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *AJIntL*, 1996, 64; CONDORELLI, Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977, in P. LAMBERTI ZANARDI, cit., 23; L'application du droit international humanitaire et des droits de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques, *Projet de résolution, Annuaire de l'Idi*, session de Berlin, 68-II 1999, 271; T. MERON, cit., 262; *Droit International Pénal*, sous la direction de H. ASCENSIO - E. DECAUX - A. PELLET, cit., 282; N. RONZITTI, cit., 301.

sonne coupable d'une violation sérieuse, quel que soit le contexte dans lequel elle a été commise. En ce sens, donc, même les règles minimales applicables aux conflits armés internes, selon l'article 3 commun aux Conventions de Genève, constituent des *normes internationales coutumières* dont la violation peut être assimilée, à des fins répressives, à un crime de guerre <sup>30</sup>.

L'opinion exprimée par le Tribunal doit être partagée, sans aucun doute, au moins en ce qui concerne le résultat atteint. Est critiquable, en revanche, et pas seulement pour des raisons formelles, la manière par laquelle le Tribunal est parvenu à un tel résultat, étant donné que le respect de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève pouvait aussi être garanti d'une autre manière. Comme l'a observé correctement le juge Abi-Saab dans son opinion individuelle, en fait, au lieu d'utiliser l'article 3, il était préférable d'étendre aussi l'application de l'article 2 du Statut aux conflits *internes*, en consentant, en outre, à introduire « a modicum of order among categories of crimes falling within the substantive jurisdiction of the Tribunal ». Toujours davantage, en effet, le Tribunal se trouve face à des délits de qualification difficile, pouvant constituer, en principe, aussi bien des crimes de guerre que des crimes contre l'humanité. Mais si cela était prévisible, étant donnée la coïncidence partielle entre les deux incriminations, il semble, en revanche, *paradoxal* que, face à de graves violations des Conventions de Genève, le Tribunal doive établir, sur la base de la nature interne ou internationale du conflit, si elles peuvent rentrer dans le cadre de l'article 2 ou dans celui de l'article 3 du Statut. Comme nous l'avons déjà relevé, en effet, le droit humanitaire de la guerre s'applique indifféremment dans les deux cas.

<sup>30</sup> La nécessité de dépasser définitivement la distinction entre conflits internes et internationaux face aux mêmes violations graves est apparue dans d'autres cas, tels que, par exemple, dans le cas *Hôpital de Vukovar*, à l'occasion duquel une Chambre de première instance du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a réaffirmé le caractère ouvert de l'art. 3 du Statut. La Cour internationale de Justice, du reste, était déjà parvenue à une conclusion similaire dans le cas *Nicaragua c. États-Unis*. Selon la Cour, en effet: « Article 3 which is common to all four Geneva Conventions of 12 August 1949 defines certain rules to be applied in the armed conflicts of a non-international character. There is no doubt that, in the event of international armed conflicts, these rules also constitute a minimum yardstick, in addition to the more elaborate rules which, in the Court's opinion, reflect what the Court in 1949 called « elementary considerations of humanity ». The Court may therefore find them applicable to the present dispute... The Court considers that there is an obligation on the United States Government, in the terms of Article 1 of the Geneva Conventions, to « respect » the Conventions and even « to ensure respect » for them « in all circumstances », since such an obligation does not derive only from the Conventions themselves, but from the general principles of humanitarian law to which the Conventions merely give specific expression ». L'arrêt de la Cour internationale de Justice est reproduit in *International Court of Justice Reports* 1986, en particulier, 114.

L'arrêt *Tadic* a donc rendu encore plus complexe le problème de la définition des crimes, mais surtout, comme nous le verrons *infra* 4, il a influencé les rédacteurs du Statut de la Cour pénale internationale, lequel reflète la jurisprudence évoquée.

Les considérations que nous venons de faire, de toute façon, ne concernent pas le Statut du Tribunal pénal pour le Rwanda <sup>31</sup>. S'agissant, en effet, d'un conflit purement interne, le Conseil de Sécurité, en délimitant la compétence matérielle du Tribunal au regard des crimes de guerre, a prévu, dans l'article 4, le seul cas des violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du deuxième Protocole additionnel de 1977 concernant la protection des victimes des conflits armés non internationaux <sup>32</sup>.

4. — Bien qu'il soit difficile d'évaluer une norme conventionnelle en l'absence d'application pratique, il semble nécessaire, pour conclure, de jeter un coup d'œil rapide sur la manière dont les crimes de guerre ont été reçus et définis dans le Statut de la Cour pénale internationale <sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Sur la compétence matérielle du Tribunal, cf. AKHAVAN, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, in LATTANZI-SCISO, *Dai Tribunali penali internazionali ad hoc ad una Corte permanente*, Naples, 1996, 191; MAISON, *Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal international pour le Rwanda*, *RGDIIntP*, 1999, 129; NIJANG, *Le Tribunal pénal international pour le Rwanda. Et si la contumace était possible!*, *ibid.*, 379; GREPPI, *cit.*, 151.

<sup>32</sup> Selon l'art. 4, en particulier, qui a purement un caractère d'exemple: « Ces violations comprennent, sans s'y limiter: a) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles; b) les punitions collectives; c) la prise d'otages; d) les actes de terrorisme; e) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur; f) le pillage; g) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable rendu par un Tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés; h) la menace de commettre les actes précités ».

<sup>33</sup> Sur ce point, cf. G. VENTURINI, *La competenza materiale della Corte*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Naples 1998; C.K. HALL, *The jurisdiction of the Permanent Criminal Court over violations of humanitarian law*, in *The International Criminal Court. Comments on the Draft Statute*, sous la direction de F. LATTANZI, Naples 1998; G. VASSALLI, *Statuto di Roma. Note sull'istituzione di un Corte penale internazionale*, *Rivista di Studi politici internazionali*, 9; T. MERON, *cit.*, 296; L. CONDORELLI, *War crimes and internal conflicts in the Statute of the International Criminal Court*, in *The Rome Statute of the International Criminal Court*, M. POLITI-G. NEST, Aldershot 2001, 107; G. VENTURINI, *War Crimes in international armed conflicts*, *ivi*, 95; P. BENVENUTI, *Armi, loro diffusione e crimini di guerra. Riflessioni in margine all'adozione dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, in *Studi in onore di Francesco Capotorti*, I, *Diritto Internazionale*, Milan 1999, 33; E. GREPPI, *cit.*, 203; N. RONZITTI, *cit.*, 201; B. CONFORTI, *cit.*, 210.

L'article 8 du Statut, en premier lieu, reconnaît à la Cour la compétence juridictionnelle à l'égard des crimes de guerre « en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans un plan ou une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle ». Par l'effet de cette disposition, donc, qui constitue évidemment une solution de compromis, la Cour peut juger aussi les crimes individuels, appelés « isolés », là où la présence d'autres conditions, comme par exemple la commission de ces crimes à grande échelle, est seulement éventuelle <sup>34</sup>.

En ce qui concerne, en revanche, les catégories de *war crimes* prévues par le Statut, la disposition rappelée ci-dessus en énumère quatre, à savoir: *a)* les infractions aux Conventions de Genève de 1949 applicables aux conflits armés internationaux; *b)* les autres violations sérieuses du droit des conflits armés internationaux; *c)* les violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève applicables aux conflits armés non internationaux; *d)* les autres violations sérieuses des lois et coutumes applicables aux conflits armés non internationaux.

Or, cela dit en termes généraux, il est maintenant opportun de développer quelques brèves considérations, et d'évaluer, même sommairement, l'article 8 du Statut de la Cour. Il nous semble, en fait, que l'encadrement des crimes de guerre dans la disposition en question est tout à fait insatisfaisante. La distinction entre conflits internationaux et internes par rapport à la réglementation des *war crimes*, en effet, outre qu'elle ne se conforme pas à la pratique existante en ce domaine, a un double effet négatif: elle aggrave le problème, plusieurs fois rappelé, de la définition des crimes et oblige la Cour à se prononcer chaque fois sur la nature du conflit, chose qui n'est évidemment pas simple <sup>35</sup>. En ce sens, il faut saluer avec enthousiasme la nouvelle loi allemande sur le droit pénal international, loi qui, dépassant déjà le donné positif du Statut de la Cour, distingue les crimes de guerre sur la base du bien juridique protégé.

<sup>34</sup> Certains États, en effet, avaient proposé de formuler la disposition susdite de manière différente, en reconnaissant la compétence juridictionnelle de la Cour au regard des crimes de guerre *seulement* s'ils étaient commis dans le cadre d'un programme politique ou à grande échelle. Mais finalement a prévalu la solution susdite.

<sup>35</sup> Comme cela a été observé, du reste, l'inclusion au sein des crimes de guerre de ceux commis au cours de conflits armés de caractère non international a aggravé le problème de la superposition entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. De cette manière, en effet, a disparu: « l'antique tentative de distinguer les crimes de guerre comme infractions contre les seuls ressortissants de l'État ennemi... ». Cf. G. VASSALLI, cit., 16-17.

# LE CRIME DE GÉNOCIDE DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX POUR L'EX-YOUGOSLAVIE ET POUR LE RWANDA

GIOVANNI CARLO BRUNO

SOMMAIRE: 1. Introduction. — 2. La genèse de la prohibition légale du génocide. La Convention de 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide. — 3. La définition de génocide dans l'article 4 StTPY et dans l'article 2 StTPR. — 4. Les éléments du crime de génocide dans la jurisprudence. — 5. Observations conclusives.

1. — La *Law Clinic* sur la justice pénale internationale a offert au groupe de travail sur le droit international de Naples la possibilité de réfléchir sur les événements qui se sont déroulés dans la région de l'ex-Yougoslavie: les conflits, premièrement, mais surtout l'intervention de la communauté internationale, qui s'est manifestée, entre autres, avec l'institution et le fonctionnement d'un Tribunal chargé de juger et éventuellement condamner les responsables de violations graves de normes de droit international.

Cette brève étude doit être considérée comme un schéma raisonné de rencontres avec les participants à la *Law Clinic*. La structure de l'exposé est donc purement reconstructrice: on a voulu faire émerger les questions juridiques liées au crime de génocide à partir de la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc*<sup>1</sup>. Pour cette raison telle pratique est présentée en forme

<sup>1</sup> La doctrine a consacré plusieurs études au génocide dans les dernières années: voir, par exemple, J. VERHOEVEN, Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté, *RbdInt*, 1991, 5 s.; N.L.C. THWAITES, Le concept de génocide dans la jurisprudence du TPIY: avancées et ambiguïtés, *RBDInt*, 1997, 585 s., sous la direction de K BOUSTANY - D. DORMOY, *Génocide(s)*, Bruxelles 1999; A. GIL GIL, *El genocidio y otros crímenes internacionales*, Valence 1999; R. MAISON, Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal pénal international pour le Rwanda, *RGDIntP*, 1999, 128 s.; D.D. NTANDA NSEREKO, Genocide: A Crime Against Mankind, in *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law. The Experience of International and National Courts*, I, sous la direction de G. KIRK McDONALD - O. SWAAK-GOLDMAN, La Haye-Londres-Boston 2000, 113 s.; W.A. SCHABAS, *Genocide in*

d'extraits de jugements, précédée par une introduction sur l'évolution de la norme coutumière qui prohibe le génocide.

2. — Le terme « génocide » a été utilisé pour la première fois par Raphael Lemkin dans son ouvrage *Axis Rule in Occupied Europe*<sup>2</sup>; le néologisme dérivait d'une combinaison entre le mot grecque *genos* (race, tribu) et le latin *caedere* (tuer). Dans ses écrits l'avocat et homme d'études polonais définissait le génocide comme

« A coordinated plan of different actions aiming at the destruction of essential foundations of the life of national groups, with the aim of annihilating the groups themselves. The objective of such a plan would be disintegration of the political and social institutions of culture, language, national feelings, religion, and the economic existence of national groups and the destruction of the personal security, liberty, health, dignity and even the lives of the individuals belonging to such groups. Genocide is directed against the national group as an entity, and the actions involved are directed against individuals, not in their individual capacity, but as members of the national group »<sup>3</sup>.

Même si l'*Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, and Establishing the Charter of the International Military Tribunal*, adopté le 8 août 1945, ne faisait pas mention expresse du génocide, l'acte d'accusation du procès *France et al. v. Goering et al.*, en se référant à l'article 6 (b) de la Charte — qui conférait au Tribunal compétence sur les crimes de guerre, attribuait aux accusés la commission d'un « deliberate and systematic genocide, viz., the extermination of racial and national groups, against the civilian populations of certain occupied territories in order to destroy particular races and classes of people, and national, racial or religious groups, particularly Jews, Poles, and Gypsies »<sup>4</sup>.

*International Law*, Cambridge 2000; G. VERDIRAME, The Genocide Definition in the Jurisprudence of the *ad hoc* Tribunals, *IntCLQ*, 2000, 578 s.; M. LIPPMANN, Genocide: The Crime of the Century. The Jurisprudence of death at the dawn of the new millennium, *Houston Journal of International Law*, 2001, 467 s.; D.L. NERSESSIAN, The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals, *Texas International Law Journal*, 2002, 231 s.

<sup>2</sup> R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation. Analysis of Government. Proposals for Redress*, Washington 1944, 79. W.A. SCHABAS note que « [r]arely has a neologism had such rapid success » (*Genocide in International Law*, cit., 14).

<sup>3</sup> R. LEMKIN, cit.

<sup>4</sup> Indictment of the International Military Tribunal, *The United States Of America, the French Republic, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of*

Le jugement des 30 septembre-1<sup>er</sup> octobre 1946 examinait à fond des conduites assimilables au crime de génocide, mais sans les qualifier comme telles <sup>5</sup>.

La prohibition du génocide non seulement en temps de guerre, mais aussi en temps de paix, recommandée par Lemkin, avait trouvé place dans la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale des Nations Unies <sup>6</sup>. Dans la même résolution, le Conseil économique et sociale était requis d'entreprendre les mesures nécessaires pour élaborer une Convention en la matière.

Deux ans après, le 9 décembre 1948, l'Assemblée générale adoptait la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide <sup>7</sup>. Les articles II et III constituent la partie la plus importante de la Convention, puisque la définition du crime de génocide et les conduites à réprimer ont

*Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Goering, Rudolf Hess, Joachim von Ribbentrop, Robert Ley, Wilhelm Keitel, Ernst Kaltenbrunner, Alfred Rosenberg, Hans Frank, Wilhelm Frick, Julius Streicher, Walter Funk, Hjalmar Schacht, Gustav Krupp von Bohlen und Halbach, Karl Doenitz, Erich Raeder, Baldur von Schirach, Fritz Sauckel, Alfred Jodl, Martin Bormann, Franz von Papen, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer, Constantin Von Neurath, and Hans Fritzsche, individually and as Members of any of the following groups or organizations to which they respectively belonged, namely: die Reichs Regierung (Reich Cabinet); das Korps der Politischen Leiter der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (Leadership Corps of the Nazi Party); die Schutzstaffeln der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei (commonly known as the 'Ss') and including der Sicherheitsdienst (commonly known as the 'Sd'); die Geheime Staatspolizei (Secret State Police, commonly known as the "Gestapo"); die Sturm Abteilungen der NSDAP (commonly known as the 'Sa'); and the General Staff and High Command of the German Armed Forces, count III — War Crimes, VIII (a). Le texte — en anglais — est reproduit dans *The Avalon Project — The Nuremberg War Crimes Trials* (<http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/imt.htm>).*

<sup>5</sup> Le Tribunal pour le Rwanda, dans l'affaire *Le Procureur c. Jean Kambanda* (Affaire ICTR-97-23-S), a noté que « les crimes jugés par le Tribunal de Nuremberg, à savoir l'holocauste des Juifs ou la 'Solution finale', étaient bien constitutifs de génocide, mais n'ont pu être ainsi qualifiés parce que le crime de génocide n'a été défini que bien après », Décision du 4 septembre 1998, par. 14. Il ne semble pas moins important de noter la jurisprudence relative à l'application du *Control Council Law No. 10*, acte qui doit être considéré comme législation interne, adopté par les Puissances Alliées en décembre 1945; sur la base de cet acte les Tribunaux allemands ont continué à poursuivre les responsables des atrocités nazies pendant plusieurs années.

<sup>6</sup> U.N. Doc. A/RES/96 (I) du 11 décembre 1946, adopté à l'unanimité.

<sup>7</sup> Parmi les études sur les travaux préparatoires de la Convention, adoptée avec la résolution 260 A (III) du 9 décembre 1948 et entrée en vigueur le 12 janvier 1951, N. ROBINSON, *The Genocide Convention: A Commentary*, New York 1960; M. LIPPMAN, *The Drafting of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *Boston University International Law Journal*, 3, 1985, 1 ss; W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, cit., 51-71.

acquis une valeur qui va au-delà des normes conventionnelles <sup>8</sup>. En effet, déjà en 1951, la Cour internationale de Justice affirmait que:

« Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme un "crime de droit des gens" impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies ... Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel » <sup>9</sup>.

La Convention de 1948 est aujourd'hui considérée comme déclaratoire de normes coutumières; ses définitions ont été reprises dans les Statuts des Tribunaux *ad hoc* et dans le Traité sur la création de la Cour pénale internationale de 1998 <sup>10</sup>.

3. — Dans le rapport du Secrétaire général des Nations Unies requis par le Conseil de Sécurité pour la rédaction du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie (dorénavant TPIY) on partageait l'idée de l'applicabilité de la Convention comme droit coutumier:

<sup>8</sup> Le texte des articles II et III de la Convention de 1948 est le suivant:

*Article II.* Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:

- (a) Meurtre de membres du groupe;
- (b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- (c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- (d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- (e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

*Article III.* Seront punis les actes suivants:

- (a) Le génocide;
- (b) L'entente en vue de commettre le génocide;
- (c) L'incitation directe et publique à commettre le génocide;
- (d) La tentative de génocide;
- (e) La complicité dans le génocide.

<sup>9</sup> Avis consultatif, *Réserves à la Convention sur le génocide*, C.I.J. Recueil 1951, 23.

<sup>10</sup> M. PISANI, Il genocidio nello Statuto della Corte penale internazionale, *RintDu*, 1998, 663 s., W.A. SCHABAS., Genocide, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, sous la direction de O. TRIFFTERER, Nomos, Baden-Baden 1999, 27 s.; A. CASSESE, Genocide, in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary. I*, sous la direction de A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, Oxford, Oxford University Press, 2002, 335 s.

« La Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide confirme que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, dont les auteurs seront jugés et punis. La Convention est considérée aujourd'hui comme faisant partie du droit international coutumier, comme en témoigne l'avis consultatif rendu en 1951 par la Cour internationale de Justice sur les réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide »<sup>11</sup>.

Pour cette raison les dispositions des articles II et III de la Convention sont pratiquement reproduites à l'article 4 du STTPY et à l'article 2 du STTPR.

L'interprétation de ces articles, dans la pratique des Tribunaux *ad hoc*, a toutefois suivi l'évolution de la norme coutumière de 1948 aux années 90: les arrêts font une référence continue aux travaux de la Commission de droit international des Nations Unies, à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, à la législation interne.

Avant de passer à un examen de cette pratique, deux questions doivent être au moins sommairement soulevées. La première vise une caractéristique de la norme qui prohibait le génocide, la seconde l'hypothèse de tentative de génocide.

Le génocide est une forme de crime contre l'humanité, pour la commission duquel il n'est pas requis l'état de guerre, condition nécessaire pour la contestation des autres crimes<sup>12</sup>. Comme tels, ils sont des crimes qui choquent particulièrement la conscience de l'humanité, représentant des actes inhumains commis contre des civils de manière discriminatoire. Il est difficile d'établir une hiérarchie entre le génocide et le crime contre l'humanité quant à leur gravité respective. Quand on parle de crimes contre l'humanité, référence est toujours faite aux violations massive et/ou sur large échelle de droits fondamentaux des particuliers ou de groupes de particuliers, alors que pour configurer le génocide un seul acte peut être suffisant. En plus, comme a précisé le TPIR, le crime de génocide n'est pas subordonné à l'anéantissement de fait d'un groupe tout entier<sup>13</sup>.

Le génocide diffère fondamentalement des autres crimes contre l'humanité dans le sens où l'un des actes visée à l'article 4 par. 2 de a) à e) doit être commis dans l'intention spécifique de « *détruire, ou tout ou en partie, un groupe [...] comme tel* » (art. 4 par. 2). Cet élément du *dolus specialis* —

<sup>11</sup> U.N. Doc. S/25704 du 3 mai 1993, par. 45.

<sup>12</sup> Voir TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Radislav Krstic*, IT-98-33-T, Chambre de première instance (I), 2 août 2001, par. 681.

<sup>13</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, ICTR-96-4-T, Chambre de première instance (I), 2 septembre 1998, par. 497.

« *special intent* » — distingue le génocide des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. C'est l'intention spécifique d'exterminer un groupe protégé (en tout ou en partie) qui doit être constatée pour que soit constitué un génocide, tandis que, pour rapporter la preuve de la commission d'un crime contre l'humanité, il suffit qu'une population civile soit prise pour cible dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique.<sup>14</sup>

Deuxièmement, les Tribunaux *ad hoc* ont juridiction sur les personnes physiques qui ont commis un ou plusieurs crimes prévus dans ses Statuts, selon un principe de *responsabilité pénale individuelle*<sup>15</sup>. Pour les autres crimes sur lesquels les Tribunaux ont juridiction — graves violations des Conventions de Genève de 1949, crimes de guerre, crimes contre l'humanité — la responsabilité pénale peut être engagée seulement si l'auteur a effectivement réalisé l'infraction contestée, ou a participé à la commission des crimes à travers la planification, l'incitation, pour avoir ordonné de commettre un crime, aidé et encouragé. En plus des conduites ici mentionnées pour le génocide, a été aussi retenu le principe de la responsabilité pénale individuelle pour la tentative infructueuse de commettre un crime<sup>16</sup>.

4. — L'examen de la jurisprudence sur le génocide a pour objet surtout la pratique du TPIR: à la première condamnation pour génocide et incitation directe et publique à commettre le génocide, dans le cas de *Jean-Paul Akayesu*, datée du 2 septembre 1998, se sont ajoutés d'autres jugements, parmi lesquels seul un accusé a été acquitté, dans l'affaire *Bagilishema*, acquittement confirmé en appel<sup>17</sup>.

Même en présence d'accusations de génocide, ou de complicité dans le génocide, le TPIY, jusqu'à l'arrêt dans l'affaire du général *Krstic* (2 août 2001), n'avait jamais condamné aucun accusé pour ce crime: l'affaire *Jelusic*, en 1999, s'était terminée avec une condamnation pour crimes contre l'humanité, mais pas pour génocide<sup>18</sup>. Plus récemment, le TPIY a rejeté les chefs

<sup>14</sup> Voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Chambre de première instance (II), 21 mai 1999, par. 89.

<sup>15</sup> Voir l'art. 7 du STPY et l'article 6 correspondant du STPR.

<sup>16</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 473.

<sup>17</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Chambre de première instance (I), 7 juin 2001; Arrêt de la Chambre d'Appel du 3 juillet 2002.

<sup>18</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, IT-95-10, Chambre de première instance (I), 14 décembre 1999. Le Procureur a déposé un acte d'appel concernant, entre autres, l'accusation de génocide; la Chambre d'Appel a accueilli en partie les requêtes du Procureur, mais a néanmoins jugé inapproprié d'infirmier l'acquiescement et de renvoyer l'affaire devant une autre Chambre. Voir Judgment of the Appeals Chamber, *Prosecutor v. Goran Jelusic*, 5 juillet 2001, en particulier les paragraphes 41-77 et l'opinion partiellement dissidente du Juge F. Pocar, par. 7.

de génocide retenus contre *Dusko Sikirica*, suite à une demande d'acquittement déposée à l'issue de la présentation des moyens de l'Accusation <sup>19</sup>.

N'étant pas possible de décrire ici minutieusement les affaires qui ont amené les Tribunaux à des jugements de condamnation, ou à des acquittements, pour le crime de génocide, on a choisi d'isoler des questions clefs: *a)* les conduites incriminées; *b)* la notion de 'groupe victime'; *c)* l'élément intentionnel: la *mens rea*; et *d)* les infractions formelles punies comme génocide.

*a)* Selon l'article 4 par. 2 du STTPY, on entend par génocide l'un quelconque des actes ici spécifiés, comme affirmé dans les arrêts du TPIR:

Article 4 par. 2 *a)*: *Meurtre de membres du groupe*

« L'Article 2 2 *a)* du Statut emploie, à l'instar des dispositions correspondantes de la Convention sur le génocide, le terme « meurtre » dans la version française et le terme « *killing* » dans la version anglaise. La notion de « *killing* » comprend aussi bien l'homicide intentionnel que l'homicide non intentionnel, alors que le « meurtre » renvoie exclusivement à l'homicide commis avec l'intention de donner la mort. En pareil cas, conformément aux principes généraux du droit pénal, la version la plus favorable à l'Accusé doit être retenue. La Chambre estime également que l'Article 2) *a)* du Statut doit être interprété conformément à la définition du « meurtre » donnée à l'Article 311 du Code pénal rwandais, à savoir "l'homicide commis avec l'intention de donner la mort" » <sup>20</sup>.

La jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* a réaffirmé à plusieurs reprises cette définition <sup>21</sup>.

Article 4 par. 2 *b)*: *Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe*

« Aux fins de l'interprétation de l'Article 2 2 *b)* du Statut, la Chambre entend par « atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale », sans s'y limiter, les actes de

<sup>19</sup> TPIY, Jugement portant condamnation, *Le Procureur c. Dusko Sikirica, Damir Dosen, Dragan Kolundzija*, IT-95-8-S, Chambre de première instance (I), 13 novembre 2001, par. 10.

<sup>20</sup> *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, cit., par. 57. Dans l'affaire *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, cit., la Chambre a affirmé qu'« il n'existe pratiquement aucune différence entre le terme '*killing*' de la version anglaise et le mot 'meurtre' de la version française de l'Article 2 2) *a)* du Statut au regard de l'intention génocidaire requise. Il en découle que les notions de '*killing*' ou 'meurtre' doivent être considérées compte tenu de l'intention spécifique constitutive du génocide, c'est-à-dire de l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel », par. 104.

<sup>21</sup> Voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, ICTR-96-3-T, Chambre de première instance (I), 6 décembre 1999, par. 50; TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Alfred Musema*, ICTR-96-13-A, Chambre de première instance (I), 27 janvier 2000, par.155.

torture, physique ou mentale, les traitements inhumains ou dégradants, le viol, les violences sexuelles, la persécution. Par « atteinte grave », la Chambre entend plus qu'une légère altération des facultés mentales ou physiques, sans que pour autant ses effets soient permanents ou irrémédiables »<sup>22</sup>.

Une contribution importante du TPIR au développement de la notion de génocide doit être reconnue dans l'inclusion du viol et de la violence sexuelle comme « atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe »<sup>23</sup>. Les menaces de mort adressées aux victimes rentrent aussi dans cette catégorie<sup>24</sup>.

Article 4 par. 2 c): *Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle*

« Le Tribunal considère que, par les termes de soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, il faut entendre des moyens de destruction par lesquels l'auteur ne cherche pas nécessairement à tuer immédiatement les membres du groupe, mais, à terme, vise leur destruction physique.

Aux fins de l'interprétation de l'article 2(2)c) du Statut, de l'avis de la Chambre, les moyens d'une soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle comprennent, sans s'y limiter, la soumission d'un groupe de personnes à un régime alimentaire de subsistance, l'expulsion systématique des logements, la réduction des services médicaux nécessaires en deçà du minimum »<sup>25</sup>.

Dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana* on spécifie encore plus en détails la notion de « conditions de vie »<sup>26</sup>.

Article 4 par. 2 d): *Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe*

« La Chambre considère que, aux fins de l'interprétation de l'article 2(2)d) du Statut, par mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe il faut comprendre la mutilation sexuelle, la pratique de la stérilisation, l'utilisation forcée de moyens contraceptifs, la séparation des sexes, l'interdiction des mariages. Dans le contexte de sociétés patriarcales, où l'appartenance au groupe est dictée par l'identité du père, un exemple de mesure visant à entraver les naissances au sein d'un groupe est celle du cas où, durant un viol, une femme dudit groupe est délibérément

<sup>22</sup> *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, cit., par. 59. A ce propos est encore plus détaillé l'arrêt dans l'affaire *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, cit., par. 105-113.

<sup>23</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 733.

<sup>24</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 712.

<sup>25</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 505-506.

<sup>26</sup> *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, cit., par. 116.

ensemencée par un homme d'un autre groupe, dans l'intention de l'amener à donner naissance à un enfant qui n'appartiendra alors pas au groupe de sa mère.

De plus, la Chambre note que les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe peuvent être d'ordre physique, mais aussi d'ordre mental. à titre d'exemple, le viol peut être une mesure visant à entraver les naissances lorsque la personne violée refuse subséquemment de procréer, de même que les membres d'un groupe peuvent être amenés par menaces ou traumatismes infligés à ne plus procréer »<sup>27</sup>.

Il faut noter la référence faite à la conception culturelle qui est présente dans la société dans laquelle le crime est commis: le viol, en ce sens, acquiert une signification particulière dans le contexte d'une société patriarcale, et peut déterminer l'entrave des naissances dans un groupe 'stable'.

Article 4 par. 2 e): *Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe*

« La Chambre est d'avis, s'agissant du transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe, comme dans le cas des mesures visant à entraver les naissances, qu'il ne s'agit pas seulement de sanctionner un acte direct de transfert forcé physiquement, mais aussi de sanctionner les actes de menaces ou traumatismes infligés qui aboutiraient à forcer le transfert d'enfants d'un groupe à un autre »<sup>28</sup>.

Selon le TPIR, ce n'est pas seulement le transfert effectif, mais aussi la « menace de tel transfert » qui constitue acte de génocide.

b) L'article 4.2 du Statut prévoit que les groupes victimes de génocide doivent être des groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux. Dans l'interprétation de la norme coutumière, le TPIR a pris en considération, premièrement, la Convention de 1948:

« Il apparaît, à la lecture des travaux préparatoires de la Convention sur le génocide, que le crime de génocide aurait été conçu comme ne pouvant viser que des groupes "stables", constitués de façon permanente et auxquels on appartient par naissance, à l'exclusion des groupes plus "mouvants", qu'on rejoint par un engagement volontaire individuel, tels les groupes politiques et économiques. Ainsi, un critère commun aux quatre ordres de groupe protégés par la Convention sur le génocide est que l'appartenance à de tels groupes semblerait ne pouvoir être normalement remise en cause par ses membres, qui y appartiennent d'office, par naissance, de façon continue et souvent irrémédiable »<sup>29</sup>.

Un groupe national est donc qualifié comme « un ensemble de person-

<sup>27</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 507-508. Conformément *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, cit., par. 117.

<sup>28</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 509. Conformément *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, cit., par. 118.

<sup>29</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 511.

nes considérées comme partageant un lien juridique basé sur une citoyenneté commune, jointe à une réciprocité de droits et de devoirs »<sup>30</sup>; un groupe ethnique répond à la qualification d'un « groupe dont les membres partagent une langue ou une culture commune »<sup>31</sup>; un groupe racial « est fondé sur les traits physiques héréditaires, souvent identifiés à une région géographique, indépendamment des facteurs linguistiques, culturels, nationaux ou religieux »<sup>32</sup>; enfin, « [l]e groupe religieux est un groupe dont les membres partagent la même religion, confession ou pratique de culte »<sup>33</sup>.

La question qui s'était posée dans l'affaire *Akayesu* concernait la possibilité de considérer le groupe *tutsi* comme un groupe 'stable' protégé et, partant, 'victime' du génocide de 1994. En répondant positivement à la question, la Chambre a accepté que le « sens d'appartenance à un groupe ethnique » puisse être jugé comme étant le critère le plus important pour l'identification de la population tutsie comme un « groupe national, ethnique, racial ou religieux ». En effet cette population

« ... ne possède pas sa propre langue pas plus qu'elle n'a une culture différente de celle du reste de la population rwandaise. Elle considère toutefois qu'il existe un certain nombre de facteurs objectifs faisant de ce groupe une entité dotée d'une identité distincte. Avant 1994, chaque citoyen rwandais était tenu d'être détenteur d'une carte d'identité comportant une entrée pour le groupe ethnique (*ubuwoko* en kinyarwanda et *ethnie* en français), c'est-à-dire Hutu, Tutsi ou Twa. La Constitution rwandaise et les lois en vigueur en 1994 identifiaient également les Rwandais par rapport à leur groupe ethnique. L'article 16 de la Constitution de la République rwandaise du 10 juin 1991 dispose que "Tous les citoyens sont égaux devant la loi sans discrimination aucune, notamment de race, de couleur, d'origine, d'ethnie, de clan, de sexe, d'opinion, de religion ou de position sociale". L'article 57 du Code civil de 1988 prévoyait qu'une personne devait être identifiée par "son sexe, son ethnie, ses nom, prénoms, résidence et domicile". L'article 118 du Code civil disposait que l'acte de naissance devait énoncer "l'année, le mois, le jour et le lieu de la naissance, le sexe, l'ethnie, le nom et le ou les prénoms de l'enfant". Les Accords d'Arusha du 4 août 1993 préoyaient en fait la suppression de la mention d'ethnie dans les documents officiels (voir l'article 16 du Protocole sur diverses questions et les dispositions finales).

Il existait en outre au Rwanda des règles de droit coutumier régissant la détermination du groupe ethnique sur la base de l'ascendance patrilinéaire. L'identification des personnes comme appartenant au groupe Hutu ou Tutsi (ou Twa) était

<sup>30</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 512.

<sup>31</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 513.

<sup>32</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 514.

<sup>33</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 515.

ainsi devenue partie intégrante de la culture rwandaise. Les témoins rwandais qui ont déposé devant la Chambre se sont identifiés par leur groupe ethnique et savaient généralement à quel groupe ethnique appartenaient leurs amis et leurs voisins. De surcroît, les Tutsi étaient perçus comme formant un groupe ethnique distinct par ceux qui les ciblaient pour les tuer »<sup>34</sup>.

Différemment, dans la jurisprudence du TPIY, l'identification de la population musulmane de Bosnie comme 'groupe victime' avait été beaucoup plus simple: comme avait relevé la Chambre dans la Décision de l'affaire *Le Procureur c. Nikolic* du 20 octobre 1995, dans le cadre de l'appréciation du crime contre l'humanité de persécution, « la population civile faisant l'objet des mesures discriminatoires précédemment visées était identifiée, par les auteurs des actes discriminatoires, principalement par ses caractéristiques religieuses »<sup>35</sup>. Et, dans l'affaire *Jelusic*, la Chambre avait confirmé que « [l]e chef d'accusation de génocide indique, en effet, que les meurtres... visaient la population musulmane bosniaque »<sup>36</sup>, reconnue comme groupe protégé aux sens du Statut<sup>37</sup>.

c) Comme déjà remarqué dans le paragraphe précédent, le génocide est distinct d'autres crimes contre l'humanité par la présence d'un élément intentionnel dans la commission de l'acte génocidaire:

« Le génocide se distingue d'autres crimes en ce qu'il comporte un dol spécial, ou *dolus specialis*. Le dol spécial d'un crime est l'intention précise, requise comme élément constitutif du crime, qui exige que le criminel ait nettement cherché à provoquer le résultat incriminé. Dès lors, le dol spécial du crime de génocide réside dans "l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel" »<sup>38</sup>.

Le *dolus specialis*, concept de droit criminel bien connu dans les systèmes juridiques de tradition romano-continentale, devient un élément central dans la qualification de génocide<sup>39</sup>; quand il n'a pas été prouvé suffisamment ou au-delà de tout doute raisonnable, les conduites reprochées à un accusé ont été considérées comme crimes contre l'humanité. C'est dans l'affaire *Jelusic*, par exemple, que le choix des noms des victimes de meurtre au hasard sur une liste a été retenu par la Chambre comme preuve de l'absence de *dolus*

<sup>34</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 170-171.

<sup>35</sup> Affaire It-94-2, par. 27.

<sup>36</sup> *Le Procureur c. Goran Jelusic*, cit., par. 72.

<sup>37</sup> Pour une analyse plus détaillée, *Le Procureur c. Radislav Krstic*, cit., par. 559-560.

<sup>38</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 498.

<sup>39</sup> *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, cit., par. 91 s.

*specialis* <sup>40</sup>. Toutefois, la *mens rea* ne signifie pas que l'acte de génocide a besoin d'une longue préméditation <sup>41</sup>.

Comme l'a relevé la Chambre du TPIR,

« S'agissant de la question de savoir comment déterminer l'intention spécifique de l'agent, la Chambre considère que l'intention est un facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender. C'est la raison pour laquelle, à défaut d'aveux de la part d'un accusé, son intention peut se déduire d'un certain nombre de faits. Par exemple, la Chambre estime qu'il est possible de déduire l'intention génocidaire ayant prévalu à la commission d'un acte particulier incriminé de l'ensemble des actes et propos de l'accusé, ou encore du contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, que ces autres actes soient commis par le même agent ou même par d'autres agents. D'autres facteurs, tels que l'échelle des atrocités commises, leur caractère général, dans une région ou un pays, ou encore le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, tout en excluant les membres des autres groupes, peuvent également permettre à la Chambre de déduire une intention génocidaire » <sup>42</sup>.

De son côté le TPIY a indiqué que telle intention spécifique

« peut être inférée d'un certain nombre d'éléments, telles la doctrine générale du projet politique inspirant les actes susceptibles de relever de la définition [du génocide] ou la répétition d'actes de destruction discriminatoires. L'intention peut également se déduire de la perpétration d'actes portant atteinte au fondement du groupe, ou à ce que les auteurs des actes considèrent comme tels, actes qui ne relèveraient pas nécessairement eux-mêmes de l'énumération [du paragraphe (4) de l'article 2], mais qui sont commis dans le cadre de la même ligne de conduite. » <sup>43</sup>

Dans l'affaire *Kayishema*, l'accusé a contesté, sans succès, le raisonnement de la Chambre de première instance sur l'existence de la *mens rea* dans les actes contestés <sup>44</sup>.

<sup>40</sup> *Le Procureur c. Goran Jelusic*, cit., par. 93. Voir les observations faites par la Chambre d'Appel sur la notion de *mens rea* dans le jugement de la même affaire, Judgment, *Prosecutor v. Goran Jelusic*, Appeals Chamber, 5 juillet 2001, cit., par. 44-49.

<sup>41</sup> *Le Procureur c. Radislav Krstic*, cit., par. 572 et note 1277.

<sup>42</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 523.

<sup>43</sup> TPIY, Décision (Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de la procédure de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve), *Le Procureur c. Radovan Karadzic, Ratko Mladic*, IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61, Chambre de première instance (I), par. 94. Voir aussi *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 524.

<sup>44</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T, Chambre d'appel, 1er juin 2001, par. 147-149.

d) Ce n'est pas seulement l'acte de génocide qui est prohibé comme tel. L'article 4 par. 3 du STTPY indique les conduites punies, parmi lesquelles seule la tentative infructueuse de génocide (art. 4 par. 3 d)) n'a pas trouvé application dans les jugements de condamnation.

Article 4 par. 3 b): *l'entente en vue de commettre le génocide*

« La Chambre définit l'entente en vue de commettre le génocide comme une résolution d'agir sur laquelle au moins deux personnes se sont accordées en vue de commettre un génocide [...] C'est bien l'acte d'entente *per se*, autrement dit le "procédé" de l'entente, qui est incriminé et non pas son résultat »<sup>45</sup>.

Dans l'affaire *Kambanda* — premier ministre du Gouvernement de la République rwandaise en 1994 — un tel acte a été reconnu même dans les réunions du Conseil des ministres<sup>46</sup>.

Article 4 par. 3 c): *l'incitation directe et publique à commettre le génocide*

Comme l' a précisé la Chambre,

« quel que soit le système juridique, l'incitation directe et publique doit être définie, aux fins de l'interprétation de l'article 2(3)c), comme le fait de directement provoquer l'auteur ou les auteurs à commettre un génocide, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou affiches, exposés aux regards du public, soit par tout autre moyen de communication audiovisuelle.

L'élément moral du crime d'incitation directe et publique à commettre le génocide réside dans l'intention de directement amener ou provoquer autrui à commettre un génocide. Il suppose la volonté du coupable de créer, par ces agissements, chez la ou les personnes à qui il s'adresse, l'état d'esprit propre à susciter ce crime. C'est-à-dire que celui qui incite à commettre le génocide est lui-même forcément animé de l'intention spécifique au génocide: celle de détruire en tout ou en partie un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel »<sup>47</sup>.

Ont été considérés comme actes au sens de l'article 4 par. 3 c) les

<sup>45</sup> *Le Procureur c. Alfred Musema*, cit., par. 191 e 193; dans le présente affaire l'accusé a été reconnu non coupable de ce crime.

<sup>46</sup> TPIR, *Le Procureur c. Jean Kambanda*, ICTR-97-23-S, Chambre de première instance (I), 4 septembre 1998, par. 40.

<sup>47</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 559-560.

discours prononcés en réunions publiques <sup>48</sup>, ou encore les messages lancés à travers les médias de masse à destination du grand public <sup>49</sup>.

Article 4 par. 3 e): *la complicité dans le génocide*

La complicité dans la commission du crime de génocide est reconnue alors que le crime a été commis <sup>50</sup>. Comme la Chambre du TPIR a précisé:

« ... Un accusé est complice de génocide s'il a sciemment et volontairement aidé ou assisté ou provoqué une ou d'autres personnes à commettre le génocide, sachant que cette ou ces personnes commettaient le génocide, même si l'Accusé n'avait pas lui-même l'intention spécifique de détruire en tout ou en partie le groupe national, ethnique, racial ou religieux, visé comme tel » <sup>51</sup>.

Il est donc exclu de devoir prouver l'intention de détruire en tout ou en partie un « groupe protégé ».

La condamnation pour complicité dans le génocide est par sa propre nature alternative à celle de la commission d'un tel acte: une fois qu'a été reconnu un accusé comme auteur principal d'un crime de génocide il n'est pas possible de le condamner comme complice pour la même infraction <sup>52</sup>.

5. — La Chambre de première instance du TPIY, dans son jugement du 2 août 2001 dans l'affaire *Krstic*, a remarqué que sa tâche n'est pas celle d'explorer les abîmes et les causes profondes de la guerre ou d'un épisode — les expulsions et le massacre de Srebrenica — qui a marqué un moment particulièrement grave du conflit des Balkans. Sa tâche est

« plus modeste: elle consiste à déterminer, à partir des éléments de preuve présentés au procès, ce qui s'est passé pendant cette période d'environ neuf jours, et enfin à juger si l'accusé ... est ou non pénalement responsable, en vertu des normes du droit international, pour sa participation à ces événements » <sup>53</sup>.

Vu l'importance capitale qui est donnée à la prohibition et à la répression du crime de génocide, les jugements portant condamnation sur le 'crime des crimes' étaient particulièrement attendus. Dans l'accomplissement de

<sup>48</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 672-675. Dans l'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2001, la Chambre d'appel de l'affaire *Akayesu* a rejeté l'appel de l'accusé sur le lien de causalité entre le rassemblement considéré comme lieu où l'incitation avait été commise et le début des massacres de Tutsis, par. 215-224.

<sup>49</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Georges Ruggiu*, ICTR-97-32-I, Chambre de première instance (I), 1<sup>er</sup> juin 2000, par. 44.

<sup>50</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 525-548.

<sup>51</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 545.

<sup>52</sup> *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*, cit., par. 700.

<sup>53</sup> *Le Procureur c. Radislav Krstic*, cit., par. 2.

leur devoir, les Tribunaux *ad hoc* ont certainement contribué à la clarification du contenu juridique de la notion de génocide.

Leur contribution, néanmoins, n'a pas manqué d'être qualifiée de peu 'audacieuse', ou trop 'timide'; ces critiques peuvent avoir quelques fondements, mais il faut considérer aussi qu'elle partage sans doute l'extrême prudence avec laquelle les Tribunaux ont déclaré des conduites déterminées comme actes génocidaires, prudence suggérée par la volonté de ne pas assouplir les paramètres d'évaluation de ce crime.

En plus, en reprenant la citation du TPIY dans l'affaire *Krstic*, les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ne peuvent pas explorer toute la complexité du crime de génocide: ils doivent, certainement, déterminer et condamner les comportements pénalement répréhensibles des individus sur lesquels ils ont juridiction, mais ils doivent aussi laisser à d'autres organes — juridictionnels<sup>54</sup> ou politiques — la tâche d'explorer les responsabilités plus larges découlant des événements qui se sont déroulés.

<sup>54</sup> Voir, par exemple, les affaires pendantes devant la Cour Internationale de Justice sur l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie* et *Croatie c. Yougoslavie*. Les requêtes ont été introduites en 1993 et en 1999, respectivement; la Cour n'a pas encore pris de décision sur le fond des affaires qui concernent des violations de la Convention de 1948.

# L'APPORT DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX À LA DÉFINITION DU CRIME DE TORTURE

FRANCESCA DE VITTOR

SOMMAIRE: 1. Introduction. — 2. Les éléments qui caractérisent la torture tant en droit international des droits de l'homme qu'en droit international humanitaire. — A. L'élément matériel: le fait d'infliger, par un acte ou une omission, une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales. — B. Les éléments subjectifs: le caractère intentionnel de l'acte et la présence d'un but défendu. — 3. Les éléments qui diffèrent en conséquence des caractères particuliers du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire. — A. Les différences de perspective entre le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire appliquées au droit international pénal. — B. La question de la présence d'un agent de l'État.

1. — Le droit de ne pas être soumis à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants est prévu par tous les instruments internationaux de protection des droits de l'homme<sup>1</sup>. En outre, des instruments spécifiques pour la prévention et la répression de la torture sont prévus tant au niveau universel qu'au niveau régional<sup>2</sup>. D'ailleurs, les quatre Conventions de Genève de 1949 classent « la torture et les traitements inhumains » parmi les infractions graves du droit international humanitaire, donnant ainsi un fondement à leur incrimination en tant que crimes de guerre<sup>3</sup>. Tous ces instruments juridiques correspondent à une condamnation univoque de cette pratique de la part de la communauté internationale; il n'est donc plus

<sup>1</sup> Cf. art. 5 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 3 de la CEDH, Art. 5, 2) de la Convention américaine des droits de l'homme, art. 5 de la Charte africaine des droits de l'homme.

<sup>2</sup> *Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants*, du 10.12.1984, *Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants*, du 26.11.1987, *Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture*, du 09.12.1985.

<sup>3</sup> Cf. art. 50 de la première Convention, art. 51 de la deuxième, art. 130 de la troisième et art. 147 de la quatrième. Il faut, en outre, citer l'article 3 commun aux quatre Conventions qui interdit, même dans les conflits non internationaux, « les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants ».

possible de douter que l'interdiction de la torture constitue une norme de droit international coutumier <sup>4</sup> et, peut-être, de *jus cogens* <sup>5</sup>. Cependant, ce n'est pas sur le rôle et la valeur de cette interdiction en droit international que notre analyse sera centrée, mais plutôt sur son contenu.

En effet, si l'existence d'une norme de droit coutumier interdisant la torture ne pose pas trop de problèmes, des doutes existent encore en ce qui concerne la définition de cette pratique. C'est pour cette raison que la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux revêt sur ce point une grande importance, non pas seulement du point de vue du droit international pénal, mais aussi de celui du droit coutumier en général.

Afin de dégager une définition générale de la torture en tant qu'infraction pénale, les Tribunaux *ad hoc* se sont fondés sur celle contenue dans l'article premier de la Convention des Nations Unies contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants, adoptée par l'Assemblée générale le 10 décembre 1984 <sup>6</sup>. En effet, ces Tribunaux ont pu considérer cette définition comme traduisant « un consensus ... représentatif du droit international coutumier » <sup>7</sup>. Ensuite, ils l'ont précisée et clarifiée à

<sup>4</sup> Il n'y a pas lieu ici d'approfondir l'analyse de ce point, il suffit de se référer à A. MARCHESI, *Il divieto di tortura nel diritto internazionale generale*, *RDInt*, 1993, 979 s.

<sup>5</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, Chambre de première instance II, 10 décembre 1998, par. 153 s.

<sup>6</sup> L'article premier de ladite Convention désigne par le terme torture « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Cette définition a son précédent dans la Déclaration sur la torture, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies avec la résolution 3452(XXX) du 9.12.1975, qui, par contre, n'est qu'une recommandation et en tant que telle n'a pas d'effets obligatoires. Enfin, une définition très proche apparaît dans l'art. 2 de la Convention interaméricaine pour la prévention de la torture.

<sup>7</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Zejnil Delalic et autres*, Chambre de première instance II, 16 novembre 1998, par. 459; dans cette affaire la Chambre est parvenue à ladite conclusion après avoir comparé la définition donnée par la Convention avec celles contenues dans la Convention interaméricaine, cit., et dans la Rés. AG 3452(XXX), cit. Ensuite, cette conclusion a été confirmée par la Chambre d'appel dans l'affaire *Furundzija* (arrêt du 21 juillet 2000, par. 111). Précédemment la Chambre de première instance du TPIR avait appliqué la même définition - mais sans s'interroger sur sa correspondance au droit coutumier - dans son jugement du 2 septembre 1998 dans l'affaire *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, par. 593. En doctrine voir aussi A. MARCHESI, *Il divieto di tortura*, cit., 983 s.

la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que de la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

Par ailleurs, il faut souligner que tous ces instruments font partie du système du droit international des droits de l'homme, et ont donc pour but la protection de l'individu à l'encontre de l'État: leur violation implique la responsabilité internationale de ce dernier <sup>8</sup>. Au contraire, les Tribunaux pénaux internationaux doivent appliquer une définition de la torture en tant que crime de droit international humanitaire, impliquant la responsabilité pénale de l'individu. Par conséquent ils se sont aussi interrogés sur la question de savoir si la définition de la torture dégagée dans le cadre des droits de l'homme était entièrement applicable au droit humanitaire ou si, au contraire, il y avait des éléments de différence.

En suivant le raisonnement proposé par les juges de La Haye et de Arusha, nous analyserons dans une première partie les éléments constitutifs de la torture communs aux deux branches du droit. Ensuite, notre attention sera focalisée sur les différences entre droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire, et sur les conséquences qui en découlent pour la définition qui nous intéresse. À la lumière d'une analyse de la pratique, nous verrons finalement que la différence entre les deux champs est plus apparente que réelle, et qu'au contraire, il est possible d'envisager une notion tendanciellement unique de la torture.

2. — A. — Le premier élément à prendre en considération, lorsqu'il s'agit de donner une définition de la torture est la conduite ou élément matériel. La Convention des Nations Unies définit cet élément comme « tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne » <sup>9</sup>. Cette définition reprend presque littéralement celle contenue dans l'article premier de la Déclaration contre la torture adoptée le 9 décembre 1975 par l'Assemblée générale des Nations Unies <sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cependant, la Convention des Nations Unies prévoit aussi l'obligation pour tout État partie de « veill[er] à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal » (art. 4); elle prévoit, en outre, une compétence juridictionnelle universelle pour connaître desdites infractions (art. 5, par. 1) et l'obligation, si l'État ne veut pas juger, d'extrader la personne soupçonnée d'avoir commis de telles infractions (art. 5, par. 2). Bien qu'elle s'applique toujours aux États, la Convention constitue néanmoins le fondement de l'incrimination de la torture en tant qu'infraction pénale. Cf. E. DELAPLACE, *La torture*, dans *Droit International Pénal*, sous la direction de H. ASCENSIO - E. DECAUX - A. PELLET, Pedone, Paris 2000, 372; L. S. SUNGA, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violation*, La Haye 1992, 85.

<sup>9</sup> Conv. Torture, art. 1, cit.

<sup>10</sup> Rés. AG 3452(XXX). Légèrement différent est l'art. 2 de la Convention interaméri-

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans son article 7, et la Convention européenne des droits de l'homme, dans son article 3, interdisent eux aussi la torture, mais ils n'en donnent pas de définition. C'est donc aux décisions du Comité des droits de l'homme, ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour et de l'ancienne Commission européennes des droits de l'homme qu'il faut se référer lorsqu'on veut savoir ce qui est considéré comme torture dans le cadre de ces instruments.

En tant qu'élément objectif, constitutif de la conduite en soi, le « fait d'infliger une douleur ou des souffrances aiguës » caractérise l'acte de torture aussi bien en droit international humanitaire qu'en droit international des droits de l'homme. Par conséquent, en ce qui concerne cet aspect, les instruments conventionnels que nous avons cités, les communications du Comité des droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour européenne et les arrêts des Tribunaux pénaux *ad hoc* s'intègrent et se complètent mutuellement. En d'autres termes, les Tribunaux pénaux utilisent la définition de la torture contenue dans la Convention de 1984, complétée par les jurisprudences des organes de sauvegarde des droits de l'homme et des juridictions nationales, afin de déterminer quels actes commis par les accusés peuvent être considérés comme ayant produit des souffrances tellement aiguës qu'elles s'apparentent à une torture. En même temps, vu ladite correspondance, la jurisprudence des Tribunaux pénaux nous donne des éléments importants qui permettront de clarifier cette définition également dans le cadre du droit international des droits de l'homme.

Le fait que la torture soit une forme particulièrement grave de traitement cruel, inhumain ou dégradant <sup>11</sup> implique, en général, que, même si tous les éléments constitutifs de la torture ne sont pas réunis, cela n'exclut pas que l'accusé puisse être condamné pour traitement inhumain. Certes, cela peut avoir une importance particulière lorsqu'il s'agit de déterminer le but de l'action (voir sur cet aspect le prochain paragraphe). En ce qui concerne la détermination de l'élément objectif, cela n'a toutefois pas moins d'importance: comme l'a affirmé la Cour européenne des droits de l'homme, des agissements qui ne peuvent être qualifiés de torture puisqu'ils « n'ont pas causé des souffrances de l'intensité et de la cruauté particulières qu'implique

caine pour la prévention de la torture qui, en se référant à « tout acte par lequel sont infligées intentionnellement à une personne des peines ou souffrances, physiques ou mentales », ne semble pas imposer un degré minimum de gravité de souffrances. Par contre, ce degré minimum s'avère faire partie du droit coutumier car pris en considération aussi bien dans la pratique des organes internationaux de protection des droits de l'homme, que dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux qui nous occupent.

<sup>11</sup> Cf. aussi l'art. 2 de la Rés. AG 3452(XXX), cité, qui, sur ce point, est explicite.

le mot torture » peuvent néanmoins constituer des traitements inhumains et dégradants <sup>12</sup>. Ce qui, par ailleurs, pose des problèmes est qu'« il est difficile de fixer précisément le degré de souffrance nécessaire pour que d'autres formes de mauvais traitements deviennent des tortures » <sup>13</sup>; cela d'autant plus si l'on considère que l'évaluation de la sévérité du traitement est normalement faite en prenant en considération les circonstances effectives du cas, telles que la situation de la victime et les habitudes sociales du lieu <sup>14</sup>.

La seule solution au problème de fixation du degré de souffrance pourrait être la rédaction d'une liste exhaustive des actes constituant des tortures. Mais il s'agit d'une solution impraticable parce qu'« une définition juridique ne peut dépendre d'un catalogue de pratiques horribles, car ce serait tout simplement mettre à l'épreuve l'ingéniosité des tortionnaires et non pas édicter une interdiction juridique valable » <sup>15</sup>. Vu l'absence d'une telle liste, les Tribunaux pénaux internationaux ont choisi de donner des exemples de ce qui, dans la pratique antérieure, a été considéré comme torture, afin d'évaluer, parmi les actes imputés aux accusés, ceux qui pouvaient être assimilés aux précédents pris en considération. C'est ainsi que, dans l'affaire *Delalic*, la Chambre de première instance énumère — à titre d'exemple - toute une série de cas décidés par le Comité des droits de l'homme <sup>16</sup> ou par la Cour européenne <sup>17</sup>, afin d'arriver à la conclusion que

<sup>12</sup> Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt, *Irlande c. Royaume-Uni* (1979-80), 18 janvier 1978, Série A, No 25, par.167. Mais précédemment voir aussi le rapport de la Commission du 05.11.1969 dans *l'Affaire grecque*, *Annuaire de la Commission européenne des droits de l'homme* 1969, XII, 186.

<sup>13</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 469.

<sup>14</sup> Sur cette « appréciation relative » du seuil de gravité dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, cf. F. SUDRE, *Article 3*, in *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L.-E. PETTITI - E. DECAUX - P.-H. IMBERT, Paris 1999, 159-161; voir aussi, pour une énumération des exemples jurisprudentiels, P. VAN DIJK - G.J.H. VAN HOOFF, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, La Haye 1998, 311 s. Pareillement, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies considère que « *the assessment of what constitutes inhuman or degrading treatment falling within the meaning of article 7 depends on all the circumstances of the case, such as the duration and manner of the treatment, its physical or mental effects as well as the sex, age and state of health of the victim* » (*Vuolanne v. Finland*, 265/87, par. 9.2), cf. S. JOSEPH - J. SCHULTZ - M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford 2000, 149.

<sup>15</sup> N. S. RODLEY, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Oxford 1998, 105; cité aussi par la Chambre de première instance dans l'affaire *Delalic*, cit., par. 469.

<sup>16</sup> Sévices corporels, électrochocs et simulacres d'exécutions dans l'affaire *Tshitenge Muteba c. Zaïre*, *Rapport du Comité des droits de l'homme*, *Documents officiels de l'Assemblée générale de l'ONU*, DOAG, 22<sup>ème</sup> session, supplément n. 40 (1984), par.10.2; *plantones* (consistant à obliger une personne à se tenir debout pendant des périodes très longues), coups et privation de nourriture dans l'affaire *Violeta Setelich c. Uruguay*, DOAG, 14<sup>ème</sup> session,

les mauvais traitements subis par les prisonniers dans le camp de *Celebici* constituaient des tortures (brûlures, coups de poing, de pied et à l'aide d'instruments métalliques, application de poudre corrosive sur le corps, viols et autres sévices) <sup>18</sup>.

À l'occasion de la même affaire, le Tribunal a souligné, en outre, que bien que les cas de torture les plus caractéristiques fassent apparaître des actes positifs, « des omissions peuvent également fournir l'élément matériel nécessaire pour autant que les souffrances morales ou physiques soient d'une gravité suffisante » <sup>19</sup>.

De plus, il nous semble utile de remarquer qu'il n'est pas nécessaire que lesdites souffrances soient physiques. Comme l'a démontré la Chambre d'appel dans l'affaire *Furundzija*, en confirmant le jugement de première instance, des souffrances uniquement morales ou psychologiques, ainsi que la simple menace de graves sévices, peuvent constituer une torture <sup>20</sup>.

Bien qu'il n'y ait pas lieu ici de procéder à l'énumération des conduites pour lesquelles les Tribunaux pénaux internationaux ont jugé les accusés coupables de torture, une de celles-ci mérite d'être rappelée pour ses caractéristiques particulières: le viol <sup>21</sup>. En dépit de sa nature d'infraction au droit international humanitaire <sup>22</sup>, le viol en tant que tel n'est pas énuméré

par.10.2; maintien au secret pendant plus de trois mois avec les yeux bandés et les mains liées dans l'affaire *Luciano Winberger c. Uruguay*, Rapport du Comité des droits de l'homme, DOAG, 31<sup>ème</sup> session, par. 4.

<sup>17</sup> Dans l'*Affaire grecque*, par exemple, la Commission européenne avait jugé que la pratique de la *falanga*, consistant dans le fait d'administrer des coups sur toutes les parties du corps, constituait une forme de torture.

<sup>18</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 461 s.

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 468.

<sup>20</sup> Dans le cas d'espèce « le fait de frotter un couteau contre les cuisses et le ventre d'une femme tout en la menaçant d'introduire ce couteau dans son vagin » a été considéré comme un acte si humiliant et grave qu'il ne pouvait qu'être qualifié de torture (Arrêt, Affaire *Furundzija*, Chambre d'appel, cit., par. 114).

<sup>21</sup> Pour une analyse approfondie de la définition du viol, voir A. ESPOSITO, *supra* dans cet ouvrage, p. 41 ets., et, en jurisprudence, le jugement rendu le 22 février 2001 par la Chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac* (par. 436 s.). Ici il suffit de le considérer, d'une manière très générale, comme « tout acte de pénétration sexuelle non consensuel commis sur la personne d'autrui » (affaire *Akayesu*, Chambre de première instance, cit., par. 596; dans la jurisprudence du TPIY, cf. aussi les jugements *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par 478 s., et *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 174 s.)

<sup>22</sup> Cf. l'art. 27 de la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, l'art. 4 du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève, l'art. 76, 1) du Protocole additionnel, l'art. 6 c) du Statut du Tribunal international de Nuremberg, ainsi que les articles 5 du STTPY et 3 et 4 du STTPR. Voir aussi le jugement *Delalic*, cit., par. 476.

parmi les violations graves des Conventions de Genève, ni dans l'article 3 commun. Il y entre seulement en tant que forme de torture ou traitement inhumain. Dans l'affaire *Delalic*, la Chambre de première instance du TPIY a considéré que « tout viol est un acte abject, qui porte atteinte au plus profond de la dignité humaine et de l'intégrité physique. [...] Le viol provoque de vives douleurs et souffrances, tant physiques que psychologiques. La souffrance psychologique des victimes de viol, notamment des femmes, est parfois encore aggravée par les conditions socioculturelles et elle peut être particulièrement vive et durable »<sup>23</sup>. Vu ladite constatation, on ne peut que conclure que le viol en tant que tel atteint toujours le degré de souffrance nécessaire pour intégrer la conduite matérielle constitutive de la torture; par conséquent, si les autres éléments constitutifs sont réunis, il pourra sans aucun doute être qualifié de torture.

C'est donc le moment d'analyser quels sont ces autres éléments.

B. — Du point de vue subjectif<sup>24</sup>, deux autres éléments sont nécessaires tant en droit international des droits de l'homme qu'en droit international humanitaire: l'acte doit être intentionnel et il doit viser un but spécifique ultérieur.

En ce qui concerne le caractère intentionnel des actes ou omissions — c'est-à-dire le fait que, jugés objectivement, ils apparaissent délibérés et non accidentels — il s'agit d'un élément dont l'appréciation ne pose généralement pas de problèmes. En effet, il est difficile d'imaginer que les effrayantes conduites décrites au paragraphe précédent puissent être réalisées accidentellement, ou que les souffrances qu'elles provoquent soient inattendues.

C'est plutôt relativement à la question du but défendu que le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie a eu l'occasion de se prononcer et d'éclaircir l'état actuel du droit international.

L'article 1 de la Convention de 1984 prévoit que les mauvais traitements constituant la torture doivent être infligés à la victime « aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit ».

Il s'agit d'une liste qui va au-delà de celle figurant dans la Déclaration sur la torture adoptée par l'Assemblée générale puisque cette dernière ne prévoit

<sup>23</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 495.

<sup>24</sup> Nous nous référons, par ce terme, à l'attitude psychologique de la personne qui inflige la torture, et non pas à la qualité du sujet. Notre deuxième partie sera consacrée plus particulièrement à ce dernier aspect.

pas le simple but discriminatoire. D'ailleurs, l'expression « aux fins notamment » indique que les buts indiqués ne sont que des exemples et que d'autres finalités pourraient s'ajouter dans la définition coutumière de la torture. Ces considérations indiquent comment, en ce qui concerne la question du but défendu, la coutume internationale est continuellement en évolution, d'où l'importance et le rôle éclaircissant de la jurisprudence internationale — et en particulier de celle des Tribunaux pénaux.

Encore une fois, l'affaire *Delalic* est particulièrement significative. Dans le cas d'espèce, la défense avait soutenu qu'en droit international humanitaire le seul but distinctif de la torture serait l'extorsion d'aveux ou de renseignements, comme il était énoncé dans le commentaire officiel à l'article 147 de la IV<sup>ème</sup> Convention de Genève. La Chambre de première instance du TPIY, au contraire, n'a pas partagé cette opinion et elle a affirmé que le droit coutumier « envisage clairement des buts défendus autres que ceux proposés par le commentaire »<sup>25</sup>. En effet, la jurisprudence du TPIY et celle du TPIR ont constamment admis que toutes les fins énumérées dans l'article 1 de la Convention de 1984 caractérisent le crime de torture du point de vue du droit international général, et du droit international humanitaire en particulier. Par conséquent, il est possible de considérer comme acquis, en vue d'une définition coutumière de la torture, les buts défendus suivants:

- « a) obtenir de la victime ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux;
- b) punir la victime ou une tierce personne d'un acte que la victime ou la tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis;
- c) [...] d'intimider la victime ou la tierce personne ou de faire pression sur elle;
- d) pour tout motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit. »<sup>26</sup>.

De plus, ce but ne doit pas nécessairement être la seule ou principale motivation du tortionnaire; bien au contraire, il suffit qu'il soit l'un des mobiles de l'acte<sup>27</sup>. Ainsi, la Chambre de première instance du TPIY a pu affirmer que « ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'il serait donc possible de conclure que les douleurs ou souffrances graves infligées par un

<sup>25</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 472.

<sup>26</sup> Affaire *Akayesu*, Chambre de première instance, cit., par. 594; voir aussi, pour le TPIY, les affaires *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 162 point iii), *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 494 point iii), *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 485.

<sup>27</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 470; affaire *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 486.

agent de l'État ne constituent pas des tortures au motif qu'il a agi pour des raisons purement privées »<sup>28</sup>.

Il faut enfin ajouter que la jurisprudence du TPIY semble aller même au-delà de ce qui était prévu par l'article 1 de la Convention contre la torture en élargissant ultérieurement la liste des buts défendus. Lorsqu'elle s'interroge sur la qualification du viol en tant que torture, la Chambre de première instance considère queladite forme de violence outrage tout particulièrement la femme en tant que telle, donc qu'« il s'agit d'une forme de discrimination qui répond au critère des fins prohibées entrant dans la définition du crime de torture »<sup>29</sup>. Ce faisant, la Chambre semble donner une portée extrêmement élargie au but discriminatoire<sup>30</sup>; combinée avec les considérations que nous avons faites concernant les souffrances nécessairement provoquées par le viol, cela implique que cette conduite puisse presque toujours être qualifiée de torture.

Si, dans l'affaire *Delalic*, la Chambre de première instance a interprété d'une manière extensive un des buts défendus énumérés dans l'article 1 de la Convention contre la torture, dans l'affaire *Furundzija* elle en a directement ajouté un autre, spécifique au droit pénal international, se rapportant aux conflits armés: le but « d'humilier » la victime. La Chambre a motivé cet ajout en se fondant sur « l'esprit général du droit international humanitaire » dont l'objectif principal serait « de préserver la dignité de l'homme »<sup>31</sup>. Cela nous conduit à nous interroger sur les différences entre droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire, ainsi que sur leurs éventuelles conséquences sur la définition de la torture.

3. — A. — Dans la première partie de cette analyse, nous avons souligné que, faute d'une définition du crime de torture spécifique au droit international humanitaire, les Tribunaux ont fait référence aux précédents en matière de droit international des droits de l'homme. Mais, puisque la définition d'une infraction est strictement liée au contexte juridique dans lequel elle est développée, les différences entre ces deux branches du droit ne peuvent pas rester sans conséquences sur la définition du crime.

Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre de première instance du TPIY a

<sup>28</sup> Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 471, qui cite BURGESS, *A Handbook on the Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, Dordrecht 1998, 119.

<sup>29</sup> Affaire *Delalic*, cit., par. 963.

<sup>30</sup> Pour une critique de cette appréciation du but discriminatoire, cf. les considérations de H. ASCENSIO - R. MAISON, *L'activité des Tribunaux pénaux internationaux* (1998), *AFDI*, 1998, 397 s. Il faut toutefois noter que l'affirmation de la Chambre n'avait, dans ce cas, qu'une valeur d'*obiter dictum* car presque tous les autres buts étaient présents.

<sup>31</sup> Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 162.

énoncé les deux différences fondamentales que l'on doit garder à l'esprit lorsque l'on veut utiliser les principes dégagés dans le cadre du droit international des droits de l'homme afin d'établir la responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire. En premier lieu, le rôle et la position de l'État en tant qu'acteur sont complètement différents dans les deux régimes: le droit international des droits de l'homme est la réponse aux abus de l'État sur ses citoyens; il est donc né de l'exigence de protéger ces derniers de la violence organisée ou sponsorisée par l'État; le droit humanitaire, au contraire, a pour but de régler la conduite de la guerre afin de limiter les dommages pour les victimes des hostilités. En deuxième lieu, il faut prendre en considération le fait que le Tribunal applique cette partie du droit international que constitue le droit pénal international, c'est-à-dire un droit qui présuppose un procès où il y a une partie, le procureur, à l'encontre d'une autre, l'accusé; au contraire, en droit international des droits de l'homme, il n'y a que l'État qui doit garantir l'efficacité de certains droits. Du point de vue structurel, cela signifie que le droit des droits de l'homme établit une série de droits garantis, le droit pénal international une liste d'infractions <sup>32</sup>.

Une lecture attentive de ladite partie du jugement *Kunarac* révèle, d'ailleurs, que les deux points de distinction indiqués par la Chambre ne sont pas uniformes entre eux car ils correspondent à deux perspectives différentes. D'un côté, il y a la distinction fondamentale entre le champ d'application du droit des droits de l'homme et celui du droit humanitaire. C'est-à-dire entre un droit d'application générale, qui impose à l'État de garantir le respect d'une série de droits et libertés de la personne en tant que telle et en tout moment, et un droit particulier, qui trouve son application dans le cadre des conflits armés et qui a pour but de donner un minimum de garanties aux victimes de la guerre. D'un autre côté, il y a la différence, de toute autre nature, entre droit des droits de l'homme et droit international pénal. C'est-à-dire entre un ensemble de droits, dont le garant est l'État et dont la violation comporte la responsabilité internationale de ce dernier, et un système dont le but est d'établir la responsabilité pénale de l'individu coupable d'avoir commis ou commandé de commettre un crime aux termes du droit humanitaire.

Les deux considérations ont des conséquences sur les éléments dont le Tribunal doit constater la présence afin d'établir la responsabilité d'un accusé pour crime de torture. En ce qui concerne les différents champs d'application, la Chambre de première instance du TPIY a relevé que, « si la définition

<sup>32</sup> Affaire *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 470.

[contenue dans l'article 1 de la Convention de 1984] s'applique à toute forme de torture, que ce soit en temps de paix ou en temps de conflit armé, il convient d'identifier ou de préciser certains éléments particuliers concernant la torture envisagée du point de vue du droit pénal international se rapportant aux conflits armés »<sup>33</sup>. Ces éléments particuliers peuvent se réduire en un seul: les actes de torture doivent être « liés à un conflit armé »<sup>34</sup>.

Bien que dans l'affaire *Furundzija* la Chambre de première instance ait énuméré la liaison avec un conflit armé parmi les éléments caractérisant la définition de la torture, il est évident que ladite liaison n'est pas un élément constitutif de la torture, mais plutôt une condition d'application du droit international humanitaire. Au contraire, la différence entre droit international des droits de l'homme - impliquant la responsabilité de l'État — et droit international pénal — impliquant la responsabilité pénale de l'individu — exerce ses effets directement sur un des éléments que la Convention de 1984 considère comme constitutifs de la torture, c'est-à-dire la présence d'une personne agissant à titre officiel.

B. — L'article 1 de la Convention de 1984 établit, comme dernier élément constitutif de la torture, le fait que les mauvais traitements doivent être infligés « par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite ». Cet élément, déjà présent dans la résolution de l'Assemblée générale 3452(XXX) et retenu par la Convention interaméricaine, a initialement été considéré comme correspondant au droit coutumier et constitutif du crime de torture en droit international humanitaire par les Tribunaux pénaux *ad hoc*<sup>35</sup>.

Néanmoins, sur ce point, l'affaire *Kunarac* a signé un important revirement de jurisprudence. La Chambre de première instance du TPIY a constaté que, dans le cadre du droit international humanitaire, la présence d'un agent de l'État ou d'une autre personne agissant à titre officiel n'est pas nécessaire pour que l'action soit qualifiée de torture<sup>36</sup>. Cette conclusion, confirmée par la Chambre d'appel, est le résultat d'une série de constatations qui nous semblent riches d'intérêt. Celles-ci concernent d'une part la définition de la torture dans le cadre des droits de l'homme, et d'autre part les caractères et finalités spécifiques du droit international pénal.

<sup>33</sup> Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 162.

<sup>34</sup> *Ibid.*, point iv).

<sup>35</sup> Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, cit., par. 162 v), confirmé par la Chambre d'appel le 21 juillet 2000, par. 111 v); affaire *Delalic*, Chambre de première instance, cit., par. 473-474, et 494 iv); affaire *Akayesu*, Chambre de première instance, cit., par. 594.

<sup>36</sup> Affaire *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 496.

La Chambre de première instance commence par souligner que deux dispositions de la Convention de 1984 doivent être gardées à l'esprit lorsqu'on évalue la possibilité d'un effet extraconventionnel de la définition de la torture contenue dans son article premier. Tout d'abord, l'article 1 lui-même limite cette définition « aux fins de la présente convention ». Ensuite, le paragraphe 2 du même article précise qu'il « est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large »<sup>37</sup>.

Une fois cela précisé, la Chambre constate que, dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour et la Commission considèrent que seuls trois éléments sont nécessaires pour qu'il y ait une torture: un degré minimum de sévérité du mauvais traitement, la nature intentionnelle de l'acte et la présence d'un but défendu spécifique<sup>38</sup>. Dans l'arrêt *HLR c. France*, par exemple, la Cour de Strasbourg a expressément affirmé que, « en raison du caractère absolu du droit garanti », l'article 3 de la CEDH peut trouver une application même « lorsque le danger émane de personnes ou de groupes de personnes qui ne relèvent pas de la fonction publique »<sup>39</sup>.

Pareillement, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dans ses Observations générales concernant l'article 7 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, a depuis longtemps affirmé que « les pouvoirs publics ont également le devoir d'assurer une protection en vertu de la loi contre [la torture et les traitements inhumains et dégradants], même lorsqu'ils sont appliqués par des personnes agissant en dehors de leurs fonctions officielles ou sans aucune autorité officielle »<sup>40</sup>. Il semblerait donc que, même en droit international des droits de l'homme, la participation de l'État, par la voie de ses agents, ne soit pas toujours requise en tant qu'élément constitutif de l'acte de torture. Il serait possible, par conséquent, de douter de la correspondance

<sup>37</sup> *Ibid.*, par. 473.

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 478. Voir notre partie A.

<sup>39</sup> CEDH, Arrêt, affaire *HLR c. France*, Recueil des arrêts et décisions, 1997-III, 29 avril 1997, par. 40, 758. Dans ce cas, le requérant était un trafiquant de drogue colombien qui, expulsé de la France, risquait de subir la vengeance des organisations criminelles colombiennes car il avait révélé à la police française le nom de son recruteur. En ce qui concerne la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur ce point, voir aussi A. ESPOSITO, Art. 3. Proibizione della tortura, dans *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, sous la direction de S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, Padoue 2001, 61 s.

<sup>40</sup> Comité des droits de l'homme des NU, *Observation générale n. 7, art. 7*, du 27.07.1982, par. 2. Plus récemment le même Comité a confirmé sa position dans son *Observation générale n. 20, art. 7*, du 03.04.1992.

avec le droit international coutumier de cette partie de l'article 1 de la Convention de 1984.

Une fois établie cette constatation de caractère général, la Chambre de première instance s'arrête ensuite sur les implications des différences fondamentales entre le droit international des droits de l'homme et la partie du droit international humanitaire qui constitue le droit pénal international <sup>41</sup>. En effet, si, dans le cadre des droits de l'homme, la participation directe ou indirecte de l'État peut être requise, c'est parce que c'est la responsabilité de ce dernier qu'on doit, en définitive, faire valoir. Au contraire, la responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire est indépendante de la qualité officielle ou non de l'accusé <sup>42</sup>. C'est sur la base de ces considérations que la Chambre arrive à conclure que le crime de torture est envisageable comme tel même s'il n'est pas perpétré par (ou à l'instigation de) une personne agissant à titre officiel.

Par la suite, la Chambre d'appel a confirmé la validité de la décision, mais elle a nié que celle-ci puisse constituer un revirement par rapport à sa jurisprudence antérieure. En particulier, la Chambre d'appel a dû tenir compte de son précédent jugement dans l'affaire *Furundzija*, où elle avait donné une définition de la torture en tout point conforme à celle contenue dans la Convention de 1984 <sup>43</sup>. Il nous semble intéressant de suivre brièvement le raisonnement de la Cour, parce qu'il donne des éléments de réflexion utiles pour la définition coutumière de la torture, aussi bien du point de vue des droits de l'homme, que de celui de la responsabilité pénale pour violation du droit international humanitaire.

La Chambre d'appel affirme que:

« La Convention [des Nations Unies contre la torture] lie des États et vise à réglementer leurs activités; c'est seulement à cette fin et dans cette mesure qu'elle traite des actes d'individus agissant à titre officiel. En conséquence, la condition posée par la Convention que l'acte de torture ait été commis par un individu agissant à titre officiel peut être considérée comme limitant les obligations des États: ils ne sont tenus d'engager des poursuites pour actes de torture que si ceux-ci sont commis par « un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ». C'est donc à bon droit que la Chambre d'appel a affirmé, dans l'Arrêt

<sup>41</sup> Voir le paragraphe précédent.

<sup>42</sup> Affaire *Kunarac*, Chambre de première instance, cit., par. 489.

<sup>43</sup> *Furundzija*, Chambre d'appel, 21 juillet 2000, par. 111. En effet, la Chambre d'appel devait tenir compte de l'affirmation contenue au paragraphe 113 de l'arrêt qu'elle avait rendu le 24 mars 2000 dans l'affaire *Aleksovski*, selon laquelle « La Chambre d'appel considère qu'une interprétation correcte du Statut exige que la *ratio decidendi* de ses décisions s'impose aux Chambres de première instance ».

*Furundzija*, que la définition figurant dans la Convention relative à la torture reflète le droit international coutumier, y compris en ce qu'elle traite des agents de la fonction publique »<sup>44</sup>.

Cependant:

« Cette affirmation, qui revient à dire que la définition figurant dans la Convention relative à la torture reflète l'état du droit international coutumier en ce qui concerne les obligations des États, ne signifie pas que cette définition reflète totalement l'état du droit international coutumier en ce qui concerne la signification du terme torture en général.

En conséquence, la Chambre de première instance a eu raison de conclure en l'espèce que le droit international coutumier n'exige pas que le crime soit commis par un agent de la fonction publique lorsque la responsabilité pénale d'un individu est mise en cause en dehors du cadre fixé par la Convention relative à la torture »<sup>45</sup>.

Une telle affirmation nous semble très intéressante, non parce qu'elle permet de maintenir l'unité de la jurisprudence des Tribunaux pénaux *ad hoc*<sup>46</sup>, mais plutôt parce qu'elle nous permet de dégager une définition unique de la torture en droit coutumier, valable tant pour les droits de l'homme que pour le droit international humanitaire. En effet, afin d'éviter une rupture manifeste avec l'arrêt *Furundzija*, la Chambre d'appel a, tout d'abord, confirmé la nécessité de la présence d'un agent de la fonction publique dans le cadre d'un droit qui impose des obligations aux États (c'est-à-dire le droit international des droits de l'homme). Par ailleurs, elle a confirmé également le jugement de la Chambre de première instance en soutenant que cette présence n'est pas nécessaire lorsque la responsabilité de l'individu est mise en cause (c'est-à-dire en droit international pénal). Toutefois, il faut remarquer que, afin de motiver sa décision, la Chambre de première instance avait constaté que ni dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ni dans la pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, la présence d'un agent de l'État n'est considérée comme nécessaire. Par conséquent, nous pouvons en déduire que, même en droit international des droits de l'homme, la sanction officielle

<sup>44</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Kunarac*, Chambre d'appel, 12 juin 2002, par. 146.

<sup>45</sup> *Ibid.*, par. 147 et 148.

<sup>46</sup> Ce qu'elle ne fait pas car, sur ce point, le raisonnement de la Cour semble assez forcé. Il est évident, en effet, que, contrairement à ce que la Cour affirme, un revirement de jurisprudence existe: avant l'arrêt *Kunarac*, la liste des éléments constitutifs du crime de torture comprenait la participation d'une personne agissant à titre officiel; à partir de cet arrêt cet élément n'est plus inclus. Sur ce point, le fait d'avoir noté que dans l'affaire *Furundzija* « l'accusé n'avait pas agi à titre privé, mais en tant que membre des forces armées lors d'un conflit armé » (arrêt, Affaire *Kunarac*, cit., par. 147) ne change en rien le fait que le Tribunal avait toujours inclus l'élément subjectif dans sa définition du crime de torture.

n'est pas toujours estimée comme un élément constitutif de l'acte de torture, et donc, en dépit de la jurisprudence *Furundzija*, cet élément n'a pas de valeur coutumière.

Sur la base de ces considérations, il nous semble possible de dégager une définition valable de la torture tant pour le droit international des droits de l'homme que pour le droit international pénal. Peut donc être considéré comme acte de torture tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne. Ces actes doivent être commis afin d'obtenir des renseignements ou des aveux de la victime ou d'une tierce personne, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination. Le fait que de tels actes soient commis par (ou à l'instigation, ou avec le consentement de) une personne agissant à titre officiel n'est pas un élément constitutif de la torture en tant que telle, ni en droit international des droits de l'homme, ni en droit international humanitaire, mais plutôt une condition posée par certaines conventions afin de limiter leur propre champ d'application.

Cette conclusion permet de réunir dans une définition unique de torture la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme et celle du Tribunal pénal international, mais il nous semble qu'elle ne soit pas encore complète. En effet, l'analyse des cas d'espèce dans leur réalité révèle que — bien que la présence d'un agent de la fonction publique ne soit pas requise comme élément constitutif de la torture — un autre élément est généralement présent: le fait que la victime soit soumise à la garde ou au contrôle de son tortionnaire, en d'autres termes que ce dernier se trouve dans une situation de pouvoir, *de jure* ou *de facto*.<sup>47</sup> La même solution a été adoptée dans le Statut de la Cour pénale internationale qui définit la torture comme « le fait d'infliger intentionnellement une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, à une personne se trouvant sous sa garde ou sous son contrôle [...] » (art. 7, par. 2, lettre e). Il faut, par ailleurs, envisager que la jurisprudence sera appelée à expliciter, en rapport avec les cas concrets, le sens des termes « garde » ou « contrôle ».

<sup>47</sup> Dans l'affaire *Kunarac*, par exemple, les accusés pouvaient exercer un pouvoir absolu sur les prisonniers du camp de (*Celebici*) détenus au lycée de Foca et ces derniers ne pouvaient que subir leurs sévices.

## GÉNOCIDÉ ET CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ: CONVERGENCES ET DIVERGENCES

DAVID BOYLE \*

SOMMAIRE: 1. Les actes constitutifs des infractions. — A. Des crimes de droit commun. — B. Des victimes collectives. — B.1. Une approche collective des victimes. — B.2. Une approche subjective de la détermination des groupes. — 2. La dimension intentionnelle des actes matériels. — A. Certains actes de génocide ne s'inscrivent pas dans le contexte propre aux crimes contre l'humanité. — A.1. Le problème de l'intention de commettre des crimes d'une certaine ampleur. — A.2. La planification des crimes. — A.3. Le compromis adopté dans les textes constitutifs de la Cour pénale internationale. — B. Une approche convergente fondée sur l'intention de l'auteur. — B.1. 'L'objectivation' de l'intention génocidaire. — B.2. L'exclusion du mobile dans les deux cas. — 3. Conclusion.

Le crime contre l'humanité et le génocide sont des infractions définies conjointement par le droit international coutumier et conventionnel. L'origine de la répression du crime contre l'humanité est coutumière. Dans le cas contraire, son incrimination *a posteriori* dans le Statut de Nuremberg aurait enfreint le principe de légalité des délits<sup>1</sup>. La doctrine et la jurisprudence internationales confirment que la prohibition du génocide dans la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide (ci-après la « Convention sur le génocide ») est également un principe de droit international coutumier<sup>2</sup>. Cette répression internationale est fondée sur un « droit de regard » du droit international sur les « politiques internes »<sup>3</sup> des Etats. Or les Etats ont hésité à franchir la barrière de la souveraineté pour

\* Cette contribution a été rédigée avec la participation d'Isabelle FICHET, formateur à la *Law Clinic* de Paris.

<sup>1</sup> Cf. Tribunal militaire, Jugement, *United States c. Goering*, 1<sup>er</sup> octobre 1946, 13 Annual Digest, 203; Doc.N.U. Résolution 95(I), 11.12.1946; CIJ, *Affaire de la Barcelona Traction* (2e phase), 5 février 1970, Rec. 1970, 32, par. 33.

<sup>2</sup> Pour un résumé des opinions doctrinales sur ce point, cf. TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998, par. 495.

<sup>3</sup> Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, LGDJ, Paris 2002, 134.

réprimer conventionnellement les crimes contre l'humanité en l'absence d'un critère limitatif <sup>4</sup>. Dans le Statut de Nuremberg, source de la première définition positive du crime contre l'humanité, il s'agissait de l'exigence d'un lien avec un conflit armé. Ce lien disparaît de la Convention sur le génocide, qui retient une intention discriminatoire spécifique: celle « de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel ».

Il s'en est suivi un vif débat quant à savoir si ces critères limitatifs sont des éléments *constitutifs* de la définition coutumière des infractions, ou s'ils ne répondent qu'à des considérations *d'opportunité* ou de *compétence* <sup>5</sup>. A titre d'exemple, les législations nationales définissent souvent le génocide en fonction d'une conception élargie, notamment en y ajoutant des groupes protégés supplémentaires, voire en reconnaissant le génocide « culturel » <sup>6</sup>. Toujours est-il que, soucieux de respecter le principe *nullum crimen sine lege*, les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après « TPIY ») et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (ci-après « TPIR ») reproduisent la définition conventionnelle du génocide. Même en l'absence de tout problème de rétroactivité, le Statut de la Cour pénale internationale (ci-après « CPI ») a également adopté cette définition. Par conséquent, cette analyse se bornera à comparer le génocide tel que défini dans la Convention sur le génocide au crime contre l'humanité. Or, à ce jour, cette dernière infraction a été définie différemment dans les statuts de chaque Tribunal international habilité à poursuivre ses auteurs.

Cependant, l'analyse des décisions des TPI et des documents constitutifs de la CPI, sous le regard croisé du droit international et du droit pénal, fait ressortir un souci d'harmonisation des deux infractions. En particulier, les TPI estiment que le génocide est une *catégorie* de crime contre l'humanité, de type « persécution », qui se distingue par l'intention de *détruire* certains groupes <sup>7</sup>. Or il nous semble que les règles établies d'interprétation des textes internationaux définissant ces deux crimes <sup>8</sup> n'autorisent pas une telle

<sup>4</sup> E. ZOLLER, La définition des crimes contre l'humanité, *Jdint* 120(3), juillet - septembre 1993, 553.

<sup>5</sup> Cf. A.CASSESE, La communauté internationale et le génocide, in *Mélanges Michel Virally*, Pedone, Paris 1991, 186.

<sup>6</sup> Cf. Du droit international au droit national: l'exemple du génocide, in *Les processus d'internationalisation*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY, Coll. Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal, VII, MSH, Paris 2001, 173-311.

<sup>7</sup> Cf. en particulier: TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, ICTR-95-1-T et ICTR-96-10-T, 21 mai 1999, par. 89; TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Goran Jelisić*, IT-95-10-T, 14 décembre 1999, par. 68.

<sup>8</sup> Notamment les règles établies dans les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne

harmonisation dans tous les cas. Afin de tester l'hypothèse selon laquelle le génocide est un sous-ensemble du crime contre l'humanité, il faut dégager les convergences et divergences entre les définitions de ces crimes en droit international. On s'attachera, donc, à comparer les actes constitutifs des infractions (I), et la dimension intentionnelle de ces actes (II).

1. — Les actes constitutifs du crime contre l'humanité et du génocide sont des crimes de droit commun (A), commis à l'encontre de victimes collectives (B).

A. — La liste des actes relevant du crime contre l'humanité contenue dans les Statuts des Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo s'étendait à l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, les « autres actes inhumains », et les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux. L'évolution ultérieure de la définition du crime contre l'humanité témoigne d'une extension progressive de la liste des actes interdits. Les Statuts des deux TPI ajoutent l'emprisonnement arbitraire, la torture et le viol<sup>9</sup>. Le Statut de la CPI confirme ces extensions tout en ajoutant d'autres crimes<sup>10</sup>.

La liste des actes matériels de génocide est plus restreinte que celle du crime contre l'humanité, bien que les termes utilisés ne soient pas identiques. Seuls des actes dirigés contre la vie humaine — au sens large — sont concernés: *a*) meurtre de membres du groupe; *b*) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; *c*) soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; *d*) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; et *e*) transfert d'enfants du groupe à un autre groupe<sup>11</sup> (Convention sur le génocide, art. II).

Puisque tous ces actes sont eux-mêmes des crimes de droit commun, ou en englobent plusieurs<sup>12</sup>, les éléments « matériels » des deux crimes incor-

de 1969 sur le droit des traités, et les sources du droit international consacrées en l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice; cf. TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Radoslav Krstic*, IT-98-33-T, 2 août 2001, par. 541; A. CASSESE, L'influence de la CEDH dans l'activité des Tribunaux pénaux internationaux, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002, 143-149.

<sup>9</sup> STTPY, 1993: article 5; STTPR, 1995: article 3.

<sup>10</sup> Le contenu du viol est explicité; les cas de persécutions sont élargis; les disparitions et l'Apartheid sont ajoutés: cf. article 7 par. 1 du StCPI.

<sup>11</sup> Le transfert d'enfants a été inclus dans la liste d'actes génocidaires car, même s'il n'implique pas forcément une atteinte à la vie de l'enfant transféré, il conduit à terme à la disparition du groupe.

<sup>12</sup> A titre d'exemple, la « persécution » n'est pas incriminée en tant que telle dans la plupart des systèmes internes, mais les actes discriminatoires qu'elle englobe le sont.

porent déjà un aspect intentionnel. L'auteur lui-même doit avoir agi de façon intentionnelle pour établir sa responsabilité pénale, en dehors de toute considération de « dol spécial » ou de contexte criminel. A titre d'exemple, en droit pénal, le terme « assassinat » implique une atteinte volontaire à la vie avec préméditation, même si les TPI ont minimisé l'importance de la préméditation <sup>13</sup>.

Malgré ces différences, la liste des actes constitutifs du crime contre l'humanité est suffisamment large pour englober tous les actes de génocide. Tout d'abord, tous les actes qualifiés de « meurtre » au sens de la Convention sur le génocide peuvent également être qualifiés d'« assassinat » <sup>14</sup>. Ensuite, les crimes contre l'humanité de torture, de persécution et de viol ont été considérés comme étant également des « atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale » au sens de la Convention sur le génocide <sup>15</sup>, voire même des « mesures pour entraver les naissances » <sup>16</sup>. Par ailleurs, l'article 7 par. 2 b) du STCPI définit l'extermination comme « le fait d'imposer intentionnellement des conditions de vie, telles que la privation d'accès à la nourriture et aux médicaments, calculées pour *entraîner la destruction d'une partie de la population* ». Enfin, même si d'autres crimes peuvent être qualifiés d'actes de génocide, ils entreront également dans la catégorie des « autres actes inhumains » relevant du crime contre l'humanité.

Toutes les définitions internationales du crime contre l'humanité retiennent une distinction textuelle — introduite dès le Statut de Nuremberg — entre les « actes inhumains », d'un côté, et les « persécutions » de l'autre. A la différence des actes de génocide, les persécutions ne mettent pas forcément en cause l'intégrité physique des victimes <sup>17</sup>. Au moins en ce sens, il semble un peu incongru de dire que le génocide est un crime contre l'humanité de type « persécution ». Cette catégorie d'actes élargit, en effet, de façon significative l'application potentielle de l'incrimination. Par conséquent, les textes internationaux introduisent d'autres limites: en règle générale, seules des persécutions *politiques, raciales et religieuses* sont incriminées comme crimes contre l'humanité. Si cette démarche limitative s'inscrit dans une même logique que celle du génocide, le génocide inclut le critère « national », tout en excluant les discriminations politiques. Les Statuts du

<sup>13</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Kupreskic*, IT-95-16-T, 14 janvier 2000, par. 560-561.

<sup>14</sup> Cf. TPIY, Jugement, Affaire *Krstic*, cit., par. 485.

<sup>15</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Georges Andersen Nderubumwe Rutanganda*, ICTR-96-3-T, 6 décembre 1999, par. 51.

<sup>16</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, cit., par. 507-508.

<sup>17</sup> Elles sont définies dans l'article 7 par.2g) du STCPI comme « le déni intentionnel et grave de droits fondamentaux en violation du droit international, pour des motifs liés à l'identité du groupe ou de la collectivité qui en fait l'objet ».

TPIR et de la CPI résolvent cette incohérence en élargissant les catégories de persécution<sup>18</sup>. Par conséquent, tous les critères discriminatoires génocidaires sont couverts par les définitions les plus récentes du crime contre l'humanité.

En résumé, tous les crimes de droit commun énumérés dans la Convention sur le génocide sont également susceptibles d'être qualifiés de crimes contre l'humanité. C'est la nature collective des victimes qui permet de distinguer les infractions internationales des crimes « matériels » qui les constituent.

B. — Toutes les définitions du crime contre l'humanité définissent la victime du crime comme une « population civile », tandis que le génocide vise un « *groupe national, ethnique racial ou religieux* ». Les TPI se sont efforcés de mettre en évidence la connotation collective de ces deux expressions distinctes(1), tout en reconnaissant progressivement l'importance de la perception *subjective* des auteurs dans la détermination du groupe ciblé (2).

B.1. — Les termes « population » et « groupe » évoquent une conception collective de l'objet des actes<sup>19</sup>. Ceci a conduit les TPI à tenter de dégager une conception du « groupe de population » protégé par les deux infractions.

Le premier facteur de rapprochement est l'absence d'incidence d'un lien de nationalité entre les victimes et les auteurs sur la qualification du groupe. Pour ce qui est du crime contre l'humanité, la référence à « une population civile *quelle qu'elle soit* », dans les Statuts des deux TPI, ouvre la qualification aux actes inhumains « commis contre des civils de la même nationalité que l'auteur ou contre des civils apatrides ainsi que ceux d'une nationalité différente »<sup>20</sup>. De même, l'inclusion des groupes *nationaux* dans la définition du génocide renforce l'absence de critère de nationalité, puisqu'il peut également s'agir de minorités nationales vivant dans l'Etat où le génocide a eu lieu.

Certes, à la différence des crimes contre l'humanité, le génocide n'est pas limité formellement aux populations *civiles*. Cependant, cette différence est plus apparente que réelle, car la notion de population civile a été interprétée de façon très souple par les TPI dans le contexte des crimes contre l'humanité. D'une part, ils ont indiqué que « la présence de certains non

<sup>18</sup> L'article 3 du STTPR ajoute: « en raison de son appartenance *nationale*, politique, *ethnique*, raciale ou religieuse »; tandis que l'article 7 par. 1h) du STCPI s'étend à « tout groupe ou toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste ..., ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international ».

<sup>19</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, 7 mai 1997, par. 644 et 650-652.

<sup>20</sup> Cf. TPIY, Jugement, *Affaire Tadic*, cit., par. 635.

civils en son sein ne modifie pas le caractère de la population »<sup>21</sup>. D'autre part, se fondant sur le droit humanitaire, les TPI ont reconnu que les combattants qui ont déposé leurs armes font partie de la population civile<sup>22</sup>.

Enfin, en matière de crimes contre l'humanité, à l'instar du génocide — et surtout en ce qui concerne les persécutions —, il y a une tendance à rechercher non des *raisons* ou *motifs* discriminatoires, comme l'exige le texte formel, mais un *groupe* de population désigné en vertu de *critères* discriminatoires<sup>23</sup>.

Malgré cette convergence, les groupes protégés par la prohibition du génocide demeurent un sous-ensemble des populations visées par le crime contre l'humanité.

Tout d'abord, l'interprétation faite actuellement de son Statut par le TPIY, confirmée par le Statut de la CPI, reconnaît qu'il n'est pas nécessaire que la population soit choisie en fonction de critères *discriminatoires* pour qu'il y ait crime contre l'humanité<sup>24</sup>. Ainsi, même si le crime contre l'humanité vise très souvent un groupe désigné en son sein, l'objet de l'attaque peut également être *la* population civile dans son ensemble<sup>25</sup>. Cette interprétation ouvre la perspective, notamment, de l'éventuelle qualification de crimes contre l'humanité de certaines attaques terroristes où les victimes civiles sont désignées purement par hasard<sup>26</sup>.

En revanche, la démarche discriminatoire est au cœur même de la notion de génocide, qui ne protège que des individus qui sont victimes de crimes du fait de leur appartenance aux quatre groupes énumérés: national, ethnique, racial ou religieux. Certes, une interprétation du terme « national », comme signifiant toute personne ayant la même nationalité, ouvrirait la possibilité de qualifier de génocide des crimes visant tous les citoyens d'un Etat. Or une telle acception, qui élargirait de façon significative les potentialités de l'infraction, ne semble correspondre ni à la conception des minorités nationales, ni aux intentions des auteurs d'actes de génocide dans le passé. Pour ne citer qu'un exemple, les génocidaires rwandais n'ont nullement épargné les Tutsis *burundais* qui sont tombés entre leurs mains.

De surcroît, pour relever du génocide, les actes matériels doivent être commis *contre* le groupe visé. En revanche, en matière de crime contre l'hu-

<sup>21</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Tadic*, cit., par. 638.

<sup>22</sup> Cf. *International Criminal Practice*, 3<sup>ème</sup> éd., sous la direction de J. JONES - S. POWLES - THE LAW CLINICS OF PARIS AND NAPLES, Transnational Publishers, New York 2003 (à paraître).

<sup>23</sup> Cf. TPIY, Jugement, Affaire *Jelusic*, cit., par. 67-68.

<sup>24</sup> Sauf lorsque les seuls actes incriminés sont des persécutions.

<sup>25</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Tadic*, cit., par. 644.

<sup>26</sup> Cf. TPIY, Jugement en appel, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-A, 15 juillet 1999, par. 285.

manité, il suffit que les actes soient commis *dans le cadre* d'une attaque contre le groupe de population, y compris contre des non-membres du groupe « pour donner effet à cette intention »<sup>27</sup>. Cette possibilité de qualifier différemment des actes identiques commis en exécution d'un seul plan, du simple fait de l'identité divergente des victimes, est sans doute critiquable. Une approche *subjective* de la détermination du groupe permet d'y répondre en partie.

B.2. — Lorsqu'il s'agit de déterminer si les actes criminels sont dirigés contre un groupe protégé par la Convention sur le génocide, voire un groupe de population civile, l'approche normale, dite 'disjointe', est de constater l'appartenance des victimes à *l'un* des groupes protégés. L'accent mis sur le concept de groupe par les TPI conduirait, à première vue, à chercher un groupe qui existe de façon objective. Or l'existence même de certaines catégories, dont en premier lieu les « races », est scientifiquement contestée. De surcroît, dans la pratique, les situations observées se caractérisent par un enchevêtrement d'appartenances ethniques, religieuses et politiques<sup>28</sup>. C'est ainsi que le TPIY s'est contenté, dans le contexte des crimes contre l'humanité, de chercher le critère *décisif* ou *principal* d'identification des individus<sup>29</sup>.

C'est ici que la distinction classique entre éléments matériel et moral des infractions trouve ses limites. En effet, après avoir hésité entre approches objective et subjective du groupe victime<sup>30</sup>, les TPI ont reconnu que la perception *subjective* des auteurs sera déterminante dans la plupart des cas<sup>31</sup>. Ici encore, les TPI ont retenu une approche commune aux deux crimes. La définition internationale du génocide fait du groupe victime une partie intégrante de l'élément moral du crime: des actes commis « dans *l'intention* de détruire un groupe (...) ». Ce n'est pas la destruction du groupe qui caractérise le crime, mais l'intention de le détruire. Par conséquent, l'appartenance réelle de tel ou tel individu à un groupe est moins

<sup>27</sup> Cf. TPIR, Jugement, Affaire *Kayishema / Ruzindana*, cit., par. 131: le TPIR a considéré que les Hutus modérés tués lors du génocide Tutsi furent victimes de crimes contre l'humanité.

<sup>28</sup> Cf. B. WHITAKER, Rapporteur spécial, *Version révisée et mise à jour de l'Etude sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités*, Doc. N.U.E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2.7.1985, par. 36.

<sup>29</sup> Cf. à titre d'exemple, TPIY, Décision en vertu de l'article 61 du Règlement, *Le Procureur c. Dragan Nikolic*, IT-94-2-R61, 20 octobre 1995, par. 27.

<sup>30</sup> Cf. Objective and subjective approaches to protected groups, in *International Criminal Practice*, cit.

<sup>31</sup> Cf. à titre d'exemple, TPIY, Jugement, Affaire *Jelusic*, cit., par. 70.

importante que la perception de l'auteur <sup>32</sup>. Cette tendance dans la jurisprudence relative au génocide s'applique avec autant de force aux crimes contre l'humanité, car « la répression du crime contre l'humanité dans ses aspects discriminatoires n'a pas pour fondement unique la protection des groupes objectivement identifiables, mais également la sanction de la démarche discriminatoire. » <sup>33</sup>. Cela ne veut pas dire, pour autant, que les Tribunaux s'en remettront aveuglément aux raisonnements prêtés à l'accusé <sup>34</sup>.

Extrapolant à partir de cette approche subjective, le TPIY dans l'Affaire *Jelusic* postule qu'il est également conforme à la Convention sur le génocide de protéger un groupe formé de façon « négative », constitué de tous ceux qui *ne font pas partie* du groupe des auteurs des crimes <sup>35</sup>. Le TPIY a également prôné une conception 'conjointe' des groupes. En effet, se fondant sur une relecture des travaux préparatoires de la Convention sur le génocide, une Chambre a conclu que l'énumération des groupes était destinée à décrire un *seul* phénomène, correspondant aux « minorités nationales », et non à des prototypes de groupes distincts <sup>36</sup>. Il n'est pas forcément nécessaire de trancher entre ces approches 'disjointe' et 'conjointe' car, selon le contexte socio-historique des crimes, elles pourraient se compléter mutuellement pour garantir une protection optimale <sup>37</sup>.

En résumé, pris isolément, il semble très peu probable qu'un acte entrant dans la définition conventionnelle du génocide, commis contre un membre d'un groupe protégé par la Convention, ne puisse également être qualifié d'acte commis contre une population civile au sens du crime contre l'humanité. C'est donc à travers le contexte intentionnel de ces crimes que les qualifications se distinguent.

2. — Selon les termes mêmes de la Convention sur le génocide, c'est *l'intention* spéciale « de détruire, en tout ou en partie » un groupe protégé, « comme tel », qui internationalise les actes matériels étudiés ci-dessus. Or, s'agissant des crimes contre l'humanité, c'est plutôt le *contexte* criminel dans lequel s'insèrent ces actes qui justifie l'internationalisation de l'infraction. Malgré

<sup>32</sup> Cf. TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Ignace Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, 7 juin 2001, par. 65.

<sup>33</sup> H. ASCENSIO - R. MAISON, *L'activité des Tribunaux pénaux internationaux* (1999), AFDI 1999, CNRS Editions, Paris 2001, 504.

<sup>34</sup> Ainsi, le TPIR a rejeté l'argument selon lequel il s'agissait d'un conflit militaire contre des « complices » du Front Patriotique Rwandais: cf. TPIR, Jugement, *Affaire Akayesu*, cit., par. 121, 125 et 128.

<sup>35</sup> TPIY, Jugement, *Affaire Jelusic*, cit., par. 71.

<sup>36</sup> TPIY, Jugement, *Affaire Krstic*, cit., par. 556.

<sup>37</sup> En ce sens, cf. D. AMANN, *Group Mentality, Expressivism, and Genocide*, 1 *IntCLR* 2, volume 2, Issue 2, 2002, 102-113.

des variations dans la définition de ce contexte depuis Nuremberg, toutes les définitions internationales ont en commun l'exigence très générale d'une *attaque dirigée contre une population civile* <sup>38</sup>.

Cette formulation soulève des interrogations en droit pénal quant à savoir s'il s'agit d'un élément matériel 'contextuel' ou un élément moral spécial s'approchant de la notion de *dolus specialis* utilisée dans les systèmes de droit pénal romano-germaniques. Les TPI semblent d'abord avoir été attirés par cette dernière approche, car elle permet de rapprocher davantage le crime contre l'humanité du génocide <sup>39</sup>. Or l'évolution récente du crime contre l'humanité privilégie clairement l'approche contextuelle. D'une part, les TPI n'exigent plus que l'accusé ait eu l'intention de provoquer le résultat incriminé, mais simplement que « l'auteur des crimes contre l'humanité doit avoir agi en *connaissance de cause*, c'est-à-dire qu'il doit comprendre *le contexte général dans lequel s'inscrit son acte*. » <sup>40</sup>. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que l'auteur ait partagé ou approuvé les buts des planificateurs des crimes <sup>41</sup>. D'autre part, les Éléments des Crimes de la CPI reconnaissent formellement que l'attaque est un élément contextuel du crime <sup>42</sup>. Il n'y a pas de dol spécial à proprement parler, car il suffit que « l'auteur [savait] que ce comportement faisait partie d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile ou entendait qu'il en fasse partie ». Le fait que l'acte de l'auteur s'inscrit dans une « attaque contre une population civile » se réduit alors à une circonstance aggravante de l'acte criminel justifiant la qualification de crime contre l'humanité <sup>43</sup>.

Cette distinction entre les *éléments constitutifs* des infractions à l'étude — dol spécial du génocide et contexte du crime contre l'humanité — remet en cause la perception du génocide comme étant simplement un sous-ensemble du crime contre l'humanité. Il en résulte, en effet, que certains actes matériels

<sup>38</sup> Statut de Nuremberg: article 6c); STTPY, article 6; STTPR, article 3); STTPY CPI, article 7 par. 1).

<sup>39</sup> Cf. TPIY, Affaire *Nikolic*, cit., par.26; TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, cit., par. 518; TPIY, Arrêt, *Le Procureur c. Goran Jelusic*, IT-95-10-A, 5 juillet 2001, par. 42-52.

<sup>40</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, cit., par. 133.

<sup>41</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Dario Kordic & Mario Cerkez*, IT-95-14/2-T, 26 février 2001, par. 185.

<sup>42</sup> Assemblée des États Parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *Rapport de la Première session*, New York, 3-10 septembre 2002, Doc. ICC-ASP/1/3, Partie II, B. Éléments des crimes, article 7, Crimes contre l'humanité, Introduction, par. 2.

<sup>43</sup> La seule exception, selon la jurisprudence des TPI, réside dans l'élément moral de crimes fondés sur des actes de type « discriminatoire »-persécution pour le TPIY; tous les actes pour le TPIR- car les Tribunaux exigent alors que l'auteur lui même ait agi avec une intention discriminatoire, c'est-à-dire avec connaissance du contexte discriminatoire *et* l'intention d'y contribuer: cf. TPIY, Jugement, Affaire *Kordic*, cit., par. 211-220.

communs aux deux définitions peuvent relever du génocide alors qu'ils ne s'inscrivent pas dans le contexte propre aux crimes contre l'humanité (A). Toutefois, nous assistons actuellement à la mise en place d'une approche convergente de la *preuve* de l'élément moral du génocide et des crimes contre l'humanité, mettant l'accent sur l'intention de l'auteur d'inscrire ses actes dans un contexte criminel, qui limite quelque peu la portée pratique de cette divergence formelle entre les deux infractions (B).

A. — La spécificité du crime contre l'humanité, qui transparait à travers l'exigence récurrente d'une *attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile*, implique que ce crime ne peut être le fait d'un individu isolé agissant sur sa propre initiative, ni de bavures locales<sup>44</sup>. Or l'interprétation de cette exigence par la doctrine et la jurisprudence met l'accent tantôt sur l'existence d'une politique, un plan ou un degré d'organisation systématique, tantôt sur une attaque massive ou généralisée. Afin de mettre en évidence les divergences théoriques entre ce contexte criminel et le dol spécial du génocide, il convient d'analyser séparément la mesure dans laquelle l'ampleur des crimes (1) et leur planification (2) font partie des éléments constitutifs des deux infractions. Ceci nous conduit à mettre en exergue le compromis adopté dans les textes constitutifs de la Cour pénale internationale (3).

A.1. — Dans la définition des crimes contre l'humanité, la référence à une « attaque dirigée contre une population civile » implique des actes atteignant une certaine ampleur minimale<sup>45</sup>. L'article 7 par.2a) du STCPI reconnaît formellement cette exigence en définissant l'expression « attaque lancée contre une population civile » comme « le comportement qui consiste à *multiplier les actes* visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque (...) ».

Il en va de même pour le génocide, du fait que ce crime vise la destruction *totale ou partielle* d'un groupe. Certes, c'est *l'intention* des acteurs qui importe plus que le résultat chiffré des exactions<sup>46</sup>. Mais, les TPI ont exigé la preuve de l'intention de détruire au moins une partie « substantielle », voire même « considérable », du groupe, c'est-à-dire suffisante pour affecter l'ensemble du groupe, qu'elle soit déterminée de façon « quantitative » ou « qualitative »<sup>47</sup>. L'élément quantitatif peut s'entendre de façon proportionnelle ou absolue. Pour ce qui est de l'aspect qualitatif, il suffit

<sup>44</sup> Cf. TPIY, Jugement, Affaire *Tadic*, cit., par. 644.

<sup>45</sup> D. ROBINSON, *Defining « Crimes against Humanity » at the Rome Conference*, *AmJIntL* 93 (1), January 1999, 48.

<sup>46</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Krstic*, cit., par. 584.

<sup>47</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, cit., par. 97; TPIY, Jugement, Affaire *Jelusic*, cit., par. 80-83.

d'avoir l'intention de détruire « une fraction importante de ce groupe, telle les dirigeants »<sup>48</sup>. Compte tenu du fait que la Convention ne se limite pas aux crimes d'Etat, le TPIY a conclu logiquement que « la zone géographique sur laquelle on cherche à éradiquer le groupe peut être limitée aux dimensions d'une région, voire d'une municipalité. »<sup>49</sup>. Il faut admettre, alors, qu'un nombre limité de morts, occasionné le cas échéant par une seule personne déterminée à exterminer tout membre du groupe tombant entre ses mains, puisse relever du génocide. Lors de l'élaboration du Statut de Rome, un élément constitutif contextuel a été ajouté aux Eléments des Crimes afin de limiter une telle dilution de l'infraction: l'acte de génocide doit s'inscrire dans « une série manifeste de comportements analogues dirigés contre le groupe. Cet élément contextuel rapproche le génocide du crime contre l'humanité, car il n'est pas nécessaire que les crimes de chaque auteur individuel revêtent cette ampleur minimale en eux-mêmes », à moins de pouvoir provoquer lui-même la destruction totale ou partielle du groupe<sup>50</sup>.

Seule la jurisprudence de la CPI nous dira si l'exigence, pour le génocide, d'une « série manifeste de comportements analogues » est semblable à l'exigence minimale d'une « multiplicité d'actes » dans sa définition du crime contre l'humanité. Cependant, une « série manifeste de comportements » est un seuil clairement moins élevé qu'une attaque *généralisée* dans le cadre du crime contre l'humanité. En effet, les TPI considèrent que « le caractère “généralisé” résulte du fait que l'acte [d'attaquer une population civile] présente un caractère massif, fréquent, et que, mené collectivement, il revêt une gravité considérable et est dirigé contre une multiplicité de victimes »<sup>51</sup>.

A.2. — Toutes les définitions internationales du crime contre l'humanité incriminent des actes *commis* ou *dirigés*, voire une attaque *lancée*, contre une population civile. Cela semble plaider en faveur de l'inclusion d'une *politique* visant une attaque massive ou systématique<sup>52</sup>, mais, après beaucoup d'hésitation<sup>53</sup>, les TPI l'ont exclu comme élément constitutif *nécessaire* du crime<sup>54</sup>. Certes, lorsqu'on soutient que les crimes sont *systématiques*, il faut

<sup>48</sup> B. WHITAKER, *Etude*, cit., par. 29.

<sup>49</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Jelusic*, cit., par. 83; le général *Krstic* a été condamné pour un génocide commis dans l'enclave de Srebrenica: TPIY, Jugement, Affaire *Krstic*, cit.

<sup>50</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Tadic*, cit., par. 649; TPIR, Jugement, Affaire *Kayishema / Ruzindana*, cit., par. 135.

<sup>51</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, cit., par. 580.

<sup>52</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Tadic*, cit., par. 645-649.

<sup>53</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Kordic*, cit., par. 182.

<sup>54</sup> TPIY, Arrêt, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, IT-96-23-A & IT-96-23/1-A, 12 juin 2002, par. 98.

démontrer l'existence d'un plan, car ce terme implique « une attaque perpétrée en application d'une politique ou d'un plan préconçus. »<sup>55</sup>. Mais, selon les TPI, lorsque l'attaque est généralisée, il n'est pas nécessaire de mettre en évidence un élément d'organisation. Cette valorisation de l'ampleur matérielle des actes aux dépens de l'intention criminelle facilite la preuve du crime contre l'humanité tout en élargissant l'incrimination à des attaques « aveugles » qui relèvent *a priori* de crimes de guerre. Or, lors de l'adoption du Statut de la CPI, il a été décidé de réintroduire une exigence politique minimale pour contrer cette tendance. Ainsi, l'article 7 par. 2a) du Statut requiert la perpétration d'actes inhumains « ... en application ou dans la poursuite d'une *politique* d'un Etat ou d'une organisation *ayant pour but une telle attaque* ». Les Eléments des Crimes précisent que, par cette politique, « l'Etat ou l'organisation *favorise ou encourage activement* une telle attaque contre une population civile »<sup>56</sup>.

En effet, l'exigence d'une politique traduit bien la spécificité de la notion coutumière<sup>57</sup>. D'une part, même si l'existence d'une politique demeure un élément contextuel, cette notion met l'accent sur l'intention des planificateurs des actes, non sur le résultat concret des actes des auteurs; en d'autres termes l'existence d'un plan matérialise le crime, même si le projet n'est que partiellement réalisé<sup>58</sup>. Il n'est pas nécessaire, non plus, que la politique soit *étatique*, même si cela sera souvent le cas dans la pratique, comme le confirment des textes ultérieurs à Nuremberg et la jurisprudence internationale récente<sup>59</sup>. D'autre part, l'exigence d'une politique permet d'insister sur la nature *collective* du crime contre l'humanité, excluant ainsi des projets individuels de criminalité massive. C'est là que surgit la différence majeure entre les deux incriminations. En effet, la Convention sur le génocide n'exige pas l'existence d'une « politique ». C'est l'intention de l'auteur de détruire qui caractérise le génocide. Cela ouvre la perspective d'actes de génocide commis par une seule personne. Cette possibilité a été envisagée dans

<sup>55</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Kayishema et Ruzindana*, cit., par.123; le TPIR exige un haut degré d'orchestration et planification méthodique: TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, cit., par. 580.

<sup>56</sup> CPI, Eléments des Crimes, cit., article 7, Introduction par. 3 (nous soulignons).

<sup>57</sup> Cf. CDI, *Projet de Code...* (1996), cit. article 18 et Commentaire (6): « C'est l'instigation ou la direction (...) qui donne à l'acte sa dimension et en fait un crime contre l'humanité ».

<sup>58</sup> Les Eléments des Crimes de la CPI, cit., le confirment formellement: Crimes contre l'humanité, Introduction par. 2.

<sup>59</sup> CDI, *Projet de Code...* (1996), cit., article 19: « une organisation ou d'un groupe quelconque »; CPI, article 7 par. 2; TPIY, Affaire *Nikolic*, cit., par. 26.

l’Affaire *Jelusic*, même si le Tribunal n’a pas considéré que la responsabilité de l’accusé avait été prouvée en l’espèce <sup>60</sup>.

A.3. — Les définitions contenues dans les textes établissant la CPI constituent un compromis entre la spécificité des deux infractions et le besoin d’une panoplie cohérente et complète de répression internationale. D’évidence, s’agissant des exigences *minimales* pour satisfaire aux éléments constitutifs de ces infractions, le génocide n’est pas un sous-ensemble du crime contre l’humanité. En réalité, les deux infractions se chevauchent partiellement.

Pour ce qui est de l’élément contextuel du crime contre l’humanité, *l’attaque* doit revêtir, dans tous les cas, une certaine *ampleur* minimale — une multiplicité d’actes — en vertu d’une *politique ayant pour but une telle attaque*. De surcroît, il faut que cette attaque franchisse un palier supplémentaire d’ampleur *ou* d’organisation pour devenir soit *généralisée* soit *systématique*. Cette définition à deux niveaux implique deux cas de figure contextuels dans la pratique: soit une multiplicité d’actes commis de façon systématique, soit une politique visant une attaque généralisée. Le crime contre l’humanité, conçu ainsi, s’étend potentiellement à toute une gamme de politiques de négation des droits allant jusqu’à la destruction du groupe <sup>61</sup>, mais elle couvre également les attaques prenant pour cible la population civile sans se soucier de son appartenance, comme certains attentats terroristes massifs ou systématiques <sup>62</sup>. Cependant, l’exigence d’une politique dans tous les cas évite l’extension abusive de l’infraction à *toutes* les violations aveugles ou peu graves des droits de l’homme commises en dehors des conflits.

Or le génocide, tel que défini dans les textes constitutifs de la CPI, se présente également sous deux formes. Les actes commis par un individu avec l’intention de destruction totale ou partielle d’un groupe doivent soit s’inscrire dans une « série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe », soit être suffisamment graves pour produire une telle destruction par eux-mêmes.

<sup>60</sup> ТПІУ, Jugement, Affaire *Jelusic*, cit., par. 88-108 et Jugement en appel, cit., par. 66: ce procès concernait un responsable de camp d’internement en Bosnie qui affichait son désir de détruire personnellement tous les musulmans bosniaques.

<sup>61</sup> Qu’il s’agisse: d’exclure les membres du groupe de la société, soit en les « déshumanisant » soit en les faisant fuir du territoire; voire de forcer le groupe à renoncer à sa spécificité, à travers sa dispersion ou son assimilation culturelle violente.

<sup>62</sup> Cette question pourrait être déterminante dans la qualification de l’attaque du 11 septembre 2001 soit de crime de guerre soit de crime contre l’humanité: même si elle relève d’une intention d’atteindre la population des Etats-Unis, les *victimes* (de plusieurs nationalités) ont été choisis arbitrairement et non du fait de leur appartenance au groupe visé; cf. ТПІУ, Jugement en appel, Affaire *Tadic*, cit., par. 285.

B. — Nous avons déjà souligné que les TPI ont adopté une approche convergente du *groupe* victime des crimes contre l'humanité et du génocide, mettant l'accent sur l'appréciation subjective de l'auteur. Il s'agit maintenant de comparer les définitions de l'*intention criminelle* envers le groupe ainsi désigné.

Une question préalable se pose à cet égard, celle de savoir *qui* doit avoir l'intention génocidaire: l'auteur de l'acte matériel, les planificateurs du crime ou les deux. D'évidence, lorsque les définitions internationales sont appliquées à des cas concrets par des Tribunaux, le souci du respect des principes généraux du droit pénal conduit logiquement à mettre l'accent sur l'intention de l'*auteur* accusé des crimes, et non des planificateurs, lorsque ces derniers ne sont pas eux-mêmes dans le boxe, pour ne pas fonder la responsabilité pénale d'un *auteur* de faits matériels sur l'intention criminelle de *tierces* personnes. L'*auteur* doit avoir eu personnellement l'intention de provoquer la destruction du groupe pour commettre un acte de *génocide*. En revanche, l'intention de l'auteur d'un *crime contre l'humanité* se réduit à la volonté de *participer* à l'attaque contre la population civile en connaissance de cause. Ainsi, lorsqu'un crime contre l'humanité a été commis au moyen d'un acte pouvant relever du génocide, et visant un groupe protégé par la Convention, il suffit de prouver l'intention de détruire le groupe pour basculer vers la qualification de génocide. Les TPI ont facilité ce genre de rapprochement en adoptant une approche commune de plusieurs aspects des éléments moral et contextuel de ces crimes. Outre l'exclusion de tout lien avec un conflit <sup>63</sup>, il s'agit de 'l'objectivation' de l'intention génocidaire (1), et l'exclusion du mobile dans les deux cas (2).

B.1. — Il est évident que la meilleure preuve d'un élément intentionnel réside dans les déclarations, les écrits et autres indices directs de la pensée de l'auteur du crime. Or la preuve formelle d'une intention de détruire un groupe protégé par la Convention sur le génocide, en recourant aux déclarations ou documents officiels, pourrait s'avérer extrêmement difficile dans la pratique, dans la mesure où tout pousse les auteurs à vouloir dissimuler cette intention. Cette preuve est rendue d'autant plus difficile lorsqu'il s'agit de prouver l'intention de l'auteur physique des crimes, et non celle des planificateurs. Ainsi, le TPIR a considéré que:

<sup>63</sup> L'autonomie du crime contre l'humanité par rapport à tout conflit est aujourd'hui incontestablement établie en droit international pénal, tandis que le génocide n'a jamais été ainsi limité; voir les contributions de G. DELLA MORTE, *Le champs des conflits: réflexions autour de la compétence ratione loci* des Tribunaux pénaux internationaux, et de F. MARTIN *Les compétences juridictionnelles ratione personae, ratione temporis et ratione materiae* du Tribunal pénal international pour le Rwanda, dans cet ouvrage (voir *infra*, respectivement p. 213 et s. et p. 198 etc.)

« ... l'intention est un facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender. C'est la raison pour laquelle, à défaut d'aveux de la part d'un accusé, son intention peut se déduire d'un certain nombre de faits. »<sup>64</sup>.

Même si l'existence d'un plan ou d'une politique génocidaire n'est pas un élément constitutif de l'infraction, son existence facilitera la preuve de l'intention de l'auteur de détruire le groupe. C'est ainsi que, acceptant la stratégie du Procureur, le TPIR a traité l'existence d'un « génocide au Rwanda » comme une question de fait préalable à la recherche du rôle joué par chaque prévenu. De surcroît, ne s'agissant pas d'un élément intentionnel, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence d'un tel plan par référence aux déclarations des planificateurs. Il suffit, en effet, de mettre en exergue: la perpétration d'actes semblables contre le même groupe, notamment le traitement des femmes et enfants; l'échelle relative des crimes; voire même l'existence d'autres atrocités touchant aux fondements du groupe — telle la destruction de lieux de culte — qui relèvent du « génocide culturel » ou du « nettoyage ethnique », et qui n'entrent pas dans la définition formelle du génocide<sup>65</sup>. L'intention de *l'auteur* peut alors être déduite du fait d'avoir agi intentionnellement en connaissance de l'attaque organisée. La jurisprudence reconnaît même que la preuve du génocide est très difficile en l'absence d'un tel plan ou politique, car il faudrait alors prouver l'intention réelle de l'individu de commettre le génocide sans pouvoir déduire sa volonté du fait que ses actes s'inscrivaient dans une attaque planifiée<sup>66</sup>.

Il en résulte, dans la pratique, que *la façon de prouver* l'intention de commettre un acte de génocide ou un crime contre l'humanité sera comparable. Le contexte qui entoure les actes de l'accusé, y compris l'existence d'un plan ou d'une politique, sera capital dans la plupart des cas, en dépit du fait qu'en matière de crimes contre l'humanité il s'agit d'un élément constitutif du crime, tandis qu'il n'est qu'un moyen de preuve du *dol spécial* en ce qui concerne le génocide. Le Statut de la CPI s'ouvre également à une telle interprétation: lorsque les actes de l'auteur s'inscrivent dans une « série manifeste de comportements analogues », il suffira sans doute de prouver que l'auteur avait connaissance de ce contexte, car « l'existence de l'intention et de la connaissance peut être déduite de faits et de circonstances perti-

<sup>64</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, cit., par. 523.

<sup>65</sup> Cf. What Means of Proof of Specific Intent may be Used?, in *International Criminal Practice*, cit.

<sup>66</sup> TPIY, Jugement en appel, Affaire *Jelusic*, cit., par. 48, 64-68 et 101; TPIR, Jugement, Affaire *Kayishema / Ruzindana* cit., par. 94.

nents »<sup>67</sup>. Un auteur fait le rapprochement entre cette tendance à ramener l'élément intentionnel au second plan lors de « catastrophes collectives » et la mise en place de « *délits objectifs* dans lesquels la seule participation objective à la réalisation de l'événement dommageable suffit à justifier une mise en cause pénale »<sup>68</sup>.

B.2. — Qu'il s'agisse de crimes contre l'humanité (persécution) ou du génocide, il est essentiel de distinguer entre l'intention discriminatoire et le *mobile* qui l'inspire. Certes, l'intention de viser un groupe en vertu d'un critère particulier sera, dans la plupart des cas, accompagnée d'un mobile discriminatoire concordant, mais cela ne fait pas de l'existence d'un tel mobile un élément constitutif du crime. En effet, le TPIY a noté que les principes généraux du droit pénal établissent « l'impenétrabilité du mobile » en l'absence d'une *référence spécifique* dans la définition des crimes<sup>69</sup>.

Or, en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, rien ne permet de dire que le mobile a été inclus expressément dans la définition. La jurisprudence des Tribunaux militaires de Nuremberg, entérinée par le TPIY, confirme que le fait d'avoir agi en raison de la peur, la haine, l'indifférence, l'appât du gain, ou des raisons purement personnelles est sans effet sur la qualification du crime<sup>70</sup>. Même la référence aux *persécutions* pour des *motifs* ou des *raisons* discriminatoires a été interprétée par les TPI comme exigeant la preuve d'une intention, non d'un mobile, discriminatoire<sup>71</sup>.

En revanche, une partie de la doctrine a soutenu que l'insertion de la formule « comme tel » dans la définition du génocide introduit le mobile dans sa définition<sup>72</sup>. Or toute ambiguïté à cet égard a maintenant été levée expressément par le TPIY, qui insiste sur la nécessité de distinguer entre le mobile et l'intention spécifique d'atteindre le groupe à travers les victimes individuelles<sup>73</sup>. De surcroît, cette exigence peut s'avérer importante afin de départager certains crimes contre l'humanité du génocide 'partiel'<sup>74</sup>.

<sup>67</sup> CPI, *Eléments de Crimes*, cit., Introduction générale, par. 3; article 6: « Génocide », Introduction et dernier élément.

<sup>68</sup> A. GARAPON, in *Et ce sera justice, Punir en démocratie*, A. GARAPON - F. GROS - T. PECH, Ed. Odile Jacob, Paris 2001, 255.

<sup>69</sup> TPIY, Jugement en appel, Affaire *Jelusic*, cit., par. 49.

<sup>70</sup> Cf. TPIY, Jugement en appel, Affaire *Tadic*, cit., par. 238-272 (en particulier note 320).

<sup>71</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Kupreskic*, cit., par. 558.

<sup>72</sup> Cf. Y. JUROVICS, *Réflexions...*, cit., 159.

<sup>73</sup> TPIY, Jugement on Defence Motions to Acquit, Affaire *Sikirica*, IT-95-8-T, 3 septembre 2001, par. 89.

<sup>74</sup> A titre d'exemple, lorsque le nettoyage ethnique est accompli par des moyens extrêmement violents, comme à Srebrenica, le terme « comme tel » permet de distinguer entre

Ainsi, si la preuve du mobile peut aider à découvrir l'auteur de crimes contre l'humanité ou d'actes de génocide, ou à démontrer l'existence d'une intention discriminatoire, elle ne fait pas partie des *éléments constitutifs* de ces infractions.

3. — Il est évident que, dans la grande majorité des cas, des actes susceptibles d'être qualifiés de génocide seront également des crimes contre l'humanité. Les faits de Srebrenica en sont un exemple parlant. La prise de cette ville bosniaque s'est accompagnée d'assassinats et de persécutions commis dans le cadre d'une attaque généralisée dirigée contre la population civile musulmane en Bosnie. Or, à Srebrenica, ces crimes contre l'humanité ont pris une tournure génocidaire, car le TPIY a déduit de la nature des crimes que les attaquants ont décidé de détruire une partie du groupe musulman de Bosnie en tant que tel. Cependant, dans d'autres circonstances, mises en évidence par l'affaire *Jelusic*, il est concevable que des actes qualifiés de génocide, mais commis en dehors de tout contexte d'attaque généralisée ou systématique, ne relèvent pas du crime contre l'humanité. Ainsi, malgré la volonté d'harmonisation manifestée à la fois par la jurisprudence des TPI et les éléments des crimes de la CPI, les formulations d'origine des deux infractions sont trop différentes pour permettre l'assimilation parfaite des deux infractions et il nous semble réducteur, après analyse, de considérer le génocide comme un sous-ensemble du crime contre l'humanité. Il demeure encore, pour reprendre la terminologie du *Blockburger test* adopté par les TPI, que *pris dans leur ensemble* un élément constitutif de chaque qualification n'est pas requis pour l'autre: pour le génocide il s'agit de l'intention de détruire, tandis que le contexte distingue, lui, le crime contre l'humanité.

Cette conclusion sera d'une grande importance pour la question du concours d'infractions. Par ailleurs, comme le montrent bien les stratégies différentes adoptées par les procureurs du TPIY et du TPIR, dans les cas extrêmement graves qu'aura à connaître la CPI la poursuite de ces deux crimes internationaux s'appuiera probablement sur un socle commun d'actes inhumains dont la qualification dépendra, dans la pratique, du contexte criminel qui les entoure.

la volonté de tuer un certain nombre de membres d'un groupe au service d'une intention criminelle contre l'humanité plus large — assimilation, nettoyage ethnique, etc. — et l'intention de détruire les mêmes personnes en tant que *partie spécifiquement désignée* du groupe, de l'autre: génocide *partiel* ou *sélectif*.

### Section 3

## IMPUTATION ET SANCTIONS

A défaut de principes généraux de droit pénal dans les Statuts des juridictions *ad hoc*, principes qui n'ont pris une forme stable que dans les articles 22 et suivants du Statut de Rome, et en présence de règles générales d'imputation et de sanction extrêmement vagues, les juges de La Haye et d'Arusha se sont efforcés d'intégrer les dispositions écrites.

Quant au premier aspect, la norme de l'article 7 StTPIY (et de l'article 6 StTPIR correspondant) révèle son caractère hautement problématique tant en ce qui concerne les règles générales d'imputation (Marini), que plus particulièrement dans le cas de la responsabilité du supérieur, question classique du droit international, mais susceptible d'éclaircissements importants à la lumière des catégories pénales (Carlizzi). Quant au deuxième aspect, l'extrême pauvreté, voire l'incohérence, des dispositions statutaires en matière de sanction ne paraît avoir été résolue que de manière partielle et insatisfaisante par les juridictions *ad hoc* (Manacorda).

Dès lors réapparaissent ici les tensions non résolues entre un droit souple et adaptable, propre à une juridiction *ad hoc* appelée à relever le défi de l'impunité, et un droit stable et formalisé, comme le recours à la sanction privative de liberté l'exigerait.

## LA RESPONSABILITÉ PÉNALE INDIVIDUELLE DEVANT LES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES: ASPECTS INTRODUCTIFS \*

GAETANO MARINI

L'analyse du *case law* qui résulte des décisions des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* représente la méthode privilégiée de réflexion à plusieurs voix et de points de vue différents sur les conditions mêmes de la juridiction pénale internationale. De cette façon se concrétise la possibilité stimulante de partir de l'analyse de la pratique judiciaire pour rendre propice une élaboration scientifique adéquate des modèles juridiques traditionnels mis en cause par cette dimension complexe.

Pour comprendre le sens et l'importance de cette possibilité, il suffit de considérer que, quand les internationalistes et les pénalistes s'approchent du droit international pénal ou du droit pénal international, en tant que problème de droit interne ou de droit international, bien entendu, selon la perspective choisie, ils le font, encore aujourd'hui, avec prudence, en utilisant un lexique qui traduit un certain malaise, voire renvoie l'écho de quelque préjugé ancien.

Celui qui thématise la combinaison du pénal et de l'international sans adopter la perspective du juriste spécialisé dans ce domaine finit par parler, de manière assez éloquente, d'antinomies structurelles, d'un hybride ou, encore plus subtilement, d'une sorte d'oxymore; c'est-à-dire d'une contradiction qui, dans la figure rhétorique, devient seulement apparente, mais s'enracine dans le contraste originel des modèles de référence.

En réalité, le contraste existe et n'empêche ces dimensions juridiques de communiquer entre elles que si l'on accepte de manière critique un concept totalisant de souveraineté qui vient de loin. En effet, dans cette conception du monde qui renvoie à Marsilio, Hobbes et Bodin, le souverain est celui qui ne peut pas être obligé, qui ne reconnaît aucune autorité supérieure, qui ne doit rien aux autres et qui ne dépend de rien d'autre que de son épée. Et voilà les conséquences: le souverain, ou plus ouvertement l'État souverain, sur le

\* Traduction par Isabelle Mansuy.

territoire limité par la portée de ses canons, ne peut pas renoncer à l'exercice du pouvoir punitif pénal qui représente l'aspect le plus emblématique de cette notion de souveraineté; tandis que, au-delà de ces frontières, il se trouve dans un conflit permanent et insoluble avec les prétentions analogues de celui qui est également souverain.

Il s'agit d'une voie sans issue, de laquelle on ne sort pas si on n'abandonne pas cette perspective fermée, qui devient système, et dont l'apogée se réalise au XIX<sup>ème</sup> siècle avec Hegel, lequel théorise l'État comme réalisation de l'esprit dans le monde, c'est-à-dire comme Dieu. D'autre part, cette perspective trouve ses épigones, qui n'en sont pas toujours conscients, dans la science juridique du XX<sup>ème</sup> siècle. Pensons à Manzini, parmi les pénalistes, qui du dogme de la souveraineté étatique déduit, sur le mode d'un syllogisme, l'impossibilité de mettre en communication le pénal et l'international, avec le corollaire consécutif de l'impossibilité de concevoir une quelconque forme de responsabilité internationale des individus.

De manière plus générale, de la lecture du problème pénal international, élaborée de cette manière par le positivisme juridique, émerge la difficulté de se référer à l'individu comme sujet dans un ordre qui rend absolue la subjectivité de l'État souverain. Mais nous sommes arrivés au cœur de la problématique, car une vraie juridiction internationale pénale doit pouvoir se fonder, pour exister, sur l'affirmation de la responsabilité pénale internationale des individus; et cela est justement ce qui a commencé à se vérifier au XX<sup>ème</sup> siècle, inopinément, une fois établies les prémisses, malgré les persistantes hypothèques contraires posées par le dogme de la souveraineté.

En utilisant une terminologie anglo-saxonne, on pourrait dire que, dans le siècle à peine passé, ce dogme a été mis en discussion par la *law in action* et non pas par la *law in the books*; donc par le droit vivant et non pas par les constructions artificielles des doctrines qui sont en conflit constant dans le débat entre les différentes écoles.

Afin de s'en convaincre, on peut utiliser comme outil de vérification le problème, dense d'épaisseurs pas seulement juridiques, de la responsabilité ou de l'irresponsabilité de l'exécuteur d'ordres criminels. Mais nous devons procéder avec ordre, en partant du constat que l'existence d'une juridiction internationale pénale, dans son mode opératoire concret, implique la reconnaissance, pour ainsi dire judiciaire, qu'à côté des États, il y a des individus titulaires de droits et de devoirs sur le plan international; et que, donc, comme les États, les individus peuvent être considérés responsables de tout acte commis en violation des normes de droit international général. En explicitant mieux, si nous voulions représenter par phases l'histoire de cette reconnaissance de subjectivité par rapport à l'individu, nous finirions par tracer non seulement les grandes lignes d'une histoire de la juridiction

internationale pénale, mais aussi le graphique déclinant du concept de souveraineté jusqu'à sa crise actuelle.

En résumant, dans la phase initiale de cet itinéraire d'histoire du droit judiciaire international pénal, le principe d'irresponsabilité individuelle constitue le corollaire d'une vision totalisante de la souveraineté, car il oppose l'État comme sujet au sujet (de l'État) comme objet. Dans la phase dans laquelle apparaît, au contraire, le principe de la responsabilité individuelle, l'individu est considéré comme capable de répondre de ses propres actes, en son nom propre, sans la possibilité de se cacher derrière le bouclier protecteur du pouvoir cristallisé, par exemple, dans l'ordre du supérieur (bien entendu criminel) et, par cette voie, il conquiert, sur le plan judiciaire, le droit à être considéré comme sujet, sans qu'il soit besoin d'aucune médiation étatique, c'est-à-dire en tant que sujet de droits fondamentaux comme citoyen de la communauté internationale.

En prenant un exemple rétrospectif de la phase dans laquelle prévaut le critère de l'irresponsabilité, on peut rappeler le Tribunal de Lipse qui, en 1921, aurait dû opérer en accord avec les clauses du Traité de Versailles, dans lesquelles s'exprimait la tendance à reconnaître une première forme, embryonnaire, mais explicite, de responsabilité pénale de droit international. Même si, dans la perspective alors dominante du positivisme juridique, il serait apparu paradoxal de mettre sur le même plan deux concepts considérés comme hétérogènes, tels que la responsabilité de droit international, propre aux États, et la responsabilité pénale, propre aux individus. Dans le climat produit par ces dogmes, le Tribunal de Lipse ne dépassa pas l'impasse déterminée par le principe du respect des ordres reçus, qu'ils soient criminels ou non, et ne condamna donc que très peu de personnes, avec des peines très légères, lesquelles furent ensuite amnistiées en 1923.

On doit, au contraire, au Tribunal de Nuremberg, institué après la Deuxième Guerre mondiale, le dépassement de l'impasse et l'application du principe spéculaire selon lequel l'exécution de l'ordre du supérieur ne peut pas être invoquée comme cause objective ou subjective d'exclusion de la responsabilité pénale, mais seulement comme circonstance atténuante de la peine.

Ce principe, consacré par l'image terrible, mais persuasive, de l'échafaud, est devenu partie intégrante du droit international général par le biais de la successive codification au sein des Nations Unies; il a continué à vivre dans les Statuts des Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda et a, toutefois, subi quelque atténuation inquiétante dans le Statut de la Cour pénale internationale. Nous pensons surtout à la valeur d'excuse ambiguë attribuée par l'article 33 à la prétendue obligation légale d'obéir à un ordre illégitime auquel on ne peut résister, car il s'agit d'une option

normative qui dévoile le risque d'un retour inaperçu au principe de l'immunité de l'exécuteur d'ordres criminels. Risque qui est aussi celui de retourner à Lipse, et donc à la domination de l'irresponsabilité individuelle, déconstruisant le rôle, dans ce cas décisif, même si discutable par certains côtés, joué par le Tribunal de Nuremberg et par les Tribunaux *ad hoc* dans la réalisation d'itinéraires judiciaires qui impliquent la reconnaissance de la subjectivité internationale des individus et la remise en cause parallèle de la souveraineté, et, ce qui compte plus, de la dimension opérative du jugement.

Face à ces questions fondamentales, qui restent pour le moment ouvertes, ce sera, probablement, encore une fois, l'interprétation des juges qui devra déterminer la place effective des anciens et nouveaux paradigmes que l'on peut déduire du graphique que l'on vient de tracer, en décrétant le retour ou la résurgence de la souveraineté, niée pour la première fois par le Tribunal de Nuremberg et, d'une certaine manière, revitalisée par le Statut de la Cour pénale internationale.

Il est donc opportun de suspendre le jugement dans l'attente d'une pratique judiciaire que l'on espère très proche et qui pourra inciter ce laboratoire du droit à mener un indispensable travail de fouille minutieux sur les résultats de cette science juridique appliquée en laquelle consiste la jurisprudence des juges, même internationaux.

# L'HYPOTHÈSE SPÉCIALE DE RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE DANS LE STATUT DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE \*

GAETANO CARLIZZI

SOMMAIRE: 1. Préliminaire. — 2. Introduction sommaire à l'article 7, alinéa 3, du Statut pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. En particulier: nature et histoire de la responsabilité pénale du supérieur et distinction des quatre incriminations qui entrent dans ce cadre. — 3. Les éléments constitutifs communs. — 4. Les éléments particuliers des incriminations indiquées.

1. — Cet exposé a été pensé et écrit spécialement en vue d'une des discussions programmées dans le cadre de la *Law Clinic* au cours de l'année 2002. Étant né en tant que sollicitation et support d'un débat collectif, il a un caractère volontairement problématique et n'aspire pas à être une analyse exhaustive de tous les aspects de la responsabilité pénale internationale, ni un essai organique.

Il n'a pas non plus été considéré opportun de procéder à des intégrations de fond, car cela aurait produit l'effet d'altérer la pureté et l'originalité du mode opératoire choisi au début du cours et de donner ainsi au lecteur une idée fautive du projet qui le sous-tend.

L'auteur ne se cache pas que la décision pourrait avoir quelques répercussions négatives sur l'appréciation du lecteur — ce d'autant plus si l'on considère que la littérature spécialisée associe avec une désinvolture toujours plus grande questions et réponses.

Mais le terrain du système pénal international, bien que potentiellement fécond, est encore dépouillé. Conscient de cela, nous nous sommes fixé l'unique but sérieusement pensable en l'état: celui de défricher et de semer cette clairière. Le recueil appartient au futur proche.

2. — 2.1. — L'article 7, al. 3, du Statut pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dispose: « Le fait que l'un quelconque

\* Traduction par Isabelle Mansuy.

des actes visés aux articles 2 à 5 du présent Statut a été commis par un subordonné ne dégage pas son supérieur de sa responsabilité pénale s'il savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et que le supérieur n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ou en punir les auteurs ».

2.2. — Comme il arrive souvent dans le cadre du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), l'étendue réelle du champ d'application de la disposition consacrée à la responsabilité pénale omissive du supérieur hiérarchique n'est pas claire *ictu oculi*<sup>1</sup>.

Dans un tel cas, l'interprète est désorienté, ne sachant par où commencer.

<sup>1</sup> Il nous semble opportun de tracer, en ouverture, un cadre bibliographique d'orientation sur le thème de la responsabilité du supérieur hiérarchique: E. AMATI, Il giudice e lo storico: la « command responsibility » tra diritto penale interno ed internazionale, *Fit*, 2002, n. 10, partie II, 564 s.; G. CARELLA, Il Tribunale Penale Internazionale per la ex Iugoslavia, in *Interventi delle Nazioni Unite e Diritto Internazionale*, sous la direction de P. PICONE, Padoue, Cedam, 499 s.; J.G. KNOOPS, *Defenses in contemporary international criminal law*, Transnational Publishers, New York 2001, 42 s. ainsi que 129 s. (et bibliographie citée); *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law — The Experience of International and National Courts*, I, sous la direction de G.K. MCDONALD - O. SWAAK GOLDMAN, Kluwer Law International, La Haye - Londres - Boston, 25 s.; J.J. PAUST, Superior Orders and Command Responsibility, in *International Criminal Law — Crimes. I*, sous la direction de C. BASSIOUNI, Transnational Publishers, New York 1999, 223 s.; C. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Kluwer Law International, La Haye - Londres - Boston, 376 s.; I. BANTEKAS, The contemporary law of superior responsibility, in *AmJIntL* 93, n.3, 1999, 573 s.; I. BANTEKAS, The interest of the States versus the doctrine of superior responsibility, in *International Review of the Red Cross*, n. 838, 2000, 391 s.; *An insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia — A documentary History and Analysis*, I, sous la direction de V. MORRIS - M.P. SCHARF, Transnational Publishers, New York 1995, 97 s.; *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia — With Selected Materials from the International Criminal Tribunal for Rwanda*, sous la direction de J.E. ACKERMAN - E. O'SULLIVAN, Kluwer Law International, La Haye - Londres - Boston 2000, 87 s.; *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2ème éd., sous la direction de J. JONES, Transnational Publishers, New York 2000, 134 s.; W.J. FENRICK, Responsibility of commanders and other superiors, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, sous la direction de O. TRIFFTERER, Nomos, Baden-Baden 1999, 515 s.; P. SALAND, International Criminal Law Principles, in *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, sous la direction de R.S. LEE, Kluwer, The Haye - Londres - Boston 1999, 202 s.; K. AMBOS, Superior responsibility, in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary. I*, sous la direction de A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, Oxford, Oxford University Press 2002, 823 s.; W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 83 s.; L.N. SADAT, *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium*, Transnational Publishers, 2002, 203 s.

Une décision (au sens strict du terme) est nécessaire, sous peine d'*impasse*. La règle préférable est celle qui prescrit de s'orienter immédiatement vers la dimension grammaticale; non seulement parce qu'elle est celle qui offre (ou devrait offrir, selon la « qualité » du texte normatif) les points d'ancrage les plus solides; mais, avant tout, parce que la pensée en général, et la pensée juridique en particulier, naît et se structure linguistiquement <sup>2</sup>.

L'analyse grammaticale offre un premier élément de signification certaine: *l'article 7, al. 3*, là où il utilise plusieurs fois des conjonctions disjonctives ('ou', 'ou bien'), *révèle manifestement la présence de plusieurs hypothèses pénales en son sein*.

Mais ce qui compte le plus est d'établir si chaque hypothèse intègre simplement une incrimination autonome ou, tout bonnement, une norme autonome <sup>3</sup>. En d'autres termes, on doit se demander: l'art. 7, al. 3, contient-il une seule règle de conduite, même si elle est exprimée à travers la description de quatre types de comportements (qui sont justement normativement équivalents pour cette unité); ou bien, plus radicalement, contient-il quatre règles de conduite autonomes, c'est-à-dire quatre normes autonomes <sup>4</sup>?

L'alternative n'est pas sans importance si l'on considère que, lorsqu'un supérieur, par exemple, omet, de manière non intentionnelle, d'abord de prévenir, puis de punir l'acte criminel d'un subordonné, il sera accusé d'un seul fait si l'on suit la première alternative, alors que, si l'on suit la deuxième, les deux faits lui seront attribués. Toutefois, pour résoudre cette question, les seuls paramètres grammaticaux ne suffisent plus, mais il faut procéder au-delà à l'analyse de la disposition en question et chercher des pistes de

<sup>2</sup> Sur les paramètres d'interprétation juridique, reste toujours d'actualité, par sa richesse d'érudition et sa finesse d'analyse, la monographie de G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. Cicu-Messineo), Giuffrè, Milan 1980. Très utile aussi R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, sous la direction de IUDICA-ZATTI, Giuffrè, Milan 1993.

<sup>3</sup> Sur ce dernier point, rappelons que, grâce aux progrès accomplis par la théorie générale des normes, est désormais bien enracinée (même si elle n'est pas toujours bien présente pour tous) l'idée selon laquelle, de même qu'une seule disposition (c'est-à-dire une disposition juridique unique et topographiquement autonome) peut contenir une pluralité d'incriminations abstraites (là où l'on entend par incrimination abstraite une classe homogène d'événements du monde empirique), cette pluralité peut aussi intégrer une seule norme (c'est-à-dire une seule règle de conduite). Disposition — incrimination — norme sont donc les étapes du parcours à effectuer pour définir la portée réelle d'une prévision législative.

<sup>4</sup> Sur le thème délicat des normes pénales mixtes, cf., pour tous, F. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologne 1966, 179 s.; pour un cadre plus synthétique, cf. F. MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*, Cedam, Padoue 2002, 484 s.

réflexion dans la dimension historico-morphologique et dans la dimension structurelle.

2.3. — *Sur le premier aspect*, il faut dire tout d'abord que la suggestion d'introduire une forme générale de « responsabilité hiérarchique » remonte à la Convention de La Haye de 1907, laquelle, toutefois, ne produisit à cet égard aucun résultat significatif.

Le débat reprit à la fin de la Première Guerre mondiale, mais ce fut seulement dans la seconde après-guerre qu'il déboucha sur l'introduction de dispositions juridiques, lesquelles ne furent pas consacrées dans les dispositions normatives utilisées dans les procès de Nuremberg et de Tokyo, mais seulement dans celles émanant des États pour la répression des crimes de guerre (ex.: en France)<sup>5</sup>.

Le principe a été réaffirmé récemment par l'article 86 du premier Protocole additionnel des Conventions de Genève, par le *Draft Code* de 1996, par les Statuts des deux Tribunaux *ad hoc*, ainsi que par le Statut de la Cour pénale internationale.

À la lumière de cet *excursus*, on peut affirmer le fondement coutumier et conventionnel de la responsabilité hiérarchique et, donc, exclure le bien-fondé des objections selon lesquelles sa prévision dans le Statut du TPIY, ne trouvant pas une confirmation dans les normes internationales précédentes, violerait l'interdit de rétroactivité pour les faits commis avant l'entrée en vigueur du Statut même: cet élément a été plusieurs fois reconnu par le TPIY, dans la décision fondamentale *Delalic*, par exemple.

L'élément le plus important, du reste, est que la disposition législative exprimée s'explique par le fait qu'il est traditionnellement attribué à cette responsabilité un caractère *exceptionnel*, en ce sens qu'elle peut — comme l'a reconnu la décision citée — être imputée « *seulement quand il existe une obligation légale d'agir* »<sup>6</sup>.

Cette dernière affirmation revêt une valeur capitale, car elle est susceptible de servir de critère herméneutique primaire de la disposition en question — bien que sa fonction restrictive puisse être (et, de fait, soit) amplement neutralisée par ces théories qui dilatent énormément l'étendue du devoir d'agir, comme on le verra dans l'analyse de l'élément du rapport hiérarchique.

2.4. — En passant sur le *versant structurel*, il s'agit d'illustrer les *éléments*

<sup>5</sup> Cf. *Delalic*, Trial Chamber II quater, 16 novembre 1998, par. 335-336.

<sup>6</sup> Cf. *Delalic*, Trial Chamber, cit., par. 333. De manière expresse, entre autres, cf. aussi *Blaskic*, Trial Chamber I, 3 mars 2002, par. 290.

*constitutifs de l'incrimination de responsabilité hiérarchique*<sup>7</sup>. Pour des exigences de clarté, il est opportun d'articuler le discours sur trois niveaux.

2.4.1. — Comme première approximation, et *en généralisant*, on peut dire que, au-delà de différences nominales négligeables, il existe un accord de fond sur l'identification des *éléments suivants*:

1) commission, imminente ou récente, d'un crime international de la part d'un sujet autre que le sujet responsable au sens de l'article 7, al. 3;

2) rapport de subordination hiérarchique entre ce sujet et le responsable au sens de l'article 7, al. 3;

3) conduite omissive du supérieur.

2.4.2. — Plus en détail, en suivant l'indication précédente il nous semble opportun de valoriser les règles grammaticales d'interprétation normative et, par conséquent, de distinguer quatre incriminations à l'intérieur de l'article 7, al. 3.

Cela dit, et en voulant maximaliser l'œuvre de décomposition analytique, on peut dire que des quatre *éléments constitutifs*:

a) le deuxième est commun aux quatre figures;

b) le premier et le troisième se divisent l'un et l'autre en deux catégories, dont chacune correspond à un seul couple homogène d'incriminations pénales (par ex.: la commission imminente se rencontre uniquement dans le couple formé par les deux premières incriminations indiquées dans les pages suivantes).

2.4.3. — De la combinaison des éléments indiqués émergent les figures suivantes:

— omission non intentionnelle d'adoption de mesures d'empêchement;

— omission fautive d'adoption de mesures d'empêchement;

— omission non intentionnelle d'adoption de mesures punitives;

— omission fautive d'adoption de mesures punitives.

3. — 3.1. — Il est important de considérer, en premier lieu, *l'élément de la commission par autrui d'un des crimes internationaux décrits aux articles 2*

<sup>7</sup> Par exigence de clarté, il faut mettre en évidence qu'il a été dégagé un cadre des éléments constitutifs des incriminations de l'art. 7, al. 3, en partie différent de celui dégagé par le ТРП. Le point de dissension vraiment significatif est celui de l'élément moral (ou *mens rea*), qui ici conformément à l'enseignement traditionnel de la science pénalistique italienne et, de manière générale, continentale, est placé hors de la structure de l'incrimination (*fatto tipico*) et il est conçu, en revanche, comme attitude morale celle qui a pour objet justement la structure de l'incrimination (*fatto tipico*) au complet de tous ses éléments. En tout cas, pour une perspective claire et synthétique de ces éléments, nous renvoyons dès maintenant à *Blaskic*, Trial Chamber, cit., par. 294; *Aleksovski*, Trial Chamber I, 25 juin 1999, par. 69; *Kordic and Cerkez*, Trial Chamber III, 26 février 2001, par. 364.

à 5 du *StTPY*, lequel — comme on l'a dit — se divise en commission imminente et commission récente.

La présence de cet élément dans chacune des incriminations prévues par l'article 7, al. 3, se déduit clairement de l'*incipit* de l'article 7, al. 3 (« le fait que l'un quelconque des actes visés ... a été commis par un subordonné »). En réalité, l'emplacement initial de l'énoncé normatif cité impose précisément de considérer, en l'absence d'indices clairs d'une intention limitative des rédacteurs, que chacune des quatre hypothèses de responsabilité hiérarchique peut se vérifier concrètement à la seule condition de la commission effective de la part du subordonné d'un crime international (au-delà — s'entend — du cas exceptionnel dans lequel, comme dans le crime de génocide, serait aussi punie la simple tentative de crime).

La précision est importante puisque, en premier lieu, la formulation littérale de la deuxième partie de l'article 7, al. 3 (de laquelle ressort négativement le choix des rédacteurs d'inclure la description de quatre hypothèses) pourrait aussi faire croire le contraire: à savoir que serait punissable aussi — par exemple — le commandant qui omet délibérément de prévenir une simple tentative de crime international de la part d'un subordonné. Pour se référer à l'exemple donné, on fait allusion à l'incrimination qui se déduit en extrapolant la périphrase suivante de l'article 7, al. 3: le « supérieur ... [qui] savait ... que le subordonné s'appêtait à commettre cet acte ... n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ».

D'un autre côté, l'affirmation de la nécessité de la commission effective d'un crime international de la part d'un subordonné est une des rares à être constamment partagée par le *Prosecutor* et par la défense dans les procès devant le TPIY <sup>8</sup>.

Cela précisé, il faut ajouter que, aussi bien dans l'hypothèse de commission imminente que dans celle de commission récente, l'élément constitue, pour le dire en langage technico-pénalistique, une condition de la conduite, même si — comme nous le verrons mieux plus loin — la valeur négative (*disvalore*) exprimée par la condition sera différente dans les deux cas. Dès maintenant, on peut affirmer que la diversité découle de ce que — selon l'avis de l'auteur — tandis que les deux premières incriminations indiquées sont des infractions de commission par omission (*omissive improprie*), les autres sont des infractions d'omission proprement dite (*omissive proprie*) <sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Pour tous, cf. *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par rapport aux par. 291 et 292.

<sup>9</sup> Sur la distinction entre les délits d'omission propres et ceux de commission par omission, voir, surtout, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, 3<sup>ème</sup> éd., Zanichelli, Bologne 1995, 527 s.

Enfin, il est important de souligner que l'élément en question *exclut l'application de l'article 7, al. 3*, dans le cas où le supérieur aurait fourni une contribution, minimale mais toujours efficace, au crime international exécuté par le subordonné. Dans ce dernier cas, en effet, sa responsabilité pourra entrer dans le cadre de la norme de l'article 7, al. 1, laquelle est généralement conçue, par le TPIY, comme une norme alternative par rapport à celle de l'article 7, al. 3<sup>10</sup>, en ce sens qu'elles ne peuvent pas être appliquées conjointement au regard du même fait historique.

3.1.1. — L'élément de la *commission imminente* — bien évidemment — ne peut concerner que les seules hypothèses d'omission d'adoption de mesures d'empêchement (non intentionnelle ou fautive). Il est clair, en effet, qu'un événement futur peut être l'objet seulement d'un empêchement et non d'une punition. En outre, le fait justement que les rédacteurs de 1992 aient aussi modelé les incriminations d'omission d'adoption de mesures d'empêchement en se basant sur un événement caractéristique (*tipico*) impose de considérer que la valeur négative (*disvalore*) qui en résulte se centre sur ce résultat, ou mieux sur son omission d'empêchement. Il en découle que les incriminations en question sont des incriminations de commission par omission (*omissive improprie*). De manière cohérente, l'imminence de la commission du crime constitue en soi la situation dangereuse et caractéristique (*tipica*) qui fait surgir pour le commandant le devoir d'empêcher, dans la mesure du possible, le crime du subordonné. La connaissance de cette imminence de la part du commandant porte, en revanche, sur la dimension de l'élément moral.

*Du reste, quelque doute* peut surgir par rapport *au moment auquel on doit considérer que la manifestation de la part du subordonné d'une intention criminelle est significative, au niveau pénal, pour le supérieur*. En d'autres termes: suffit-il que l'intention soit manifestée, de quelque façon que ce soit, ou bien le comportement duquel elle peut être déduite doit-il avoir atteint un degré de développement tel qu'il permette d'envisager une sérieuse mise en danger de l'intérêt protégé? Cette alternative aussi a des répercussions pratiques, comme il ressort de l'hypothèse dans laquelle un simple soldat manifeste à son propre supérieur, comme s'il s'agissait d'une *boutade* » la résolution aberrante de torturer, le plus tôt possible, les membres de ce groupe: *quid iuris* lorsqu'il décide ensuite de le faire sans que le commandant s'en soit précédemment alarmé?

À la lumière de ce qui a été dit, affirmer que la solution se trouve dans ce cas dans le cadre de la culpabilité (défaut de caractère punissable du

<sup>10</sup> Cf., par ex., *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par. 337 s.

supérieur pour absence de dol) équivaut à se débarrasser simplement d'un problème qui, vice versa, doit être abordé dans le cadre de la structure de l'incrimination (*fatto tipico*), puisqu'il concerne clairement son élément constitutif: précisément la commission imminente.

Pour éviter des équivoques, il faut ajouter que, puisque la responsabilité du supérieur est dans tous les cas conditionnée par la commission effective du crime de la part du subordonné, le problème ici posé se présente uniquement dans les hypothèses où le supérieur, qui a eu la possibilité d'adopter des mesures préventives pendant tout le temps où la conduite du subordonné n'est pas allée au-delà de la simple manifestation d'intention, a perdu cette possibilité pour des raisons survenues au moment où le subordonné a créé un risque sérieux de commission de crime international, puis l'a effectivement réalisée.

Donc, l'idée que la manifestation d'une intention criminelle de la part d'un subordonné devrait nécessairement avoir un caractère sérieux semblerait confirmée par l'idée selon laquelle, étant donné que le droit pénal moderne se désintéresse généralement des simples manifestations d'intention criminelle, ne doit pas être puni, à plus forte raison, celui qui, bien qu'étant investi d'une position de contrôle, se limite à ne pas prendre au sérieux les simples manifestations de pensée de celui qu'il contrôle et omet ainsi de « le neutraliser ». Raisonner différemment signifierait anticiper excessivement le seuil au dessus duquel le supérieur est punissable et le mettre dans une situation de constante incertitude, voire de paralysie opérative, s'il doit s'alarmer même devant extériorisations belliqueuses les plus ridicules des subordonnés.

3.1.2. — Tout d'abord, les deux incriminations dans lesquelles elle s'inscrit sont manifestement d'omission proprement dite (*omissive propria*): le seul événement décrit est la commission du crime déjà accomplie de la part du subordonné, laquelle ne peut donc pas être empêchée mais seulement sanctionnée. Il en découle que le rôle de cet événement est celui de situation caractéristique (*tipica*) qui fait uniquement ressortir l'obligation d'agir dans le sens indiqué par la norme.

Quelque doute pourrait exister quant au temps maximal qui doit s'écouler entre la commission du crime de la part du subordonné et la persistance de l'obligation punitive. En effet, *on pourrait croire* que le fait qu'un supérieur ait connaissance du crime commis par le subordonné dans un intervalle de temps notable rend moins grave, sinon non punissable, l'éventuelle omission de punition du coupable, à cause de l'effet 'anesthésiant', issu du temps écoulé, sur l'idéal de répression juste.

*Cependant*, on pourrait aussi soutenir, de manière fondée, que l'argument de l'effet 'anesthésiant', qui est d'ailleurs l'argument habituellement invoqué pour justifier l'institution de la prescription en matière pénale, ne peut valoir, par définition, pour des crimes aussi graves que ceux décrits dans les articles 2 à 5 cités. *Il en découle que* le supérieur devra toujours punir le subordonné auteur d'un crime international tant qu'il en aura le pouvoir (et sauf les éventuelles normes de caractère administratif qui empêchent l'instauration et/ou la poursuite de la procédure disciplinaire).

3.2. — Le discours relatif à l'élément qui, comme nous l'avons vu, est commun indistinctement aux quatre incriminations doit être encore plus large: il s'agit du *rapport de hiérarchie*.

3.2.1. — En résumé, on peut dire que cet élément, autour duquel sont destinées à tourner une grande partie des discussions sur la responsabilité en question, est susceptible de *trois interprétations distinctes*, lesquelles sont clairement ressorties de l'arrêt *Delalic* <sup>11</sup>:

a) Selon une première *interprétation, sévère* (suivie — en substance — par le *Prosecutor* dans le cas *Delalic* <sup>12</sup>) concernant l'existence du rapport évoqué, il n'est pas nécessaire que le rapport entre les sujets ait les caractères de la subordination militaire; il suffit qu'un des deux sujets ait acquis, même *de fait*, un *pouvoir de neutralisation ou, en tout cas, d'influence* sur l'autre <sup>13</sup>;

b) selon une deuxième *interprétation qui, au contraire, se caractérise par son esprit libéral notable* (et qui n'a pas du tout été envisagée par la *défense de Delalic* <sup>14</sup>), le supérieur, au sens de l'article 7, al. 3, est seulement le commandant militaire de l'auteur du crime international ou, au plus, celui qui revêt par rapport à ce dernier une autorité légale de type paramilitaire, c'est-à-dire le pouvoir fondé sur une source attributive, au moins non antijuridique, de donner des ordres obligatoires et de punir les auteurs de violations. En bref: *est significative seulement la supériorité qui est, en même temps, légale et de caractère militaire, tandis que ne l'est pas la supériorité à laquelle manque même un seul de ces caractères le cadre comme, par exemple, celle du supérieur de fait ou des titulaires d'une position de contrôle*. D'où la différence, que la défense considère comme cruciale, entre des supérieurs qui, en raison de leurs pouvoirs autoritaires, sont commandants (rentrant dans le cadre l'article 7, al. 3) et

<sup>11</sup> Mais ces trois mêmes interprétations, si l'on fait abstraction de nuances marginales, se retrouvent aussi dans les autres décisions du TPIY qui se sont occupées de la responsabilité au sens de l'art. 7, al. 3.

<sup>12</sup> Cf. *Delalic*, Trial Chamber II quater, cit., par. 348 s.

<sup>13</sup> De même, le *Procureur* dans la décision *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par. 295 s. Ainsi que le *Procureur* dans la décision *Aleksovski*, Trial Chamber I, cit., par. 73.

<sup>14</sup> Cf. *Delalic*, Trial Chamber II quater, cit., par. 350 s.

des supérieurs qui n'exercent pas de fonctions de commandement (qui ne rentrent pas dans le cadre de l'article 7, al. 3) <sup>15</sup>;

c) *En revanche, la thèse soutenue concrètement par le TPIY dans le cas Delalic révèle un caractère intermédiaire*; selon cette dernière, s'il est vrai que ne peuvent être exclues du champ d'application de l'article 7, al. 3, les différentes manifestations non militaires et/ou factuelles d'autorité, on ne peut pas non plus admettre que toute forme d'influence ou d'ascendant qu'un sujet exerce sur d'autres intègre une position de commandement. *Il faut, donc, procéder à une délimitation des formes d'autorité punissables au sens de l'article 7, al. 3.* En parcourant à nouveau littéralement le chemin argumentatif du TPIY (qui, entre autres, utilise l'aval de certains précédents importants): « It is the Trial Chamber's opinion that a position of command is indeed a necessary precondition for the imposition of command responsibility. However, this statement must be qualified by the recognition that the existence of such a position cannot be determined by reference to formal status alone. Instead, the factor that determines liability for this type of criminal responsibility is the actual possession, or non-possession, of powers of control over the actions of subordinates. Accordingly, formal designation as a commander should not be considered to be a necessary prerequisite for command responsibility to attach, as such responsibility may be imposed by virtue of a person's *de facto*, as well as *de jure*, position as a commander » <sup>16</sup>. Le TPIY tente de préciser son point de vue en disant que: « *It is necessary that the superior have effective control over the persons committing the underlying violations of international humanitarian law, in the sense of having the material ability to prevent and punish the commission of these offences* » <sup>17</sup> (*il est nécessaire que le supérieur ait un contrôle effectif sur les auteurs de violations, au sens d'avoir une capacité matérielle de prévenir et de punir la commission de ce crime*). En récapitulant: le supérieur est celui qui exerce un commandement, même de fait (c'est-à-dire non pris sur la base d'une disposition législative), à savoir celui qui peut contrôler le subordonné en tant que titulaire d'un ensemble de pouvoirs préventifs et punitifs qu'il peut exercer à son encontre.

3.2.2. — Quelques brèves observations. *Ni la première, ni la seconde de ces thèses ne sont convaincantes en raison de leur extrémisme.* En ce qui concerne la première, elle pêche par excès. En réalité, certaines argumentations des arrêts sont si générales que la substance de l'idée professée n'est pas toujours claire. Si la thèse entend affirmer qu'est supérieur, par rapport à un autre sujet, celui qui exerce sur lui une influence quelconque, il faut la refuser car elle conduit à des résultats étrangers au droit pénal moderne, à savoir à la criminalisation d'une condition de simple charisme et, en dernière analyse,

<sup>15</sup> Cf. aussi la défense dans *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., 298 s. Ainsi que la défense dans *Aleksovski*, Trial Chamber I, cit., 74.

<sup>16</sup> *Delalic*, Trial Chamber II quater, cit. par. 370.

<sup>17</sup> *Delalic*, Trial Chamber II quater, cit., par. 378.

à l'attribution d'une responsabilité pour la conduite de vie <sup>18</sup> — responsabilité qui, en tant qu'omission, à la lumière de son caractère exceptionnel déjà souligné, devrait être attribuée avec une prudence plus grande que celle utilisée normalement. Si la thèse entend dire qu'est supérieur quiconque a la capacité matérielle de prévenir ou de punir le crime du subordonné, il n'est également pas possible de la suivre puisque, en fondant le devoir d'empêchement ou de punition sur la simple possibilité d'empêchement ou de punition, laquelle est à la portée de quiconque, elle nie le caractère exceptionnel de la responsabilité prévue à l'article 7, al. 3.

En ce qui concerne la deuxième thèse, elle pêche par défaut: il est absurde de considérer que l'autorité de fait n'entre absolument pas dans le cadre de l'article 7, al. 3, notamment si l'on considère que la norme en question est formulée pour fonctionner surtout dans des contextes belliqueux, à savoir dans des cadres où il est fréquent d'assister à la chute des modèles d'organisation institutionnelle et à l'émergence improvisée qui en découle de pouvoirs de fait. Mais il y a plus. Selon une opinion répandue aussi dans le droit pénal interne, une obligation d'empêchement des actions dommageables d'autrui peut dériver pour un sujet de son engagement volontaire (par exemple, un passant qui s'offre à prendre en charge momentanément le nouveau-né — dont la mère, pour des motifs imprévus, ne peut pas s'occuper — assume ainsi, entre autres, l'obligation d'empêcher que des tiers puissent nuire au nouveau-né lui-même).

Si cela est vrai, il en découle que *nos efforts doivent tendre à identifier les limites dans lesquelles peut apparaître et être considéré comme significatif, au sens de l'article 7, al. 3, un engagement de pouvoir hiérarchique, volontaire et de fait* (qui est l'unique domaine controversé, dans la mesure où il est évident que cette norme s'applique aux supérieurs « de droit »).

*Le TPIY semble aussi aller dans cette direction dans le cas D Delalic: son interprétation apparaît donc plus équilibrée, encore qu'elle n'éclaire pas totalement les détails du modèle d'application présenté.* En effet, si l'intention de l'organe judiciaire de faire entrer aussi les supérieurs de fait dans le cadre de l'article 7, al. 3, est évidente, la question de savoir si, et dans quelle mesure, ces autorités se différencient des sujets dotés de pouvoirs de conditionnement psychologique grâce à leur seul charisme *n'est pas clairement résolue.*

D'autre part il n'est pas clair non plus que le TPIY entende effectivement y inclure les titulaires de simples pouvoirs de contrôle <sup>19</sup>.

3.2.2.1. — En ce qui concerne la première question (l'extension

<sup>18</sup> Sur celle-ci, cf. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., 298.

<sup>19</sup> Pour la reconnaissance expresse du fait que les titulaires de pouvoirs de contrôle aussi comptent au nombre des commandants au sens de l'art. 7, al. 3, cf. *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par. 335.

internationalo-pénalistique du commandement de fait), elle doit être abordée de manière plus précise que ne le fait le TPIY. Afin qu'il puisse y avoir un commandement au sens de l'article. 7, al. 3, il ne suffit pas de vérifier par la voie judiciaire, *a posteriori*, qu'au moment de la réalisation d'un crime international son auteur était en état de sujétion psychologique à l'encontre d'un autre sujet. Il est davantage nécessaire de démontrer que, à l'endroit où le fait a été commis, il s'est créée une organisation opérative, même rudimentaire, dont ont fait partie entre autres, les deux sujets concernés. Et il est nécessaire de démontrer conjointement que son fonctionnement reposait sur un ensemble de règles, expresses ou tacites, mais partagées spontanément par tous les participants, qui légitimait l'un des deux sujets à donner des ordres qui liaient l'autre et, dans ce cas, à en sanctionner l'inobservance.

Cette interprétation, outre qu'elle est théoriquement rigoureuse et pratiquement équilibrée, a aussi une légitimation philosophique solide. En résumé, comme l'enseigne la doctrine classique de Hobbes, la société civile naît au moment où les individus, préoccupés par le fait que leur propre intégrité est menacée constamment par l'état anarchique de nature (*bellum omnium contra omnes*), délèguent une grande partie de leurs pouvoirs *ad omnia* à un centre unitaire de décision (que Hobbes, fidèle à la monarchie anglo-saxonne du XVII<sup>ème</sup> siècle, identifie dans le souverain). Avec le *pactum subiectionis*, donc, les individus renoncent au caractère absolu que leurs pouvoirs présentent dans l'état de nature, mais à la condition que cela protège leur intégrité personnelle. Parmi les pouvoirs reconnus au souverain, il y a aussi celui coactif, ce qui s'explique clairement par le fait que la sanction, et auparavant la menace de son application, est le plus formidable instrument de réduction des agressions, et donc de garantie de cette promesse d'intégrité qui, nous l'avons vu, sous-tend la naissance de la société. Dans le cadre de cette tradition de pensée s'explique aussi l'affirmation typiquement kelsénienne selon laquelle, pour pouvoir remplir pleinement sa fonction propre, la norme juridique doit être confortée par une sanction.

Si cela est vrai — si, donc, selon la tradition philosophique qui a forgé la vision commune — la socialité et la juridicité au sens le plus plein du terme se définissent par rapport à l'idée de coactivité largement reconnue, on ne voit pas pourquoi le concept de commandement qui, dans la dimension microsociale de l'unité opérative, est la projection du souverain de Hobbes, devrait être défini indépendamment de cette idée.

J'appellerai l'interprétation proposée « *théorie du fondement objectivement coactif du rapport hiérarchique* ».

Je ne me cache pas qu'elle aussi puisse donner lieu à quelque inconvénient. En particulier: si son fonctionnement ne se heurte à aucun obstacle entre le moment de l'élection au commandement d'un sujet jusqu'au moment

précédant immédiatement son éventuel détronement, il n'est pas facile de s'orienter dans la phase qui débute avec le détronement même, dans le cas où celui-ci, au lieu de s'exprimer dans les formes légales prévues, a une origine purement improvisée et ne tient pas compte des règles de déroulement prédéterminées. Par exemple: si par une série d'erreurs de comportement et de stratégie un sujet investi d'une position de commandement n'est soudain plus respecté par ses hommes, en ce sens que ceux-ci commencent à désobéir systématiquement à ses ordres, devra-t-il continuer à être considéré comme le commandant selon le droit pénal international?

La vérité est que la frontière entre la théorie du fondement objectivement coactif et la théorie du fondement (même seulement) charismatique du rapport hiérarchique est très subtile. Pour la mettre en évidence le mieux possible, on peut valoriser le « message holistique » (épuré de ses scories monarchiques) de la doctrine déjà examinée du contrat social, laquelle est la mère putative de la théorie proposée dans notre exposé. Dans cette optique — en synthétisant — la théorie du fondement objectivement coactif est une théorie qui valorise l'aspect collectiviste du groupe organisé (groupe en tant qu'entité unitaire) et le principe démocratique de majorité qui lui permet de fonctionner d'une manière ordonnée, avec la conséquence que seule la majorité du groupe peut priver celui qui est le commandant de son rôle hégémonique, même par le biais de comportements probants simples, mais clairs.

Vice versa, la théorie du fondement (même seulement) charismatique introduit de notables marges de doutes dans l'attribution de la responsabilité pénale. En effet, puisque, selon cette théorie, la position de commandement existe et tombe avec l'influence qu'un sujet est capable d'exercer sur un autre, l'émergence et la disparition de cette position dépendent dans les faits d'un élément qui, outre qu'il est facilement manipulable dans un sens ou dans l'autre, appartient à la dimension interne, avec toutes les difficultés de vérification probatoire et, donc, avec toutes les incertitudes d'application qui en découlent.

*En définitive*, les points obscurs de la théorie subjectiviste se réduisent drastiquement dans celle objectiviste, là où celle-ci assure une attestation des vicissitudes de la position de commandement, en les ancrant à la méthode démocratique dans le sens évoqué.

3.2.2.2. — Venons-en au deuxième doute exprimé précédemment, qui concerne *l'ensemble des fonctions dont le fait d'être titulaire* peut fonder, au sens de l'article 7, al. 3, *un rapport hiérarchique*. En dépit de ce qu'a parfois

soutenu le TPIY lui-même, *il faut exclure* de cet ensemble *les fonctions de simple contrôle* <sup>20</sup>.

Le raisonnement est complexe et doit être développé par degré. Il faut partir de l'idée, déjà signalée, que chacune des quatre hypothèses de l'article 7, al. 3, exige, entre autres, la commission effective d'un crime international de la part du subordonné. Par rapport à cet élément commun, le même article 7, al. 3, exige du commandant soit une conduite d'empêchement, soit une conduite punitive, selon les cas. Or, si celui qui est considéré comme un commandant au sens de l'article 7, al. 3, est appelé à prévenir ou à punir un crime statutaire, il faut en conclure que les rédacteurs ont raisonnablement eu l'intention d'exclure du cadre du commandement les positions auxquelles n'est pas rattaché un pouvoir (au sens strict) d'empêchement et/ou de sanction. En d'autres termes: à moins de considérer les rédacteurs de 1992 comme déraisonnables, on ne peut pas considérer qu'ils auraient introduit l'article 7, al. 3, pour imposer l'exercice d'un certain pouvoir à celui qui en serait privé. Celui qui est titulaire seulement de pouvoirs de contrôle n'est pas soumis à la disposition normative sur la responsabilité hiérarchique.

Par souci d'exhaustivité, il nous faut prévenir une objection qui pourrait être faite au raisonnement effectué: dans le cas des incriminations d'omission d'empêchement uniquement, on ne peut exclure que les titulaires de pouvoirs de contrôle puissent être considérés comme étant titulaires de capacités préventives, même s'ils ne le sont que de manière médiate, puisqu'ils sont normalement en contact bureaucratique avec les titulaires de pouvoirs de prévention directe de certains faits.

Toutefois, cette objection se révèle spécieuse puisque, fondée sur la base d'un argument équivoque littéral, elle met sur le même plan, en ce qui concerne la responsabilité pénale, des comportements dont la valeur négative ([*disvalore*]) est très différente. Celui qui dispose d'instruments de protection directe d'un intérêt a, du point de vue formel, un *pouvoir* d'empêchement de résultats préjudiciables; d'un point de vue axiologique, il a un rapport privilégié avec l'intérêt lui-même, dans la mesure où le contenu de ce pouvoir dénote que lui a été confiée la valeur de son intégrité. Vice versa, celui qui a le devoir de contrôler les actes des titulaires d'instruments de protection directe a, d'un point de vue formel, une simple *possibilité* d'empêchement au sens susdit; du point de vue axiologique, il a seulement un lien médiat avec l'intérêt indiqué, puisque l'ensemble de ses fonctions révèle que la valeur qui lui a été directement confiée est plutôt l'efficacité de l'activité de l'organe

<sup>20</sup> Cf. encore *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par. 335.

contrôlé. Les divergences formelles et axiologiques entre les deux situations en empêchent la péréquation sur le plan du traitement juridique.

Mais il y a plus. La nature exceptionnelle de la responsabilité hiérarchique, plusieurs fois mise en évidence, serait niée si celle-ci était considérée comme imputable aussi à celui qui a la simple possibilité d'accomplir l'action qu'il doit accomplir: déjà dans l'abstrait, lorsque la catégorie de la possibilité renvoie à la *généralité* des hommes, la catégorie de pouvoirs renvoie seulement à ceux qui *exceptionnellement* sont titulaires de pouvoirs.

Pour soutenir la distinction radicale entre possibilité et pouvoir, on peut invoquer les acquisitions de la doctrine pénale italienne la plus moderne, laquelle, à la lumière des analyses de la phénoménologie omissive, a rigoureusement séparé en trois les obligations d'agir, fournissant ainsi une explication convaincante du choix législatif de refuser un traitement sanctionneur unique pour les trois cas d'omission et donc de le graduer selon le cas considéré<sup>21</sup>. En premier lieu, émergent les obligations de garantir, lesquelles incombent aux sujets tenus de garantir antérieurement certains intérêts et dotés des nécessaires pouvoirs d'empêchement de résultats dommageables (par ex.: la mère par rapport à son enfant nouveau-né). En second lieu, on signalera les obligations de surveillance, lesquelles incombent aux sujets tenus, eux aussi, à la protection, mais seulement à travers l'exercice de pouvoirs de communication des situations de danger pour l'intérêt protégé aux titulaires de pouvoirs d'empêchement, et non pas directement à travers l'exercice des pouvoirs d'empêchement (par ex.: les commissaires aux comptes de sociétés commerciales qui sont tenus de dénoncer les irrégularités rencontrées dans la gestion sociale). Enfin se profilent les obligations d'agir, lesquelles incombent de manière résiduelle aux sujets qui sont appelés à accomplir l'action commandée seulement occasionnellement, lorsqu'ils ne sont titulaires d'aucun rapport spécial de protection préexistant, ni de vrais et propres pouvoirs d'empêchement (ex.: un passant qui rencontre un homme en train de mourir d'une hémorragie).

4. — 4.1. — Pour donner de l'ordre au discours, il est opportun d'examiner de manière séparée les quatre incriminations énumérées précédemment.

4.1.1. — *L'omission non intentionnelle d'adoption de mesures préventives*. L'incrimination, à la lumière de la formulation de l'article 7, al. 3, consiste dans le fait du supérieur qui, « s'il savait que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte, n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher ledit acte ».

<sup>21</sup> Cf. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 168 s. Ainsi que I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Giappichelli, Turin 1999.

4.1.1.1. — *Le premier élément caractéristique de la présente incrimination est celui de la conduite qui consiste en l'omission d'adoption des mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher le crime.*

En ce qui concerne, en particulier, l'aspect le plus délicat, à savoir celui du caractère raisonnable, il a été plusieurs fois traité dans des procès devant le TPIY. Par exemple, dans l'arrêt *Blaskic*, on retrouve à cet égard une certaine diversité d'opinions. En effet, d'un côté, la défense affirme que « *la responsabilité du commandement n'est engagée que si cet effort est manifestement hors de proportions avec les crimes commis* »<sup>22</sup>. D'un autre côté, le Tribunal identifie le critère de graduation du caractère raisonnable dans le degré effectif de contrôle du supérieur. En substance, est raisonnable ce que le supérieur pouvait faire au regard des ressources dont il disposait<sup>23</sup>.

En voulant préciser cette dernière solution, qui paraît la plus équilibrée, on peut se dire que les hendiadys « nécessaires et raisonnables » révèlent clairement l'intention des rédacteurs d'assurer la prévention des crimes internationaux (voilà la nécessité, laquelle exclut la valeur de fait justificatif de protections fictives), mais dans la seule mesure où on peut l'exiger du supérieur, en tenant compte des moyens dont il dispose et des conditions dans lesquelles il s'est trouvé pour opérer (voilà le caractère raisonnable, qui exclut pénalement l'omission manquée de mesures non exigibles du supérieur modèle dans cette situation concrète). Plus précisément, dans le cadre des mesures raisonnablement exigibles du supérieur, on devrait attribuer une valeur justificative aux seules mesures qui offrent le degré maximal d'efficacité préventive.

*Du reste, le problème de la sélection de mesures dotées d'efficacité justificative, lequel, bien évidemment, doit être résolu au cas par cas, se présente de manière particulièrement délicate quand le supérieur, qui a à sa disposition plusieurs mesures avec un degré d'empêchement différent, ne choisit ni la moins efficace (dans ce cas, on ne pourrait pas douter que sa conduite entre dans les éléments constitutifs de l'incrimination (tipicità), ni de son dol, au moins éventuel) ni la plus efficace (dans ce cas nulla quaestio), mais choisit une mesure de portée moyenne malgré laquelle le subordonné réussit à réaliser le crime qu'il avait en vue.* Par exemple, *quid iuris* lorsque le supérieur, qui a connaissance de l'intention criminelle du subordonné et a le choix entre l'avertir, le punir disciplinairement par des sanctions non privatives de liberté, ou bien prévoir le transfèrement, choisit seulement de le punir disciplinairement, punition dont le subordonné ne tient pas compte et réalise, au cours d'une mission, le crime poursuivi?

<sup>22</sup> Cf. *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par. 334.

<sup>23</sup> Cf. *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par. 335.

A mon avis, la réponse à cette question dépend de celle déjà évoquée relative à la nature de l'incrimination d'omission d'adoption de mesures préventives: c'est-à-dire de la question de savoir si le délit est un délit d'omission proprement dite (*omissivo proprio*) ou de commission par omission (*omissivo improprio*). Il est clair, en effet, que, puisque dans le premier cas est punie la violation d'un devoir d'agir, dont la vérification du résultat devient l'indicateur, la valeur négative (*disvalore*) se concentre sur la désobéissance de la personne qui commet l'omission; par conséquent, on pourrait considérer que la responsabilité fait défaut, même si le crime a été réalisé, à la condition que le supérieur, en adoptant des mesures préventives normalement efficaces (pas nécessairement les plus efficaces), se soit révélé obéissant aux prescriptions normatives.

Vice versa, en suivant — comme nous l'avons considéré précédemment préférable — l'autre terme de l'alternative, l'attention se déplace vers la protection de l'intérêt juridique. La punition se centre sur l'empêchement manqué du résultat qui lui porte atteinte (ici constitué par le crime du subordonné), et le noyau de la valeur négative (*disvalore*) est constitué par le lien de causalité entre omission et résultat; par conséquent, si le subordonné commet effectivement le crime, la responsabilité du supérieur qui aurait adopté (inutilement) une quelconque mesure préventive dépendra du raisonnement heuristique caractéristique de la causalité de l'omission, selon lequel peut se réaliser une omission significative (*tipica*) si l'on prouve que le crime n'aurait pas été commis au cas où une autre mesure possible aurait été adoptée.

4.1.1.2. — Le *deuxième élément*, qui caractérise, cette fois, *spécifiquement* l'hypothèse en question, concerne l'élément moral et, plus précisément, l'attitude psychologique que *le supérieur* doit avoir au regard de la condition de la commission imminente d'un crime international de la part d'un subordonné. Il *doit se représenter avec certitude non seulement que le subordonné est animé de l'intention de commettre un crime international, mais aussi que le laps de temps qui court entre l'idée et l'action est réduit ou, mieux, est tel que, s'il n'intervenait pas immédiatement, il ne pourrait pas le faire dans un second temps*. Il en découle que le dol ferait défaut et qu'il resterait, au maximum, la faute si le supérieur, mal informé par ses collaborateurs, croyait de manière erronée que le subordonné commettra le mois suivant le crime qu'il commettra en réalité le jour suivant.

Mais *l'aspect le plus délicat* de l'élément en question concerne sa *preuve*. En d'autres termes: à partir de quels éléments est-il permis de déduire la connaissance actuelle et effective, de la part du supérieur, du crime que l'inférieur, selon le cas, est sur le point de commettre ou a déjà commis? Et, en particulier, la preuve par présomption est-elle suffisante (qui a donc pour objet un fait différent de celui à prouver au travers duquel on remonte à ce

dernier), ou la preuve directe est-elle toujours nécessaire (qui concerne directement le fait à prouver, dans ce cas particulier la connaissance directe de la part du supérieur: par exemple, le témoignage d'un soldat qui dit que le commandant lui-même avait clairement entendu parler des intentions criminelles d'un autre compagnon d'armes, lequel s'est par la suite rendu coupable d'un crime international)?

Le TPIY s'est souvent prononcé sur ce point. L'arrêt *Blaskic* en est emblématique<sup>24</sup>. En particulier, il affirme que, s'il est vrai que « *la connaissance ne saurait être présumée* » (à savoir qu'elle ne peut pas être considérée *in re ipsa* dans le fait même du commandement), « *cependant, la Chambre convient que cette "connaissance" peut être établie par des moyens de preuve directs ou conjecturaux. S'agissant des preuves conjecturales, la Chambre s'accorde avec la Chambre saisie de l'affaire Celebici pour conclure que, pour déterminer si, en fait, un supérieur avait nécessairement la connaissance requise, elle peut tenir compte, entre autres, des indices énumérés dans le Rapport final de la Commission d'experts, à savoir le nombre, le type et la portée des actes illégaux, la période durant laquelle ils se sont produits, le nombre et le type de soldats qui y ont participé, les moyens logistiques éventuellement mis en œuvre, le lieu géographique des actes, le caractère généralisé des actes, la rapidité des opérations, le modus operandi d'actes illégaux similaires, les officiers et le personnel impliqués et le lieu où se trouvait le commandant au moment où les actes ont été accomplis* ».

4.1.1.3. — Dans un but d'exhaustivité, il faut dire que *l'alternative* exposée précédemment entre *délit d'omission proprement dite (omissivo proprio)* et *délit de commission par omission (omissivo improprio)* revêt une importance notable aussi sur un autre plan que celui considéré précédemment: on se réfère ici au *niveau du dosage de la peine*, sur lequel — comme on le sait — le TPIY ne dispose que de critères précaires. En d'autres termes, il est clair que, si l'on adhère à la thèse du délit de commission par omission (*omissivo improprio*), consistant en l'omission d'empêchement du délit du subordonné, le lien évident entre les deux délits devrait inciter à 'homogénéiser' les deux traitements, avec la conséquence que la peine à infliger au supérieur sera déterminée, sinon précisément, au moins fondamentalement, en fonction de celle appliquée au subordonné, exécuteur direct. Cette solution pourrait apparaître excessive si l'on pense que la peine infligée pour de tels crimes du Statut est souvent très élevée.

Dans une perspective de *erfolgorientierte Auslegung*, donc, on pourrait être tenté d'adhérer à la thèse du délit d'omission proprement dite (*omissivo*

<sup>24</sup> *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par. 304-307.

*proprio*) et donc du délit autonome; dans ce cas, le TPIY aurait une liberté majeure et pourrait procéder, comme il l'a fait jusqu'à présent pour les crimes des articles 2 à 5, à l'identification d'un seuil minimal et d'un seuil maximal encadrant les peines (*cornice edittale*), même si idéaux, entre lesquels identifier la peine à infliger dans le cas concret <sup>25</sup>.

4.1.2. — *L'omission fautive d'adoption de mesures préventives*. L'incrimination, en partant de la formulation de l'article 7, al. 3, consiste dans le fait du supérieur qui, bien qu'« il avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte (...), n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que ledit acte ne soit commis ».

Comme première approximation, la présente responsabilité fautive intervient toutes les fois que se vérifie qu'il manque au supérieur la conscience et/ou la volonté à l'égard (aussi) d'un (seul) des différents éléments constitutifs de l'incrimination en question. Plus précisément, la faute, caractéristi-

<sup>25</sup> Les objections de Stefano Manacorda m'ont incité à éclaircir brièvement, dans la présente note, les raisons pour lesquelles je considère que, dans le STPY (mais le discours peut être étendu à tout autre système qui suit son modèle de discipline), si l'on considère que le délit d'omission au sens de l'art. 7, al. 3, est un délit d'omission proprement dit (*omissivo proprio*), il doit être qualifié d'autonome au regard du crime commis par le subordonné, tandis que, si l'on considère que le délit est un délit de commission par omission (*omissivo improprio*), il faut le distinguer d'une hypothèse de coparticipation au crime du subordonné expressément classifié. D'un côté, le délit d'omission proprement dit (*omissivo proprio*) — comme nous l'avons dit — est caractérisé par une valeur négative (*disvalore*) qui se polarise sur l'inertie dans l'exercice d'un certain pouvoir, pour lequel l'intérêt protégé est principalement l'intérêt à l'usage correct de ce pouvoir, tandis que toutes les valeurs violées ont seulement, par conséquent, un poids somme toute marginal; au regard de notre cas (selon lequel, en dépit de notre opinion, le délit d'omission d'adoption de mesures préventives se définit comme d'omission proprement dite (*omissivo proprio*); on en déduit que le délit du supérieur et le crime du subordonné portent atteinte à des intérêts juridiques différents et, en dernière analyse, jouissent d'un certain degré d'autonomie sur le plan de la discipline.

En ce qui concerne le délit de commission par omission (*omissivo improprio*), sa valeur négative réside dans l'empêchement manqué d'un résultat dommageable pour l'intérêt confié à l'omettant — intérêt qui, dans l'hypothèse particulière dans laquelle ce résultat serait représenté par le délit d'autrui — coïncide avec l'intérêt directement atteint par ce dernier délit; au regard de notre cas (lorsque — comme ici — on considère le délit d'omission d'adoption de mesures préventives comme délit de commission par omission — *omissivo improprio*) on en déduit que le délit du supérieur et le crime du subordonné portent atteinte au même intérêt; l'identité de l'intérêt juridique atteint par deux faits implique aussi qu'il y ait une correspondance (qui est l'opposé de l'autonomie décrite sur le terrain du délit d'omission proprement dite (*omissivo proprio*), au moins unidirectionnelle, dans la discipline des deux faits, dans le sens où la discipline du fait de commission par omission (*omissivo improprio*) doit, surtout là où la loi ne dit rien (par ex. — comme nous l'avons vu — le degré des mesures préventives à adopter, la détermination de la peine infligée, etc.), être « conformée » à celle du crime du subordonné.

que particulière de l'incrimination examinée, peut concerner, selon les cas: la condition de la commission imminente, la conduite omissive et le résultat de la commission effective.

Il faut souligner, de manière incidente, que le premier et le troisième termes de la triade décrite sont identiques seulement de manière apparente; toutefois, comme nous le verrons mieux bientôt, il est possible que le sujet soit en faute sur l'un et non sur l'autre, et vice versa.

4.1.2.1. — *Par rapport à la faute concernant la condition de la commission imminente*, n'est pas claire la question de savoir si elle intervient seulement quand le supérieur dispose de connaissances empiriques relatives au subordonné telles que le supérieur modèle, dans cette situation, suspecterait que le subordonné a l'intention, sous peu, de commettre un crime international (on pense au cas dans lequel le subordonné, après avoir manifesté plusieurs fois ses sentiments racistes, déclare au supérieur que le lendemain il exterminera un groupe ethnique rival tout en montrant un attirail militaire puissant). Ou bien si elle intervient aussi quand le supérieur, contrevenant à une des règles du bon commandement, ne s'est pas informé des humeurs de ses propres subordonnés et, donc, de leurs éventuelles intentions criminelles.

Cette alternative s'est souvent profilée dans la jurisprudence du TPIY, où tend à prévaloir la première solution, surtout au travers de l'affirmation d'un rapport de continuité entre l'article 7 al. 3 et l'article 86 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève <sup>26</sup>, disposition à laquelle on attribue un caractère coutumier <sup>27</sup>.

4.1.2.2. — Mais une responsabilité fautive peut aussi exister là où le supérieur connaît effectivement et évalue correctement l'intention criminelle du subordonné et, malgré cela, *omet par négligence* (par exemple, par oubli ou parce qu'il s'endort au moment culminant) *d'adopter quelque mesure que ce soit*. Dans un tel cas, la connaissance de la situation significative (*tipica*) requise ne suffit pas à faire surgir le dol et la faute est constituée, à la condition qu'il ressorte (ce qui n'est pas facile) que l'omettant n'a pas non plus accepté le risque de l'omission d'adoption.

<sup>26</sup> Celui-ci dispose: « Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, s'ils savaient ou *possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment*, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction ».

<sup>27</sup> Pour un tableau rapide des différentes thèses envisagées, cf. *Delalic*, Trial Chamber II quater, cit. par. 387 s. Pour un large panorama des opinions jurisprudentielles mûries au cours des procès internationaux postérieurs à la Seconde Guerre mondiale, cf. *Blaskic*, Trial Chamber I, cit., par. 309 s.

4.1.2.3. — Enfin, et — on le répète — si l'on adhère à la thèse du délit de commission par omission (*omissivo improprio*), la présente hypothèse fautive peut exister aussi lorsque le supérieur, qui se représente la situation significative (*tipica*) et, malgré cela, omet intentionnellement d'adopter des mesures préventives efficaces, *compte sur le fait, de manière erronée, que le subordonné ne commettra pas le délit* (résultat non empêché), peut-être parce qu'il pense, de manière fautive, que les précautions adoptées par les victimes auront l'effet préventif espéré<sup>28</sup>.

4.1.3. — *L'omission non intentionnelle d'adoption de mesures punitives.* L'incrimination, à la lumière de la formulation de l'article 7, al. 3, consiste dans le fait du supérieur qui « savait que le subordonné avait commis un crime international et n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour punir l'auteur ». Les remarques développées dans le sous-paragraphe suivant valent aussi dans ce cas.

4.1.4. — *L'omission fautive d'adoption de mesures punitives.* L'incrimination, comme on le déduit toujours de l'article 7, al. 3, consiste dans le fait du supérieur qui « avait des raisons de savoir que le subordonné avait commis un crime international et n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour punir l'auteur ».

Nous ne nous étendons pas beaucoup aussi bien sur la précédente que sur la présente hypothèse, dans la mesure où sont valables — *mutatis mutandis* — les remarques développées précédemment sur le dol et la faute des deux incriminations de commission par omission (*omissivo improprio*). Dans ce cadre, il suffit de noter que le moment où doit se déployer l'intervention du supérieur éclaire sa fonction et, surtout, la signification des

<sup>28</sup> Par souci d'exhaustivité, il faut insister, en faisant justement appel à la différence entre cette dernière situation et la première, sur le fait que sont différentes la commission imminente, en tant que condition de la conduite omissive en question, et la commission future, en tant que résultat non empêché. La différence qui sépare ces deux figures est la même que celle qui existe, dans le délit de commission par omission (*omissivo improprio*), entre la situation de danger et l'événement constitutif de l'infraction (*tipico*) et se trouve — comme il est évident — au niveau de la structure de l'infraction (*fatto tipico*) (l'une étant l'antécédent chronologique de l'autre), au niveau — justement — de l'élément moral, en tant que reflet de la distinction émergente sur le premier niveau: la simple *connaissance* de la situation constitutive (*tipica*) n'équivaut pas à la *prévision* de l'événement constitutif, pour la simple raison que la situation constitutive (*tipica*), comme ensemble d'éléments empiriques, n'est pas en soi, à savoir indépendamment de l'apport de l'expérience humaine, éloquent; de même, la représentation descend, plutôt, d'une opération ultérieure, c'est-à-dire de l'évaluation expérimentale du *quid* connu, à savoir fondée sur les lois d'expérience commune qui la concernent. Par exemple, si une mère voit son propre nouveau-né se cyanoser, elle connaît par elle-même la situation de danger, mais rien n'exclut qu'en l'évaluant mal (par ex., en croyant qu'il s'agit d'un risque destiné à disparaître spontanément), elle ne prévoiât pas le résultat de la mort.

éléments que, selon l'article 7, al. 3, elle doit revêtir pour pouvoir exonérer le supérieur de la responsabilité ici prévue. En fait, puisque cette intervention est requise après la commission du crime et à des fins punitives, toute instance de protection fait, par définition, défaut et l'attention normative se concentre sur le moment de la sanction. Par conséquent, on devrait affirmer que des *mesures « raisonnables et nécessaires » seraient celles qui, de la meilleure façon, parmi celles dont dispose le supérieur, remplissent la fonction caractéristique (tipica) du pouvoir de sanction reconnu à celui-ci.*

Si cela est vrai, le vrai problème est celui d'identifier cette fonction. En l'absence d'indications normatives, on pourrait formuler l'hypothèse suivante d'interprétation. Puisque — comme on le sait — dans le domaine publiciste (et en particulier militaire) le pouvoir disciplinaire est à la peine ce que la *prima ratio* est à l'*extrema ratio*, on déduit un premier élément de grande importance: les deux, dans leur être *rationes* d'un *quid* partagé, insistent sur une aire commune et se différencient seulement par l'intensité de la réponse offerte par rapport au *quid* même. Mais, s'il en est ainsi, à savoir si l'aspect commun est intrinsèque aux deux instruments et se rapporte au terme moyen et si celui différentiel est extrinsèque par rapport aux deux instruments, il est tout à fait sensé de considérer que le premier aspect coïncide avec leur fonction et le second avec leur forme respective. Il en découle, en dernière analyse, que sanction disciplinaire et sanction pénale sont unifiées au moins sur le profil de la fonction, avec le résultat que l'on peut étendre les acquisitions désormais solides et mures de la doctrine en matière de sanction pénale à la sanction disciplinaire.

Cela dit, sur le terrain aussi de l'article 7, al. 3, *l'élaboration d'une théorie de la téléologie de la sanction devient décisive*<sup>29</sup>. De manière approximative, on peut dire que, *en privilégiant les instances rétributives*, sont « raisonnables et nécessaires » les mesures à disposition qui correspondent de la manière la plus précise possible à la gravité de l'omission du supérieur, laquelle, par-dessus tout, varie selon que les incriminations en question se construisent comme des délits d'omission proprement dite (*omissivo proprio*) ou de commission par omission (*omissivo improprio*): en suivant la première voie, cette gravité aura un caractère de tendance constante; en suivant la seconde, elle variera selon la gravité du crime non empêché.

Un raisonnement différent sera valable lorsque prévalent les *instances de prévention générale ou de prévention spéciale*. Dans le premier cas, on tendra à offrir un modèle de comportement positif et, donc, plus l'habitude et/ou le

<sup>29</sup> Sur les fonctions de la peine, en Italie restent décisives les recherches de L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Jovene, Naples 1984, et de L. EUSEBI, *La pena « in crisi »*, Morcelliana, Brescia 1990.

crime du subordonné non empêché est répandu, plus la peine infligée devrait être grave. Dans le second cas, on regardera surtout la capacité de délinquance du subordonné et, corrélativement, son besoin de rééducation, lequel — bien entendu — est en rapport de proportion directe avec l'entité de la peine.

Par souci d'exhaustivité, il faut souligner que les théories de la sanction illustrées contiennent une certaine unilatéralité, avec le résultat que, même dans le cadre disciplinaire qui relève du droit international pénal, leur intégration réciproque est souhaitable, afin de dégager un paramètre de gradation unique et homogène, susceptible de satisfaire les exigences d'un droit pénal moderne.

# LES PEINES DANS LA PRATIQUE DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE: L'AFFAIBLISSEMENT DES PRINCIPES ET LA QUÊTE DE CONTREPOIDS.

STEFANO MANACORDA

SOMMAIRE: 1. Introduction: portée et limites d'un raisonnement sur la peine devant les juridictions pénales internationales. — 2. Le moment fonctionnel: la définition ambiguë d'une rationalité punitive. — A. La place dominante de l'intimidation et de la rétribution. — B. Le rôle secondaire joué par la réhabilitation, le maintien et la restauration de la paix. — 3. Le moment normatif: la peine encourue entre repères textuels et interprétations supplémentives. — A. La typologie et la mesure de la peine: pauvreté d'indications normatives. — B. La recherche inachvée d'ancrages normatifs par la jurisprudence. — 4. Le moment décisionnel: la peine prononcée et les tentatives d'encadrement du pouvoir décisionnaire du juge. — A. La gravité de l'infraction entre facteurs d'appréciation et circonstances. — B. Les tentatives insuffisantes de rationaliser la décision. — 5. Le moment opérationnel: la peine exécutée, au croisement du droit national et international. — A. La coopération des États et l'éclatement du régime pénitentiaire. — B. Grâce, commutation et mesures alternatives: l'équilibre délicat des instances en jeu. — 6. Conclusion.

1. — La possibilité, reconnue par l'article 23 al. 1 du СТТРУ, que « la Chambre de première instance prononce des sentences et impose des peines et sanctions à l'encontre des personnes convaincues de violations graves du droit international humanitaire » résume à elle seule le caractère fortement novateur des nouvelles cours. La notion même de crime international n'aurait pas de sens, dans une vision formelle de l'infraction, si une peine n'était pas rattachée au comportement prohibé et/ou commandé (pour ainsi dire *nullum crimen sine poena*)<sup>1</sup>.

La sanction (en particulier celle privative de liberté) — au-delà de son

<sup>1</sup> Sur la notion d'infraction internationale, avant la création des juridictions pénales internationales, voir *RIntDP*, 1989, (1-2), Les crimes internationaux et le droit pénal interne, in *Actes du Colloque préparatoire tenu à Hammamet*, Tunisie, 6-8 juin 1987, et notamment O. TRIFFTERER, General Report. Part I: Efforts to Recognize and Codify International Crimes, *RIntDP*, 1989, (1-2), 31 ss; ainsi que C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 1971, 14.

rôle au regard des victimes <sup>2</sup> — fonctionne, en effet, comme le miroir de la consécration de la responsabilité criminelle individuelle à l'échelle internationale, seul un système susceptible de juger et — le cas échéant — de punir l'auteur de l'infraction méritant qu'on lui reconnaisse une nature proprement pénale. Il reste à s'entendre sur la portée de la notion de responsabilité individuelle, celle-ci étant, dans une vision minimale, le dépassement de la responsabilité étatique (et donc collective) au profit de la détermination précise des personnes physiques appelées à répondre des crimes <sup>3</sup>. D'un point de vue de droit pénal (interne), en revanche, une telle notion dépasse la seule dimension du bannissement de la responsabilité collective et pour le fait d'autrui, pour se convertir dans la reconnaissance d'un principe de responsabilité personnelle et donc de culpabilité (*nullum crimen sine culpa*) <sup>4</sup>.

Paradoxalement, alors que la sanction pénale constitue l'aboutissement du procès pénal international (et se situe donc à sa conclusion comme résultat purement éventuel), le questionnement autour de sa nature, de ses espèces et de sa mesure constitue un véritable préalable à toute autre analyse sur le TPIY, susceptible d'éclaircir le programme de politique criminelle dont il vise l'accomplissement. Si autour de la peine et de son prononcé se concentrent autant d'enjeux essentiels du droit pénal international, au point que cela finit par constituer l'aspect crucial et révélateur des nouvelles cours <sup>5</sup>, une analyse attentive des parcours qui mènent à sa détermination (*in abstracto* et *in concreto*) se révèle, par conséquent, nécessaire.

<sup>2</sup> Sur le rôle de la victime devant le TPIY voir K. LESCURE-F. TRINTIGNAC, *International Justice for Former Yugoslavia*, Kluwer, La Haye-Londres-Boston, 1996, 43 s.; T. VAN BOVEN, The Position of the Victim in the Statute of the international Criminal Court, in *Reflections on the International Criminal Court*, sous la direction de H.A.M. VON HEBEL-J.G. LAMMERS-J. SCHUKKING, T.M.C. Asser Press, 1999, 80 s.

<sup>3</sup> Pour cette approche, dominante en droit pénal international, voir par ex. C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Giuffrè, Milan 1999, 32 s.; J.J. PAUST *et al.*, *International Criminal Law. Cases and Materials*, 2<sup>ème</sup> éd., Carolina Academic Press, Durham 2000, 27 s.; W.A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, 80 s.; J. VOGEL, Individuelle Verantwortlichkeit in Völkerstrafrecht, *ZstW* 114, 2002, 403 s.

<sup>4</sup> La question est abordée, mais en termes insatisfaisants, par le TPIY. Voir Arrêt de la Chambre d'Appel, *Tadic* du 15.7.1999, par. 186: « *The basic assumption must be that in international law as much as in national systems, the foundation of criminal responsibility is the principle of personal culpability: nobody may be held criminally responsible for acts or transactions in which he has no personally engaged or in some other way participated (nulla poena sine culpa). In national legal systems this principle is laid down in Constitutions, in laws, or in judicial decisions. In international criminal law the principle is laid down, inter alia, in Article 7 (1) of the Statute of the International Tribunal (...)* ».

<sup>5</sup> Sur l'importance du sujet dans les négociations qui ont amené à l'approbation du Statut de Rome, cf. R.E. FIFE, Penalties, in *The International Criminal Court. The making of*

Selon les lignes méthodologiques déjà esquissées <sup>6</sup>, il s'agit de combiner, dans la recherche, les textes et les pratiques relevant du TPIY. Les premiers montrent une grande pauvreté sur ce point, qui ne peut pas être tout simplement attribuée à la nature pré-moderne du droit pénal international, ni aux contingences politiques et historiques dans lesquelles le Conseil de Sécurité a été amené à instituer le Tribunal. En revanche, dans les décisions judiciaires, une conscience croissante du rôle de la sanction comme révélateur de l'essence du système pénal international commence à s'esquisser, accompagnée par la recherche — souvent inachevée — de garde-fous rééquilibrant les défauts originaires d'un système à la légitimité défaillante.

Une telle recherche ne peut pas cependant se mettre en place en prétendant retrouver, au niveau international, un discours sur le *ius puniendi* reproduisant, dans des termes identiques, les catégories classiques du droit pénal moderne. Le passage de l'instrument pénal du niveau national au niveau international, dont les étapes historiques sont bien connues, entraîne un effort d'adaptation, au résultat fortement incertain. Ce phénomène, ainsi que les facteurs empêchant une simple transposition inter-niveaux des concepts classiques du pénal, apparaissent désormais comme étant clairs <sup>7</sup>: la contamination découlant du droit international, l'hybridation des systèmes juridiques nationaux de différentes traditions <sup>8</sup>, la spécificité de la (macro) criminalité à laquelle les nouvelles cours sont appelées à répondre <sup>9</sup>, le rôle

*the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, sous la direction de R.S. LEE, Kluwer, La Hague-Londres-Boston 1999, 319 s.

<sup>6</sup> Introduction de cet ouvrage.

<sup>7</sup> Sur la reconnaissance des principes de droit pénal avec des adaptations, voir TPIY, Jugement, *Delalic*, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, par. 402 s.; TPIY, Arrêt, *Erdemovic*, Chambre d'Appel, 7 octobre 1997, Opinion individuelle et dissidente du Juge Cassese.

<sup>8</sup> S. MANACORDA, Il metodo comparato e la giurisprudenza dei Tribunali penali internazionali, in *I diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milan 2003, 779-828; M. DELMAS-MARTY, L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002, 95 s.; sur le rôle de la comparaison dans la construction du droit international pénal, voir aussi K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humboldt, Berlin 2002, 44 s. Face à un tel contexte, toute référence unilatérale à un système pénal (géographiquement et historiquement) défini comme modèle auquel paramétrer le fonctionnement des TPI se traduirait par une opération culturellement faussée pour la compréhension réelle du système de la justice pénale internationale. Sur cet aspect, voir aussi, du point de vue de l'influence de la dogmatique allemande dans la construction d'une partie générale du droit pénal international, K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., 54 s.

<sup>9</sup> O. TRIFFTERER, The Preventive and the Repressive Function of the International Criminal Court, in *The Rome Statute of the International Criminal Court. A challenge to*

insurmontable de la décision politique dans le fonctionnement de cette forme de justice <sup>10</sup>, sont autant de facteurs de distorsion du point de vue du pénaliste. Il n'en reste pas moins qu'à l'intérieur du droit appliqué par ces Tribunaux certains des principes fondamentaux du droit pénal — patrimoine commun de la civilisation juridique contemporaine — ainsi qu'une certaine rationalité interne devraient s'y retrouver.

Or, dans le domaine de la peine, une telle vérification s'annonce hautement problématique; l'indifférence du Statut — voire son mépris — pour les *Grundprinzipien* de la sanction apparaissant clairement à la lecture des textes. La critique qui émane de la doctrine frappe au cœur la légitimité d'un système défaillant en ce qui concerne le (*nullum crimen*) *nulla poena sine lege* <sup>11</sup>. Un tel affaiblissement du principe de légalité constitue le point de départ d'une analyse critique sur le droit des sanctions appliqué par le TPIY, mais il n'est pas le seul point à éclaircir.

La distorsion des rapports classiques juge/législateur et la question des garanties du prévenu, essentielles dans un droit qui se veut démocratique, projettent leurs effets au-delà de la peine abstraitement prévue, s'attaquant aux mécanismes de décision et d'application de la peine, ainsi qu'aux buts

*impunity*, sous la direction de M. POLITI-G. NESI, Ashgate, Dartmouth, Aldershot- Burlington Usa-Singapour, Sydney 2001, 146 s.; K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil*, cit., 50 s.

<sup>10</sup> Voir, entre autres, D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Turin, 124 s et T. TODOROV, Les limites de la justice, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., 39 s.

<sup>11</sup> C. BASSIOUNI - P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, New York 1996, 689; C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto*, cit., 172; P. PONCELA, Mesure et motivation de la peine dans les jugements du TPIY, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, sous la direction de M. HENZELIN- R. ROTH, LGDJ-Georg éd. -Bruylant, Paris-Genève-Bruxelles 2002, 328. Pour une tentative de démonstration de la part du TPIY du respect du *nulla poena* voir Chambre d'Appel, *Kunarac*, 12 juin 2002 dont le raisonnement, défaillant tant au plan juridique que logique est le suivant: « Si le Statut ne prévoit pas d'échelle des peines, il fixe toutefois une peine d'emprisonnement et prescrit la prise en compte de divers facteurs dans la détermination de la peine. La peine maximale d'emprisonnement à vie est prévue par l'article 101 (A) du Règlement (correctement interprété dans le Statut) pour des crimes qui relèvent aux yeux des États de la compétence des juridictions internationales en raison de leur gravité et de leurs conséquences à l'échelle internationale. Le Statut respecte donc la maxime *nulla poena sine lege* pour des crimes relevant de la compétence du Tribunal ». Sur le Statut de la CPI, reconnaissant explicitement le principe en question voir: W.A. SCHABAS, Art. 23. *Nulla poena sine lege*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, sous la direction de O. TRIFFTERER, Nomos, Baden-Baden 1999, 463 s., par. 373. En revanche, considèrent que le *nulla poena sine lege* est respecté, *An insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia — A Documentary History and Analysis*, I, sous la direction de V. MORRIS-M.P. SCHARF, Transnational Publishers, New York 1995, 275.

qu'elle poursuit. Il en découle, par la suite, une analyse axée sur les quatre moments de la sanction: le moment *fonctionnel* de la rationalité punitive (1), le moment *normatif* de sa prévision abstraite (2), le moment *décisionnel* de l'appréciation judiciaire (3), le moment *opérationnel* de son exécution (4).

2. — A. — La rationalité philosophique de laquelle s'inspire la peine dans les jugements du Tribunal *ad hoc* n'est pas facile à dégager du cadre normatif. Elle se dissout, dans les textes, dans la dimension procédurale de la sanction, aspect dominant de la réglementation et moment culminant de l'appréciation judiciaire. Les termes mêmes du Statut penchent nettement vers le versant procédural, en se référant de manière générale au *sentencing*<sup>12</sup> — maladroitement traduit par le terme français 'sentence' — c'est-à-dire à la phase séparée du jugement qui suit la déclaration de responsabilité et qui aboutit à la fixation de la peine<sup>13</sup>. Ce sont encore les tâches du juge qui rentrent en ligne de compte dans l'activité concrète du TPIY, telles que l'obligation de la motivation édictée par l'article 23, les circonstances à prendre en compte pour la détermination de la peine, la charge de la preuve et le standard probatoire pour les circonstances aggravantes et atténuantes<sup>14</sup>.

Si les retombées de la peine sur les équilibres du droit pénal de fond restent cachées derrière l'idée primitive du *sentencing* de marque anglo-saxonne, elles commencent, en revanche, à s'esquisser clairement au travers du *case law* — désormais riche en quantité et qualité — issu des Cours de La Haye et d'Arusha<sup>15</sup>. Dans le silence des textes, les juges du TPIY se sont efforcés de réfléchir à la question de la finalité de la peine et, tout en

<sup>12</sup> « *The postconviction stage of the criminal justice process in which the defendant is brought before the court for imposition of sentence* »: ainsi *Black's Law Dictionary*, 6<sup>ème</sup> éd., West Publishing, 1990. Sur les relations entre droit pénal et *sentencing*, liés mais distincts dans la doctrine anglaise, voir A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 3<sup>ème</sup> éd., Oxford University Press, 1999, 18 s.

<sup>13</sup> D'ailleurs, la seule modification normative en matière de peine (art. 62 bis REGTPY), depuis la mise en oeuvre du Tribunal, a touché les aspects de procédure excluant a *separate sentencing hearing*, à l'exception du plaidoyer coupable. Une certaine doctrine sensible aux exigences de protection de l'accusé a vu dans une telle modification un affaiblissement des droits de la défense et notamment du droit au silence: S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger, - the sentencing practices of the ad hoc International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia and Rwanda*, *IntClr* 1, 2001, 51 et 90. Voir aussi W.A. SCHABAS, Art. 76. *Sentencing*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 981.

<sup>14</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, du 22 février 2001, par. 847: « *The Trial Chamber underlines its view that fairness requires the prosecutor to prove aggravating circumstances beyond reasonable doubt, and that Defence needs to prove mitigating circumstances only on the balance of probabilities* ». Sur ce point voir aussi P. PONCELA, *Mesure et motivation de la peine*, cit., 333.

<sup>15</sup> Pour une présentation de la jurisprudence relevante voir *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – With Selected Materials from*

soulignant la portée relative des questions terminologiques, ils ont montré une certaine conscience des enjeux sous-jacents <sup>16</sup>. Les juges commencent à s'apercevoir que c'est un programme entier de politique criminelle qui est destiné à se dessiner comme résultat des options idéologiques et axiologiques, et ils s'efforcent, par conséquent, de dégager un *rationale* qui soit, à la fois, adapté aux caractéristiques propres de cette juridiction et pas trop éloigné des références pénales traditionnelles <sup>17</sup>.

Selon l'opinion constante des juges, deux facteurs essentiels concourent à la définition du *sentencing: deterrence and retribution*, intimidation et rétribution <sup>18</sup>. Pour parvenir à un tel résultat, on s'appuie souvent sur le contenu de la Résolution n° 827, lorsqu'elle affirme que le Tribunal « *will contribute to ensuring that such violations are halted* » et que les violations soient « *effectively redressed* » <sup>19</sup>, fondement textuel, à vrai dire, peu explicite et peu significatif, comme le TPIY a fini par le reconnaître <sup>20</sup>.

Quant à la première des fonctions mentionnées, les juges se chargent de clarifier la portée d'une rationalité punitive 'prospective', visant à dissuader

*the International Criminal Tribunal for Rwanda*, sous la direction de J.E. ACKERMAN-E. O'SULLIVAN, Kluwer Law International, La Haye-Londres-Boston 2000, 468 s.

<sup>16</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 836 s. (et jurisprudence citée à la note 1320 de l'arrêt): « *The Trial and Appeals Chambers of the International Tribunal generally consider what is variously and often interchangeably referred to, for example, as sentencing « objectives », « purposes », « principles », « functions » or « policy » in the assessment of the term of actual imprisonment for convicted persons... By whatever name they go, these considerations are of real and considerable importance. Which of them may legitimately be considered as factors impacting on the assessment of the terms of imprisonment — referred to here as « general sentencing factors » — of the three convicted persons in this case, deserves careful consideration* ».

<sup>17</sup> Sur la relation entre finalité de la peine et politique criminelle, voir les ouvrages incontournables de F. von LISTZ, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, J. Guttentag, Berlin 1905, et K. ROXIN *Kiminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2<sup>ème</sup> éd., Walter de Gruyter V., Berlin/New York 1973.

<sup>18</sup> TPIY, Jugement, *Kupreskic*, Chambre de première instance, 14 janvier 2000, par. 848; TPIY, Arrêt, *Aleksovski*, Chambre d'Appel, 24 mars 2000, par. 185; TPIY, Arrêt, *Delalic*, Chambre d'Appel, 20 février 2001, par. 806; TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 838.

<sup>19</sup> Sur la signification des termes employés, et notamment sur les concepts de *deterrence* et *retribution* qui se trouvent derrière de tels mots, voir W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals: a Human Rights Approach*, *Duke Journal of Comparative and International Law*, 461, 1997, 499; A. CARCANO, *Sentencing and the Gravity of the Offence in International Criminal Law*, *JCLQ* vol 51, July 2002, 591 s.; S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 40.

<sup>20</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 842.

pour l'avenir du comportement interdit <sup>21</sup>. Reconnue par la Chambre d'Appel dans l'affaire *Tadic* <sup>22</sup>, c'est, toutefois, à l'occasion du jugement *Kunarac* que la *Trial Chamber* essaie de clarifier la portée de la formule, en excluant qu'elle puisse avoir pour contenu l'intimidation spéciale (*special deterrence*) <sup>23</sup>. L'attention des juges se concentre donc sur la prévention générale, entendue, dans sa connotation négative, comme intimidation et dissuasion vis-à-vis de la majorité des individus. Fait défaut, en revanche, l'idée d'une prévention générale positive comme effet pédagogique du *Tatbestand*, ce qui peut paraître contestable si on accepte l'idée que le TPIY a pour mission de contribuer à l'affirmation et au renforcement d'un système de valeurs communes à l'humanité toute entière <sup>24</sup>.

Même dans une telle acception restreinte, retenue par les juges, le rôle joué par l'intimidation reste néanmoins limité: « *The reason is that a sentence should in principle be imposed on an offender for his culpable conduct - it may be unfair to impose a sentence on an offender greater than is appropriate to that conduct solely in the belief that it will deter others* » <sup>25</sup>. Même s'il est intervenu tardivement, le raisonnement de la Chambre de première instance nous semble appréciable: il vise à empêcher que l'individu, en se transformant en bouc émissaire de la société toute entière <sup>26</sup>, soit plié aux finalités de dissuasion collective <sup>27</sup>.

Une fois isolé et limité le rôle de la *deterrence*, c'est la rétribution qui entre donc en jeu. La doctrine se préoccupe d'exclure l'idée de vengeance <sup>28</sup>, pour souligner son rôle de délimitation de l'espace d'appréciation judiciaire et donc — dans une certaine mesure — de garantie de l'individu (la rétribution comme 'ce qui est dû'). C'est, en effet, en ces termes que les juges

<sup>21</sup> Nous empruntons cette expression à P. PONCELA, *Droit de la peine*, PUF Thémis, 1995, 51 s.

<sup>22</sup> TPIY, Arrêt concernant les Jugements relatifs à la Sentence, *Tadic*, 26 janvier 2000, par. 41-50.

<sup>23</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 840.

<sup>24</sup> Voir K. AMBOS, On the Rationale of Punishment at the Domestic and International Level, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, cit., 320. Dans le contexte du droit pénal international l'importance d'une telle fonction est rappelée également par O. TRIFFTERER, The Preventive and the Repressive Function, cit., 145. Voir aussi E. FRONZA - J. TRICOT, Droit pénal international et fonction symbolique. Une analyse du discours des Tribunaux pénaux internationaux, dans cet ouvrage *infra*, p. 292 ets.

<sup>25</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 840.

<sup>26</sup> Pour une explication claire de ces paradigmes, traditionnels dans le courant néo-kantien (en particulier Rawls), voir P. PONCELA, *Droit de la peine*, cit., 58 s.

<sup>27</sup> Soulignant également les inconvénients découlant du fait qu'il n'y a qu'une petite évidence empirique, S. BERESDORF, Unshackling the paper tiger, cit., 43.

<sup>28</sup> W.A. SCHABAS, Sentencing by International Tribunals, cit., 502.

se prononcent dans les affaires *Aleksovsky*<sup>29</sup> et *Kunarac*<sup>30</sup>. Implicitement, l'idée de proportionnalité semble découler de la rétribution<sup>31</sup>: « *The sentences to be imposed must reflect the inherent gravity of the criminal conduct of the accused. The determination of the gravity of the crime requires a consideration of the particular circumstances of the case, as well as the form and degree of the participation of the accused in the crime* »<sup>32</sup>.

Face à un tel raisonnement, on remarquera, d'une part, que l'idée préventive de l'interdit pénal ne peut pas disparaître<sup>33</sup>. En particulier, un effet général-préventif de la sanction n'est pas à négliger au moment de la prévision abstraite: ici entre toutefois en jeu la question du caractère extrêmement vague des peines encourues (*infra* 2). D'autre part, la prise de position du Tribunal sur la rétribution est, à bien y regarder, partielle et insatisfaisante: renvoyant au moment de l'appréciation judiciaire, une telle approche mérite d'être approfondie en relation avec une telle phase (*infra* 3).

B. — Ce qu'on aurait tendance à appeler la prévention spéciale reste, en revanche, exclue, dans toutes ses composantes, du raisonnement sur le *sentencing*. Elle est écartée, tout d'abord, dans sa composante négative d'intimidation, comme on l'a fait remarquer plus haut: « *basically means that a person receives a lengthier term of imprisonments to remove him from the society* » et cela n'est pas conforme à l'exigence de la rétribution. À plus forte raison, la prévention spéciale ne peut pas intervenir comme neutralisation du délinquant pour des raisons de « protection de la société », ce facteur ne pouvant jamais l'emporter sur le degré de la responsabilité individuelle sanctionnée par la juste peine: « *It may not be fair and reasonable to use*

<sup>29</sup> TPIY, Arrêt, *Aleksovski*, Chambre d'Appel, 24 mars 2000, par. 185: *retribution « should not be understood as a desire of revenge but duly expressing the outrage of the international community at these crimes »*.

<sup>30</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 841.

<sup>31</sup> Sur l'idée de proportionnalité sous-jacente à une telle fonction de la peine voir: *Sentencing, procedure, penalties and enforcement of Sentences*, in *International Criminal Practice*, 3<sup>ème</sup> éd., sous la direction de J. JONES - S. POWLES - THE LAW CLINICS OF PARIS AND NAPLES, Transnational Publishers, New York 2003 (à paraître), qui soulignent la place dominante de la rétribution ainsi entendue dans la pratique des Tribunaux *ad hoc*. Voir aussi S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 41, qui néanmoins demande une certaine place pour « *the retributive sentiment of the victims* ».

<sup>32</sup> TPIY, Jugement, *Kupreskic*, Chambre de première instance, 14 janvier 2000, par. 852, suivi par TPIY, Arrêt, *Aleksovski*, Chambre d'Appel, 24 mars 2000, par. 182; TPIY, Arrêt, *Furundzija*, Chambre d'Appel, 21 juillet 2001, par. 249, et TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 841, TPIY, Arrêt, *Delalic*, Chambre d'Appel, 20 février 2001, par. 806; TPIR, Arrêt, *Kambanda*, Chambre d'Appel, 19 octobre 2000, par. 125.

<sup>33</sup> Pour des développements plus larges, voir O. TRIFFTERER, *The Preventive and the Repressive Function*, cit., 137 et spécialement 164 s.

*protection of society, or preventive detention, as a general sentencing factor* »<sup>34</sup>.

Mais aucune place n'est faite, pour autant, à la prévention spéciale positive, c'est-à-dire à la réhabilitation du condamné et à sa réinsertion dans la société. La Chambre ne se déclare pas hostile à un telle finalité de la peine, mais elle tient à préciser qu'elle ne peut pas jouer « *a predominant role in the decision-making process of a Trial Chamber of the Tribunal* »<sup>35</sup>. En définitive, la Chambre n'est pas convaincue que cela puisse s'élever à un « *significant sentencing objective* » devant le TPIY, sa place dépendant en dernière instance de la législation de l'État d'exécution<sup>36</sup>. Il s'agit d'un aspect fortement critiqué par la doctrine, selon certains même en conflit avec le droit des droits de l'homme<sup>37</sup>, notamment en ce qui concerne les jeunes et « *ill-trained or poorly educated* » condamnés<sup>38</sup>. En réalité, l'affirmation de la Chambre de première instance n'est pas entièrement contestable, dans la mesure où c'est, en effet, au stade de l'exécution que la finalité de réinsertion du délinquant peut trouver spécialement application (*infra* IV)<sup>39</sup>.

Secondaire est aussi le rôle confié à la réconciliation et au maintien et à la restauration de la paix, pourtant essentiels dans l'idée même d'une justice qui prétend juger au nom de la communauté internationale. De telles préoccupations ont dominé tous les travaux préparatoires qui ont mené à l'approbation du Statut du TPIY<sup>40</sup>, le maintien de la paix étant, à la fois, la raison d'être même d'un Tribunal pénal international et le caractère distinctif d'une telle justice par rapport aux systèmes purement internes. Dans les jugements du TPIY, un renvoi apparaît, mais sans développements majeurs<sup>41</sup>.

En définitive, le discours du TPIY montre un début de prise de conscience sur la fonction de la peine, mais il n'est pas suffisamment élaboré. Reste donc à vérifier si les affirmations des juges internationaux vont au-delà

<sup>34</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 843.

<sup>35</sup> TPIY, Arrêt *Delalic*, Chambre d'Appel, 20 février 2001, par. 806

<sup>36</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 844

<sup>37</sup> W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 467 et 503-504.

<sup>38</sup> S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 44.

<sup>39</sup> Dans des termes similaires M. CHIAVARIO, *Le nuove Corti penali internazionali: appunti in tema di esecuzione delle condanne*, *Cassazione penale*, 1999, 1014.

<sup>40</sup> W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 469 s. Voir spécialement la proposition italienne (Letter Dated 16 February 1993 from the Permanent Representative of Italy to the United Nations Addressed to the Secretary-General, U.N. SCOR, art. 7, U.N. Doc. S/25300 (1993), reproduite par W.A. SCHABAS à la page 472).

<sup>41</sup> P. KOVÁCS, *Le prononcé de la peine*, in *Droit international pénal*, H. ASCENSIO-E. DECAUX-A. PELLET, Pedone, 2000, 845 s. par référence à TPIY, Arrêt portant condamnation, *Erdemovic*, 5 mars 1998, par. 21.

de la simple affirmation de principe et sont susceptibles de se projeter sur les différents moments dans lesquels les finalités de la sanction trouvent leur concrétisation.

3. — A. — Le Statut, complété sur ce point par le Règlement de procédure et de preuve, ne contient que quelques indications générales quant à la typologie des peines admises. En termes positifs, l'article 24 prévoit que « la Chambre de première instance n'impose que des peines d'emprisonnement ». Sont donc exclus la peine de mort <sup>42</sup>, les travaux forcés, la confiscation, les peines pécuniaires, la suspension ou la perte de droits <sup>43</sup>. Des conséquences non pénales de l'infraction pourraient, en revanche, être admises, comme l'article 23 semble indirectement l'admettre, là où elle distingue entre peines et sanctions. Si la « restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte » est prévue expressément devant le TPIY (art. 23.3 St. et 105 RPP), l'indemnisation des victimes est remise aux autorités judiciaires des États concernés (art. 106 RPP).

Le Statut montre, cependant, une inadmissible lacune à propos de la fixation des peines encourues pour chaque crime (*Strafrahmen, cornici edittali*), en relation, donc, avec le principe de la légalité traditionnellement entendu. Quant aux maxima de peine, l'emprisonnement à perpétuité est, comme on le verra, désormais admis en termes généraux, mais il n'est pas précisé si son application relève des trois catégories des crimes internationaux. En revanche, aucune indication n'apparaît quant aux minima de peine, laissant ainsi entendre que des crimes d'une telle gravité pourraient — de manière absurde — être aussi punis par une peine d'un seul jour!

La reconnaissance de l'emprisonnement à vie mérite une analyse à part <sup>44</sup>. Cette question s'est posée devant le TPIY au moment de la rédaction des Règles de procédure et de preuve. Malgré le silence du Statut sur ce point, les juges ont, en effet, considéré nécessaire de faire place à une telle sanction (art. 101 RPP), l'idée sous-jacente, et contestée par certains, étant qu'elle 'prendrait la place' de la peine de mort, bannie par la Résolution du Conseil de Sécurité, mais admise, en revanche, dans le droit de l'ex-Yougoslavie.

Sans aller jusqu'à la position radicale de l'abolition simple d'une telle peine, souhaitable à nos yeux, mais encore loin de représenter un point de

<sup>42</sup> Cf. W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 507 s.

<sup>43</sup> La Constitution de Bosnie-Herzégovine prévoyait, cependant, la perte des droits politiques: voir W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 514.

<sup>44</sup> Sur la question et les développements dans le Statut de la CPI, voir R.E. FIFE, Art. 77, - Penalties, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 988 s.

consensus dans la communauté internationale, plusieurs remarques critiques sont amenées à surgir par rapport au contenu de l'article 101. Tout d'abord, il faut se demander s'il s'accorde avec la teneur littérale de l'article 24: s'il est vrai qu'une prise de position explicite du Conseil de Sécurité sur le point aurait été préférable, la simple référence à l'emprisonnement, sans autre spécification, ne semble pas pouvoir limiter l'interprétation à l'emprisonnement à terme. Il reste clair, en revanche, que la sauvegarde de la finalité de rééducation, admise par le Tribunal (même s'il l'a fait en termes limités) à la phase de l'exécution, devrait conseiller de subordonner une telle peine à l'admissibilité à une libération anticipée et/ou conditionnelle du condamné à vie, d'ailleurs prévue par la plupart des systèmes modernes <sup>45</sup>.

Sur un autre plan, il a été remarqué qu'une telle prévision pourrait entrer en conflit avec l'article 24 du Statut disposant que: « pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie »; or la peine à perpétuité n'est pas prévue dans cet ordre juridique. Il s'avère donc utile de définir plus précisément cette dernière référence, ce que nous allons faire dans le paragraphe suivant.

B. — Face à une telle insuffisance des dispositions de référence, les juges se sont efforcés — de manière à vrai dire variable et globalement insatisfaisante — de dégager des repères conférant une certaine rationalité préalable à la prise de décision.

Une première piste interprétative, récemment abandonnée, s'est attachée — à défaut d'un critère de gravité absolu découlant des sanctions — à la recherche d'un classement d'ordre relatif des infractions prévues par le Statut. Ce critère serait susceptible d'établir un cadre préexistant à la décision judiciaire, qui obligerait donc le juge à prendre en compte une échelle de gravité, sur laquelle les différentes infractions se placeraient.

La tentative de dégager un critère de gravité, permettant de classer les trois catégories de crimes, a été une préoccupation constante des deux Tribunaux *ad hoc* (per se *gravity*) <sup>46</sup>, mais un véritable accord n'a pas pu être dégagé, la jurisprudence étant riche de décisions contradictoires sur ce point. En termes généraux, le génocide paraît se placer au sommet de la hiérar-

<sup>45</sup> C. BASSIUNI - P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, cit., 401-402 (proposant l'abolition). Pour W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 516, la réclusion à vie ne devrait être prise en considération que si la libération conditionnelle (*parole*) ou une autre forme de libération peuvent être assurées. Dans le même sens Commission européenne des droits de l'homme, *Kotalla c. Pays-Bas*, 6 mai 1978.

<sup>46</sup> A. CARCANO, *Sentencing and the Gravity of the Offence*, cit., 600 s.

chie <sup>47</sup>. La détermination de la gravité relative des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre paraît, en revanche, plus compliquée <sup>48</sup>. Si la Chambre de première instance considère — dans l'affaire *Erdemovic* — les crimes contre l'humanité comme étant les plus graves, opinion confirmée par la majorité des juges en Appel <sup>49</sup>, puis reprise dans le premier jugement *Tadic* <sup>50</sup>, une telle distinction est renversée par la Chambre d'Appel, dans cette même affaire, avec l'opinion dissidente du juge Cassese <sup>51</sup>. L'impossibilité d'une distinction satisfaisante entre les deux catégories de crimes s'affirme, ensuite, dans la jurisprudence postérieure et, finalement, dans l'affaire *Kunarac*, où l'on considère erroné le fait d'attacher une gravité supérieure aux crimes contre l'humanité par rapport aux crimes de guerre, puisque « *in law there is no distinction between the seriousness of a crime against humanity and that of war crime* » <sup>52</sup>. Le caractère pluri-offensif de ces infractions <sup>53</sup>, ainsi que le double niveau de description de l'élément matériel (formé par un chapeau et par l'énonciation des actes interdits), rendent, d'ailleurs, difficile un classement selon une échelle de gravité claire.

L'autre piste interprétative suivie par les juges, dans un premier temps, sur la base d'une référence textuelle, consiste à valoriser la formule de l'article 24.1 St., mentionnée plus haut: « Pour fixer les conditions de l'emprisonnement, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie ». La norme semble obéir — dans l'intention originelle du Conseil de Sécurité — à l'exigence d'assurer un respect minimal du principe *nulla poena sine lege* dans le cadre du Tribunal <sup>54</sup>. Elle se prête pourtant à

<sup>47</sup> Pour le TPIY voir Jugement, *Krstic*, Chambre de première instance, 2 août 2001, par. 700.

<sup>48</sup> Cf. M. FRULLI, Are crimes against humanity more serious than war crimes?, *EJIntLntL* 12, 2001, 329 s.

<sup>49</sup> TPIY, Arrêt *Erdemovic*, Chambre d'Appel, 7 octobre 1997, Opinion individuelle des juges McDonald et Vohrah, par. 20 s.

<sup>50</sup> TPIY, Jugement, *Tadic*, Chambre de première instance, 11 novembre 1999, par. 27.

<sup>51</sup> TPIY, Arrêt de la Chambre d'Appel concernant les Jugements relatifs à la Sentence, *Tadic*, 26 janvier 2000, par. 69 et Opinion séparée du Juge Cassese.

<sup>52</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 851 et 860.

<sup>53</sup> Pour le génocide, voir notamment E. FRONZA, I crimini di diritto internazionale nell'interpretazione della giurisprudenza internazionale: il caso Akayesu, in *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali internazionali alle Commissioni verità e riconciliazione*, sous la direction de G. ILLUMINATI - L. STORTONI - M. VIRGILIO, Giappichelli, Turin 2000, 71 s.

<sup>54</sup> W.A. SCHABAS, Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the *Ad hoc* Tribunals, *EJIntL* 11, 2000, n. 35, 524 s. Souligne au plus sa fonction de raccord entre droit interne et droit international, M. DELMAS-MARTY, L'influence du droit comparé sur

une double lecture: d'un côté, elle pourrait renvoyer à la *pratique* des cours de l'ex-Yougoslavie; d'un autre côté, elle pourrait être lue comme introduisant une référence aux *peines encourues* dans l'ordre territorialement compétent, ce qui permettrait, en définitive, de dégager indirectement une échelle de sanctions pénales préexistantes aux jugements du Tribunal international. De cette dernière option découlerait un problème: le droit pénal yougoslave n'admettant pas la réclusion à vie et reconnaissant, comme durée maximale, l'emprisonnement jusqu'à vingt ans<sup>55</sup>, le droit édicté par l'assemblée plénière des juges serait en contradiction avec l'article 24.1. St.<sup>56</sup>.

Le Tribunal, dans sa jurisprudence, ne s'est pas penché directement sur la question de trancher dans un sens ou dans l'autre. À défaut d'une telle prise de position, on peut se limiter à constater, pour l'instant, que la deuxième lecture proposée (renvoi aux peines encourues) semble peu correspondre à l'intention des rédacteurs<sup>57</sup>. Elle est, d'ailleurs, plus proche du texte français, mais apparaît moins sûre si l'on regarde la version anglaise (« *the Trial Chambers shall have recourse to the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia* »)<sup>58</sup>.

En définitive, on ne parvient pas vraiment à dégager un ensemble de normes susceptible de définir un cadre juridique des sanctions préexistant à la décision concrète. Et cela ni en termes généraux, ni pour chaque crime (*Strafrahmen, cornici edittali*), ni en termes relatifs (*per se gravity*), ni en termes indirects (*grille générale*), avec le résultat que tout est confié au juge, ce qui nous amène à aborder la question sous l'angle de la peine prononcée.

L'activité des Tribunaux pénaux internationaux, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., 120 s.

<sup>55</sup> W.A. SCHABAS, *Perverse Effects*, cit., 526;

<sup>56</sup> Ce qui a amené M. Bassiouni à considérer que la Rule 101 est en contradiction avec le principe de la légalité et la prohibition d'une punition *ex post facto*, C. BASSIOUNI - P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, cit., 701-702. Opinion rejetée par ТПИУ, Jugement, *Delalic*, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, par. 1210.

<sup>57</sup> W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 479; P. KOVÁCS, *Le prononcé de la peine*, cit., 843.

<sup>58</sup> D'autre part, selon certains auteurs, le conflit serait même plus radical, bon nombre d'infractions contenues dans le Statut n'étant pas prévues par le droit pénal yougoslave, ce qui amènerait à considérer qu'une violation du principe du *nullum crimen* serait ici réalisée: voir W.A. SCHABAS, *Perverse Effects*, cit., 528 s. Or, les arguments du Tribunal – prétendant qu'il y aurait un intérêt de la justice opposé au fonctionnement du principe de la légalité (*Erdemovic*) – sont certainement fallacieux et relèvent d'une vision antilibérale du droit pénal. Néanmoins, le Tribunal même a fait observer qu'il y a une certaine *analogie* entre les infractions du droit yougoslave et celles statutaires (*Tadic*), expression qui n'apparaît pas particulièrement heureuse en matière criminelle, mais contient une certaine vérité.

4. — A. — Aux termes de l'article 24.2 St., « en imposant toute peine, la Chambre de première instance tient compte de facteurs tels que la gravité de l'infraction et la situation personnelle du condamné ». En complément, concourent également les facteurs énoncés par l'article 101.B RPP, à savoir: i) l'existence de circonstances aggravantes; ii) l'existence de circonstances atténuantes, y compris le sérieux et l'étendue de la coopération que l'accusé a fournie au Procureur avant ou après sa déclaration de culpabilité; iii) la grille générale des peines d'emprisonnement telles qu'appliquées par les tribunaux en ex-Yougoslavie; iv) la durée de la période, le cas échéant, pendant laquelle la personne reconnue coupable avait déjà purgé une peine imposée à raison du même acte par une juridiction interne, en application du paragraphe 3) de l'article 10 du Statut.

Déjà à la première lecture ces dispositions apparaissent confuses et mal coordonnées entre elles.

Premièrement, il nous semble que les circonstances personnelles concourent à la définition de la gravité du crime international et ne s'ajoutent pas à celle-ci, comme l'article 24 pourrait le laisser penser <sup>59</sup>. Même s'ils sont exprimés en termes imprécis, deux séries d'éléments conditionnent l'appréciation du juge en termes de gravité, les uns objectifs, tenant au danger ou au dommage causé par l'infraction, les autres subjectifs, tenant à la culpabilité de l'auteur (les circonstances individuelles du prévenu). Comme on l'a fait remarquer plus haut, la jurisprudence confirme une telle interprétation de l'article 24: « *The sentence to be imposed must reflect the inherent gravity of the criminal conduct of the accused. The determination of the gravity of the crime requires a consideration of the particular circumstances of the case, as well as the form and degree of the participation of the accused in the crime* » <sup>60</sup>. Certaines interprétations doctrinales ajoutent un troisième élément de réprobation sociale, fortement connoté de jugements éthiques, et donc à nos yeux étranger à l'appréciation pénale <sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Sur les différentes notions de gravité de l'infraction admises par le droit pénal international, et sur la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* concernant ce point (jurisprudence largement divergente entre le TPIY et le TPIR), voir A. CARCANO, Sentencing and the Gravity of the Offence, cit., 583 s. Pour les développements dans le cadre du Statut de la CPI voir M. JENNINGS, Art. 78 - Determination of the sentence, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 999 s.

<sup>60</sup> TPIY, Jugement, *Kupreskic*, Chambre de première instance, 14 janvier 2000, par 852.

<sup>61</sup> En analysant la jurisprudence du TPIY, quelques auteurs parviennent à la conclusion que trois éléments entrent en ligne de compte pour évaluer la gravité de l'infraction: « *the wickedness of the offender, the harm done or threatened, and the degree of social disapproval* ». Ainsi, A. CARCANO, Sentencing and the Gravity of the Offence, cit., 592 s.

Deuxièmement, l'usage indistinct de termes comme *facteurs d'appréciation* et *circonstances* se prête à quelques observations critiques. Dans la plupart des systèmes, ces expressions désignent, à bien y regarder, deux aspects distincts de l'appréciation judiciaire, les uns étant relatifs à la fixation de la peine dans les limites posées par la norme pénale de la partie spéciale, les seconds intervenant successivement dans le cadre d'une appréciation supplémentaire des éléments qui sont autour du fait. Toutefois, à défaut d'un cadre légal des peines encourues (*supra* II), la différence s'estompe devant le TPIY, étant précisé qu'aucun effet déterminé, comme une augmentation ou une diminution de la peine, n'est attaché aux circonstances proprement dites. En d'autres termes, le caractère vague des expressions est le reflet de la pauvreté du cadre normatif sous-jacent.

Sur ces bases, la jurisprudence a essayé de définir les éléments factuels sur lesquels la gravité peut être appréciée. On se limitera à mentionner ici — quant aux circonstances aggravantes — la position de commandement <sup>62</sup>, le rôle joué par l'accusé dans l'infraction <sup>63</sup>, la situation de la victime et particulièrement son jeune âge <sup>64</sup>, sa vulnérabilité <sup>65</sup>, la pluralité de victimes <sup>66</sup>, la durée prolongée de l'infraction <sup>67</sup>, la finalité de discrimination ethnique et sexuelle <sup>68</sup>, sans pour autant qu'il s'agisse d'une liste exhaustive.

Quant aux facteurs d'atténuation, l'article 101 RPP se réfère, sans pour autant s'y limiter, au « sérieux et (à l') étendue de la coopération que l'accusé a fournie au Procureur avant ou après sa déclaration de culpabilité » <sup>69</sup>. Viennent ici en considération plusieurs hypothèses, et avant tout le *guilty plea*, admis en termes procéduraux par le Statut, mais sans qu'aucune réduction de peine ne soit explicitement prévue. Cela laisse une marge de

<sup>62</sup> De manière plus générale, sur la responsabilité du supérieur comme circonstance aggravante, voir S. Beresdorf, *Unshackling the paper tiger*, cit., 60 s. ainsi que G. Carlizzi, L'hypothèse spéciale de responsabilité du supérieur hiérarchique dans le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans cet ouvrage, *supra*, p. 146 ets. Voir aussi TPIY, Arrêt, *Jelusic*, Chambre d'Appel, 5 juillet 2001, par. 104 s. sur l'autorité *de facto*.

<sup>63</sup> TPIY, Arrêt, *Jelusic*, Chambre d'Appel, 5 juillet 2001, par. 108 s.

<sup>64</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 864.

<sup>65</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 867.

<sup>66</sup> De manière plus générale, sur le nombre et les souffrances des victimes, voir S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 56; TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 866.

<sup>67</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 865.

<sup>68</sup> De manière plus générale, sur le but du crime comme circonstance aggravante, voir S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 55; TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 867.

<sup>69</sup> De manière plus générale, sur la conduite de l'accusé après la commission du crime, voir S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 70.

manœuvre très importante aux juges: il faut ainsi constater qu'une telle admission de culpabilité a joué un rôle très modeste, voire nul, dans l'affaire *Jelusic* (condamné à quarante ans de prison), tandis qu'elle a sans doute eu un impact dans l'affaire *Erdemovic* (condamné à cinq ans de prison)<sup>70</sup>. La méconnaissance d'une diminution automatique de la peine, en présence d'une telle collaboration du prévenu (ce qui équivaldrait à un *plea bargaining* non prévu par le Statut)<sup>71</sup>, est parue à certains contestable, et ce motif a été invoqué sans succès par la défense devant la Chambre d'Appel dans l'affaire *Jelusic*<sup>72</sup>. À cet égard, en effet, on ne peut pas négliger les avantages que le *guilty plea* peut exercer sur les finalités propres du procès et, notamment, sa fonction d'utilité générale en terme d'économie processuelle, qui en dessine une relation étroite avec la prévention générale.

Dans la même catégorie des facteurs d'atténuation, consistant en la collaboration avec le procureur, entre aussi la reddition volontaire au Tribunal<sup>73</sup>, ainsi que le remords sincère<sup>74</sup>. La liste des circonstances atténuantes a été enrichie par la jurisprudence, qui mentionne encore l'ordre du supérieur et le rang de l'accusé (qui agissent en termes inversement proportionnels)<sup>75</sup>, le jeune âge de l'accusé<sup>76</sup> et les *defences* n'atteignant pas le degré d'exclusion de la responsabilité<sup>77</sup>, comme, par exemple, la contrainte ou *duress*<sup>78</sup>, la diminution des capacités mentales<sup>79</sup>. Enfin, la place et les conditions de détention<sup>80</sup> peuvent jouer un certain rôle, étant considéré « *as a mitigating factor in sentencing the fact that the sentence pronounced will be served in a prison far from his own country* »<sup>81</sup>, ce qui renvoie au discours de l'exécution.

<sup>70</sup> S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 19.

<sup>71</sup> W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 497 s.

<sup>72</sup> TPIY, Arrêt, *Jelusic*, Chambre d'Appel, 5 juillet 2001, par. 119-123.

<sup>73</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 868.

<sup>74</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 869.

<sup>75</sup> TPIY, Arrêt, *Jelusic*, Chambre d'Appel, 5 juillet 2001, par. 128-131. Voir W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 486; S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 76 s.

<sup>76</sup> BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 567.

<sup>77</sup> En termes généraux, voir G.J. KNOOPS, *Defenses in Contemporary International Criminal Law*, Transnational Publisher, New York 2001, et *International Criminal Practice*, cit.

<sup>78</sup> Pour la contrainte (*duress*) voir W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 491. De manière plus générale, sur les conditions émotionnelles de l'accusé, voir S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 66.

<sup>79</sup> BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, cit., 24.

<sup>80</sup> W.A. SCHABAS, *Sentencing by International Tribunals*, cit., 494.

<sup>81</sup> TPIY, Jugement, *Erdemovic*, Chambre de première instance, 29 novembre 1996, par.

Dans l'ensemble, on constatera que — même si certaines rares hypothèses restent exclues (ex. la *false defence* ne peut pas constituer une aggravation parce que l'« *alibi is legitimate defence* »<sup>82</sup>; de même le *disrespectful courtroom behaviour* doit être « *treated as negating possible mitigating factor rather than as an aggravating factor* »<sup>83</sup>) — la liste des circonstances aggravantes et des circonstances atténuantes, prévue par l'article 101 RPP, n'est pas exhaustive, comme la jurisprudence même l'a affirmé à plusieurs reprises. Si, pour les circonstances aggravantes, le risque existe de l'abandon de la légalité et de la mise en péril du *non bis in idem* (notamment par les interférences entre circonstances et facteurs, d'une part, et éléments constitutifs des crimes, d'autre part)<sup>84</sup>, dans l'ensemble, il est évident que le critère ayant inspiré les juges est celui de retenir toute circonstance, ce qui amène à une énumération immense et sans cohérence.

B. — A vrai dire, les tentatives ne manquent pas — de la part des juges mêmes — d'essayer de rationaliser leur propre activité à travers la référence à des critères extérieurs.

Le recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquées par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie, mentionnée par les articles 24 St. et 101 RPP, est une formule qui a fait l'objet de plusieurs doutes interprétatifs, comme on l'a vu plus haut. Malgré sa fonction originelle de renvoi au principe de légalité, l'article 24.1 est apparu rapidement inopérant. Après que certains auteurs avaient exprimé l'opinion qu'une telle pratique n'était pas obligatoire<sup>85</sup>, le Tribunal a suivi la même voie, pour la première fois dans l'affaire *Erdemovic*<sup>86</sup>, en affirmant, à plusieurs reprises, que la référence aux sanctions du droit yougoslave ne le lie pas<sup>87</sup>, et décrétant ainsi l'abolition *de facto* de la disposition, en abandonnant progressivement toute référence à la légalité de la peine<sup>88</sup>. Il avait, d'ailleurs, été remarqué qu'il n'existait pas, en droit yougoslave, de véritables précédents — ou alors très rares — en ce qui concerne les crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité<sup>89</sup>.

<sup>82</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 853.

<sup>83</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 854.

<sup>84</sup> Ainsi, le caractère discriminatoire de certaines infractions relevant de la catégorie des crimes contre l'humanité est pris en compte comme facteur d'aggravation par la Rule 145 des Rules of Procedure de la CPI.

<sup>85</sup> *An Insider's Guide*, cit., 276.

<sup>86</sup> TPIY, Jugement, *Erdemovic*, Chambre de première instance, 29 novembre 1996, par. 40.

<sup>87</sup> TPIY, Jugement, *Kunarac*, Chambre de première instance, 22 février 2001, par. 829, TPIY, Arrêt, *Jelusic*, Chambre d'Appel, 5 juillet 2001, par. 112-118.

<sup>88</sup> Cf. par ex. G. VASSALLI, *La giustizia internazionale penale*, Giuffrè, Milan, 169.

<sup>89</sup> W.A. SCHABAS, Sentencing by International Tribunals, cit., 476 s., qui définit un tel

Une rationalité interne aux jugements n'est pas non plus facile à retrouver en faisant appel à la cohérence du Tribunal. La Chambre de première instance a souligné le rôle tout fait limité de la règle du précédent et s'est donc refusée à considérer le *stare decisis* comme principe applicable à sa juridiction <sup>90</sup>. Peu de temps après, néanmoins, la Chambre d'appel a rectifié cette lecture: pour faire face aux objections de la défense prétendant que la règle du *stare decisis* était en violation du principe du *nullum crimen sine lege*, elle a précisé que la règle était que les décisions précédentes devaient être respectées, et que l'on ne pouvant s'en éloigner que dans des cas exceptionnels <sup>91</sup>.

En perspective, l'idée a été formulée d'introduire devant le TPIY, selon l'exemple anglais, des *guidelines judgements* issus de la Chambre d'Appel <sup>92</sup>. Mais les juges se sont toujours montrés agacés par l'idée de limites s'imposant à leur autorité, jusqu'au point d'affirmer — en réponse à une sollicitation précise du Procureur — que « sans remettre en question l'éventuelle utilité de tels principes directeurs, la Chambre estime inapproprié d'en dresser une liste exhaustive et s'appliquant à toutes les espèces à venir, alors que seules certaines questions se rapportant à la détermination de la peine lui sont à présent soumises. La Chambre se contentera donc de trancher les questions directement soulevées par cet appel » <sup>93</sup>.

En définitive, à l'instar de beaucoup d'ordres juridiques nationaux, le simple rappel de la gravité apparaît comme étant une clause de style sans valeur opérationnelle réelle. Cela est confirmé par la disparité des peines encourues devant le Tribunal <sup>94</sup>, mais aussi par la grande confusion qui a dominé en matière de concours d'infractions et de cumul des peines.

choix par le Conseil de Sécurité comme étant « *infortunate* » et qui signale les difficultés suivantes: « 1. *Neither the Statutes nor the Rules suggest a time frame for the appreciation of "general practice"*; 2. *As in most countries, there are few useful precedents similar to those cases likely to be heard by the Tribunals* ». Sur les deux cas de génocide jugés en Yougoslavie, voir D. CORS - S. FISHER, *National Law in International Criminal Punishment: Yugoslavia's Maximum Prison Sentences and the U.N. War Crime Tribunal*, *Parker Sch. J.E. Eur.*, 1997, 3 s.

<sup>90</sup> TPIY, Jugement, *Kupreskic*, Chambre de première instance, 14 janvier 2000, par. 537-542, cité par A. CARCANO, *Sentencing and the Gravity of the Offence*, cit., 587 s.

<sup>91</sup> Arrêt, *Aleksovski*, Chambre d'Appel, 24 mars 2000, par. 109 s. En doctrine A. CASSESE, *L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., 173 s.; M. CAIANELLO - E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, *IndPen*, 2002, 307 s.

<sup>92</sup> S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, 85 s. Sur le *guidelines judgement* voir A. ASHWORTH, *Sentencing & Criminal Justice*, 3<sup>ème</sup> éd., Butterworths, Londres 2000, 30 s.

<sup>93</sup> TPIY, Arrêt, *Furundzija*, Chambre d'Appel, 21 juillet 2001, par. 238.

<sup>94</sup> Des longues listes sont dressées par S. BERESDORF, *Unshackling the paper tiger*, 51 et 54 s.; *Sentencing, procedure, penalties and enforcement of Sentences*, in *International Criminal Practice*, cit.

5. — A. — La coopération des États et l'éclatement du régime pénitentiaire.

L'exécution de la condamnation définitive doit se fonder, à défaut d'un système pénitentiaire propre à la communauté internationale, sur la coopération des États. Elle a lieu « dans un État désigné par le Tribunal sur la liste des États qui ont fait savoir au Conseil de Sécurité qu'ils étaient disposés à recevoir des condamnés » (art. 27 St.)<sup>95</sup>. Dans l'affaire *Erdemovic*, la Chambre a affirmé que l'exécution des peines devrait être mise en oeuvre en dehors du territoire de l'ex-Yougoslavie: « Elle estime, en effet, que, compte tenu de la situation qui prévaut dans cette région, il ne serait pas possible d'assurer la sécurité du condamné ou le plein respect d'une décision du Tribunal en cette matière »<sup>96</sup>. Tout autre État ayant donné son accord devra donc procéder — une fois désigné aux termes de la procédure interne au TPIY<sup>97</sup> — à la reconnaissance de la décision de condamnation prise par le Tribunal ou à son exécution directe, selon les termes de l'accord de collaboration intervenu avec le Tribunal et les règles internes d'exécution<sup>98</sup>.

En principe cela ne devrait pas entraîner de modification de la durée de la peine prononcée par le Tribunal. Comme les juges l'ont précisé, l'État désigné « ne peut en aucun cas, y compris par voie de modification législative, altérer la nature de cette peine, afin de ne pas remettre en cause son caractère véritablement international. Le point de vue de la Chambre est conforté par la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale des Nations Unies du 3 décembre 1973 qui dispose que “ (l)es États ne prennent aucune mesure législative ou autre qui pourrait porter atteinte aux obligations internationales qu'ils ont assumées en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité” »<sup>99</sup>.

Une affaire récente vient néanmoins introduire une dérogation à un tel principe. A l'occasion de la reconnaissance de la condamnation concernant

<sup>95</sup> A l'heure actuelle il s'agit des pays suivants: Italie, 6 février 1997; Finlande, 7 mai 1997; Norvège, 24 avril 1998; Suède, 23 février 1999; Autriche, 23 juillet 1999; France, 25 février 2000; Espagne, 28 mars 2000; Allemagne, 17 octobre 2000; Danemark, 19 juin 2002.

<sup>96</sup> TPIY, Jugement, *Erdemovic*, Chambre de première instance, 29 novembre 1996, par. 73.

<sup>97</sup> Voir notamment la *Directive pratique relative à la procédure que doit suivre le Tribunal international pour désigner l'Etat dans lequel un condamné purgera sa peine d'emprisonnement*, du 9 juillet 1998.

<sup>98</sup> Pour l'Italie, voir notamment M. CHIAVARIO, *Le nuove Corti penali internazionali*, cit., 1012 s.

<sup>99</sup> TPIY, Jugement, *Erdemovic*, Chambre de première instance, 29 novembre 1996, par. 71.

Goran Jelisic, la Cour de cassation italienne a réduit le terme de l'emprisonnement de quarante à trente ans, annulant ainsi la décision rendue par la Cour d'appel de Rome qui s'était conformée à la décision des juges de La Haye <sup>100</sup>. Le raisonnement s'appuie sur l'article 7 al. 4 de la loi italienne de coopération avec le TPIY, précédant temporellement l'accord de coopération, aux termes duquel la peine privative de liberté résultant de la conversion ne peut jamais excéder la limite des trente ans, s'alignant ainsi sur la peine maximale prévue en droit interne <sup>101</sup>. En termes complémentaires, le principe de la légalité des peines (art. 25 Const.) et le principe d'égalité des traitements (art. 3 Const. en relation avec la loi sur la coopération avec le TPIR reproduisant le même dispositif) sont invoqués <sup>102</sup>. Il semble légitime de s'interroger sur la compatibilité d'une telle disposition avec la primauté du Tribunal et les obligations de coopération des Etats découlant du droit international.

Quant au régime pénitentiaire, il sera celui de l'État d'exécution, étant précisé que le TPIY gardera un pouvoir de contrôle (art. 27 St.), lequel pourra faire éventuellement l'objet d'une délégation à un autre organisme, tel que — par exemple — le Comité international de la Croix-Rouge (art. 104 RPP) <sup>103</sup>. Le renvoi au droit interne entraîne, en principe, un effet d'éclatement du régime pénitentiaire, avec le risque d'un traitement discriminatoire des condamnés en fonction du lieu d'exécution désigné par le Tribunal <sup>104</sup>. En tout état de cause, l'exécution devra avoir lieu dans le respect des conditions établies par le droit international pour le traitement des détenus, tel que les accords de coopération le prévoient, et le Tribunal même le rappelle <sup>105</sup>.

<sup>100</sup> Corte di Cassazione, sez. I, 5 décembre 2002.

<sup>101</sup> Legge 14 febbraio 1994, n. 120, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 dicembre 1993, n. 544, recante disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per gravi violazioni del diritto umanitario commesse nei territori della ex Jugoslavia*, in *Gazz. Uff.*, 22 febbraio, n. 43.

<sup>102</sup> Legge 2 agosto 2002, n. 181, *Disposizioni in materia di cooperazione con il Tribunale internazionale competente per gravi violazioni del diritto umanitario commesse nel territorio del Ruanda e Stati vicini*, in *Gazz. Uff.*, 14 agosto 2002, n. 190.

<sup>103</sup> Le régime d'exécution des détenus en attente d'être jugés, régime faisant l'objet de plusieurs textes issus du TPIY même, est en revanche différent: voir par ex. *Règlement établissant une procédure disciplinaire à l'encontre des détenus*, avril 1995; *Règlement fixant les modalités de dépôt d'une plainte par un détenu*, avril 1995; *Règlement intérieur à l'intention des détenus*, juin 1995; *Règlement interne définissant les modalités des visites et des communications avec les détenus*, Rev. 3, 22 juillet 1999; *Règlement portant régime de détention des personnes en attente de jugement ou d'appel devant le Tribunal ou détenues sur l'ordre du Tribunal*, Rev. 8, 29 novembre 1999.

<sup>104</sup> *An Insider Guide*, cit., 306.

<sup>105</sup> TPIY, Jugement, *Erdemovic*, Chambre de première instance, 29 novembre 1996, par. 74 s. Voir aussi M. CHIAVARIO, *Le nuove Corti penali internazionali*, cit., 1014.

B. — La question de l'extinction ou réduction de la peine en cours d'exécution mérite, dans ce cadre, un approfondissement. La règle de principe est contenue à l'article 28 du STTPY, aux termes duquel, « si le condamné peut bénéficier d'une grâce ou d'une commutation de peine en vertu des lois de l'État dans lequel il est emprisonné, cet État en avise le Tribunal. Le Président du Tribunal, en consultation avec les juges, tranche selon les intérêts de la justice et les principes généraux du droit ».

Le droit national reste donc applicable en ce qui concerne la possibilité d'accéder à de telles mesures, mais, sur le plan procédural, la décision est renvoyée aux juges internationaux. Il s'agit d'une règle compréhensible dans le but de sauvegarder l'efficacité des décisions de condamnation rendues à La Haye, mais qui est destinée à soulever un certain nombre de questions.

La première concerne les conditions pour l'octroi de telles mesures. Il s'agit, notamment, de se demander quel est le rôle joué par le Statut et le Règlement lorsqu'ils précisent que le Président du TPIY décidera en tenant compte, entre autres, de la gravité de l'infraction commise, du traitement réservé aux condamnés se trouvant dans la même situation, de la volonté de réinsertion sociale dont fait preuve le condamné, ainsi que du sérieux et de l'étendue de la coopération fournie au Procureur (art. 125 RPP). Ces critères s'ajoutent donc aux conditions exigées par chaque droit interne pour accéder au bénéfice de ces mesures, revêtant ainsi une fonction purement complémentaire <sup>106</sup>.

La jurisprudence du Tribunal a, d'ailleurs, développé une pratique forte intéressante: la Chambre de première instance ayant parfois recommandé que, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, la peine infligée ne soit pas commuée ou révisée autrement avant un terme d'emprisonnement à partir de la date du jugement sur la peine <sup>107</sup>. Il nous semble qu'une telle pratique — même si elle empiète sur la compétence nationale à décider du régime d'exécution — n'est pas en conflit avec les dispositions du Statut, des dérogations à la fixité de la peine étant toujours admises par le Tribunal, tout en permettant d'assurer une certaine uniformité d'un pays à l'autre.

Une deuxième question problématique concerne l'étendue de la règle édictée par le Statut. Si la notion de grâce peut se considérer comme étant suffisamment claire et bien établie au niveau comparé, la référence à la commutation de la peine présente, en revanche, moins de précision au plan

<sup>106</sup> Voir aussi l'art. 1er de la *Directive pratique relative à l'appréciation des demandes de grâce, de commutation de la peine et de libération anticipée des personnes condamnées par le Tribunal international*, du 7 avril 1999.

<sup>107</sup> Concernant l'affaire *Tadic*, où le terme a été fixé à dix ans, voir *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, cit., 472.

technique. Reste, en effet, à savoir si d'autres mesures, dont le condamné peut éventuellement jouir en vertu d'un nombre considérable de systèmes juridiques modernes, à savoir les mesures alternatives à la détention qui, sans affecter formellement la nature et la durée de la peine, en permettent l'exécution avec des modalités moins contraignantes et parfois en régime extra-carcéral, sont exclues de la teneur littérale de la norme <sup>108</sup>. De même, il n'est pas précisé si la libération conditionnelle et anticipée (mécanismes suspensifs) sont assujettis aux règles de l'article 125 RPP <sup>109</sup>. Là encore, la jurisprudence a précisé que: « S'agissant des mesures affectant l'exécution de la sentence, telles que la remise de peine et la libération conditionnelle, en vigueur dans un certain nombre d'États, la Chambre ne peut que recommander qu'il en soit tenu compte lors du choix de l'État. La Chambre émet le souhait que toutes les mesures de cette nature soient portées préalablement à la connaissance du Président du Tribunal » <sup>110</sup>. Enfin, quant à l'amnistie, la doctrine observe que son inadmissibilité découlerait à la fois de l'article 10 StTPY et de l'évolution du droit international général <sup>111</sup>.

Une place particulière doit être faite, dans ce cadre, à la peine à perpétuité, dont on a déjà souligné plus haut que sa légitimité est soumise, à nos yeux, à la possibilité que le détenu puisse accéder à une remise en liberté anticipée, ce qui est d'ailleurs prévu par le Statut de la CPI <sup>112</sup>. On remarquera au passage que la prise en compte de la volonté de réinsertion sociale du condamné par l'article 125 RPP est une reconnaissance claire par le Statut de la fonction de réhabilitation <sup>113</sup>, destinée justement à trouver accueil au moment de la mise en œuvre de la peine privative de liberté.

<sup>108</sup> Voir également les dispositions du Statut de la CPI, et notamment R.S. CLARK, Art. 105- Enforcement of the Sentence, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1173 s.; R.S. CLARK, Art. 106 – Supervision of enforcement of sentences and conditions of imprisonment, *ibid.*, 1177 s.; G.A.M. STRIJARDS, Art. 110, *ibid.*, 1197 s.

<sup>109</sup> Des précisions sont parfois contenues, pour chaque pays d'exécution, dans les accords bilatéraux avec le TPIY: ainsi par ex. l'accord avec l'Italie de 1997 mentionne à l'art. 3 « *non-custodial measures or working activities outside the prison, or ... conditional release* ».

<sup>110</sup> TPIY, Jugement, *Erdemovic*, Chambre de première instance, 29 novembre 1996, par. 73.

<sup>111</sup> M. DELMAS-MARTY, La responsabilité pénale en échec (prescription, amnistie, immunités), in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002, 632.

<sup>112</sup> Cf. notamment art. 110, al. 3, StCPI, permettant la libération anticipée du condamné à perpétuité qui a déjà exécuté vingt-cinq ans: G.A.M. STRIJARDS, Art. 110, Review by the Court concerning reduction of sentence, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 1197.

<sup>113</sup> G. VASSALLI, Il Tribunale internazionale per i crimini commessi nella ex-Yugoslavia, in *La giustizia penale internazionale*, Giuffrè, Milan 1995, 170.

6. — Le cadre juridique que nous venons d'analyser présente, en relation avec les sanctions, un degré très élevé d'approximation, des lacunes de réglementation et des contradictions internes, qui seraient intolérables dans tout système pénal national qui se veut moderne et réellement équilibré. Des avancées significatives ont sans doute été accomplies par la jurisprudence du TPIY, mais une analyse attentive des parcours suivis en relation avec la fonction de la peine, sa prévision abstraite et sa détermination concrète, montre encore de nombreux points obscurs. L'appréciation judiciaire reste — dans les différentes phases — le véritable pilier de la sanction, ce qui constitue une projection de la confiance envers le juge comme fondement de la jurisprudence pénale internationale.

Un tel cadre n'est pas dénué de risques, comme le prouvent, d'ailleurs, les 'anomalies' dans le prononcé signalées par la doctrine <sup>114</sup>. Souvent le Tribunal, guidé par la volonté de répondre au besoin de peine qui émane de la communauté internationale, paraît orienté vers la recherche d'une justice substantielle peu tolérante vis-à-vis des contraintes formelles extérieures.

Loin de se résoudre dans une critique radicale des Tribunaux pénaux internationaux, il nous semble que cette analyse du système des sanctions doit pousser à un débat plus large et à un raffinement des catégories, sur le plan scientifique, mais surtout jurisprudentiel. En particulier, l'atténuation de la légalité pénale, qui caractérise sans doute le Statut, ne semble pas toujours compensée par la rationalité de la décision, mais des pistes d'interprétation, déjà ébauchées, méritent d'être approfondies et consolidées.

Entre sévérité et indulgence, la sanction *intuitu iudice* doit accomplir encore des avancées substantielles, dont la responsabilité reviendra notamment — dans un cadre juridique bien plus défini — aux juges internationaux qui siègent depuis le 7 février 2003 à la Cour permanente.

<sup>114</sup> Sentencing, procedure, penalties and enforcement of Sentences, in *International Criminal Practice*, cit.



**Deuxième partie**

**LA PROCÉDURE PÉNALE INTERNATIONALE  
AU CROISEMENT DES ESPACES NORMATIFS**

Le procès qui se déroule devant les Tribunaux *ad hoc* présente, comme la norme dont ils font application, un caractère fortement hybride. Ici systèmes, modèles et espaces juridiques paraissent encore plus enchevêtrés que par rapport à la norme pénale de fond.

La mise en place d'une procédure pénale internationale ne peut pas faire l'économie, pour le respect d'une sorte de démocratie des systèmes, d'une prise en considération des modèles du procès représentés (avec toutes les nuances que la doctrine a désormais mises en exergue) dans les droits internes. Nul doute que la problématique de la relation entre modèle *inquisitoire* et modèle *accusatoire* a joué ici un rôle prépondérant. Conçues à l'origine — pour des raisons politiques tenant à l'influence du droit nord-américain — selon le schéma anglo-saxon (mais sans jury), les juridictions pénales internationales des années quatre-vingt-dix ont été progressivement touchées par l'influence inquisitoire, notamment à travers des modifications progressives du règlement de procédure et de preuve introduites par l'assemblée plénière des juges.

Ce dernier aspect — qui rend le juge législateur de sa propre fonction et, de ce point de vue, *legibus solutus* — témoigne une fois de plus des tensions entre une procédure *légaliste*, quant aux formes et aux contenus de l'exercice du pouvoir, et une procédure plus *discrétionnaire* remise au juge et au procureur. L'évolution progressive de la forme du procès a joué dans les deux sens. Ainsi, l'opportunité des poursuites, formellement non prévue, a fini par s'imposer, tant dans le choix sélectif des affaires que dans le refus de donner suite à des *notitiae criminis* non dépourvues de fondement. Et un encadrement de plus en plus pénétrant de l'activité des parties à travers le développement des appels a été progressivement introduit.

Enfin, l'enchevêtrement qui est sous-jacent au procès émerge sur un troisième niveau, celui de l'intersection entre espaces normatifs. Car les Tribunaux — véritable *Ordnung* sans *Ortnung* — agissent sur le terrain miné de la compétence partagée entre juge international et juge interne. Il leur revient la tâche de rechercher le point d'équilibre entre deux souverainetés incomplètes: l'une, internationale, dépourvue de l'élément essentiel du territoire, et l'autre, interne, incapable d'assurer la justice face à de tels macro-phénomènes, le principe de primauté n'apportant au demeurant que des réponses partielles en pratique.

Compétence et juridiction, d'une part (1), et déroulement du procès, d'autre part (2), sont les deux angles d'attaque dont on peut apprécier la structure complexe de la procédure qui se dessine.



## Section 1

# COMPÉTENCE ET JURIDICTION

Les juridictions internationales ‘nouvellement nées’ se superposent à un système de justice nationale, capable en théorie d’assumer la charge du jugement des crimes internationaux, auquel concourent l’État territorial et tout autre ordre juridique se reconnaissant compétent. L’on perçoit dès lors la nécessité de faire état des rapports entre espaces normatifs, rapports *a priori* hiérarchiquement organisés au profit des Tribunaux, mais dans les faits, et pour la réussite même de la justice pénale internationale, moins linéaires que ce que à quoi l’on pourrait s’attendre.

Dans un premier temps, il convient d’analyser les compétences des Tribunaux. Si nous avons choisi de faire état de la compétence *ratione materiae* dans la première partie de l’ouvrage, c’est afin de souligner le caractère matériel des normes d’incrimination. Il restera alors à vérifier ses conséquences en termes procédurales, complétant l’étude des paramètres légitimant l’exercice des fonctions d’enquête, de poursuite et de jugement, par l’analyse de la compétence *ratione personae* et *ratione loci* (Martin). Isolant ce dernier aspect, et se faisant l’écho de l’absence d’un territoire exclusif pour la juridiction des Tribunaux pénaux internationaux, le constat d’une certaine superposition entre juridictions nationales et internationales apparaît (Della Morte). En se situant ensuite du point de vue du droit interne, l’exemple de la Belgique montre les enjeux d’une compétence universelle inconditionnelle (Vandermeersch) qui n’a été assouplie que très récemment.

**LES COMPÉTENCES JURIDICTIONNELLES  
RATIONE PERSONAE,  
RATIONE TEMPORIS ET RATIONE MATERIAE  
DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR LE RWANDA**

FANNY MARTIN

SOMMAIRE: 1. Compétence *ratione personae*: Le silence de l'article 5 STTPR. — A. Une absence prévisible: les personnes morales. — B. Une négligence regrettable mais logique: l'âge de la personne physique. — 2. Compétence *ratione temporis*: les incertitudes de l'article 7 STTPR. — 3. Compétence *ratione materiae*: les découvertes des articles 3 et 4 STTPR. — A. Le crime de guerre: l'article 4 STTPR. — B. Crimes contre l'humanité: article 3 STTPR.

La détermination des compétences juridictionnelles sous-tend l'ensemble du procès pénal international. Dans la mesure où ce sont elles qui autorisent — ou empêchent — les juges à retenir la responsabilité pénale des personnes comparissant devant eux, elles sont à la fois la base et la limite de toute l'activité des organes répressifs. On comprend dès lors que les impératifs de clarté et de précision président théoriquement à leur définition afin de réduire la marge de discrétion des juges. Or, dans le cas spécifique du Tribunal pour le Rwanda, les composantes spatiale<sup>1</sup>, personnelle, temporelle et matérielle des compétences n'ont pas toutes été identifiées avec la même clarté ou la même exhaustivité dans le statut, laissant parfois aux juges l'opportunité d'adopter une jurisprudence pragmatique, voire ambitieuse.

Dans les développements suivants, nous proposons un décryptage sélectif des compétences juridictionnelles du TPIR en fonction de deux repères: l'évolution générale du droit international pénal et la "production" jurisprudentielle de cette juridiction particulière. Parce que le Statut du TPIR contribue à la formalisation d'un corps de règles de droit positif, il est utile d'étudier l'état du droit international pénal qu'il manifeste et d'identifier les

<sup>1</sup> La compétence territoriale semble avoir été énoncée précisément, mais soulève d'autres problèmes tels que l'aménagement de la coopération entre les juridictions nationales et l'organe *ad hoc*, voir G. DELLA MORTE, *Le champs des conflits: réflexions autour de la compétence ratione loci des Tribunaux pénaux internationaux*, dans cet ouvrage *infra*, p. 213 ets.

innovations qu'il propose le cas échéant. Par ailleurs, compte tenu des imperfections ou des lacunes qu'il peut comporter, nous avons également souhaité mettre en valeur les apports de cette "valeur ajoutée" que représente parfois la jurisprudence du Tribunal.

1. — L'article 5 du Statut propose une formulation simple de la compétence personnelle: « [L]e Tribunal international pour le Rwanda a compétence à l'égard des personnes physiques ». Cette expression dépouillée passe toutefois sous silence deux questions particulières: la responsabilité des personnes morales d'une part et l'âge des personnes physiques d'autre part.

A. — Dans le cadre des activités du TPIR, les juges n'hésitent pas à regrouper au sein d'une seule et même procédure, les affaires concernant différents individus impliqués dans des activités professionnelles similaires, voire au sein d'une même entité (par exemple, la Radio Télévision Libre des Mille Collines SA) et l'on est parfois tenté d'y percevoir une condamnation emblématique de certains groupes. Il en est ainsi des procédures ouvertes à l'encontre de MM. Ngeze, Barayagwiza et Nahimana, qui ont fait l'objet d'une jonction d'instances et sont couramment désignées par l'appellation "Procès des médias"<sup>2</sup>. Toutefois, cette dimension symbolique ne saurait masquer le défaut de compétence du Tribunal à l'encontre des personnes morales. Le Statut du TPIR témoigne bien de l'incapacité des organes répressifs internationaux<sup>3</sup> à incorporer la poursuite de ces entités.

Une telle carence a été critiquée par certains Etats — notamment la France — lors des travaux préparatoires de la Conférence diplomatique de Rome. Ceux-ci proposaient que la sanction des organisations, sociétés et associations privées soit envisagée parallèlement à la poursuite d'individus y occupant des postes de direction, comme complément de la responsabilité de ces personnes physiques. Cette innovation devait permettre, outre la dissolution de la personne morale, de procéder à la confiscation des avoirs de l'entité et d'obtenir des réparations pécuniaires plus conséquentes pour les victimes. Mais la majorité des législations nationales ne prévoit aucune disposition dans le sens d'une telle forme de responsabilité<sup>4</sup> et l'on ne pouvait admettre la compétence de la CPI pour prononcer des peines à l'encontre de personnes morales puisque le régime de propriété de ces entités

<sup>2</sup> De la même façon, on évoque parfois le « Procès des militaires » (affaires *Kabiligi/Ntabakuze* et *Bagosora*) ou encore le « Procès des fonctionnaires » (affaires *Akayesu* et *Bagilishema*).

<sup>3</sup> Il en va de même pour la CPI, voir article 25 par.1, et pour le TPIY voir article 6, STTPY.

<sup>4</sup> Il existe sans doute quelques exceptions, mais les droits français, belge, américain, hollandais ou encore anglais présentent des consécutions fort divergentes de la responsabilité des personnes morales.

ainsi que l'identification et la localisation de leurs avoirs ne pouvaient s'opérer qu'à l'échelon national. Certains adversaires de la proposition relevèrent en outre que rien n'empêcherait les Etats de juger parallèlement les personnes morales d'après leurs législations internes <sup>5</sup>.

Si le droit international pénal ne reconnaît pas une responsabilité pénale spécifique des personnes morales, il ne se désintéresse pas toutefois des infractions commises par ces entités.

La volonté de punir tant les individus qui se rendent coupables des crimes les plus odieux que les groupes constitués en vue de commettre ces crimes s'est traduite, dès le précédent de Nuremberg, par le recours à une notion juridique floue, l'organisation criminelle, dont il convient de préciser la portée. L'Allemagne nazie avait été le cadre de l'épanouissement d'une politique criminelle fortement institutionnalisée et différents groupes militaires, économiques, industriels s'étaient structurés sur la base de cette politique, devenant ainsi les auxiliaires fonctionnels de sa mise en œuvre. Cette considération avait conduit les rédacteurs de la Charte de Londres à prévoir que « [l]ors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (...) que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait, était une organisation criminelle » <sup>6</sup>. Mais il ne s'agissait pas tant de permettre la sanction <sup>7</sup> des personnes morales que de formuler une condamnation symbolique de ces groupes par le biais des individus qui les composaient. La loi n. 10 <sup>8</sup>; du Conseil allié du 20 décembre 1945 — qui formalisait le relais juridictionnel des Tribunaux d'occupation — prévoyait d'ailleurs la sanction d'un délit d'appartenance aux organisations jugées criminelles par le Tribunal interna-

<sup>5</sup> Ce fut la position de la Norvège. Voir *Recommandation de la Commission des Affaires Etrangères portant accord de ratification du Statut du 17 juillet 1998 de la Cour pénale internationale au Storting* (Parlement norvégien) n° 94 (1999-2000), Proposition n° 24, Questions de la Commission des Affaires étrangères du 22 décembre 1999, réponses du Ministère des Affaires étrangères, lettre du 6.01.2000. Ce document fournit une bonne synthèse des débats sur la question de la responsabilité des personnes morales.

<sup>6</sup> Art. 9, Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg. Six groupes furent subséquemment considérés par le Tribunal militaire international comme des « organisations criminelles »: Le Corps de commandement du Parti nazi, la Gestapo et les SD, les SS, le Cabinet du Reich et le personnel et le Haut Commandement de l'armée.

<sup>7</sup> En ce sens, voir S. BOUIFFROR - C. DERYCKE, Les organisations criminelles, in *Droit international pénal*, sous la direction de H. ASCENCIO - E. DECAUX - A. PELLET, Pedone, Paris 2000, 169 s.

<sup>8</sup> « Article II. 2. Any person without regard to nationality or the capacity in which he acted, is deemed to have committed a crime as defined in paragraph 1 of this Article, if he (...) e) was a member of any organization or group connected with the commission of any such crime ».

tional<sup>9</sup>. Dans les deux ordres juridictionnels évoqués, l'organisation criminelle était en fait apparentée à la notion de complot<sup>10</sup>, et l'on visait moins le groupe en soi que l'entente des individus en vue de commettre des infractions au travers d'une structure déterminée.

Au moment de la création des deux organes répressifs pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, les personnes morales furent exclues de leur juridiction. L'adoption du principe de la poursuite des personnes physiques « indépendamment de leur appartenance à des groupes<sup>11</sup> » paraissait même indiquer la disparition pure et simple du concept d'organisation criminelle. Paradoxalement, les juges du TPIR semblent consacrer l'essence de cette notion — pour le crime de génocide — en estimant que « c'est bien l'acte d'entente *per se*, autrement dit le 'procédé' de l'entente, qui est incriminé<sup>12</sup> ». Cette entente ne paraît pas jouer au stade des circonstances aggravantes, comme dans le Code pénal français<sup>13</sup>, mais elle fait l'objet d'une appréciation particulière, visant la participation concourante des individus dans un dessein criminel. L'expérience des différents organes répressifs internationaux, si elle n'ancre donc aucun précédent en matière de responsabilité pénale des personnes morales, permet au moins cette approche centrée sur la personne physique au sein du groupe.

B. — L'implication d'enfants dans la perpétration des massacres de 1994 est une caractéristique particulière du génocide rwandais. Certaines ONG ont estimé à environ 20 000 le nombre d'enfants ayant pris part aux hostilités au Rwanda<sup>14</sup>. En dépit de cette circonstance, le statut du TPIR ne prend pas en

<sup>9</sup> Voir *supra*, note 3. Les juridictions alliées s'acquittèrent d'ailleurs de cette mission et retinrent dans différentes affaires ce délit d'appartenance aux organisations criminelles pour condamner des individus. Pour un jugement représentatif, voir Affaire *United States of America vs. Otto Oblendorf*, Affaire n° 9 dite des *Einsatzgruppen*, 9 avril 1948, *Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law No. 10*, Vol. IV, *Opinion and Judgment of the Tribunal*, Washington, D.C., 109 - 111.

<sup>10</sup> Tribunal militaire international, *Trial of German Major War Criminals*, 30 septembre 1946 - 1<sup>er</sup> octobre 1946, 67: « *A criminal organisation is analogous to a criminal conspiracy in that the essence of both is cooperation for criminal purposes. There must be a group bound together and organized for a common purpose. The group must be formed or used in connection with the commission of crimes denounced by the Charter.* »

<sup>11</sup> *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité*, Doc. N.U. S/1995/134, par. 51.

<sup>12</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Musema*, ICTR-96-13, Chambre de Première Instance I, 27 janvier 2000, par. 193.

<sup>13</sup> V. article 212-3 du Code pénal français.

<sup>14</sup> Voir Coalition to stop the use of child soldiers, <http://globalmarch.org/worstformsreport/worldrwanda.html>. En 1999, le Comité international de la Croix-Rouge signalait qu'environ 570 enfants de moins de 14 ans étaient incarcérés en raison des

considération l'âge des suspects. Pour regrettable que soit cette omission au regard de la question de la responsabilité pénale des mineurs, elle s'explique toutefois par l'état rudimentaire du droit international en ce domaine et l'on peut esquisser les raisons qui motivent le refus d'exclure les mineurs de la compétence du TPIR. Elles tiennent à la fois au rôle que l'âge est amené à jouer lors du procès pénal et à la détermination précise de l'âge à partir duquel la responsabilité pénale s'exerce.

Si les rédacteurs du Statut du TPIR n'ont pas conditionné la responsabilité individuelle à la majorité, cela peut s'expliquer d'abord par le doute qui subsistait à l'époque quant à la portée juridique que l'on devait donner à cet élément. Les débats en vue de la création d'une juridiction pénale internationale éclairent les enjeux de cette question: les représentants étaient partagés, dès l'amorce des premières discussions au sein de la Commission du droit international, sur le point de savoir à quel stade de la procédure devait jouer la condition de mineur<sup>15</sup>. Elle pouvait tout d'abord intervenir au niveau de la compétence *ratione personae*, auquel cas la Cour ne serait pas compétente à l'égard des mineurs. Elle pouvait également être prise en considération au niveau de l'appréciation de l'élément moral des crimes, sous la forme d'une question préalable relative au discernement de l'inculpé. Enfin, la qualité de mineur pouvait être envisagée comme un facteur d'adoucissement de la peine. C'est finalement la première option qui semble prévaloir dans le texte du Statut puisque l'article 26 écarte la compétence de la Cour à l'égard des « personnes âgées de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime ». Toutefois, la place réservée à cette disposition au sein du Statut soulève une ambiguïté quant à sa portée juridique réelle: au lieu de figurer dans le second chapitre correspondant au domaine de compétence de la Cour, elle apparaît dans le Chapitre III relatif aux principes généraux du droit pénal. Peut-on déduire de cette circonstance que le Statut consacre formellement l'irresponsabilité des mineurs au titre de principe du droit international pénal? Si, au moment des négociations, certains ont voulu voir dans les différents instruments conventionnels de la protection des droits de l'homme la reconnaissance de ce principe d'irres-

incriminations de crime de génocide qui pesaient sur eux. Voir également « *Le gouvernement rwandais libère 552 enfants accusés de génocide... leur libération porte à près de 1500 le nombre de mineurs relâchés par le gouvernement rwandais depuis 1995* », Agence France-Presse, Kigali, 17.11.2001, et Rapport du représentant du SG sur la protection des enfants touchés par les conflits armés, Doc. N.U. A/54/430, 1.10.1999, 15-16.

<sup>15</sup> Pour une présentation des négociations sur cette question, voir R.S. CLARK - O. TRIFFTERER, Article 26. Exclusion of jurisdiction over persons under eighteen, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, sous la direction de O. TRIFFTERER, Nomos, Baden-Baden 1999, 493 s.

ponsabilité, aucun de ces textes ne renferme cependant une telle règle juridique; la qualité de mineur y est abordée sous l'angle soit de l'aménagement de la détention <sup>16</sup>, soit des mesures de protection spéciale <sup>17</sup>. Rien n'est dit sur la responsabilité pénale <sup>18</sup> et il semble au contraire que les rédacteurs de ces instruments aient fait montre d'une grande prudence à l'égard de la notion de mineur en évitant justement de préciser l'âge de la majorité. Le seul texte conventionnel qui aménage une protection pour l'enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction à la loi pénale est la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa Résolution 44/25 du 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990. L'article 40 y énonce une série de garanties spéciales au titre desquelles figure l'exclusion de la responsabilité pénale pour les mineurs, mais ce sont les Etats qui déterminent l'âge au dessous duquel les enfants sont « présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale » <sup>19</sup>. En dépit de l'innovation tangible qu'apporte cette Convention à la question de la responsabilité pénale des mineurs, elle laisse tout de même subsister une part d'incertitude quant au contenu exact de la "clause d'irresponsabilité" puisque aucun âge précis n'y est spécifié. Dès lors, on comprend mieux pourquoi, malgré le fait que cet instrument est en vigueur au Rwanda depuis 1991, le statut du TPIR ne fait aucune référence à ce texte, ni même, plus généralement, à l'exception qu'il consacre en matière de poursuite pénale.

D'ailleurs, si les instruments plus récents du droit international pénal ont par la suite consacré cette exception, ils n'ont toutefois pas adopté le même âge comme critère de compétence personnelle: *alors que la CPI retient l'âge de 18 ans, le statut de la juridiction mixte chargée de juger les crimes commis au Sierra Leone* <sup>20</sup> prévoit que la compétence ne peut s'exercer qu'à l'égard de personnes de plus de 15 ans. On ne saurait donc en déduire qu'il existe un "âge de la responsabilité pénale" en droit international positif.

2. — La compétence *ratione temporis* du TPIR est bornée par deux repères chronologiques, le 1er janvier 1994 et le 31 décembre 1994, qui empêchent le Tribunal de connaître de faits antérieurs ou postérieurs à ces dates; plus exactement, ils interdisent aux juges de se prononcer sur l'existence de crimes contre l'humanité, crimes de guerres et crimes de génocide

<sup>16</sup> Article 5. 1. d) CEDH.

<sup>17</sup> Article 19 CADH, article 10 PIDESC, article 24 PIDCP.

<sup>18</sup> Voir en ce sens W.A. SCHABAS, *Principios generales del derecho penal*, in *El estatuto de Roma de la Corte penal internacional*, sous la direction de K. AMBOS - O. J. GUERRERO, Universidad externado de Colombia, 1999, 293.

<sup>19</sup> Article 40 par.3.

<sup>20</sup> Article 7 du Statut du Tribunal spécial pour le Sierra Léone annexé au Rapport du Secrétaire Général, Doc. N.U. S/2000/915, 4.10.2000.

en dehors de l'année 1994. C'est le cadre juridique du maintien de la paix qui a conduit le Conseil de sécurité — agissant sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies — à adopter le principe d'une compétence temporelle "fermée", et l'on doit s'interroger sur l'adéquation de ce cadre opérationnel avec la répression pénale qu'il met en œuvre.

Le choix du point de départ de la compétence *ratione temporis* du Tribunal a été l'objet d'âpres négociations au sein du Conseil de sécurité. Celle-ci s'ouvre non sur un événement précis de l'histoire du génocide rwandais, mais sur une date choisie arbitrairement par les rédacteurs du Statut: le premier jour de l'année 1994. À l'évidence, le Conseil de sécurité voulait à la fois limiter la compétence du Tribunal au jugement des atrocités les plus graves commises durant les mois d'avril à juillet — suivant en cela l'approche du rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme<sup>21</sup> — et l'étendre à la préparation et à la planification de ces actes<sup>22</sup> — ce qui devait satisfaire les vœux du gouvernement rwandais<sup>23</sup>. Mais ce délicat

<sup>21</sup> Le rapporteur considérait que l'accident d'avion ayant causé la mort du président rwandais le 6 avril 1994 était la cause immédiate des plus violentes manifestations de la guerre civile rwandaise et insistait sur le caractère exceptionnel du génocide de 1994: «...Le peuple rwandais a été victime de plusieurs massacres, notamment en 1959, 1963, 1966, 1973, 1990, 1991, 1992 et 1993. Mais ceux qui se déroulent à l'heure actuelle sont sans précédent dans l'histoire de ce pays», *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 49<sup>ème</sup> sess., Doc. N.U. S/1994/1157, 13.10.1994, par. 20.

<sup>22</sup> Voir *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 5 de la Résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité*, Doc. N.U. S/1995/134, par. 14.

<sup>23</sup> Les représentants du gouvernement rwandais réclamaient une compétence temporelle large afin de couvrir le conflit qui s'était amorcé selon eux « depuis le 1er octobre 1990 » et d'inclure la longue période de préparation du génocide, voir Déclaration de M. Bicamumpaka, représentant du Rwanda au Conseil de sécurité lors de la 49<sup>ème</sup> sess., 3377<sup>e</sup> séance., Doc. N.U. S/Pv.3377, 16.05.1994, 3 et 4. À l'appui de cette prétention, ils faisaient valoir que la communauté internationale avait reconnu explicitement l'ampleur des violences qui affectaient le Rwanda depuis déjà quelques années, notamment en dépêchant la Mission des Nations Unies pour l'Assistance au Rwanda, instituée par la Résolution 872, dans laquelle le Conseil de sécurité condamnait déjà « vigoureusement les violences en cours au Rwanda et [réprouvait] en particulier les très nombreux massacres de civils qui ont été commis dans ce pays », Doc. N.U. S/RES/872, 5.10.1993. Voir Déclaration de M. Bakuramutsa, représentant du Rwanda au Conseil de sécurité, 49<sup>ème</sup> sess., 3453<sup>e</sup> séance, Doc. N.U. S/Pv. 3453, 8.11.1994: « La communauté internationale ... était bien au courant de ces massacres et ne peut prétendre s'être seulement réveillée à la suite de la tragédie du mois d'avril 1994. Le Rapporteur spécial des Nations Unies, M. Ndiaye, en mai 1993, et le rapport de la Commission internationale de mars 1993 reconnaissent déjà qu'il y avait eu génocide au Rwanda ». Cette version est aujourd'hui corroborée par le rapport de la Mission française d'information sur le Rwanda. Cf. *Rapport de la Mission d'information sur le Rwanda* présenté par la Mission n° 1271 de l'Assemblée nationale.

compromis déclencha l'opposition du représentant du Rwanda, c'est même la raison liminaire qui le conduisit à rejeter le vote de la résolution instituant le TPIR <sup>24</sup> puisque, selon lui, le premier trimestre de l'année 1994 ne suffisait pas à établir le projet génocidaire.

Dans la décision sur les appels interlocutoires <sup>25</sup> dans l'affaire Nahimana, la Chambre d'appel s'est prononcée de manière nuancée sur cette question. L'appel avait été interjeté par la défense à la suite de l'acceptation, par la Chambre de première instance I, de modifications qui devaient permettre d'« étoffer la base factuelle des (...) chefs d'accusation existants » <sup>26</sup> et de « reformuler le chef d'accusation d'entente en vue de commettre le génocide » <sup>27</sup>. Or, à l'appui de ce nouveau projet, le Procureur indiquait des faits précédant <sup>28</sup> la compétence temporelle du Tribunal, ce que contestait la défense, dans la mesure où les juges étaient ainsi amenés à apprécier des faits antérieurs comme constitutifs du crime de génocide perpétré par l'auteur présumé au cours de l'année 1994. La Chambre d'appel, saisie de ce recours, considéra à la majorité des juges que la compétence temporelle définie dans le statut « ne saurait empêcher un acte d'accusation de faire référence, en guise d'introduction, à des crimes commis antérieurement par un accusé » <sup>29</sup>. Mais, dans le même temps, les juges d'appel incitaient la Chambre de

<sup>24</sup> « ...Ma délégation a proposé de tenir compte de la période allant du 1er octobre 1990 — début de la guerre — au 17 juillet 1994 — fin de la guerre ... Un Tribunal international qui se refuse à considérer les causes et la planification du génocide au Rwanda et qui se refuse à considérer les modèles pilotes qui ont précédé le grand génocide d'avril 1994 ne serait d'aucune utilité pour le Rwanda... Les dates fixées pour la compétence ratione temporis, du 1er janvier 1994 au 31 décembre 1994, adoptées pour le Tribunal... sont inadéquates. En effet, le génocide dont le monde a été témoin en avril 1994 est le résultat d'une longue période de planification pendant laquelle des projets pilotes d'extermination ont été testés avec succès ... », Déclaration de M. Bakuramutsa, 49<sup>ème</sup> sess., 3453<sup>e</sup> séance, Doc. N.U. S/PV. 3453, 8.11.1994.

<sup>25</sup> TPIR, Décision sur les appels interlocutoires, Affaire *Nahimana*, ICTR-96-11-AR72, Chambre d'appel, 5 septembre 2000.

<sup>26</sup> TPIR, Décision sur la requête du Procureur en modification de l'acte d'accusation, Affaire *Nahimana*, ICTR-96-11-AR72, Chambre de Première Instance I, 5 novembre 1999, par. 2.1.

<sup>27</sup> *Ibid*, par. 2.3

<sup>28</sup> Le nouvel acte d'accusation se présentait ainsi: « *Exposé succinct des faits: préparation 5.1 De 1990 à décembre 1994, Ferdinand Nahimana - Hassan Ngeze ... se sont entendus entre eux et avec des tiers pour élaborer un plan dans l'intention d'exterminer la population civile Tutsi et d'éliminer les membres de l'opposition* », Acte d'accusation modifié conformément à la décision de la Chambre de première Instance I du 5 novembre 1999.

<sup>29</sup> TPIR, Affaire *Nahimana*, cit., voir cependant l'Opinion séparée des juges Nieto-Navia et Vohrah qui déplorent que des événements antérieurs à 1994 soient mentionnés au sein des paragraphes servant de base aux chefs d'accusation retenus au lieu de figurer sous un chapeau introductif.

première instance — à laquelle il appartiendrait ultérieurement de statuer sur le fond — à ne pas retenir « comme seule base factuelle d'un chef d'accusation, des évènements qui se sont produits avant 1994 »<sup>30</sup>. En décidant que les crimes préalablement commis par l'accusé ne pouvaient servir de base exclusive pour l'appréciation de ceux perpétrés en 1994, les juges n'ont pas éliminé la possibilité de se référer à ces faits antérieurs pour étayer la culpabilité, ils l'ont simplement limitée. Quelles voies la Chambre d'appel ouvre-t-elle à la Chambre de première instance en tranchant de la sorte? Quelles sont les conséquences de cette décision au regard de la compétence temporelle du TPIR?

Trois hypothèses sont possibles. En premier lieu, on peut supposer que le dessein poursuivi par le Procureur en mentionnant dans l'acte d'accusation des faits antérieurs était d'inciter la Chambre à élargir son cadre temporel d'appréciation. Une telle approche, si elle était validée par la Chambre de première instance, dilaterait substantiellement le champ de la compétence *ratione temporis* du TPIR et prendrait ce faisant une grande liberté avec la lettre du Statut.

Autre hypothèse envisageable, la Chambre d'appel a peut-être voulu laisser à l'organe de première instance le choix de prendre en considération des faits antérieurs pour étayer la preuve de l'intention criminelle de l'accusé. Ces éléments seraient destinés à évaluer l'existence, non des crimes eux-mêmes, mais d'une ligne de conduite délibérée, antérieure au génocide de 1994.

Enfin, une variante de cette hypothèse serait de prendre en compte les faits en cause dans le cadre de la détermination de la peine. L'article 101 du Règlement de Procédure et de Preuve laisse aux juges une grande marge de manœuvre concernant l'identification des circonstances aggravantes et atténuantes<sup>31</sup>; il n'est donc pas exclu que l'on puisse y intégrer des faits antérieurs pour moduler la peine prononcée; ces faits se rapportant à la personnalité de l'auteur présumé et non à la matérialité des faits.

Il va de soi que si la première option suggérée modifie largement le champ de la compétence temporelle, les deux dernières pistes de réflexion constituent en revanche des alternatives plus respectueuses des prescriptions de l'article 7 du Statut. Elles ont d'ailleurs été récemment explorées par la

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Pour une étude approfondie, voir S. Manacorda, Les peines dans la pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: l'affaiblissement des principes et la quête de contrepoids, dans cet ouvrage *supra*, p. 169 ets.

Chambre de première instance. Dans l'affaire *Bagilishema*<sup>32</sup>, les juges ont accepté de prendre en considération des faits antérieurs afin d'apprécier la "bonne moralité" de l'accusé au titre de moyen de défense. L'alternative suivante s'était présentée à l'organe de jugement: la prise en compte des faits antérieurs peut-elle modérer l'appréciation de l'intention criminelle de l'accusé, ou doit-elle permettre d'articuler la peine en fonction de circonstances atténuantes? Dans la première hypothèse, en établissant la conduite irréprochable de l'individu jusqu'en 1994, on obligeait le Procureur à démontrer que cet individu avait "basculé" dans un comportement génocidaire. Si Bagilishema avait été, jusqu'en 1994, un bourgmestre compétent et bienveillant, il devenait moins probable qu'il se soit livré à des massacres ultérieurement et il appartenait à l'accusation de prouver cette altération soudaine du comportement de l'individu. Dans la seconde hypothèse — soutenue par le Procureur, la conduite antérieure irréprochable de l'accusé était sans pertinence s'agissant d'apprécier sa culpabilité mais devait plutôt permettre une atténuation de la peine<sup>33</sup>. Les juges de première instance ont choisi de retenir la première solution, au risque de prendre le contre-pied de la jurisprudence de leurs homologues de La Haye<sup>34</sup>.

La jurisprudence du TPIR démontre ainsi que, loin de se trouver escamotée par une compétence rétrospective — trop? — limitée, la capacité du Tribunal à juger effectivement les actes de préparation et de planification du génocide a tendance à "déborder" du cadre temporel fixé par l'article 7 du Statut. Elle révèle en tout cas la volonté des juges de dépasser le caractère inconciliable des deux notions qui ont présidé à la création de la juridiction: la mission de paix assignée au Tribunal et la voie de la justice choisie par le Conseil de sécurité.

À l'inverse du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie<sup>35</sup> et d'autres organes *ad hoc* ayant la même fonction répressive<sup>36</sup>, l'originalité de la compétence temporelle du TPIR réside dans la limite extinctive posée par l'article 7. La date retenue s'avère — là encore — un repère artificiel et l'on doit une nouvelle fois s'interroger sur l'acceptabilité de ce terme au regard du souci du Conseil de sécurité d'inscrire les activités du Tribunal dans la mission de rétablissement de la paix. La MINUAR avait été instituée dès

<sup>32</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, Chambre de Première Instance I, 7 juin 2001, par. 111 s.

<sup>33</sup> *Ibid.*, par. 112.

<sup>34</sup> *Ibid.*, par. 115 et 116, et TPIY, Décision relative aux éléments de preuve portant sur la moralité de l'Accusé et le moyen de défense de Tu Quoque, Affaire *Kupreskic*, IT-95-16, Chambre de Première Instance II, 17 février 1999.

<sup>35</sup> Voir article 8 STPY.

<sup>36</sup> Voir notamment article 1 du Statut du Tribunal spécial pour le Sierra Leone, cit.

1993 à cet effet, mais, compte tenu de l'incapacité de celle-ci à s'acquitter de sa mission, le Conseil de sécurité autorisa dans sa Résolution 929 le déclenchement de l'opération Turquoise. Cette opération fut suffisamment fructueuse pour que la fin de la guerre soit déclarée par le FPR dès le 17 juillet 1994. La MINUAR est cependant demeurée en poste au Rwanda jusqu'en avril 1996 afin de garantir la stabilité et la sécurité dans certaines régions. Dès lors, la chronologie des événements au Rwanda invitait à retenir l'un de ces deux repères. Soit on considérait que le conflit s'était achevé le 17 juillet 1994, auquel cas la compétence *ratione temporis* devait se trouver bornée par cette date<sup>37</sup>, soit on estimait que la fixation du terme de la compétence devait dépendre de la restauration effective de la paix, auquel cas il était possible de choisir la fin du mandat de la MINUAR, le 8 mars 1996. Cette seconde option aurait d'ailleurs permis au TPIR de connaître de violations postérieures à la période du génocide, notamment des actes de représailles et des violences dont furent victimes des nombreux réfugiés rassemblés dans des camps aux frontières rwandaises<sup>38</sup>.

3. — Le principe de légalité des délits et des peines, qui conditionne la cohérence et la légitimité du procès pénal, impose que les Tribunaux pénaux appliquent des règles de droit préétablies. À l'époque de la création du Tribunal de Nuremberg, cette exigence s'était traduite par la reconnaissance de la nature coutumière des incriminations. Une telle consécration permettait de pallier l'état embryonnaire du droit conventionnel en la matière et d'échapper à la qualification de "justice des vainqueurs". En dépit du développement ultérieur des règles conventionnelles du droit international pénal, les fondateurs des Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie<sup>39</sup> et le Rwanda ont largement établi les incriminations sur la base du droit coutumier, et les juges des Tribunaux pénaux internationaux continuent de lier la nature coutumière des notions pénales appliquées au principe de légalité. Ce faisant, la composante coutumière du droit international pénal a été sensiblement enrichie tant par les statuts que par la jurisprudence des organes *ad hoc*, et plus particulièrement par ceux du TPIR.

C'est ce processus de reconnaissance de la nature coutumière des éléments de la compétence matérielle que nous analyserons. Dans la mesure

<sup>37</sup> Ce fut la position du gouvernement rwandais, voir Déclaration de M. Bakuramutsa, Doc. N.U. S/Pv. 3453, cit.

<sup>38</sup> Voir *Rapport sur la situation des droits de l'homme au Rwanda établi par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, 49<sup>ème</sup> sess., Doc. N.U. S/1994/1157, 13.10.1994.

<sup>39</sup> V. *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, par. 34.

où l'article 2 du STTPR reproduit à l'identique la définition conventionnelle <sup>40</sup>, le crime de génocide doit être exclu de cette étude <sup>41</sup>, qui se limitera aux deux autres crimes constituant la compétence matérielle. Concernant le crime de guerre, le statut semble a priori élargir considérablement ses contours en y incorporant certaines infractions commises lors de conflits armés non internationaux. Quant au crime contre l'humanité, c'est par le biais de sa reconnaissance coutumière que les juges sont parvenus à l'émaniciper de la notion de guerre.

A. — En 1945, ni les textes internationaux du droit de la guerre, ni le Statut du Tribunal international de Nuremberg ne prévoyaient un droit spécifique applicable aux conflits armés internes et donc une sanction particulière. C'est lors des négociations relatives aux quatre Conventions de Genève de 1949 que l'on songea pour la première fois à établir un corps de normes propres aux conflits non internationaux. L'article 3 commun à ces conventions répond à cette préoccupation, mais ne procure cependant qu'un "minimum juridique" applicable en temps de guerre interne, et son contenu lacunaire rendait inévitables la réactualisation des règles juridiques et l'adoption d'un instrument plus complet. Le Protocole II de 1977 est cet outil juridique plus détaillé, mais également plus récent.

S'il ne fait aucun doute que l'article 3 commun a progressivement intégré <sup>42</sup> le corps des règles coutumières du droit international, le Protocole II en revanche, ne bénéficiait pas d'une telle reconnaissance à l'époque de la création du Tribunal *ad hoc* pour le Rwanda. Or, ce sont ces deux instruments qui figurent dans le libellé de l'article 4 du Statut <sup>43</sup> relatif au crime de guerre. Dans son rapport préliminaire, le Secrétaire général avait prudemment indiqué que la mention du Protocole II dans le Statut n'impliquait pas que celui eût acquis « dans son ensemble » une valeur coutumière <sup>44</sup>, sans toutefois distinguer celles des dispositions qui bénéficiaient d'une telle

<sup>40</sup> V. Article 2, *Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide*, 1948.

<sup>41</sup> On renvoie sur ce thème à l'article de D. BOYLE, *Génocide et crimes contre l'humanité: convergences et divergences*, dans cet ouvrage supra, p. 124 ets.

<sup>42</sup> Voir notamment l'avis consultatif, *La licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. C.I.J. 1996.

<sup>43</sup> « Article 4: Violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II. Le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes en temps de guerre, et du Protocole additionnel II auxdites Conventions du 8 juin 1977. »

<sup>44</sup> « L'article 4 du Statut inclut (...) les violations du Protocole additionnel II qui, dans son ensemble, n'a pas encore été universellement reconnu comme faisant partie du droit international », Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, Doc. N.U. S/1995/134, par. 12.

reconnaissance. L'innovation majeure que contient la jurisprudence du TPIR est justement l'identification coutumière d'une partie de cet instrument.

Dés leur premier jugement <sup>45</sup>, les juges se référèrent à l'article 4 par. 2 du Protocole II pour qualifier le crime de guerre et estimèrent que cette disposition avait intégré le droit international coutumier. Ils n'étaient pas tenus de procéder à cet examen, mais la formulation des chefs d'accusation fondés tantôt sur l'article 3 commun des Conventions de 1949, tantôt sur cet article associé au Protocole, leur offrait une occasion de choix de se prononcer en ce sens. Prenant appui sur la jurisprudence antérieure du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie <sup>46</sup>, les juges du TPIR adoptèrent une logique inductive qui consistait à reconnaître la valeur coutumière de l'article 4 du Protocole du fait que celui-ci reprenait et complétait les garanties de l'article 3 commun.

L'audace de cette reconnaissance doit toutefois être appréciée à l'aune des dispositions plus récentes du droit international pénal. L'article 8 <sup>47</sup> du StCPI ne mentionne pas le Protocole II et ne corrobore donc plus cette évolution. Une telle omission illustre le jeu d'influence existant entre les juridictions *ad hoc* et la CPI et qui se manifeste ici sous la forme d'un "retrait" opéré par le Statut de la Cour.

B. — Dans l'affaire *Akayesu* <sup>48</sup>, les juges du TPIR ont retracé la formulation progressive de la notion de crime contre l'humanité dans le droit international. Or, un tel examen "épistémologique" montre que le crime contre l'humanité entretient avec la notion de conflit armé un rapport d'intensité variable. Si certaines qualifications sont apparues en dehors de toute situation de guerre (l'esclavage dénoncé par Curtis en 1874 ou les massacres des Arméniens perpétrés par les Turcs en 1915), il demeure que la notion d'humanité fut fréquemment associée au droit humanitaire, notamment dans les instruments aménageant une réglementation des hostilités (la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 ou encore la Clause De Martens

<sup>45</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, ICTR-96-4, 2 septembre 1998, par. 605 à 610.

<sup>46</sup> « On attirera également l'attention sur le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. De nombreuses dispositions dudit Protocole peuvent maintenant être considérées comme déclaratives de règles existantes ou comme ayant cristallisé des règles naissantes du droit coutumier ou comme ayant vigoureusement contribué à leur évolution en tant que principes généraux », TPIY, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Affaire *Tadić*, IT-94-1, 2 octobre 1995, par. 117; voir également, F. PALOMBINO, Les crimes de guerre dans l'évolution du droit international des conflits armés et la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans cet ouvrage supra, p. 82 et s..

<sup>47</sup> Article 8, alinéas c) à f), StCPI.

<sup>48</sup> TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, ICTR-96-4, 2 octobre 1998, par. 563 à 568.

formalisée en 1907). Depuis toujours, la relation existant entre la situation de guerre et le crime contre l'humanité s'apparentait donc à un lien élastique.

La première tentative de répression à l'échelle internationale articula la dépendance entre ces deux notions puisque l'article 6 lettre c du Statut du Tribunal militaire international exigeait alternativement que les crimes contre l'humanité aient été commis: « avant ou pendant la guerre » ou « à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ». Le premier critère de compétence — « avant ou pendant la guerre » — requérait une connexité temporelle avec le conflit armé, alors que le second critère réclamait une connexité générique <sup>49</sup> avec d'autres crimes internationaux. Le crime contre l'humanité était méthodiquement rattaché à la guerre, à son existence même (la situation de conflit armé), à ses antécédents (le crime d'agression) ou à ses effets (le crime de guerre). L'objectif affiché de la consécration de ce rapport juridique était le respect du principe de légalité. En effet, l'état du droit international positif ne permettant pas de consacrer à l'époque la sanction pénale autonome du crime contre l'humanité, il fallait « ramener [ce crime] non à une notion totalement nouvelle, mais à une notion que le droit international positif connaissait déjà » <sup>50</sup>, d'où la réticence des rédacteurs, puis des juges de la juridiction internationale, à affranchir la compétence matérielle du Tribunal des notions plus familières issues du droit de la guerre. La Loi n° 10 du Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne dévia pourtant de cette ligne d'interprétation en définissant le crime contre l'humanité comme les « atrocités et délits... commis contre toute population civile et les persécutions pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux... ». L'absence de lien avec la guerre ou un autre crime international fut d'ailleurs consacrée par la jurisprudence des Tribunaux d'occupation <sup>51</sup>. Néanmoins, il faut attendre près d'un demi-siècle pour que soit explicitement reconnue au niveau international l'émancipation des crimes contre l'humanité. Jusqu'à la jurisprudence du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, le droit international hésitera à ériger en incrimination autonome une telle notion. Nonobstant le maintien de la condition d'existence d'un conflit armé dans l'article 5 du STTPY, les juges ont étendu substantiellement le champs de la compétence matérielle du Tribunal par une interprétation jurisprudentielle très libre de cette disposition. Dans l'arrêt sur

<sup>49</sup> Voir en ce sens Y. JUROVICS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, LGDJ, Paris 2002, 235 s.

<sup>50</sup> *Ibid.*

<sup>51</sup> On peut notamment se référer au jugement dans le célèbre *Justice Case* du 4 décembre 1947, même si cette affaire ressortissait à une juridiction nationale.

les exceptions préliminaires dans l'affaire *Tadic*<sup>52</sup>, ils ont d'abord considéré qu'un « conflit armé existait chaque fois qu'il y avait recours à la force armée entre Etats, ou un conflit prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés, ou entre de tels groupes au sein d'un Etat », ce qui revenait à conclure à l'existence d'un conflit armé dans un nombre de situations largement supérieur à celui auquel on aboutissait en se référant au droit international humanitaire. Mais, prolongeant ce raisonnement à un autre stade procédural de la même affaire, les juges ont affirmé que « l'introduction de l'existence d'un conflit armé s'écarte de l'évolution de la doctrine après le Statut de Nuremberg, à commencer par la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, qui ne lie plus le concept de crimes contre l'humanité à un conflit armé »<sup>53</sup>.

Le prolongement logique et attendu de cette jurisprudence était de consacrer statutairement l'autonomie du crime contre l'humanité. L'article 3 du STTPR enregistre cette évolution et débarrasse la compétence matérielle du Tribunal pour le Rwanda de la condition d'existence d'un conflit armé pour les crimes contre l'humanité<sup>54</sup>. C'est un progrès qui marque une étape définitive du droit international pénal puisqu'il a depuis lors été entériné par le Statut de la Cour pénale internationale<sup>55</sup>, puis par celui de *la juridiction mixte pour le Sierra Leone*<sup>56</sup>.

En définitive, si la jurisprudence du TPIR se contente parfois de mettre en évidence certaines impasses du droit international pénal, elle reflète d'autres fois une audacieuse « lecture entre les lignes » du Statut. Qu'elle soit innovante ou au contraire prudente, la position adoptée par les juges constitue en tout cas un élément capital pour l'interprétation et la compréhension des critères de compétence du Tribunal. Elle atteste qu'en ce domaine aussi le procès international tend à devenir un lieu de production des normes pénales.

<sup>52</sup> TPYI, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Affaire *Tadic*, cit., par. 70.

<sup>53</sup> TPIY, Jugement, Affaire *Tadic*, IT-94-1-T, 7 mai 1997, par. 627.

<sup>54</sup> La jurisprudence du TPIR est constante à cet égard : V. notamment TPIR, Jugement, Affaire *Akayesu*, ICTR-96-4, 2 septembre 1998, par. 565, et TPIR, Jugement, Affaire *Bagilishema*, ICTR-95-1A-T, 18 juin 2000, par. 74.

<sup>55</sup> Aux termes de l'article 7 STCPI, « on entend par crime contre l'humanité l'un quelconque des actes ci-après lorsqu'il est commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre toute population civile et en connaissance de cette attaque... ».

<sup>56</sup> Article 2 du Statut du Tribunal spécial pour le Sierra Leone, cit.

# LE CHAMP DES CONFLITS: RÉFLEXIONS AUTOUR DE LA COMPÉTENCE *RATIONE LOCI* DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX

GABRIELE DELLA MORTE

SOMMAIRE: 1. Introduction. — 2. La compétence territoriale (*originaire*) des Tribunaux nationaux. — 3. La compétence territoriale (*adjoinde*) des Tribunaux internationaux. — 4. Le caractère *superposé* des compétences territoriales. — 5. Conclusion.

1. — L'approche suivie dans l'examen de la compétence *ratione loci* des Tribunaux pénaux internationaux est souvent descriptive et se limite à l'identification du domaine spatial de l'action de ces institutions à travers un renvoi aux frontières nationales. Dans le cas du TPIY et du TPIR, ce renvoi s'étend respectivement au territoire de l'ancienne République fédérale socialiste de Yougoslavie<sup>1</sup>, et aux territoires du Rwanda et des États voisins<sup>2</sup>. Les seuls doutes qui peuvent apparaître à ce niveau sont ceux relatifs à la délimitation exacte des frontières politiques de l'État concerné. C'est, par exemple, sur cette base qu'a été remis le premier acte d'accusation contre *Milosevic* pour les crimes accomplis au Kosovo<sup>3</sup>: en ayant constaté l'appartenance de cette Province autonome au *territoire de l'ex-Yougoslavie*, il a été possible d'exercer des poursuites pour des violations accomplies cinq ans après l'institution du Tribunal.

Une approche complémentaire sur la question de l'élément spatial des juridictions pénales internationales implique une réflexion autour de l'absence d'un territoire originaire sur lequel exercer une compétence exclusive. En fait, *les Tribunaux pénaux internationaux sont des juridictions particulières*

<sup>1</sup> « ... y compris son espace terrestre, son espace aérien et ses eaux territoriales », cf. art. 8 du STPIY.

<sup>2</sup> Pourvu que ces violations soient « ... commises par des citoyens rwandais », cf. art. 7 du STPIR.

<sup>3</sup> Cf. Acte d'accusation initial, *Le Procureur c. Milosevic*, IT-02-54, 24 mai 1999. Il faut aussi souligner que la compétence temporelle du TPIY est délimitée seulement rétroactivement (*ergo* seulement à travers l'indication du *dies ex quo* sans établir le *dies ad quem*, comme dans le cas du TPIR).

res, qui exercent leur compétence sur un territoire déjà soumis à la compétence des cours internes. Dans cette perspective, *ils se configurent comme des juridictions adjointes, superposées à celles des États*, avec lesquelles ils sont obligés d'établir des règles pour éviter les conflits positifs de compétence.

2. — Notre examen peut être envisagé à partir de l'arrêt fondamental, relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence rendu par la Chambre d'appel présidée par le juge Cassese au cours de l'affaire *Tadic* <sup>4</sup>. Il s'agit d'une décision devenue justement célèbre, puisque, pour la première fois, le Tribunal international s'est interrogé sur son propre fondement. C'est dans ce cadre que les juges d'appel ont affirmé le principe de la compétence sur leur propre compétence (en donnant une *interprétation authentique* de la question de la légalité et de la légitimité de leur institution). La Chambre de première instance s'était barricadée derrière l'absence du *locus standi* de l'accusé à soulever ce type d'exception (et derrière sa propre inaptitude à évaluer le choix du Conseil de Sécurité) <sup>5</sup>. C'est donc grâce aux juges de la Chambre d'appel que s'ouvre une réflexion profonde sur l'essence intime de cette juridiction (et cela même au prix de quelques contestations; dans ce sens, le paradoxe selon lequel: si la chambre avait déclaré sa propre incompétence sur la base du principe *Kompetenz-Kompetenz*, la décision aurait-elle été valable?).

Parmi les trois motifs d'appel examinés dans cette affaire, c'est le second qui se rapproche le plus de l'objet de notre étude: il s'agit de l'exercice abusif de la primauté du Tribunal international sur les juridictions nationales compétentes. Avec cette exception, l'accusé contestait, devant le Tribunal international, la violation de la compétence nationale des États, et donc de leur souveraineté, et encore de son droit à être jugé par des juridictions internes (*jus de non evocando*).

On peut se poser le problème des implications de l'absence d'un territoire originaire des Tribunaux *ad hoc* par la question suivante: quelles sont les juridictions normalement compétentes pour connaître des crimes internationaux <sup>6</sup>?

<sup>4</sup> Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Le Procureur c. Tadic*, IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995. Parmi les commentaires rédigés sur cet arrêt, voir M. SASSOLI, La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: *Tadic* (compétence), *RgdIntP*, n. 1, 1996, 101-134; C. WARBRICK - P. ROWE, The International Criminal Tribunal for Yugoslavia: The Decision of the Appeals Chamber on the interlocutory Appeal on Jurisdiction in the *Tadic* Case, *IntCLQ*, n. 3, 1996, 691-701.

<sup>5</sup> Décision, *Le Procureur c. Tadic*, IT-94-1-T, *Chambre de première instance*, 10 août 1995.

<sup>6</sup> « S'agissant de 'crimes internationaux' entendus au double sens, formel (d'infraction

Tout d'abord, il faut souligner que le concept de compétence (dans le sens de *jurisdiction*, en anglais) assume une pluralité de significations selon le contexte de référence. D'où la nécessité « d'adapter le concept en le relativisant au cadre normatif et idéologique des ordres juridiques particuliers dans leur moment historique »<sup>7</sup>. Si ce concept est généralement interprété en droit interne comme « the power or authority of a court to take cognizance of matters put before it and to decide such matters »<sup>8</sup>, les questions qui se posent au niveau international sont plutôt relatives à la relation entre compétence et souveraineté (c'est-à-dire *jurisdiction* comme « an aspect or ingredient or a consequence of sovereignty »<sup>9</sup>). Le problème devient alors le suivant: « Jurisdiction which, in principle, belongs solely to the State, is limited by rules of international law »<sup>10</sup>.

La doctrine de *common law* pratique certaines distinctions à l'intérieur de ce principe, entre *prescriptive* ou *legislative jurisdiction*, d'une part, et *enforcement* ou *prerogative jurisdiction*, d'autre part (qui concernent, respectivement, le pouvoir de créer des normes ou celui de les faire appliquer - éventuellement par des moyens coercitifs)<sup>11</sup>. Le premier de ces pouvoirs apparaît comme illimité, qu'il soit assimilé ou non au concept de souveraineté<sup>12</sup>, le deuxième, en revanche, semble borné, circonscrit en particulier dans les confins territoriaux de l'État.

établie par une norme internationale) et matériel (d'infraction portant atteinte à l'ordre public de la société internationale) ». M. DELMAS-MARTY, Avant propos, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002, 1.

<sup>7</sup> Dans ce sens, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padoue 1975, 459, cité par A. A. DALIA - G. PIERO, *Giurisdizione penale*, EGT, 8.

<sup>8</sup> D. M. WALKER, *Jurisdiction*, *The Oxford Companion to Law*, Oxford 1980. A. M. DE LA MUELA souligne, à cet égard, que « certaines précisions terminologiques s'avèrent nécessaires. Tandis qu'en anglais le terme *jurisdiction* comprend toutes les compétences de l'État et de chacun de ses organes (d'où la définition du professeur O'Connell, « *jurisdiction* » is the power of a sovereign to affect the rights of persons, whether by legislation, by executive decree or by judgement of a Court » - in *International Law*, II, 2<sup>ème</sup> éd., Londres 1970, 399), le même mot, en français, et ses équivalents (*giurisdizione*, *jurisdicción*, *Gerichtsbarkheit*) dans d'autres langues continentales européennes ont une signification limitée à l'exercice de la fonction judiciaire ». Id., *Compétence territoriale et litiges à l'élément territorial*, in *Rc*, I, 1972, 15.

<sup>9</sup> F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction Revisited After Twenty Years*, *Rc*, 2, 1984, 20.

<sup>10</sup> CPII, *Nationality Decrees in Tunis and Marocco*, Série B, n. 4 (1921), 23-24.

<sup>11</sup> Pour une première approche de cette question, incluant des indications bibliographiques, cf. I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford 1998, 301.

<sup>12</sup> Dans le premier cours que F.A. MANN a tenu à l'Académie de La Haye sur ces problématiques, l'auteur affirmait: « Legislative jurisdiction should be clearly distinguished

Dans le domaine du droit pénal, cette distinction est facilement intelligible. Un État a le pouvoir d'adopter — sur la base de la *prescriptive jurisdiction* — des dispositions qui donnent aux juges la faculté d'exercer leur pouvoir vis-à-vis de crimes accomplis sur un territoire étranger, même en l'absence de tout critère personnel (c'est-à-dire sans qu'aucun national ne soit engagé comme auteur ou comme victime <sup>13</sup>). La présence de l'accusé à l'intérieur du territoire de l'État en question représente, par contre, une condition nécessaire à l'accomplissement de l'action pénale (dans le sens d'*enforcement jurisdiction*).

*Mutatis mutandis*, une distinction semblable est soulevée aujourd'hui dans le débat autour de la possibilité de prévoir une compétence universelle pour les tribunaux internes. Parmi les partisans de cette dernière possibilité, on distingue notamment ceux qui sont pour une compétence universelle absolue, et ceux qui soutiennent une compétence soumise à la présence de l'accusé sur le territoire de l'État qui exerce l'action pénale (*forum deprehensionis*) <sup>14</sup>. La valeur de ce débat n'est pas sans conséquences pratiques: si la première possibilité permet aux États d'exercer leur compétence sur les crimes internationaux dans tous les cas (et donc, pour les systèmes qui le prévoient, même par contumace), il faut aussi évaluer les risques liés à une justice dotée d'un aussi large champ d'action <sup>15</sup>.

from sovereignty. The doctrine of legislative jurisdiction answer the question whether and in what circumstances a State has the right of regulation. If, and insofar, the right exists, it is exercised by the State in virtue of his sovereignty. It is the same as that between public international law and municipal law in general; the former is the higher law which decides upon the rightful existence of a power, the latter is the subordinate instrument whereby the State as sovereignty gives effect to the power allowed to do it », F.A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Rc*, I, 1964, 15-16.

<sup>13</sup> C'est ce qui est dit, par exemple, dans l'art. 7 de la loi de la Belgique du 16 juin 1993 (modifiée par la loi du 10 février 1999).

<sup>14</sup> Voir notamment les points de vue de A. CASSESE (favorable à une compétence conditionnée) et du groupe de Princeton (composé par C. Bassiouni - L.C. Blakesley et autres, qui soutient, en revanche, une compétence 'presque' absolue). Cf., respectivement, Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. Cassese - M. Delmas-Marty, PUF, Paris 2002, 22-26; *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, New Jersey 2001. Ces derniers sont téléchargeables à partir du site: <http://www.princeton.edu/lapa/>.

<sup>15</sup> À l'occasion du procès en Belgique contre quatre citoyens rwandais pour des faits accomplis dans l'État africain, le professeur Rigaux avait déclaré: « Le fait que le procès ait été tenu dans le territoire de l'ancienne puissance colonisatrice du Rwanda augmente mes perplexités ...Qu'est-ce que dirait l'opinion publique européenne si ses citoyens avaient été jugés par un tribunal africain? ». En ce sens, un bref entretien paru dans *Fondazione Internazionale Lelio Basso*, n. 3, 2001, 10. Il s'agissait du procès mieux connu sous le nom de *Butare Four*, dans lequel le *forum deprehensionis* a été en tout cas respecté.

Au-delà de la question de la compétence universelle, les questions qui se posent sur ce plan sont, tout d'abord, celles relatives à la détermination des critères qui permettent l'exercice de l'action pénale <sup>16</sup>.

Tout en tenant compte du principe fondamental affirmé au cours de l'affaire *Lotus* (c'est-à-dire que tout ce qui n'est pas expressément interdit par le droit international en la matière est implicitement permis) <sup>17</sup>, on peut observer que la règle générale pour l'attribution du pouvoir de punir aux juges internes est celle de la *territorialité*, selon laquelle chaque État est compétent pour les crimes accomplis sur son territoire. Cette règle est souvent accompagnée par d'autres critères, tels que celui de la personnalité (active ou passive, qui autorisent les juges à juger, respectivement, les crimes accomplis par des nationaux ou contre des nationaux à l'étranger) ou celui du critère réel, qui se rapporte aux intérêts fondamentaux de l'État. Des règles particulières sont encore établies par le droit international conventionnel <sup>18</sup>. Ce dernier peut établir une obligation, une permission ou une interdiction d'agir, selon les cas (les Conventions de Genève de 1949, par exemple, prévoient pour tous les États une obligation de *aut dedere aut iudicare* dans le cas d'accomplissement d'infractions graves).

S'il est possible de constater, d'une manière générale, que « le degré d'universalité que chaque État reconnaît à sa propre loi pénale est, en dernière instance, proportionnelle au degré d'universalité de l'atteinte » <sup>19</sup>, les combinaisons parmi les critères ci-dessus indiqués sont nombreuses et peuvent être ordonnées selon des classifications diverses. Relativement à notre examen, il est intéressant d'observer que toute sorte de classification relative aux critères de compétence doit prendre en compte l'élément territorial, de manière directe ou indirecte (et cela aussi dans le cas de compétence absolue, où il faut tenir compte de la primauté du for territorial). Comme on avait déjà observé à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle: « Tous les auteurs

<sup>16</sup> « In order to be entitled to assume legislative jurisdiction there must exist a close connection in an international sense between the person, fact or event and the State imposing criminal liability in regard to them. And the real problem of international law is to define the circumstances in which, according to the practice of the States, the connection is sufficiently close ». F. A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, cit., 83.

<sup>17</sup> CIIJ, *affaire du Lotus: France c. Turquie*, Série A, n. 10, 1927.

<sup>18</sup> Les règles de droit international conventionnel sur la compétence, pour ainsi dire, *ordinaire* des États en matière de crimes internationaux sont assez désarticulées et éparpillées dans une pléthore de conventions diverses. Voir, sur ce point, P. GAETA, *Les règles internationales sur les critères de compétence des juges internationaux*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., 191-213.

<sup>19</sup> G. VASSALLI, *Prolusione letta il 31 gennaio 1946 dalla cattedra di diritto penale dell'Università di Genova*, in *La giustizia penale internazionale*, Milan 1995, 40.

sont d'accord pour admettre que les délits commis sur le territoire sont soumis à l'empire absolu de la loi pénale, qui est appliquée indistinctement aussi bien dans le cas où l'auteur du délit est un national que dans le cas où l'auteur est étranger ... Les divergences des opinions commencent à apparaître lorsqu'il s'agit de décider dans quel sens la loi pénale doit être considérée comme exclusivement territoriale »<sup>20</sup>.

Puisque le principe territorial est sans doute reconnu par le droit international et représente une base légitime de compétence pour chaque État, on peut en déduire que les exceptions de *Tadic* sur les violations de la souveraineté et du *ius de non evocando* se rapportaient tout d'abord à celui-ci. L'accusé invoquait son droit à être jugé par les autorités originaires compétentes. C'est-à-dire par les juges et selon la loi du territoire où les faits avaient été accomplis.

3. — Après avoir examiné la valeur du territoire dans le cadre de l'attribution de la compétence pénale des cours nationales, il reste à voir la place de ce critère dans le cadre des Tribunaux pénaux internationaux.

Lors des travaux préparatoires du premier Tribunal *ad hoc* (celui pour l'ex-Yougoslavie), la question de la compétence *ratione loci* n'a pas soulevé de problèmes particuliers: le conflit yougoslave étant en cours, il a semblé naturel de délimiter le champ d'application territorial du TPIY aux seules frontières de l'État yougoslave<sup>21</sup>. En ce qui concerne le TPIR, l'élargissement de la compétence *ratione loci* de ce dernier aux territoires des États voisins (pourvu que les crimes aient été commis par des citoyens rwandais) s'explique en raison de la différente localisation des massacres rwandais<sup>22</sup>.

Quoique ces solutions ne furent pas à l'origine de discussions, le fait de délimiter le pouvoir de punir des Tribunaux internationaux à travers le renvoi aux seules frontières politiques de l'État — sans référence aux critères personnels, au moins dans le cas du TPIY — n'a pas de précédents ni de

<sup>20</sup> P. FIORE, *Traité de droit pénal international et de l'extradition*, Paris 1880, xii.

<sup>21</sup> Pour un examen des travaux préparatoires qui ont mené à l'établissement du TPIY, voir C. BASSIOUNI - P. MANIKAS, *The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, New York 1996; *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2<sup>ème</sup> éd., sous la direction de J. JONES, Transnational Publishers, New York 2000, *An insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia – A Documentary History and Analysis*. I, sous la direction de V. MORRIS - M.P. SCHARF, Transnational Publishers, New York 1995.

<sup>22</sup> Sur l'établissement du TPIR, cf. P. AKHAVAN, *The International Criminal Tribunal for Rwanda: The Politics and Pragmatics of Punishment*, *AmJIntL*, n. 3, 1996; M. MUBIALA, *Le Tribunal international pour le Rwanda: vrai ou fausse copie du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie?*, *RGDIIntP*, n. 4, 1995, 929-954; V. MORRIS - M. SCHARF, *The International Criminal Tribunal for Rwanda*, New York 1998.

successeurs (à l'exception de Tribunaux mixtes, comme la Cour spéciale pour la Sierra Leone, et de tribunaux internes assistés par la communauté internationale, comme dans le cas du Timor Oriental).

Le Tribunal militaire de Nuremberg, par exemple, adopta un critère spéculaire, qui envisageait les plus importants criminels de guerre « *dont les crimes sont sans localisation géographique précise* »<sup>23</sup>. Dans ce cas, la (dé)localisation du crime représentait la justification même de la compétence internationale et non (ou non seulement) le champ d'application de la disposition pénale. La Charte du Tribunal de Tokyo, à son tour, renvoyait aussi bien au « *punishment of the major war criminals in the Far East* » (art. 1), qu'au « *power to try and punish Far Eastern war criminals* » (art. 5): le critère de la territorialité se mélange, dans ce dernier cas, à celui de la personnalité active (c'est-à-dire de la nationalité de l'auteur du crime).

Le Statut de Rome, enfin, prévoit un système flexible. Ce dernier est caractérisé par une compétence basée sur la nationalité de l'auteur ou sur la localisation du crime, au cas où l'exercice de l'action pénale est requis par un État qui a ratifié le Statut ou par le Procureur agissant *ex officio*; et par une compétence de type universel, au cas où l'action pénale est demandée par le Conseil de Sécurité sur la base d'une Résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. D'autres critères avaient été envisagés lors de la Conférence de Rome pour l'établissement de la Cour. Notamment, la prévision du critère de la *personnalité passive*, grâce auquel l'activation du Procureur sans intervention du Conseil de Sécurité aurait aussi été possible dans le cas où une victime était citoyenne d'un pays qui avait ratifié le Statut de Rome. Malgré le grand soutien reçu par cette proposition, elle a été abandonnée pendant la phase finale des négociations. Ce qui limite fortement la capacité d'action du Procureur agissant *motu proprio* ou sur renvoi d'un État partie<sup>24</sup>.

En conclusion, on peut constater que le critère territorial joue également un rôle fondamental dans la délimitation de la compétence pénale dans le cadre des Tribunaux internationaux. Bien qu'il s'agisse d'une compétence *adjointe*, c'est-à-dire *non originaire*, elle représente la base exclusive ou presque exclusive (avec le critère de la personnalité active) de l'attribution du pouvoir de punir.

<sup>23</sup> Cf. *Accords de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre*.

<sup>24</sup> Sur ce point en particulier, et plus en général sur la délimitation de la compétence selon le StCPI, voir G. DELLA MORTE, *Les frontières de la compétence de la Cour pénale internationale: observations critiques*, *RIIntDP*, 73, n. 1-2, 2002, 23-57.

4. — La compétence pénale d'un État, à moins qu'il y ait une obligation, permission ou interdiction de la part du droit international, représente un corollaire naturel de la souveraineté. « The scope of a State's jurisdiction within its own territory and over its own subject is unlimited. No theory of jurisdiction is needed to establish this provision [and] *it's only when there is some foreign element* [comme, par exemple, dans le cas d'un crime commis à l'étranger], *the problem of international jurisdiction makes its appearance* »<sup>25</sup>.

La question est que, *dans le cadre des juridictions internationales, ce « foreign element » est omniprésent*. Comme on l'avait déjà remarqué, les Tribunaux pénaux internationaux n'ont aucun territoire originaire sur lesquels les crimes peuvent s'accomplir et, de la même manière, ils n'ont aucune liaison de citoyenneté ni avec les auteurs, ni avec les victimes. Pour cette raison, ces juridictions sont *superposées* à celles de l'État. Pour la même raison, il est indispensable d'établir un modèle de relation entre eux: d'un point de vue spatial, l'identité territoriale comporte un conflit potentiel de compétence avec les juridictions internes qui a besoin d'être réglé.

Les indications concernant le lieu et la date de commission du crime sont pourtant insuffisantes pour délimiter le pouvoir de punir des institutions pénales internationales. À côté des critères *ordinaires* d'attribution de la compétence, il faut aussi considérer les modèles de relations que ces juridictions entretiennent avec les cours nationales. C'est la raison pour laquelle, quand on parle de la compétence du Procureur du TPIY, on dit, par exemple: « C'est une compétence qui couvre les crimes de génocide et autres accomplis par un individu sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1991 *et il s'agit d'une compétence concurrente* ». Cette dernière partie de l'assertion semblerait sans doute superflue si on parlait d'un tribunal interne.

Les questions qui se posent ici sont celles relatives à l'identification de critères supplémentaires: c'est-à-dire à l'ensemble des règles mises en place pour régir les relations entre les juridictions internationales et les tribunaux internes.

Dans le cas des Tribunaux *ad hoc*, ces règles sont inscrites dans leurs Statuts, qui prévoient une sorte de primauté soit explicite, soit implicite sur les juridictions nationales. L'article 9 du STTPIY (8 STTPIR) affirme explicitement que « le Tribunal international a la primauté sur les juridictions nationales ». Pour cette raison, « à tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions nationales de se dessaisir en sa faveur conformément au présent Statut et à son Règlement ». La même primauté est implicitement contenue dans l'article suivant, dédié au principe

<sup>25</sup> F. A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction*, cit., 14.

*non bis in idem* (qui représente une application, une articulation du système de relation entre les juridictions internationales et internes). Selon cette dernière disposition, si une juridiction interne ne peut jamais juger un individu pour des faits pour lesquels il a été déjà été jugé par le Tribunal international, le contraire n'est pas toujours valable. En particulier, un nouveau jugement du Tribunal international est possible dans le cas où certaines conditions substantielles (le fait pour lequel il a été jugé était qualifié de crime de droit commun) ou procédurales (essentiellement des violations des règles du procès équitable) se vérifient. Pour comprendre clairement la délimitation de la compétence des Tribunaux *ad hoc*, on ne peut pas faire abstraction de ces dispositions.

5. — L'absence d'un territoire originaire sur lequel exercer une compétence exclusive est, à notre sens, un élément paradigmatique du droit international pénal. Le territoire de l'État, auquel ces Tribunaux internationaux renvoient, se présente, dans ce cadre, comme un *champ de conflits en double sens*. C'est non seulement l'espace physique, le champ de bataille où les crimes s'accomplissent, mais c'est aussi le cadre des conflits entre la compétence de l'État et des juridictions internationales. Pour cette raison, nous soulignons le besoin d'une approche complexe dans l'étude de la compétence des Tribunaux pénaux internationaux. Au delà de l'examen de critères d'attribution ordinaire de la compétence pénale (comme celui territoriale), il faut aussi analyser les relations entre les juridictions internationales et les cours internes. Du fait du caractère non exclusif, ou superposé, de la compétence des Tribunaux internationaux, il n'y a pas d'autres moyens pour évaluer l'ampleur de leur pouvoir d'action.

L'analyse que nous avons présentée jusqu'ici concerne la nécessité de se rapporter à des critères supplémentaires (concurrence, primauté, *non bis in idem*, etc.) qui ont pour but d'éviter des conflits de compétence entre les juridictions concernées. A cet égard, une réflexion s'impose: plus qu'un simple conflit de compétence, il s'agit de *conflits de compétence positifs*, c'est-à-dire de conflits entre plusieurs juridictions déterminées à exercer une action pénale pour un crime international commis par un individu. Cet examen ne concerne pas les *conflits de type négatif*, qui se manifestent dans les hypothèses où aucune juridiction ne se charge d'un de ces crimes. À cet égard, on dit souvent que les Tribunaux pénaux internationaux forment un obstacle insurmontable à toute hypothèse d'impunité. Ce n'est pas totalement vrai. *Quid iuris*, par exemple, si les juridictions de l'État, qui « exerceraient normalement la compétence »<sup>26</sup> sur un crime, n'agissent pas et le

<sup>26</sup> C'est l'expression de l'art. 18 StCPI.

Procureur international non plus (même pour une raison banale, comme dans l'hypothèse d'absence de moyens suffisants vis-à-vis du volume des crimes accomplis)? La fonction des Tribunaux pénaux internationaux se limite, dans ce dernier cas, à la seule possibilité de constater des conflits de ce type. C'est-à-dire à l'institution d'un système de garanties qui permet la dénonciation de l'inertie des États dans la répression des graves violations accomplies dans leur territoire.

L'élargissement de la compétence ordinaire des États sur les crimes internationaux représente une bonne réponse dans ce cadre. Bien que, dans ces hypothèses, la distinction entre Tribunal et tribune peut devenir évanescence, la compétence universelle se pose entre les juridictions internationales et les juridictions internes <sup>27</sup>.

Sans envisager des problèmes qui nous dépassent (si l'expérience de ces institutions peut contribuer à la compréhension des relations entre compétence, souveraineté et territoire), il nous semble que l'on peut avancer quelques observations finales.

Du point de vue territorial, les Tribunaux pénaux internationaux se présentent comme des institutions *adjointes* à celles, *originaires*, des États. Afin de résoudre les conflits potentiels de compétence, on a prévu un système de règles qui — au-delà du mécanisme spécifique — garantit une sorte de primauté à l'institution internationale (qui se fonde sur le consensus direct des États ou bien sur celui des organisations internationales). Dans cette perspective, la formation du droit international pénal pourrait se lire comme un travail progressif de *dé-territorialisation* du droit pénal, auquel correspond un lent processus de *dépérissement*, voire d'érosion, de la souveraineté des États (s'établissant avec leur consentement propre). Ce dépassement, *rectius*, limitation de la souveraineté à travers un acte souverain, est le grand défi du droit international pénal, qui oscille précisément entre son origine étatique et ses aspirations universelles <sup>28</sup>.

La *frontière* de la souveraineté étatique semblerait ainsi passer « du large espace stérile à la ligne sans épaisseur » <sup>29</sup>. Mais cette transformation est en réalité bien plus tortueuse et complexe. Comme il a été clairement considéré

<sup>27</sup> Dans ce sens, A. CASSESE, cit., 18-21.

<sup>28</sup> En 1922, H. DONNEDIEU DE VABRES écrivait: « Aujourd'hui, le droit pénal international est un droit interne. Sans doute un jour viendra où, l'accord s'étant fait universel sur la répartition des compétences pénales, on devra lui reconnaître une nature différente ». H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'étude du droit pénal international – essai d'histoire et de critique sur la compétence criminelle dans les rapports avec l'étranger*, Paris 1922, 5.

<sup>29</sup> L. FEBVRE, *Frontière*, *Bulletin de la Revue de Synthèse Historique*, n° 5, 1928, 37 (cette étude fait partie des travaux réalisés par le *Centre international de Synthèse* à Paris durant la période 1925-1945, dans le but de réaliser un dictionnaire critique pour les historiens).

par l'ancien procureur commun aux deux Tribunaux *ad hoc*: « Pour les juristes qui observent de très près ces laboratoires judiciaires créés par le Conseil de Sécurité que sont les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, les obstacles qui sont les plus évidents ne sont ni les seuls ni nécessairement les plus difficiles à maîtriser. Conceptuellement, le droit pénal international est à la croisée de deux ordres juridiques fondamentalement différents sur le plan intellectuel: le droit international public et le droit pénal. Le premier est souvent marqué par des impératifs politiques. C'est un droit profondément consensuel et qui préfère le principe à la règle; c'est en fait un droit respectueux de l'État et de sa souveraineté. Le second, le droit pénal, relève d'un ordre juridique rigoureux, coercitif et répressif. Il manifeste souvent une méfiance à l'égard des abus potentiels de pouvoir, y compris de l'abus de pouvoir par l'État. »<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> L. ARBOUR, Le Droit et la justice: la contribution de la justice pénale internationale, *Les Cahiers de droit*, 42, n. 3, 2001, 907.

## LA FAISABILITÉ DE LA RÈGLE DE LA COMPÉTENCE UNIVERSELLE

DAMIEN VANDERMEERSCH \*

SOMMAIRE: 1. La Genèse des lois belges: réflexions sur la légalité et la dynamique d'extension de la compétence extraterritoriale des juridictions belges. — A. Les lois du 16 juin 1993 et du 19 février 1999: une extension volontaire de la compétence extraterritoriale de la justice belge? — 1. La compétence universelle obligatoire. — 2. La compétence universelle sur base volontaire. — B. La légalité de la règle de la compétence universelle. — 1. Jurisprudence de la Cour Internationale de Justice. — 2. Droit international conventionnel. 2. Examen des difficultés rencontrées dans la mise en oeuvre de la compétence universelle. — A. Problèmes endogènes au fonctionnement de la justice belge en matière de compétence universelle. — B. Poursuivre: une faculté et non une obligation? — C. Le problème de la présence de l'inculpé: pour une distinction des différentes étapes de la procédure. — D. L'insatisfaisant bilan de l'extradition. — E. En dépit de la jurisprudence récente de la CIJ, les problèmes liés à l'immunité demeurent. — F. Les conflits de compétence entre les différents « juges de l'extraterritorial ». — 3. Evaluation corollaire: la modestie de la compétence universelle. — A. L'ampleur des faits. — B. Les victimes. — C. L'extraterritorialité. — D. L'égalité face à l'action de la justice. — E. « Justice du Nord contre le Sud? Justice du fort contre le faible? ». — 4. Conclusion.

Alors que la controverse est de plus en plus virulente en Belgique et que les commentateurs extérieurs eux aussi scrutent avec attention la justice belge, l'arrêt de la Cour internationale de Justice rendu le 14 février 2002 dans l'affaire *Yerodia* est venu relancer le débat, voire la confusion. Tout en refusant de se prononcer sur la légalité de la compétence universelle, elle a donné un coup d'arrêt à la dynamique lancée par l'affaire *Pinochet* en réaffirmant l'immunité des représentants des Etats.

Face aux critiques et aux difficultés relatives à la mise en oeuvre du principe de compétence universelle, le pouvoir politique est placé devant ses propres responsabilités, celles de déterminer l'étendue de la mission dont il veut investir le juge national. La Belgique est un pays où la justice a eu à traiter certaines

\* Cette contribution a été rédigée avec la collaboration de Sébastien LORION, participant à la *Law Clinic en droit pénal international de Paris* pendant l'année 2001-2002, chargé d'enseignement en droit public à l'Université de Bucarest.

causes en application du principe de l'universalité. Cette confrontation à la pratique doit nous aider à dégager les enjeux et les écueils de la compétence universelle en vue de son évaluation.

1. — La genèse des lois belges: Réflexions sur la légalité et la dynamique d'extension de la compétence extraterritoriale des juridictions belges

A. — D'entrée de jeu, il convient d'établir la distinction entre la compétence universelle obligatoire et la compétence universelle sur base volontaire. C'est en adaptant sa législation afin de se conformer à ses obligations conventionnelles que la Belgique a étendu le champ d'application de cette compétence au-delà de ces obligations.

1. — La compétence universelle est obligatoire en vertu de différentes conventions internationales. Les Conventions de Genève, la Convention contre le terrorisme, la Convention contre la torture, entre autres, prévoient et imposent aux Etats parties de reconnaître une telle compétence à leurs juridictions <sup>1</sup>. C'est principalement sur la base du principe *aut dedere aut judicare* (« soit extradier, soit poursuivre ») que cette compétence est organisée.

Deux exemples peuvent être cités ici.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 — Articles 5 et 7:

« Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des Etats visés au paragraphe 1er du présent article » (article 5.2.).

« L'Etat partie sur le territoire sous la juridiction duquel l'auteur présumé d'une infraction visée à l'article 4 est découvert, s'il n'extrade pas ce dernier, soumet l'affaire, dans les cas visés à l'article 5, à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale » (article 7.1.).

<sup>1</sup> Ces Conventions imposent notamment aux Etats de doter leurs juridictions d'une compétence universelle générale suivant le principe *aut dedere aut judicare*. L'Etat a alors obligation de légiférer pour organiser en droit interne la poursuite sur la base de la compétence universelle juridictionnelle. Une vive controverse s'est engagée sur la réalité de cette distinction, certains argumentant que les dispositions de ces conventions seraient *self-executing* en l'absence de lois nationales d'adaptation. Cette position est cependant plus contestée par les pénalistes (puisque'il s'agit d'organiser, à l'échelle interne, le procès pour un crime international) que par les internationalistes, et plus par les Etats (qui veulent garder leur souveraineté, surtout en ces matières lourdes de conséquences diplomatiques) que par les organisations de défense des droits de l'homme. La formulation des dispositions conventionnelles ne contient pas toujours le même degré d'obligation. Ainsi le texte de la Convention de Genève est plus strict puisqu'il impose aux autorités nationales l'exercice de poursuites effectives.

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne de 1949 — Article 49:

« Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant.

Chaque Partie contractante aura l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves, et elle devra les déférer à ses propres tribunaux, quelle que soit leur nationalité. Elle pourra aussi, si elle le préfère, et selon les conditions prévues par sa propre législation, les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite, pour autant que cette Partie contractante ait retenu contre lesdites personnes des charges suffisantes. »

Nonobstant ces obligations internationales, il n'y a eu que très peu d'applications de cette compétence universelle: quelques pays, dont la France, l'ont admise de manière limitée pour les crimes commis dans le cadre des conflits yougoslaves et rwandais; des poursuites sur le fondement de la compétence universelle ont été exercées en Allemagne, en Belgique, en Suisse...

Dans cette mise en conformité des dispositions nationales aux volontés étatiques exprimées dans les conventions portant compétence universelle, la loi belge est allée le plus loin. Non seulement la loi du 16 juin 1993 visait à adapter la législation belge aux obligations prévues par les Conventions de Genève, mais elle a étendu la compétence du juge belge aux conflits armés non internationaux, visés par le Deuxième Protocole additionnel aux Conventions, adopté en 1977. Une deuxième extension semblait prévue par la loi (mais ce point est controversé en Belgique aujourd'hui): pour l'ouverture des poursuites, la présence de la personne poursuivie sur le territoire belge n'est pas impérativement requise. C'est une « compétence universelle large », définie par une partie de la doctrine comme étant la compétence pénale d'une juridiction nationale qui s'étend en principe à des faits commis n'importe où dans le monde et par n'importe qui <sup>2</sup>.

2. — Une compétence universelle plus large « sur base volontaire » est également envisageable. Plusieurs conventions n'excluent pas de telles compétences sous la formule « La présente Convention n'écarte aucune compé-

<sup>2</sup> Définition retenue par G. DE LA PRADELLE, La compétence universelle, in *Droit International Pénal*, sous la direction de H. ASCENSIO - E. DECAUX - A. PELLET, Pedone, Paris 2000, chapitre 74.

tence pénale exercée conformément aux lois nationales »<sup>3</sup>. Plus généralement encore, le législateur pourrait conférer à ses juridictions des compétences extraterritoriales en dehors de toute obligation internationale et de manière unilatérale.

La loi du 19 février 1999 est un de ces cas de figure. La loi, votée à l'unanimité par le législateur belge, étend la compétence du juge belge pour connaître des crimes contre l'humanité ainsi que du génocide, quels que soient le lieu des faits, la nationalité de l'auteur présumé et celle des victimes. De surcroît, elle pose comme principe qu'aucune immunité n'est valide. Il est probable que cette loi ait été profondément influencée par l'affaire *Pinochet*.

Nous n'avons pas à nous prononcer sur les raisons ou autres motifs qui ont inspiré le législateur belge. La première version de la loi de 1993 reposait-elle sur une mauvaise compréhension des obligations conventionnelles internationales résultant de la ratification des Conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels, ou était-ce, au contraire, le signal d'une politique volontariste affirmée par le législateur belge en la matière? Cette législation était-elle une action vouée à être imitée ou une réaction aux obstacles à la lutte contre l'impunité? Enfin, était-ce une mesure posée avant tout sur le plan symbolique sans considération de sa mise en œuvre éventuelle?

La loi belge étant d'application dans sa version actuelle, trois problématiques nous semblent devoir être abordées ici:

— la question de la légalité d'une telle compétence au regard du droit international;

— les problèmes et les enjeux juridiques rencontrés par la pratique de la compétence universelle;

— partant, on en arrive à la question essentielle, qui n'est pas d'être 'pour' ou 'contre' la compétence universelle, mais de déterminer quelles responsabilités la société civile belge, à travers sa justice belge, peut et veut assumer.

B. — Lorsque la compétence universelle est obligatoire en vertu des conventions internationales, la réponse coule de source: elle ne peut qu'être légitime.

Mais que faut-il penser de l'extension de compétence décrétée par un Etat de façon unilatérale et sur base volontaire?

1. — L'arrêt de la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Yerodia*, aurait pu fournir une réponse quant à la légalité éventuelle de la compétence universelle exercée par la Belgique, mais elle a choisi de ne pas se prononcer

<sup>3</sup> Voir, à ce propos, l'article 5.3 de la Convention contre la torture.

sur cette question logiquement prioritaire au profit d'une autre question, celle de l'immunité, qui avait pourtant perdu de son actualité. En effet, au moment des faits, l'accusé n'exerçait pas de fonction officielle lui conférant l'immunité, et il ne l'exerçait plus au moment où la Cour a été appelée à trancher la question <sup>4</sup>.

Sans doute il en allait d'une stratégie institutionnelle de la part de la Cour selon laquelle il était plus aisé pour elle de se prononcer sur une question dont la réponse faisait davantage l'unanimité, que sur un sujet où l'hétérogénéité des points de vues aurait été un facteur de division de la Cour <sup>5</sup>. Il y avait en quelque sorte une nécessité d'attendre pour que cette question puisse mûrir en vue de tenter de dégager un plus grand consensus parmi ses membres. On peut cependant conclure qu'à ce jour, la CIJ n'a pas censuré la compétence universelle au stade actuel, alors qu'elle en avait reçu l'occasion.

2. — Au sein du droit international conventionnel, se dégage une tendance à reconnaître des chefs de compétences de plus en plus larges aux juridictions tant nationales qu'internationales.

La disposition la plus exemplaire en la matière est l'article 5 de la Convention de 1984 contre la torture, qui prévoit une multiplicité de critères de compétence:

« 1. Tout Etat partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des infractions visées à l'article 4 dans les cas suivants:

a) Quand l'infraction a été commise sur tout territoire sous la juridiction dudit Etat ou à bord d'aéronefs ou de navires immatriculés dans cet Etat;

b) Quand l'auteur présumé de l'infraction est un ressortissant dudit Etat;

c) Quand la victime est un ressortissant dudit Etat et que ce dernier le juge approprié.

2. Tout Etat partie prend également les mesures nécessaires pour établir

<sup>4</sup> C.I.P.J., 14 février 2002, <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoCKET/cCOBE/ccobejudgment/ccobe-cjudgment-20020214.PDF>, par. 45 et 46. La Cour justifie sa position en se basant sur le dernier état des conclusions du Congo qui n'invoquait plus ce moyen. Ce choix a été critiqué par plusieurs juges dans leurs opinions individuelles.

<sup>5</sup> Dans leurs opinions individuelles, les membres de la Cour sont apparus fort partagés: le Président GUILLAUME, les juges REZEK et RANJEVA et le juge *ad hoc* BULA-BULA mettent gravement en doute la légitimité d'une compétence universelle absolue au regard du droit international, tandis que les Juges HIGGINS, KOOIJMANS, BUERGENTHAL et KOROMA et le juge *ad hoc* VAN DEN WYNGAERT se déclarent partisans de la légitimité d'une telle compétence universelle.

sa compétence aux fins de connaître desdites infractions dans le cas où l'auteur présumé de celles-ci se trouve sur tout territoire sous sa juridiction et où ledit Etat ne l'extrade pas conformément à l'article 8 vers l'un des Etats visés au paragraphe 1 du présent article.

3. La présente Convention n'écarte aucune compétence pénale exercée conformément aux lois nationales ».

Cependant, on ne peut que souligner le manque d'application pratique de telles dispositions conventionnelles. Le décalage entre la théorie et la pratique en matière de droit international pénal (et de droit pénal international) est patent: au regard du nombre de crimes de ce type commis par delà le monde, le nombre de procès est sans commune mesure, particulièrement en ce qui concerne les dirigeants ou ex-dirigeants soupçonnés d'être les grands responsables de ces crimes. Il est probable qu'à l'instar des Tribunaux pour ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, la Cour pénale internationale n'échappera pas à ce constat.

Ce pessimisme se fonde sur l'analyse détaillée des obstacles, difficultés ou encore incohérences rencontrés dans la mise en œuvre de la compétence universelle par le juge.

2. — Examen des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la compétence universelle.

A. — D'abord, la publicité donnée à la loi belge de compétence universelle a donné lieu à une multiplication de plaintes et de dossiers. Il y a environ une vingtaine de dossiers actuellement en cours d'instruction. En dehors des dossiers relatifs au génocide rwandais (cela concerne une dizaine de dossiers), seuls deux mandats d'arrêt international ont été émis. Le manque de moyens de la justice belge se confronte à l'ampleur de la tâche qu'on lui confie.

On ne peut pas plus nier les implications politiques ou diplomatiques que peut entraîner le dépôt de certaines plaintes. Certaines affaires portent en effet sur des personnalités internationales comme Ariel Sharon, Yasser Arafat, Fidel Castro, entre autres.

En raison de l'élément d'extraterritorialité et de l'importance des enjeux, le seuil d'exigence de l'administration de la preuve se révèle beaucoup plus élevé que pour les affaires « ordinaires ».

Ensuite, on ne peut s'affranchir d'une impression d'instrumentalisation de la justice, notamment par l'usage que font les avocats, secondés par les médias, de la compétence universelle. De façon caricaturale, il suffirait à des plaignants et à leurs avocats de porter plainte sans dossier réellement étayé, de faire une conférence de presse et d'obtenir ainsi une partie de ce qu'ils recherchaient: une couverture médiatique 'labellisée' par l'ouverture d'un dossier en justice. L'amalgame entre, d'une part, l'ouverture d'une enquête

et d'autre part, inculpation et émission d'un mandat d'arrêt international, est fréquent dans l'opinion publique, et ce en violation flagrante de la présomption d'innocence.

B. — Selon la loi belge, le ministère public n'a pas obligation d'engager des poursuites sur le fondement de la compétence universelle, à moins qu'il n'y ait application du principe *aut dedere aut judicare* ou constitution de partie civile.

Hormis la règle « soit extraditer, soit juger », les dispositions conventionnelles ne règlent pas la question de l'exercice concret des poursuites: le dernier mot revient au droit national. Dans les pays qui connaissent le système dit de la « légalité » des poursuites, la loi du *for* oblige, en principe, le ministère public à exercer l'action publique lorsque l'extradition n'est pas requise ou n'est pas accordée. Dans des pays comme la Belgique où règne le système dit de « l'opportunité » des poursuites, le ministère public est, en principe, libre d'exercer ou non les poursuites. Mais, en cas de refus d'extradition, le parquet est tenu, à notre sens, d'exercer les poursuites lorsqu'une convention internationale le prévoit, la responsabilité internationale de l'Etat pouvant être engagée suite à l'abstention du parquet. Dans des pays comme la France ou la Belgique, l'action des victimes par une constitution de partie civile peut court-circuiter la politique criminelle du ministère public en provoquant l'ouverture d'une instruction en l'absence de toute initiative de ce dernier.

C. — La Convention contre la torture prévoit l'ouverture de poursuites sur le seul fondement de la compétence personnelle passive, c'est-à-dire en présence uniquement de victimes sur le territoire de l'Etat où la plainte est déposée.

Pour l'application de la compétence universelle en matière de droit international humanitaire, la question est actuellement controversée en Belgique.

Mais que faut-il penser d'une procédure *in absentia*?

Si l'absence de l'inculpé durant le procès est attentatoire au respect des droits de la défense et apparaît peu compatible avec le principe du contradictoire, elle est davantage admissible dans la phase préliminaire d'enquête et de recherche des preuves.

L'enquête préalable et la collecte des éléments de preuves est d'ailleurs une nécessité avant de pouvoir se saisir de la personne de l'accusé et de le placer, le cas échéant, en détention provisoire. Cette phase préalable et secrète menée en l'absence de l'accusé est usuelle dans toute enquête d'envergne.

C'est pourquoi il serait souhaitable d'établir, en ce qui concerne l'exigence de la présence de l'inculpé, une distinction entre la phase préparatoire

du procès pénal et celle de jugement, la première pouvant utilement être menée *in absentia*, mais non la seconde.

D. — Le droit de l'extradition est de plus en plus formalisé et évolue vers une judiciarisation de la procédure d'extradition, où le pouvoir discrétionnaire de l'exécutif est de plus en plus limité. Il n'en reste pas moins que dans les faits l'extradition rencontre encore beaucoup d'obstacles.

Il existe des limites de fait, qui résultent de l'inertie ou même de la mauvaise volonté des autorités du pays requis. Les poursuites du chef de violations du droit international humanitaire mettent fréquemment en cause des dirigeants ou d'anciens dirigeants d'un Etat. Sur le plan strict de la diplomatie, une telle mise en cause sur la place publique est rarement souhaitable et souhaitée. L'exercice d'une compétence extraterritoriale peut être également ressenti par l'Etat du lieu des faits comme une ingérence dans ses affaires internes.

Suivant les législations nationales et l'état des conventions internationales en matière d'extradition, les limites de droits peuvent être de trois ordres.

En premier lieu, la législation de nombreux Etats prévoit l'interdiction d'extrader leurs propres nationaux (ce qui devrait conduire ces Etats à activer le principe de la personnalité active).

Ensuite, certains pays, comme la Belgique, subordonnent toute possibilité d'extradition à l'existence d'un traité d'extradition le liant avec l'Etat requérant.

Troisièmement, en matière de compétence extraterritoriale, le droit en vigueur de certains Etats exige comme condition de l'extradition que le juge du pays requis dispose de la même compétence extraterritoriale s'il était placé dans les mêmes conditions que le juge de l'Etat requérant.

En théorie, la règle « *aut dedere, aut iudicare* » devrait offrir une alternative au refus d'extrader. La demande d'extradition formulée par l'Etat requérant devrait s'accompagner d'un message clair aux autorités de l'Etat requis: « Si vous n'extradez pas, alors vous devez vous charger vous-mêmes des poursuites et du jugement de l'intéressé ». Cependant, sous réserve d'une affaire en matière de terrorisme, nous n'avons connaissance d'autre précédent où ce principe aurait été appliqué à une cause concrète <sup>6</sup>.

E. — Selon la version actuelle de la loi belge, l'immunité ne peut être invoquée en matière de crimes de droit international humanitaire. Cependant, l'arrêt rendu par de la Cour internationale de Justice en date du 14

<sup>6</sup> Le principe « *aut dedere, aut iudicare* » repris dans la Convention contre la torture aurait dû logiquement être invoqué vis-à-vis des autorités britanniques lors de l'examen de la demande d'extradition du général PINOCHET.

février 2002<sup>7</sup> est venu contredire cette règle en considérant qu'en vertu d'une règle coutumière de droit international les chefs d'Etat et les ministres des Affaires étrangères jouissaient d'une immunité totale de juridiction. A notre sens, cette règle s'applique à tous les représentants d'un Etat à qui une immunité totale de juridiction est reconnue (l'immunité des diplomates est garantie par les Conventions de Vienne de 1961 et 1963).

Ici les logiques judiciaire et diplomatique peuvent s'affronter. D'une part, le juge n'a pas à prendre en compte des considérations « diplomatiques » d'opportunité qui ne relèvent pas de la fonction de juger. Ces considérations relèvent de la compétence du Gouvernement qui est responsable des relations internationales. D'autre part, la communauté internationale recherche des relations équilibrées entre les Etats qui la composent dans le respect de la souveraineté de chacun, mais elle a également un intérêt juridique à ce que les crimes les plus graves ne restent pas impunis. Il y a lieu, à notre sens, de créer des mécanismes afin de tenter de pondérer les intérêts en présence.

L'internationalisation de certaines formes de justice pose de façon plus aiguë la question de la traduction, sur la scène internationale, du principe de la séparation des pouvoirs. Ce principe ne signifie pas uniquement l'indépendance des pouvoirs, mais également l'équilibre entre ces pouvoirs.

Devant les juridictions internationales, cette question ne soulève, en principe, pas de difficulté. Ces juridictions tirent leur légitimité d'instruments internationaux dont le contenu prime sur les législations nationales. La règle de l'absence de toute immunité consacrée par ces instruments s'impose donc à tous les Etats et est conforme au caractère supranational de ces juridictions.

Les différentes exceptions à l'immunité posées par la jurisprudence de la Cour internationale de Justice sont les suivantes:

- l'immunité ne vaut pas vis-à-vis de l'Etat accréditant, en ce sens que les diplomates ne jouissent pas d'une immunité dans leur propre pays;
- l'immunité peut être levée par le pays accréditant;
- l'immunité ne peut être invoquée devant les juridictions internationales (telles que les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, la Cour pénale internationale...);
- après la cessation des fonctions officielles, l'immunité ne peut être invoquée pour les actes commis à titre privé.

On peut s'interroger sur cette dernière exception. Peut-on, en effet, commettre un génocide, un crime contre l'humanité, à titre privé? Sur ce

<sup>7</sup> CIPJ, 14 février 2002, <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoCKET/cCOBE/ccobejudgment/ccobe-cjudgment-20020214.PDF>.

point, ne devrait-on pas tenir un raisonnement inverse: plutôt que de rechercher si l'acte reproché a été commis à titre privé, il faudrait déterminer si l'acte pouvait rentrer dans l'exercice normal des fonctions officielles, ce qui ne devrait pas être le cas lorsqu'il s'agit de crimes de droit international humanitaire.

La question de l'étendue de l'immunité est également soulevée. En théorie, l'« immunité de juridiction » devrait, par définition, englober l'instruction menée sous la direction d'un *juge* d'instruction. Pourtant, la Cour internationale de Justice n'a annulé dans son arrêt du 14 février 2002 que le mandat d'arrêt international, et non les autres actes d'enquête. Cela signifierait-il que, nonobstant l'existence d'une immunité, il serait possible de recueillir des éléments de preuves et d'effectuer une enquête tout en veillant à ne poser aucun acte de contrainte ou à caractère coercitif?

Enfin quel sort faut-il réserver aux coauteurs et complices des personnes jouissant de l'immunité de juridiction? Ne jouissant d'aucune immunité, ils devraient pouvoir faire l'objet de poursuites. Dès lors, on risque d'en arriver à une situation dans laquelle il est possible de juger les seconds couteaux, mais pas les auteurs principaux.

Si on s'enferme dans une reconnaissance large et irréversible de l'immunité, le risque est réel d'en arriver à des situations de blocage où seules la violence et la guerre s'offriront comme seules alternatives face à l'absence de justice.

Pour les personnes jouissant de l'immunité totale de juridiction, une réaction cohérente pourrait être recherchée dans le droit diplomatique. Dans ce cadre, chacun des Etats concernés serait appelé à prendre ses responsabilités. En premier lieu, l'Etat accréditant pourrait, en raison de la mise en cause d'un de ses dirigeants ou représentants, mettre fin à ses fonctions officielles ou procéder à la levée de l'immunité de l'intéressé. En second lieu, l'Etat accréditaire ou tout Etat tiers pourraient recourir aux sanctions propres au droit diplomatique, en déclarant l'intéressé « *persona non grata* »<sup>8</sup>, ce qui impliquerait qu'il se verrait privé de la possibilité d'exercer, dans les Etats concernés, la fonction officielle lui conférant son immunité<sup>9</sup>.

F. — Une des critiques récurrentes à l'encontre de la compétence universelle est le risque de chaos judiciaire que pourrait générer la multipli-

<sup>8</sup> Sur cette notion, voir J. SALMON, *Manuel de droit diplomatique*, Bruylant, Bruxelles 1996, 481 s.

<sup>9</sup> D. VANDERMEERSCH, Quelques réflexions à propos de la responsabilité pénale des dirigeants en exercice en matière de crime de droit international – La situation belge, in *Terrorisme et responsabilité internationale*, recueil des contributions préalables au colloque du 5 février 2002, Assemblée Nationale, Paris, 342-343.

cation des chefs de compétence. Si toutes les juridictions compétentes connaissent simultanément des mêmes causes à charge des mêmes individus, indépendamment les unes des autres, ne va-t-on pas aboutir à des décisions contradictoires, de nature à décrédibiliser l'œuvre de justice?

L'argumentation ne nous paraît pas pouvoir être retenue. D'abord, rien dans les pratiques judiciaires des différents Etats ne vient confirmer empiriquement une telle hypothèse. Au contraire, les Etats manifesteraient peu d'empressement à gérer des dossiers aussi lourds que délicats. Dès lors, le problème serait plutôt inverse, en ce sens que de nombreux faits ne font l'objet d'aucune poursuite et restent impunis. Le seul cas que nous connaissions où des juges de plusieurs Etats se sont déclarés compétents simultanément est l'affaire *Pinochet*, où la question de la concurrence des compétences s'est réglée dans le cadre de la procédure d'extradition. Par ailleurs, le fait que plusieurs juges étrangers se sont déclarés compétents pour connaître des faits a constitué un incitant pour les autorités chiliennes pour lever les obstacles au jugement de l'intéressé dans son pays.

Le conflit positif de compétence éventuel peut aisément être résolu par l'élaboration d'un ordre de priorité dans les différents chefs de compétence: dans ce contexte, la compétence universelle serait placée en dernière position, lorsque les autres juges compétents sur la base des critères classiques de compétence seraient restés en défaut d'exercer leur compétence.

Pour ce faire, il est possible de s'inspirer de la cascade de compétences prévue dans plusieurs traités (Convention contre la torture, Traité de Rome portant statut de la CPI...), en instaurant un ordre de priorité parmi les différentes compétences concurrentes. A cet égard, nous suggérons l'ordre suivant:

- juridiction du lieu des faits (à condition d'être indépendante et impartiale);
- juridiction internationale;
- juridiction de la nationalité de l'auteur ou du lieu où il est trouvé;
- juridiction sur la base de la personnalité passive élargie (nationalité de la victime ou résidence régulière dans le pays du *for*).

Dans cette hypothèse, la compétence universelle n'intervient que par défaut et de façon marginale, lorsque les autres juges restent en défaut d'exercer leurs compétences.

Toutefois, la compétence universelle exercée en dehors de tout lien de rattachement avec le pays du *for* risque de pécher par manque de crédibilité. Afin de renforcer la pertinence et la légitimité de l'intervention du juge belge, il y aurait lieu, *de lege ferenda*, d'exiger, pour l'exercice de la compétence extraterritoriale, un lien de rattachement territorial avec la Belgique, ne fût ce

que sur la base du principe de personnalité passive élargi (nationalité belge de la victime ou résidence en Belgique de la victime).

3. — La pratique nous apprend que les dossiers concernant les poursuites en matière de crimes de droit international humanitaire sont particulièrement lourds à gérer. L'ouverture d'un dossier par une plainte avec constitution de partie civile ou suite à un réquisitoire du parquet est un acte simple. Mener un tel dossier jusque devant la juridiction de jugement est une autre affaire et cela nous conduit à exposer ci-après différents écueils auxquels se heurte la mise en œuvre de la compétence universelle.

A. — Comment peut-on faire entendre en justice des crimes qui dépassent l'entendement: « un charnier de 20 000 personnes, enfants compris, c'est inadmissible: on ne peut pas et on ne veut pas y croire »? Comment la justice peut-elle appréhender adéquatement des faits d'une telle ampleur, impliquant autant d'auteurs et de victimes?

B. — Pour les victimes, les faits sont patents puisqu'elle en ont été souvent les témoins directs et que, pour certaines d'entre elles, ces faits sont inscrits dans leurs corps. « Les preuves, elles n'en ont cure puisque à leurs yeux les faits sont flagrants et incontestables ». Les rouages juridiques de la justice leur sont étrangers et ses blocages insupportables.

C. — C'est un problème du point de vue de l'établissement des faits. D'abord parce qu'en matière de crimes de guerre, de crime contre l'humanité ou de génocide le contexte est un élément constitutif de l'infraction. Il faut ainsi démontrer soit l'existence d'une attaque systématique ou généralisée (crime contre l'humanité), soit l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux (génocide), soit la circonstance que l'infraction a été commise dans le cadre d'un conflit armé (crime de guerre) et en apporter les éléments de preuve suffisants.

Ensuite se pose la question des divergences existant entre les systèmes juridiques, avec la question de la double incrimination, celle des disparités dans les politiques de poursuites et les différences dans les échelles de peines, etc.

Enfin, les différences de culture sont souvent invoquées pour démontrer l'illégitimité de l'intervention du juge étranger ou son incapacité à saisir le contexte et la culture dans lesquels les faits ont été commis. L'argument est pertinent, mais il n'est pas propre à la matière qui nous préoccupe: n'est-ce pas le lot quotidien de la justice pénale que d'être confrontée aux différences nationales, linguistiques, culturelles, économiques, sociales... (il n'y a qu'à voir la composition de la population de nos prisons pour en être convaincu)? Ne perdons pas de vue non plus que les victimes qui actionnent le principe de compétence universelle sont, dans la majorité des situations, originaires du même pays que les auteurs.

D. — Face à des phénomènes criminels d'une telle ampleur et à la

multiplicité des intervenants, il n'existe pas d'égalité dans l'action de la justice: certains parviennent à échapper totalement aux poursuites, d'autres bénéficient des garanties, jugées parfois luxueuses, octroyées par les Tribunaux internationaux mais subissent par ailleurs les délais déraisonnables de ces juridictions, d'autres encore sont jugés par les juridictions nationales du pays des faits ou du pays où ils ont trouvé refuge...

Le fait cependant qu'il y ait une inégalité manifeste entre des personnes poursuivies pour des faits similaires ne doit pas conduire à l'abstention, mais il témoigne du caractère relatif et imparfait (n'est-ce pas à l'image de l'humanité?) de l'œuvre de la justice.

E. — En l'état, la compétence universelle est davantage exercée par les pays du « Nord » pour des faits qui se sont majoritairement déroulés au « Sud », sans qu'il faille nécessairement généraliser ce constat. Cette situation n'est pas due, à notre sens, à une volonté d'impérialisme judiciaire des Etats occidentaux (ce sont d'ailleurs les victimes originaires des pays concernés qui viennent se constituer partie civile), mais à un manque de moyens des appareils judiciaires des Etats du « Sud ». A défaut de doter la justice des Etats plus pauvres des moyens nécessaires pour juger de telle cause, le principe de compétence ne méritera pas d'être qualifié d'universel. On se souvient des propos d'Abdoulaye Wade, président du Sénégal, dans l'affaire Hissène Habré, au moment où le Sénégal, arguant son défaut d'adaptation à la législation interne à la Convention contre la torture, avait refusé de poursuivre l'ancien chef d'Etat tchadien: « La France et les Etats-Unis n'ont qu'à juger Habré, ils l'ont soutenu et ils ont les moyens pour ce genre de choses. Pas nous »<sup>10</sup>.

L'interpellation résultant du constat de l'inégalité entre les pays dans les moyens de mise en œuvre de la compétence universelle et le fait qu'une telle justice se cantonne le plus souvent au camp des vaincus ne doivent pas nous conduire à la conclusion qu'il s'agit d'une justice des forts contre les faibles: en matière de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de génocide, le pôle faible est et reste celui des victimes innocentes de ces faits.

4. — On peut s'inquiéter à l'heure actuelle de la polarisation à outrance des positions dans le débats sur la compétence universelle entre ceux qui sont 'pour' et ceux qui sont 'contre': les arguments des uns et des autres sont pertinents et doivent nous interpeller. La vraie question n'est pas de faire un choix entre le 'tout' et le 'rien', mais bien d'opérer le choix sur ce que l'on peut et veut faire: face aux crimes internationaux, quelle place veut-on réserver aux juridictions nationales et aux Tribunaux internationaux et

<sup>10</sup> Cité dans l'article de C. AYAD, Le Tchad rechigne à juger Habré, paru dans *Libération* le 30 mai 2001, 9.

quelles responsabilités les différentes autorités nationales veulent-elles assumer?

La problématique est nouvelle pour la société belge, et c'est pourtant à elle de répondre à ces questions. En effet, le juge belge, propulsé par la loi de compétence universelle dans un environnement tissé de relations politiques et étatiques, se trouve plongé dans une situation de malaise où on lui fait endosser des responsabilités qui sont étrangères à ses compétences: la détermination de l'étendue de la compétence universelle du juge national est une compétence qui relève du pouvoir législatif et non de la fonction de juger.



## Section 2

### DÉROULEMENT ET FONCTIONNEMENT

Deux domaines, en fonction paradigmatique, manifestent la nature hybride de la procédure *in action*: le droit de la preuve, en tant que terrain privilégié d'affrontement entre modèles du procès, et les droits de la défense, comme aspect nécessitant des adaptations profondes dans le passage de l'espace national à la sphère internationale.

Pour ce qui est du droit de la preuve, le témoignage prend, devant les Tribunaux internationaux, un rôle central, le choix des Statuts — fortement inspirés des propositions des pays de *common law* privilégiant une procédure orale, où la preuve se forme à l'audience, à la demande des parties. Cependant, le souci d'une plus grande efficacité a poussé les juges à assouplir la rigidité de la règle en reconnaissant une certaine valeur aux déclarations rendues à la phase préparatoire. C'est une médiation, voire une hybridation, entre systèmes accusatoire et inquisitoire qui aujourd'hui se réalise et qui va être désormais intégrée dans les textes applicables à la Cour pénale internationale (Allegrezza). Apparemment moins complexe, la question des droits de la défense, ces derniers étant reconnus par les textes relatifs à la protection des droits de l'homme de manière indépendante du modèle de procédure choisi, est pour autant soumise à de fortes tensions devant les nouvelles juridictions, ne serait-ce que parce qu'il n'existe aucune correspondance entre le juge international et l'avocat pénal, qui pour l'instant reste local (Duval).

# LES RÈGLES D'EXCLUSION DE LA PREUVE TESTIMONIALE DEVANT LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET DANS LA JURISPRUDENCE DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX: UN APERÇU CRITIQUE

SILVIA ALLEGREZZA

SOMMAIRE: 1. Introduction. — 2. Les règles d'exclusion de la preuve: le choix de la Cour pénale internationale. — 3. Le contenu des violations qui impliquent l'exclusion de la preuve testimoniale. — 4. L'exclusion de la preuve inadmissible: choix discrétionnaire ou conséquence obligatoire?

1. — A l'heure où la justice internationale franchit une étape fondamentale à travers l'institution de la Cour pénale internationale permanente (dorénavant CPI) <sup>1</sup>, il convient de s'interroger sur les principes et les fondements régissant le nouveau procès pénal international.

Le droit de la preuve, tel qu'il est régi par le Statut et le Règlement de procédure et de preuve de la CPI, a été fortement influencé par la délicate mise en compatibilité, voire fusion entre les règles propres aux deux systèmes, accusatoire et inquisitoire <sup>2</sup>. Le domaine de la légalité de la preuve testimoniale révèle tout particulièrement l'effort accompli afin de créer un système répressif

<sup>1</sup> Sur le Statut de la CPI, voir W.A. SCHABAS, *International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge 2001; *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali internazionali alle Commissioni verità e riconciliazione*, sous la direction de G. ILLUMINATI - L. STORTONI - M. VIRGILIO, Giappichelli, Turin 2000; *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' Notes, Article by Article*, sous la direction de O. TRIFFTERER, Nomos, Baden-Baden 1999; F. LATTANZI - W.A. SCHABAS, *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Il Sirente, Ripa Fagnano Alta (Aq) 2000; C. BASSIOUNI, *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, New York 1999; H.A.M. VON HEBEL - J.G. LAMMERS - J. SCHUKKING, *Reflections on the International Criminal Court*, T.M.C. Asser Press, La Haye 1999.

<sup>2</sup> Sur la difficulté des négociations, voir H.-J. BEHRENS, *The Trial Proceedings*, in *The International Criminal Court. The making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, sous la direction de R.S. LEE, Kluwer, La Haye - Londres - Boston 1999, 242 s.; H. BRADY, *The System of Evidence in the Statute of the ICC*, in *Essays on the Rome Statute*, sous la direction de F. LATTANZI - W.A. SCHABAS, cit., 286.

utilisant à bon escient les meilleurs instruments de l'une et l'autre traditions <sup>3</sup>. Les débats ont pris un tour aigu en ce qui concerne la terminologie à adopter en la matière: la méthode de la *cross-examination* et de la preuve par ouï-dire, par exemple, n'ont pas été reprises afin de démontrer l'affranchissement du droit pénal international du 'colonialisme juridique des vainqueurs' <sup>4</sup>. On a donc refusé la mise en œuvre d'un procès pénal international par extension du système juridique de l'Etat plus puissant, ce qui aurait eu comme conséquence de réduire le droit à un rapport de forces et à un enjeu de pouvoirs <sup>5</sup>.

Cela dit, le droit de la preuve testimoniale, tel qu'il ressort de l'analyse du Statut et du Règlement de procédure et de preuve <sup>6</sup>, revêt à plusieurs égards la marque de l'hétérogénéité culturelle des délégués ainsi que d'un manque de réflexion épistémologique adéquate <sup>7</sup>. Le témoignage, en tant que phénomène complexe, nécessite la présence de garanties dès la phase préparatoire ainsi que de règles strictes concernant ses limites d'admissibilité <sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Sur le droit du procès pénal international en tant que dénominateur commun des différentes traditions, A. CASSESE, *Le giurisdizioni penali internazionali*, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milan, 149; sur le processus d'hybridation entre droits nationaux et droit international pour les normes procédurales, voir H. ASCENSIO, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002, 137; sur la méthode et les instruments, voir M. DELMAS-MARTY - M. L. IZORCHES, *Marge nationale d'appréciation et pluralisme ordonné*, *Revue internationale de droit comparé*, 2000, 4; les auteurs soulignent l'importance « [d']innover pour tenter de co/ordonner les divers systèmes nationaux autour d'un projet commun, autrement dit de conjuguer l'un et le multiple, d'ordonner le pluralisme ». Pour l'analyse des voies possibles pour la construction d'un droit pénal commun en Europe, voir M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit européen commun?*, *APC*, 1997, 12; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, Paris 1994. Sur les rapports entre le modèle du procès et la conception de la vérité, voir B. MONTANARI, *La "faute" et l'"accusation": réflexions sur la vérité dans le procès*, in *RIntDP*, 1997, 44.

<sup>4</sup> Voir A. CASSESE, *Le giurisdizioni penali internazionali*, cit., 143; M. BALBONI, *Da Norimberga alla Corte penale internazionale*, in *Crimini internazionali*, cit., 5; V. FANCHIOTTI, *Completata la stesura delle Rules of Procedure and Evidence (Pt. II)*, *Diritto penale e processo*, 2000, 1403.

<sup>5</sup> Voir M. DELMAS-MARTY, *Criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne*. Vol. VII. *Les processus d'internationalisation*, Ed. de la Maison des sciences de l'homme, Paris 2001, 4.

<sup>6</sup> Nous indiquerons les dispositions du Statut en tant que « articles » et les prévisions du Règlement comme « règles ».

<sup>7</sup> V. FANCHIOTTI, *Completata la stesura*, cit., 1403.

<sup>8</sup> Voir F. CORDERO, *Le prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milan 1963, 147s. Selon l'auteur, le domaine de la pathologie de la preuve représente « la dimension intérieure du procès »; voir aussi M. CHIAVARIO, *Limites en matière de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne*, *RSC*, 1992, 30 s.; J. SPENCER, *Les limites en matière de preuve*. Aspects actuels, *RSC*, 1992, 42 s.

Alors que certains compromis accomplis par les délégués semblent logiques, d'autres peuvent être critiqués. La synthèse laissant des points irrésolus et la question de la preuve illicite n'étant pas réglée de manière systématique <sup>9</sup>, le rôle de la jurisprudence sera déterminant <sup>10</sup>.

La présente contribution se propose, considérant qu'il serait téméraire de vouloir traiter ces questions de manière exhaustive, de participer au débat autour de la construction de règles communes pour le procès pénal. Par ailleurs, il importe de préciser que ce seront les caractéristiques propres à la CPI qui en feront un modèle de justice et d'équité pour la communauté internationale. Ce qui impose le plus haut respect des garanties de l'accusé en tout état de cause <sup>11</sup>.

Il semble alors dès à présent possible et nécessaire de donner un aperçu du droit de la preuve testimoniale et de ses limites devant la Cour pénale internationale. Le risque étant d'apporter une interprétation 'partisane' de la question, trop liée au système de provenance, <sup>12</sup> cette étude tendra pourtant à détecter certains aspects problématiques, par référence constante aux solutions jurisprudentielles élaborées par les Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.

2. — Afin que s'expriment les exigences du procès équitable, les éléments sur lesquels le juge fonde sa conviction doivent lui être régulièrement soumis et les parties doivent avoir pu les contredire librement <sup>13</sup>. Si ce principe est reconnu en théorie au niveau international, sa concrétisation en tant que règle du procès pénal est sujette à la controverse.

<sup>9</sup> Voir les critiques de F. CORDERO, *Scrittura e oralità nel rito probatorio*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, Giuffrè, Milan 1965, 373: en se référant au système italien du Code Rocco du 1930, qui prétendait conjuguer l'inquisitoire et l'accusatoire, il affirme: « *quando si vogliono conciliare gli opposti, è facile incorrere in pseudosoluzioni* »; voir aussi les considérations de M. DELMAS-MARTY dans *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., 140.

<sup>10</sup> Sur la difficulté de la construction d'un système international de droit pénal et sur les références aux droits nationaux, voir Opinion dissidente du juge CASSESE dans l'affaire *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, IT-97-22 du 7 octobre 1997.

<sup>11</sup> V. FANGIOTTI, *Completata la stesura*, cit., 1403.

<sup>12</sup> Le système italien est considéré, dans le panorama européen, comme celui qui a adopté la position la plus stricte: l'art. 191 du nouveau Code de procédure pénale introduit en 1989 dispose que: « Les preuves acquises en violation des interdictions établies par la loi ne peuvent pas être utilisées »; voir l'étude de droit comparé de J. SPENCER, *La mise en scène*, I - La preuve, in *Procédures pénales d'Europe*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 1995, 524.

<sup>13</sup> Sur l'application de ce principe par la CEDH, voir M. VAN DE KERCHOVE, *La preuve en matière pénale dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme*, RSC, 1992, 10; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Giuffrè, Milan 2000, 35.

En effet, il existe en ce domaine une opposition nette entre les systèmes qui rendent obligatoire le rejet d'un témoignage obtenu de façon irrégulière et ceux qui soumettent l'exclusion au pouvoir discrétionnaire du juge <sup>14</sup>.

Le Statut de la CPI refuse des règles fixes d'exclusion en matière probatoire, tout en prévoyant deux critères alternatifs selon lesquels la preuve n'est exclue que <sup>15</sup>: *a*) si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve et *b*) si l'admission de ces éléments de preuve serait de nature à compromettre la procédure et à porter gravement atteinte à son intégrité.<sup>16</sup>

Le Règlement, de son côté, prévoit que les décisions — obligatoirement motivées — en matière d'admissibilité de la preuve, lorsqu'il s'agit des motifs visés au paragraphe 7 de l'article 69, peuvent être prises d'office ainsi qu'à la suite d'une requête d'une partie <sup>17</sup>. D'après le paragraphe 1 de la règle 64, la question doit être soulevée lors de la présentation de la preuve ou, exceptionnellement, dès le moment où elle est connue.

Quant aux conséquences de la déclaration de non-admissibilité, le Règlement établit l'interdiction pour les Chambres de prendre en considération les éléments de preuve jugés irréguliers <sup>18</sup>.

Le Règlement se limitant à prévoir la procédure relative à l'admissibilité de la preuve, rien n'y est précisé quant au contenu des règles d'exclusion de la preuve, contrairement à ce que souhaitait la doctrine la plus au fait à

<sup>14</sup> Voir M. DAMAŠKA, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, *University of Passadeena Law Review*, 1973, 506; J. SPENCER - B. DELEUZE - D. VORMS, *La preuve: une question inclassable*, *APC*, 1993, 44. Sur l'importance des règles d'exclusion dans le systèmes de procédure pénale, voir F. CORDERO, *Le prove illecite*, cit., 147 s.

<sup>15</sup> Art. 69, par. 7, al. *a*) et *b*).

<sup>16</sup> Voir la règle 95 du REGTPY, qui prévoit: « Exclusion de certains éléments de preuve. N'est recevable aucun élément de preuve obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou si son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte »; règle 95 du REGTPR, qui dispose: « Irrecevabilité des éléments de preuve en raison des procédés par lesquels ils ont été obtenus. N'est recevable aucun moyen de preuve obtenu par des procédés qui entament fortement sa fiabilité ou dont l'admission irait à l'encontre de l'intégrité de la procédure et lui porterait gravement atteinte ». Sur le contenu des violations qui peuvent conduire à l'exclusion de la preuve, voir D. K. PIRAGOFF, *Commentary on Article 69*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 912; G. ILLUMINATI, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: linee generali*, in *Crimini internazionali*, cit., 131; pour un commentaire de la règle 95 du REGTPY; voir D.D.N. NSEREKO, *Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, in *The Prosecution of the International Crimes*, sous la direction de R.S. CLARK - M. SANN, Transaction Publishers, Chicago 1996, 329 s.

<sup>17</sup> Règle 63, par. 3.

<sup>18</sup> Règle 64, par. 3, du REGCPI.

propos de ces questions <sup>19</sup>. Il convient dès lors de se reporter aux dispositions du Statut.

Enfin, le système des sanctions endo-procédurales pour la preuve obtenue par des moyens illégaux semble insuffisant pour deux raisons. D'une part, on perçoit un certain manque de précision quant au contenu des violations qui impliquent l'exclusion. D'autre part, les textes fondamentaux ne prévoient pas que l'irrégularité de la preuve, une fois avérée, entraîne obligatoirement son exclusion obligatoire.

3. — Pour ce qui est de la première question, la décision relative à l'exclusion de la preuve se déroule en deux temps: dans un premier temps, ladite violation doit frapper soit les normes du Statut, soit les droits de l'homme <sup>20</sup> reconnus au niveau international. Dans un second temps, on l'a déjà vu, le juge doit vérifier si la violation est susceptible de mettre en question la crédibilité de la preuve ou de compromettre l'intégrité de la procédure.

En ce qui concerne la typologie des normes dont la violation implique l'inadmissibilité de la preuve, on ne dispose que de la réglementation du Statut. Aucune référence n'est faite aux normes du Règlement, notamment celles relatives aux modes de preuve testimoniale. En revanche, il aurait été essentiel de poser le principe selon lequel la violation des dispositions du Règlement relatives à l'admission, l'examen et l'appréciation des témoins, en ce qu'elles permettent la mise en œuvre des principes prévus par le Statut, entache la régularité de la preuve.

La question du contenu des règles d'exclusion peut être analysée plus en détails, notamment en prenant comme exemple la discipline dictée pour le témoignage.

Son rôle dominant en tant que moyen de preuve dans la justice internationale est dû surtout à la typologie des crimes pour lesquels la Cour est compétente *ratione materiae*. La vérification de l'acte d'accusation passe nécessairement à travers de nombreuses dépositions de témoins et de victimes <sup>21</sup>. En tant que preuve complexe, liée à la mémoire et aux émo-

<sup>19</sup> G. ILLUMINATI, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: linee generali*, in *Crimini internazionali*, cit., 133.

<sup>20</sup> Quant à la violation des droits de l'homme on remarquera une tautologie: dans les parties du Statut relatives à la fois au droit de l'accusé et à la protection des victimes et des témoins sont reprises les normes conventionnelles comme le Pacte des droits civils et politique ou la Convention européenne des droits de l'homme. Il est pourtant difficile de trouver une violation des droits de l'homme reconnue au niveau international qui ne soit pas en même temps une violation du Statut.

<sup>21</sup> Voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Kayshema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, par. 65.

tions<sup>22</sup>, le témoignage demande l'établissement d'une certaine méthode pour que le respect du témoin et la fiabilité de ses déclarations soient respectés en même temps.

Le Statut prévoit que le témoin soit entendu en personne<sup>23</sup>. La règle, malgré son caractère vague, semble accueillir le principe de l'oralité comme garantie de fiabilité des dépositions rendues au cours d'une audience<sup>24</sup>. De plus, la déposition du témoin au cours de l'audience permet le contact direct, au nom du principe d'immédiateté, entre le juge et la preuve.

Lors de l'examen oral au cours du procès, les parties peuvent s'appuyer sur les déclarations faites par les témoins dans la phase préliminaire afin d'évaluer la crédibilité<sup>25</sup>.

On est dès lors au cœur de la méthode dite de l'examen croisé: stimuler les souvenirs du témoin à travers ses déclarations précédentes et vérifier sa fiabilité.

A ce propos, il importe de souligner l'importance de l'article 67 du STCPI, à travers lequel le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins à charge présentés par le procureur<sup>26</sup> trouve place parmi les droits fondamentaux reconnus à l'accusé. Calquée de façon évidente sur les Chartes internationales des droits de l'homme<sup>27</sup>, cette disposition montre comment, au cours des négociations, la volonté de qualifier l'intervention directe des parties dans la formation de la preuve testimoniale comme droit subjectif de l'accusé, a fini par l'emporter sur l'idée du débat contradictoire. Elle apparaît

<sup>22</sup> Sur la complexité du témoignage et sur les facteurs qui peuvent influencer les dépositions, voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13, 27 janvier 2000, par. 100-105.

<sup>23</sup> Art. 69, par. 2. Cette règle connaît nombres d'exceptions: témoignages préalablement enregistrés (règle 68 du REGCPI).

<sup>24</sup> D. D. N. NSEREKO, *Rules of Procedure and Evidence of the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, cit., 337.

<sup>25</sup> Voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Kayshema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, par. 100 s.

<sup>26</sup> Art. 67 du STCPI, qui prévoit aussi le droit d'« obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge. L'accusé a également le droit de faire valoir des moyens de défense et de présenter d'autres éléments de preuve admissibles en vertu du présent Statut ». Il nous semble opportun de mettre en évidence la différence téléologique relativement à son exclusion en cas d'irrégularité, de la preuve à décharge: en raison de la présomption d'innocence, le fardeau de la preuve à charge incombe toujours au procureur. La preuve à décharge n'est appelée qu'à contrarier les preuves à charge, mais elle ne sera jamais la base d'une condamnation. Cette considération pourrait conduire à imposer une rigidité affaiblie envers son exclusion.

<sup>27</sup> Voir l'art. 14 (3) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 6 (3) (c) de la CEDH.

enfin comme la méthode la plus adéquate du point de vue de son efficacité heuristique <sup>28</sup>.

Il faut donc axer l'exégèse sur la différence entre légiférer par *principes*, qui s'adapte bien aux juridictions ayant la fonction de vérifier le respect des droits fondamentaux auprès des Etats signataires, autrement dit les *juridictions de vérification*, et légiférer par *règles* de droit <sup>29</sup>, qui constitue un outil indispensable pour les *juridictions de jugement*. En d'autres termes, le principe, pour que son effectivité soit garantie au cours du procès, ne peut pas faire abstraction de la règle, qui en représente l'ossature. Dans le domaine de la preuve, la cohérence d'un système s'apprécie surtout en analysant comment la règle *protège* le principe.

La question s'est présentée dans toute sa complexité devant les Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, car ni les Statuts ni les Règlements ne prévoyaient de systèmes normatifs appropriés quant à la preuve.

Au moment où les Tribunaux *ad hoc* se sont trouvés face à la nécessité d'établir la réglementation à adopter au cours du débat contradictoire <sup>30</sup>, notamment en ce qui concerne les déclarations préalablement rendues par les témoins, peu de règles existaient visant à accorder plus de crédibilité aux dépositions orales devant la Chambre <sup>31</sup>, et surtout à exclure les déclarations qui n'ont pas résisté à l'examen croisé.

De plus, lorsque la Chambre a dû établir l'admissibilité de la preuve par ouï-dire, elle a constaté qu'elle n'est pas entachée d'irrecevabilité *per se*, même lorsqu'elle ne peut être examinée à sa source ou qu'elle n'est pas corroborée par une preuve directe <sup>32</sup>.

Quid en ces circonstances du droit d'interroger et de contre-interroger lorsqu'il s'agit de preuves à charge?

Ces questions n'ont pas trouvé de solution adéquate dans les textes fondamentaux de la CPI, ni en ce qui concerne les dépositions recueillies par

<sup>28</sup> Voir G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., 36.

<sup>29</sup> Sur la distinction, voir R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Paris 1995; M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, Padoue 1996, 25.

<sup>30</sup> Voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Kaysbema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, par. 25.

<sup>31</sup> C'est bien au cours de l'audience que le débat contradictoire révèle sa fonction épistémologique plutôt que dans le secret de l'enquête. Jamais la présence du conseil au cours des interrogatoires de la phase préliminaire ne peut être considérée aussi efficace que lors d'une audience pour contrarier la stratégie du procureur. Il faut rappeler, avant tout, que même la communication des pièces peut suivre l'examen du témoin, et en ce cas la connaissance même des faits de la cause peut lui faire défaut.

<sup>32</sup> Voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13, 27 janvier 2000, par. 51.

le Procureur et non confirmées à l'audience, ni relativement aux éléments de preuve par ouï-dire.

Si, grâce au processus d'internationalisation du droit de la preuve testimoniale, on pouvait prétendre sélectionner les éléments des traditions nationales considérés comme étant les meilleurs, pourquoi n'a-t-on pas prévu l'effectivité du débat contradictoire?

Cela aurait permis de poser une méthodologie nette en la matière, dans le sens de l'affirmation de l'identité d'un système qui protège les choix accomplis dans le domaine de la preuve testimoniale contre les dérives dictées par la soif de vérité.

Ce silence souligne les divergences entre les textes internationaux et les systèmes nationaux de ces dernières années, où le droit de la preuve et les critères d'exclusion ont aussi la fonction de protéger le choix épistémologique accompli par le législateur<sup>33</sup>.

4. — Il s'agit maintenant d'établir si les critères dictés par le STCPI imposent l'exclusion obligatoire de la preuve obtenue en violation des dispositions du Statut. La règle 64, par. 3, du RPPCPI, en prévoyant l'interdiction pour le juge de prendre en considération les éléments déclarés non admissibles, semble trancher la question.

A y voir de plus près, l'article 69 par. 7 du STCPI, qui semble prévaloir sur la règle en question, prévoit que la preuve n'est exclue que si la violation a entaché sa crédibilité ou si son utilisation nuit à l'intégrité de la procédure.

On constate donc l'absence de règles imposant l'exclusion obligatoire, *a priori* et *in abstracto*, de la preuve illicite. La décision sur l'admissibilité est liée à l'ensemble des preuves recueillies, car si le contenu probatoire de l'élément illicite trouve sa confirmation dans d'autres preuves<sup>34</sup>, de façon à soutenir sa fiabilité, aucune règle n'impose qu'il ne soit pas considéré<sup>35</sup>. De plus, comme il n'y a pas de règles sur lesquelles appuyer l'exclusion, le juge international est tenu de se fonder sur l'intime conviction.

<sup>33</sup> M. NOBILI, Reazioni contro le inutilizzabilità probatorie, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padoue 1998, 62 s.

<sup>34</sup> Sur l'appréciation faite par les Tribunaux *ad hoc* relativement à la crédibilité, voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13, 27 janvier 2000, par. 31-50. Voir aussi la décision concernant la requête de la défense sur les éléments de preuve indirects, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1-T, 5 août 1996.

<sup>35</sup> Voir la décision relative aux requêtes orales de l'accusation aux fins de l'admission de la pièce 155 au dossier des éléments de preuve et aux fins de contraindre l'accusé Zdravko Mucic à produire un échantillon d'écriture, TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic et Esad Landro*, IT-96-21, 21 janvier 1998.

Comme il a été démontré par le *case law* des Tribunaux *ad hoc* <sup>36</sup>, s'agissant des déclarations de témoins et autres témoignages extrajudiciaires, la Chambre estime que la valeur probante de ces déclarations antérieures est, en règle générale, nettement en deçà de celle des dépositions faites à l'audience dont la véracité a été soumise à un contre-interrogatoire. Malgré cela, au lieu de rejeter leur admissibilité, la Chambre en apprécie la valeur probante au regard des circonstances au cours desquelles elles avaient été recueillies ainsi que d'autres facteurs touchant à leur fiabilité <sup>37</sup>.

Cela implique en conséquence la superposition de deux moments qui devraient rester bien distincts: la décision sur l'admissibilité de la preuve et l'appréciation de sa valeur probante <sup>38</sup>. Comme certains ont pu l'expliquer <sup>39</sup>, règle d'exclusion et critère d'appréciation sont deux phénomènes distincts. La règle d'exclusion oblige le juge à méconnaître un élément qui, étant illicite, devrait être considéré comme non admissible au procès. Le critère d'appréciation, au contraire, implique le devoir pour le juge d'apprécier l'élément de preuve, aiguillant son intime conviction.

La flexibilité des critères exposés oblige le juge international à une appréciation substantielle du résultat de la preuve, tandis que l'élément incriminé devrait rester exclu *ab initio* des pièces à conviction. L'absence de règles imposant l'exclusion obligatoire de la preuve irrégulière, si elle permet plus de flexibilité et de fonctionnalité, affaiblit par ailleurs la certitude du droit, laissant plus de doutes sur la 'qualité' du résultat final du procès <sup>40</sup>. En ce sens, les règles d'exclusion et l'obligation pour le juge d'exclure la preuve illicite représentent un des aspects fondamentaux du principe de légalité dans le procès pénal <sup>41</sup>.

Ce processus qui « métabolise » la preuve illicite au lieu de la rejeter rappelle à nouveau la méthode suivie auprès des *juridictions de vérification*. En prenant comme exemple les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, l'on perçoit que, lorsqu'elle est chargée d'établir si l'admissibilité

<sup>36</sup> Voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Kayshema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, *passim*.

<sup>37</sup> TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13, 27 janvier 2000, par. 84-86.

<sup>38</sup> Sur la détermination de la valeur probante, voir TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13, 27 janvier 2000, par. 56, 59-72.

<sup>39</sup> Voir P. FERRUA, *La valutazione della prova: il giardino proibito del legislatore*, *QuestG*, 2000, 56.

<sup>40</sup> G. ILLUMINATI, *Il processo davanti alla Corte penale internazionale: linee generali*, in *Crimini internazionali*, cit., 130.

<sup>41</sup> M. CAIANELLO-E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, *IndPen*, 2002, 310-313.

d'une preuve a entamé l'équité du procès, elle a d'une manière constante refusé de l'écartier par principe et *in abstracto* <sup>42</sup>.

C'est justement la différence de fonction entre la CEDH et la nouvelle Cour pénale qui aurait conseillé d'abandonner pour la dernière une telle approche méthodologique: au lieu d'apprécier *a posteriori* la procédure dans son ensemble, il aurait fallu établir des règles qui garantissent la 'qualité' de la preuve *pour* le procès. La CPI étant censée établir la responsabilité pénale d'un individu, chaque élément soumis au juge influence nécessairement son intime conviction.

On peut à ce propos relever l'argument le plus utilisé par ceux qui ont soutenu le caractère superflu de règles d'exclusion plus rigides, c'est-à-dire l'absence du jury, la Cour étant composée seulement par des juges professionnels <sup>43</sup>. L'erreur réside dans l'idée que les professionnels ne risquent pas d'être influencés par des preuves irrégulières et savent apprécier avec sagesse les éléments à leur disposition <sup>44</sup>. Cette approche risque de nier la valeur épistémologique des règles d'exclusion: peu importe qui est chargé de leur application.

Finalement ce qu'on devrait protéger est la régularité de la procédure en soi: le témoignage ne peut servir de fondement valable à une condamnation que pour autant que les règles particulières en la matière aient été respectées <sup>45</sup>. La vérité ne peut être recherchée par n'importe quel moyen: il importe à la dignité de la justice d'écartier la preuve obtenue de manière illicite <sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Sur la jurisprudence de la Cour européenne en la matière, voir les références et l'analyse de M. VAN DE KERCHOVE, *La preuve en matière pénale*, cit., 10.

<sup>43</sup> M. DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, Cambridge 1995, 37-46.

<sup>44</sup> Du même avis, M. CAIANIELLO, Intervention au colloque organisé par le Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, in *La giustizia penale italiana nella prospettiva internazionale*, Giuffrè, Milan 2000, 173-178, 177.

<sup>45</sup> Voir A. MASSET, *Limites de certains modes de preuve*, in *Actes du colloque du Barreau de Liège des 30-31 mai et 1<sup>er</sup> juin 1985*, 162 (161-199).

<sup>46</sup> J. SPENCER-B. DELEUZE-D. VORMS, *La preuve: une question inclassable*, cit., 53; les auteurs nous rappellent le débat en Angleterre à ce propos: il s'agit d'établir si « les règles d'« exclusion » de certaines preuves à l'audience ont pour but de faciliter la manifestation de la vérité en évitant que le tribunal ne soit induit en erreur par des éléments qui ne sont pas déterminants pour l'issue du procès ... ou si, au contraire, elles le desservent en privant le tribunal d'informations utiles ».

## LE 'PROCÈS DES MÉDIAS' DEVANT LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR LE RWANDA: LIBRES PROPOS

JEAN-MARIE BIJU-DUVAL

SOMMAIRE: 1. Le choix d'un défenseur. — 2. Un conseil, pour quoi faire? Mise en accusation, détention et droits de la défense. — A. Quand commencent les droits de la défense? — B. La détention provisoire: une règle sans exception. — C. Le choix du plaider: coupable ou non coupable? — 3. La préparation du procès. — A. Préciser les charges: les exceptions préjudicielles. — B. Fixer le cadre du procès. — C. L'échange des moyens de preuve. — 1. Les témoins. — 2. Les documents. — D. La contre-enquête de la Défense: l'égalité des armes? — 4. Le procès.

Ces propos ne se veulent que l'évocation sommaire de quelques épisodes de la procédure, non achevée à ce jour, menée contre Ferdinand Nahimana, et des perplexités qu'ils ont fait naître dans l'esprit de son défenseur. Leur ambition est de soumettre à ceux qui disposent de la distance critique nécessaire une 'matière' méconnue et quelques questions qui, par leurs enjeux pratiques, justifient une étude approfondie. Il ne sera pas question ici des débats de fond sur l'objet même des accusations. L'inachèvement du procès oblige à considérer que les termes même de ces débats, qui se concrétiseront dans les plaidoiries finales, ne sont pas encore fixés. En revanche, la procédure en elle-même, dont les étapes successives n'appellent plus aucune nouvelle décision des juges de première instance, peut être plus librement commentée.

1. — Septembre 1996. Prison centrale de Yaoundé (Cameroun). Ferdinand Nahimana, professeur d'histoire à l'Université nationale du Rwanda, ancien directeur de l'Office rwandais d'information (décembre 1990 - avril 1992), fondateur et membre du conseil d'administration de la Radio Télévision libre des Milles Collines (RTL) et ancien ministre de l'Enseignement supérieur pressenti pour participer au « gouvernement de transition à base élargie » prévu par les accords de paix d'Arusha, est en détention depuis six mois. Arrêté le 27 mars 1996 par les autorités camerounaises sur la base d'un mandat d'arrêt international émis par les autorités rwandaises, il fait l'objet d'une décision de placement en détention du TPIR le 17 mai, renouvelée le 13 juin. Ce n'est qu'à la mi-septembre qu'il obtient la désignation, au titre de

l'aide juridictionnelle, d'un conseil « commis d'office ». Pourquoi un défenseur? comment s'opère sa désignation?

Pas de défense sans défenseur. Est-ce si vrai? oui et non. L'article 20 du Statut consacre le droit de l'accusé à se défendre lui-même. Mais qu'en est-il du cas de l'accusé dont la 'défense' consiste à ne pas se défendre, ou plus exactement à refuser de participer personnellement ou par la voix d'un conseil, au procès qui lui est fait? Le 'Procès des médias' devant le TPIR en offre une illustration intéressante en la personne du chef de l'un des co-accusés de Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza. Celui-ci, échaudé par la manière dont la Chambre d'appel avait traité de la régularité des poursuites le concernant (annulation totale et mise en liberté, puis, sur requête en révision, annulation de l'annulation et réincarcération), décide non seulement de ne plus se présenter au procès, mais également d'interdire à quiconque de l'y représenter. Il révoque ses conseils. Il faudra de longs débats d'audience à la veille du procès pour que la Chambre accepte que ceux-ci se retirent du dossier. Puis, passant outre la volonté clairement exprimée par l'accusé, la Chambre lui impose la présence de deux nouveaux conseils, parfaitement respectables et compétents, mais désormais en charge d'une défense nécessairement contraire dans son principe même aux vœux de l'accusé. Pour un avocat français, cette situation n'est pas nouvelle: la présence imposée d'un défenseur devant les cours d'assises est une règle fermement établie. Il reste que dans le système procédural du TPIR, profondément marqué par la *common law* où les instructions du client jouent un rôle notable, cette solution peut être sujette à débats. Par ailleurs, le propre du sujet de droit, disposant d'une pleine et entière 'capacité juridique', n'est-il pas de pouvoir librement renoncer à un droit, fut-il celui de se défendre?

Ferdinand Nahimana, lui, fait le choix d'une défense active, avec l'assistance d'un défenseur, lui-même entouré quelque temps plus tard d'une 'équipe de défense'. Comment s'effectue alors le choix de ce conseil? La notion de « commission d'office » traduit mal la réalité de cette désignation. L'inscription de l'avocat sur la liste des avocats susceptibles d'être commis d'office, tenue auprès du Greffe du TPIR, est évidemment volontaire. Il faut et il suffit d'être régulièrement inscrit dans un quelconque barreau de la planète pour pouvoir postuler à la défense d'un accusé. L'accusé, lui, n'a sur le plan des textes pas de liberté de choix: c'est le Greffier qui désigne discrétionnairement, sur la liste tenue par ses services, un conseil à l'accusé dont 'l'indigence' a été reconnue.

Mais qu'est-ce que 'l'indigence' face aux nécessités d'une défense qui, comme le montrent les procès achevés, coûtera nécessairement plusieurs centaines de milliers de dollars? est-il vraiment nécessaire d'exiger préalablement à la « commission d'office » d'un conseil la démonstration de

l'indigence' d'un accusé 'présumé innocent' et qui, compte tenu du coût vraisemblable de sa défense, devrait être 'présumé indigent'? Et, qu'il soit ou non indigent, peut-on raisonnablement contraindre un individu présumé innocent à assumer le coût d'une telle défense avant toute décision sur sa culpabilité? Par bonheur, ces interrogations semblent, en ce qui concerne le TPIR, plus théoriques que pratiques, aucun accusé à ce jour ne s'étant vu refuser la qualité 'd'indigent'.

Le vrai problème, en ce qui concerne la désignation du conseil commis d'office, tient au pouvoir du Greffier. Quelle nécessité supérieure justifie que l'accusé soit privé d'une totale liberté de choix dans la désignation de son conseil 'commis d'office'? Réponse du TPIR: la mission du Greffier est de veiller à une égale représentation des continents et des systèmes judiciaires parmi les conseils appelés à plaider devant le TPIR. On peut s'interroger sur la portée de cette justification face à la nécessité d'une relation de confiance librement choisie entre un accusé et son conseil. Que ce souci de représentativité et d'équilibre politique guide les choix dans la composition des magistrats siégeant, des membres du Bureau du Procureur et des employés du Greffe, soit. Mais quelle considération économique-politique, aussi légitime qu'elle soit, doit-elle l'emporter sur la qualité de la relation accusé-défenseur? En septembre 1996, la question ne se pose pas. Les avocats volontaires sont aussi peu nombreux que les accusés arrêtés et le bon sens l'emporte encore sur une toujours possible application aveugle des textes. C'est donc, en l'espèce, à raison du libre choix de Ferdinand Nahimana que je suis désigné.

2. — A. — 17 mai 1996: détenu à la prison centrale de Yaoundé sous écrou extraditionnel depuis le 28 mars à la requête des autorités rwandaises, Ferdinand Nahimana fait l'objet d'une décision de placement en détention provisoire et de transfert prise par un des juges du TPIR;

12 juillet 1996: le juge Ostrovsky confirme l'acte d'accusation que lui soumet le Procureur et délivre mandat d'arrêt contre Ferdinand Nahimana. Cette décision lui confère la qualité d'accusé et vaut titre de détention sans limitation de durée.

Entre ces deux dates, en qualité de suspect il a droit à l'assistance d'un conseil (art. 42 RPP). Pourtant, à aucun moment il ne sera entendu, directement ou par l'intermédiaire d'un conseil, ni sur la teneur des accusations dirigées contre lui, ni sur l'opportunité de son placement en détention. Alors que le droit au conseil est reconnu au suspect, l'intervention du défenseur n'est requise ni à l'occasion de la décision initiale de placement en détention provisoire (art. 40 bis RPP), ni à l'occasion de la procédure de confirmation par le juge du projet d'acte d'accusation (art. 47 RPP), ni à celle de la discussion sur l'opportunité d'un mandat d'arrêt (art. 47 RPP) lequel,

en l'espèce, Ferdinand Nahimana étant déjà arrêté, avait pour unique objet de prolonger sa détention provisoire sans limitation de durée.

Certes, l'intervention d'un conseil est envisagée par le RPP à l'occasion du renouvellement de la détention provisoire du suspect par période de 30 jours (art. 40 bis RPP). Mais le décompte des jours ne court qu'à compter du transfert du suspect au quartier pénitentiaire du Tribunal, ce qui peut n'intervenir, comme dans le cas de Ferdinand Nahimana, que plusieurs mois après le placement en détention initiale.

Sur ces questions essentielles, le juge responsable du placement en détention et de la mise en accusation, qui ne dispose d'aucun pouvoir d'investigation autonome, statue uniquement sur la base des allégations du Bureau du Procureur et des éléments justificatifs fournis par ce dernier.

C'est ainsi que le 12 juillet 1996, sans avoir sollicité d'observation de Ferdinand Nahimana toujours sans défenseur, le Juge Y.A. Ostrovsky confirmait l'acte d'accusation et, par mandat d'arrêt, reconduisait sa détention provisoire *sine die*.

B. — Sept ans plus tard, la détention est toujours provisoire.

Cette situation, pour surprenante qu'elle soit au regard de la présomption d'innocence, est en réalité en parfaite conformité avec la position de principe adoptée par les rédacteurs du Statut et du RPP en matière de détention provisoire. Certes, la délivrance d'un mandat d'arrêt n'est qu'une faculté offerte au juge confirmateur (art. 47 H,i), mais il n'est pas d'exemple au TPIR qu'un accusé ait été laissé en liberté. Lorsque le choix de la détention est fait, c'est-à-dire toujours, cette détention ne connaît aucune limitation de durée et n'est susceptible d'être remise en cause que dans des « circonstances exceptionnelles » (art. 65 RPP), la détention devenant ainsi la règle et la liberté l'exception. Contrairement au TPIY, qui a supprimé de son Règlement l'exigence de « circonstances exceptionnelles », le TPIR n'a à ce jour fait droit à aucune demande de mise en liberté. Tant les textes du RPP régissant la question de la détention provisoire, que la pratique du TPIR lui-même, font de la détention provisoire des accusés une règle et un état de fait qui ne souffrent pas d'exception.

Aujourd'hui, Ferdinand Nahimana est en détention provisoire sous la responsabilité du TPIR depuis près de sept ans. La légalité et l'opportunité de cette détention provisoire étaient affirmées le 5 septembre 2002 par la Chambre de première instance rejetant une requête aux fins de mise en liberté. La durée de cette détention n'est pas excessive et son maintien permet utilement de ne pas ralentir la procédure. La Chambre d'appel, saisie à son tour de la même requête, considère qu'en tout état de cause la seule

durée de la détention, fût-elle excessive, ne saurait à elle seule suffire à justifier une mise en liberté.

C. — Lorsque le 17 février 1997, après avoir été transféré du Cameroun vers la Tanzanie, Ferdinand Nahimana comparait pour la première fois devant ses juges, il ignore tout, comme son conseil, des charges factuelles précises retenues à son endroit et des éléments de preuve rassemblés par le Procureur. Le seul document porté à sa connaissance à la veille de l'audience est un acte d'accusation dont la substance se résume à une trentaine de lignes ne contenant que des accusations d'ordre très général relatives à sa position de supérieur hiérarchique au sein de la Radio Télévision des Mille Collines durant l'année 1994. Cette impossibilité d'accès au dossier de l'accusation à ce stade de la procédure pose naturellement la question de la possibilité d'une défense effective et du rôle du conseil qui, faute de pouvoir utilement apprécier le sérieux des accusations, ne peut guère conseiller l'accusé sur le choix d'un 'plaidoyer'.

Coupable ou non coupable? La comparution initiale de l'accusé devant ses juges (art. 62 RPP) a pour objet essentiel d'une part de s'assurer qu'il a connaissance des accusations portées contre lui, et d'autre part de lui faire indiquer publiquement sur chacun des chefs d'accusation s'il plaide coupable ou non coupable. Il est inutile d'insister sur l'importance de cette audience, dont dépend la suite de la procédure et au cours de laquelle l'accusé s'exprime publiquement devant ses juges pour la première fois... et parfois pour la dernière fois. Or, il est frappant de constater que rien dans le Statut ou le RPP ne prévoit que l'accusé ou son conseil puissent préalablement prendre connaissance du dossier de l'accusation, pas même les « pièces justificatives » sommaires annexées à l'acte d'accusation lors de la procédure de confirmation. Bien au contraire, il est expressément prévu (art. 66 RPP) que ce n'est qu'après cette « comparution initiale », au cours de laquelle l'accusé a déjà dû fixer sa position de principe, qu'un processus de communication de la preuve peut s'opérer.

3. — Préparer le procès au fond, pour la défense, c'est d'abord obliger l'accusation à préciser ses charges et à communiquer ses preuves. « *Etre informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui [...] disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense [...]* », tels sont, rappelle l'article 20 du Statut, les droits fondamentaux de l'accusé. C'est aussi amener le Procureur ou les juges à circonscrire en fait et en droit le cadre des poursuites. De quels faits, précisément identifiés dans le temps et dans l'espace, s'agit-il? Quelles sont les formes de responsabilités invoquées? C'est enfin mener la contre-enquête à décharge. Ne disposant en tout et pour tout que d'un acte d'accusation laconique, la défense de

Ferdinand Nahimana va, à partir de février 1997, s'efforcer d'en savoir plus, d'une part à l'occasion de la procédure « d'exceptions préjudicielles » (art.72 RPP), d'autre part dans le cadre de la procédure, très chaotique en l'espèce, « d'échange des moyens de preuve », et bien sûr par la mise en œuvre de difficiles investigations.

A. — Les « exceptions préjudicielles » concernent toutes les questions relatives à la compétence du Tribunal et aux « *vices de forme de l'acte d'accusation* ». Pour la première fois devant le TPIR, arguant d'une irrégularité de forme, la défense d'un accusé réclame que les charges retenues contre celui-ci soient précisément exposées, tant en ce qui concerne les faits poursuivis qu'en ce qui concerne les formes de responsabilités retenues.

L'affaire Nahimana présentait en effet une physionomie particulière: loin d'être précisément localisées dans le temps et dans l'espace au sein de la période de compétence du Tribunal (1<sup>er</sup> janvier 1994 - 31 décembre 1994), les accusations renvoyaient à l'ensemble du Rwanda et à la majeure partie de l'année 1994, voire à des faits antérieurs à 1994. L'acte d'accusation initial du 12 juillet 1996 était également hésitant s'agissant de la nature de la responsabilité pénale imputée à l'accusé, retenant à raison de faits identiques tantôt la responsabilité personnelle et directe prévue à l'article 6.1 du Statut, tantôt la responsabilité hiérarchique prévue à l'article 6.3.

L'imprécision d'un acte d'accusation sur le plan factuel et juridique fait partie de ces « vices de forme » portant atteinte au droit de l'accusé de pouvoir efficacement préparer sa défense. Tel était l'argument de la défense. La Chambre faisait droit à cette requête le 24 novembre 1997, ordonnant au Bureau du Procureur de préciser certains aspects essentiels de l'accusation. Mais ce n'est que le 5 novembre 1999, soit deux ans plus tard, qu'un acte d'accusation définitif était entériné par la Chambre. Entre ces deux dates, de multiples modifications intervenaient, avec pour chaque nouvel acte d'accusation de nouvelles « exceptions préjudicielles ». A l'acte d'accusation du 12 juillet 1996, composé de 4 pages et portant 4 chefs d'accusation, succédait *in fine* un acte d'accusation de 29 pages portant 7 chefs d'accusation, soit 3 nouveaux chefs d'accusation dont celui de génocide.

Ces modifications successives et notables de l'acte d'accusation (art. 50 RPP) ont soulevé de multiples questions procédurales, dont l'une mérite peut-être d'être soulignée: celle des justifications que le Bureau du Procureur se doit de fournir pour obtenir l'ajout d'un nouveau chef d'accusation. L'enjeu était d'importance puisque l'un des chefs d'accusation que le Procureur se proposait d'ajouter était le crime de génocide. La défense soutenait qu'à l'instar du juge confirmateur lors de la confirmation de l'acte d'accusation initial la Chambre saisie d'une telle demande se devait d'examiner, pièces en mains, le sérieux « *prima facie* » des éléments de preuve nouveaux

sur lesquels elle s'appuyait. Faute d'un tel examen, les juges n'auraient disposé pour statuer que des seules allégations du Bureau du Procureur, qui ne sauraient se justifier elles-mêmes. Ce fut pourtant ainsi que l'autorisation fut accordée, les juges veillant scrupuleusement à ce qu'aucun élément de preuve ne leur soit soumis, ni transmis à la défense (Décision du 5 novembre 1999).

B. — Le caractère massif et collectif des massacres, l'enchevêtrement des effets et des causes sur une brève période (« cent jours ») et sur un territoire guère plus grand que la Bretagne, l'enracinement des tensions dans l'histoire récente et ancienne du pays, rendent inévitablement artificiel, voire illégitime, tout 'découpage' en procès distincts de ce qui en réalité relève du même embrasement. Un procès unique de l'ensemble des accusés déferés devant le TPIR étant évidemment irréalisable, il fallait bien choisir dans cette histoire collective des « chapitres » que l'on puisse traiter séparément. Mais comment juger séparément des questions communes sans 'préjuger' ou sans se 'déjuger'? Par ailleurs, les textes fondateurs ayant circonscrit à l'année 1994 le champ des poursuites, que faire des charges situées avant le 1er janvier 1994?

Cette question spécifique de compétence surgit à l'occasion des modifications successives de l'acte d'accusation. La dissémination dans le temps des accusations portées contre Ferdinand Nahimana posait problème. Certaines accusations remontaient à l'année 1973 (participation prétendue de Ferdinand Nahimana à des groupes d'extrémistes anti-Tutsi), d'autres à l'année 1992 (activité de Ferdinand Nahimana à la tête de l'Office rwandais d'information), d'autres encore à l'année 1993 (création de la RTLM et début des émissions), d'autres enfin et naturellement à l'année 1994 (émissions de la RTLM et participation de Ferdinand Nahimana à des réunions publiques). Alors que la compétence *ratione temporis* du TPIR est strictement limitée à l'année 1994, la majorité des faits retenus à charge renvoyaient à des périodes antérieures. Que faire de ces charges? Sous couvert du jugement des crimes de 1994, le Procureur pouvait-il, en réalité, faire le procès de Ferdinand Nahimana toutes périodes confondues, de 1950 à 1996? Oui et non, répond en substance la Chambre. Non, l'accusé ne peut être le cas échéant condamné qu'à raison de crimes commis en 1994. Oui, l'ensemble des faits visés sont de nature à éclairer utilement le Tribunal et peuvent donc être examinés. Il reste que, même s'ils ne sont pas sanctionnés comme tels, leur procès public aura eu lieu (Décision du 5 novembre 1999).

Aux débats nés de ces 'connexités verticales' allaient suivre d'autres débats sur de plus préoccupantes 'connexités transversales'.

L'ambition du Bureau du Procureur de mener le 'Procès des médias' du génocide lui fit solliciter la jonction de trois procédures jusque-là distinctes: le dossier Nahimana, le dossier Ngeze et le dossier Barayagwiza, Hassan

Ngeze étant l'animateur du journal Kangura et Jean Bosco Barayagwiza militant influent de la « Coalition pour la défense de la République » (CDR), par ailleurs fondateur et membre du conseil d'administration de la RTL. Un débat eut donc lieu autour de la notion de 'connexité'.

Comme nous l'avons déjà souligné, il va de soi que l'ensemble des procédures menées devant le TPIR entretiennent une forme de 'connexité', et cette inévitable 'connexité' place les juges, tenus d'examiner des faits connexes, voire identiques, dans le cadre d'affaires distinctes, dans une situation difficile. Par exemple, la question de l'existence même d'un même « génocide » au sens de l'article 2 du Statut se pose dans chacun des dossiers. Mais ce n'est pas la seule. La question de la presse au Rwanda durant cette période, et celle de l'impact des émissions de la RTL en particulier, traversent de nombreuses affaires. Or, compte tenu du faible nombre de juges au sein du TPIR, chacun d'eux est tenu de siéger dans des procès séparés menés en alternance. Ils sont ainsi conduits à entendre des témoignages ou à examiner des éléments de preuve touchant directement aux questions soulevées dans le 'Procès des médias' sans pour autant que les parties à ce procès puissent en avoir connaissance et en débattre. Bien que les juges ne puissent se fonder que sur des éléments contradictoirement débattus par les parties, il est à craindre que, malgré eux, leur conviction ne se forge également à l'occasion de ces autres procédures au cours desquelles les mêmes questions auront été abordées.

Cette difficulté apparut avec une particulière acuité consécutivement au procès mené contre le journaliste George Ruggiu. Celui-ci, journaliste à la RTL du 1<sup>er</sup> janvier 1994 jusqu'à la fin des émissions en juillet 1994, après avoir dans un premier temps plaidé non coupable, entra dans un processus de collaboration avec le Bureau du Procureur et, revenu à un « plaidoyer de culpabilité », fut condamné à l'issue d'un bref procès à 12 années de réclusion (jugement du 1<sup>er</sup> juin 2000). Lors de ce procès les juges entérinaient un plaidoyer de culpabilité mettant directement en cause Ferdinand Nahimana et la RTL, et se prononçaient sur des questions de fait et de droit visant expressément l'incrimination d'incitation au génocide au travers des émissions de cette radio durant l'année 1994. Plus tard, poursuivant sa démarche de 'repenti' et présenté comme un 'témoin clé' de l'accusation, Georges Ruggiu était appelé à témoigner contre Ferdinand Nahimana.

Or, deux des trois juges composant la Chambre en charge du 'Procès des médias' avaient participé au « procès Ruggiu ». Ainsi, en l'absence des parties, deux des trois juges de la Chambre avaient déjà évalué la crédibilité d'un accusé devenu 'témoin clé' et examiné des questions de fait et de droit communes au 'Procès des médias'. N'y avait-il pas là un risque sérieux que, tenus par une décision antérieure, les Juges concernés ne disposent pas d'une

suffisante liberté d'esprit pour revenir sur leur appréciation initiale? Telle fut la préoccupation soulevée par la défense de Ferdinand Nahimana à l'ouverture du procès au fond, dans le cadre d'une requête visant à la récusation des deux Juges concernés. Requête rejetée.

C. — Obtenir communication des moyens de preuve de l'accusation, c'est rentrer dans le détail des charges: leur origine, leur contenu, leurs faiblesses et leurs forces. C'est rendre possible la contre-enquête à décharge. C'est donc l'un des soucis majeurs de la défense.

1. — Qu'il soit témoin oculaire, enquêteur ou témoin expert, le témoin est la pièce centrale du procès au fond. Non seulement à raison de son témoignage propre, mais également parce qu'il est l'intermédiaire obligé par lequel doit transiter, pour être déclaré recevable, tout élément de preuve. Pas de preuve documentaire sans un témoin pour en valider la teneur ou l'origine. C'est dire l'importance capitale qui s'attache à ce que la défense, dûment informée à l'avance de l'identité des témoins, puisse attentivement étudier leurs dépositions écrites et mener à leur sujet les enquêtes nécessaires. Le RPP prévoit ainsi que l'identité des témoins et leurs dépositions écrites doivent être communiquées à la défense « dès que possible » et en tout état de cause 60 jours avant le début du procès (art. 66 et 67 RPP).

Or, dans l'affaire Nahimana, comme dans la plupart des affaires pendantes devant le TPIR, les juges ont fait application des dispositions du RPP prévoyant la possibilité, avant le début du procès, de dissimuler à la défense « *dans des cas exceptionnels* » (art. 69 RPP) l'identité des témoins afin de préserver leur sécurité. La défense de Ferdinand Nahimana fut ainsi tenue dans l'ignorance de l'identité de la totalité des témoins de fait pressentis par le Procureur jusqu'à l'approche de l'ouverture du procès au fond. Concrètement cela signifie que non seulement l'état civil et l'adresse du témoin ne sont pas communiqués, mais également que tout ce qui dans sa déposition écrite permettrait de manière directe ou indirecte son identification est 'caviardé'. Il arrive que ce 'caviardage' atteigne de telles proportions que la compréhension de la déposition en soit rendue impossible.

La généralisation du procédé surprend et laisse dubitatif sur le sens de l'expression « *dans des cas exceptionnels* ». Protection des témoins? Protection des enquêtes en cours? Protection du dossier de l'accusation? En tout cas certainement pas protection des droits de la défense.

2. — Le RPP précise la nature des documents, autres que les dépositions de témoins, qui doivent être communiqués par le Bureau du Procureur à la défense, mais reste muet en ce qui concerne la période où cette communication doit intervenir. Dans la pratique, cette communication s'effectue tout au long de la procédure, et en particulier durant les audiences sur le fond lors de l'audition des témoins. C'est ainsi que plus de vingt mois après le début

du procès, alors que la présentation des témoins de l'accusation touchait à son terme, la défense reçut communication de plusieurs centaines de pages de documents nouveaux dans la perspective de leur production par l'intermédiaire de l'expert du Procureur appelé à déposer.

Recevoir communication de la preuve documentaire de l'accusation est une chose, pouvoir en comprendre le contenu en est une autre. L'un des problèmes pratiques majeurs qui s'est posé dans l'affaire *Nabimana* est celui de la traduction de documents en kinyarwanda, et en particulier des transcriptions d'émissions de la RTL. L'énorme volume des émissions à traduire (environ 300 enregistrements) fut probablement l'une des causes du retard pris dans l'organisation du procès. C'est aussi une illustration parlante du déséquilibre des moyens entre l'accusation et la défense. Alors que le Bureau du Procureur dispose d'une importante équipe de traducteurs, la défense, elle, en est totalement démunie faute de pouvoir en assumer les frais. Elle ne peut donc ni vérifier les traductions produites par le Bureau du Procureur ni exploiter d'autres documents ou enregistrements non traduits.

D. — Que même dans les systèmes judiciaires les plus respectables les principes du droit à la liberté, de la présomption d'innocence et d'égalité des armes entre l'accusation et la défense soient davantage des fictions juridiques que des réalités effectives relève de l'évidence. Transposé au plan de la justice pénale internationale, le contraste prend une dimension nouvelle: la détention provisoire est désormais la règle, les accusés sont par nature « *présumés responsables* » (art. 1<sup>er</sup> du Statut), quant à « l'égalité des armes », ce n'est plus une métaphore mais une antiphrase.

Face à un « Bureau du Procureur » disposant de moyens humains, matériels et financiers considérables (équipes d'enquêteurs installées à demeure au Rwanda, soutien actif d'associations locales de 'rescapés du génocide' utiles à la sélection des témoins dans la population, équipes de traducteurs, logistique informatique dans le traitement des données, équipes de juristes, locaux, véhicules, etc.), l'équipe de la défense, elle, qui doit assumer l'avance de ses frais, n'est composée au plus que de cinq personnes: conseil principal, co-conseil, deux assistants, un enquêteur. Pourtant la tâche à accomplir par la défense est immense. Dans la logique du système accusatoire la recherche des éléments de preuve à décharge (témoignages, documents) est de sa responsabilité exclusive.

Au-delà des difficultés matérielles, il existe un obstacle d'une autre nature, lié à la dimension internationale de ces procédures. Les investigations se déroulent dans des Etats souverains, et en particulier au Rwanda. Tenter d'obtenir auprès des fonctionnaires d'un régime résolument hostile à l'accusé

et à ses défenseurs des documents d'archives, éventuellement confidentiels, ne va pas sans résistances. Face à des refus exprès ou implicites, la défense est privée de tout recours effectif. Solliciter des juges une ordonnance appelant l'Etat à respecter son obligation de collaboration est davantage une manière de souligner une atteinte illégitime portée aux droits de la défense qu'un moyen efficace d'obtenir satisfaction.

4. — *La durée.* 23 octobre 2000 - janvier 2003, vingt-sept mois pour un procès de première instance encore inachevé, qui ne trouvera probablement son terme qu'à l'approche de l'année 2004...; plus de deux cents jours d'audience effectifs, dont cent soixante-trois pour la présentation des témoins à charge. Ces chiffres disent assez l'extrême disponibilité exigée des conseils de la défense qui doivent tout à la fois, professionnels indépendants, assurer leur activité professionnelle dans leur pays d'origine et, à plusieurs milliers de kilomètres de celui-ci, assumer leur commission d'office.

Pourquoi une telle durée? La fréquence et la durée des suspensions entre les sessions, autrement dit le 'temps perdu', s'expliquent assez aisément par des contraintes logistiques (le TPIR n'est composé que de trois chambres menant en alternance plusieurs procès). Qu'en est-il du 'temps utile', des journées d'audiences consacrées à l'audition des témoins et à l'examen des pièces ?

Certes, la logique purement 'accusatoire' qui anime la procédure ne favorise pas l'intervention des juges dans la conduite du procès. Mais, surtout, la discussion publique et contradictoire des témoignages et des pièces à conviction impose d'incontournables exigences de temps. Quiconque a pu observer le déroulement de l'audition d'un témoin, souvent sur plusieurs jours, parfois plusieurs semaines, et l'épreuve majeure que constitue le « contre-interrogatoire », sait que cette méthode d'approche de la vérité, ou plus exactement de détection de l'erreur ou du mensonge, exige d'une part le respect par les juges de la liberté du conseil dans sa stratégie de questionnement, et d'autre part le temps nécessaire à sa mise en œuvre. Ce temps-là n'est pas perdu, et pas davantage 'excessif' si l'on veut bien considérer qu'il correspond à la fois à la phase d'instruction préparatoire et au procès public en France. Si le reproche de la durée excessive des procès est fondé, encore faut-il en identifier les causes illégitimes et ne pas retirer à ces procès l'une de leurs trop rares vertus.

*La preuve.* Du côté de l'accusation: une cinquantaine de témoins, dont quatre experts, plusieurs centaines de documents, plusieurs centaines d'enregistrements; côté défense: sensiblement la même chose. En face: trois juges chargés d'en apprécier la recevabilité, d'en jauger la crédibilité, d'en soupeser le poids. Comment? Au regard de quelles règles? Dans quel contexte judiciaire? Les vertus du procès public et contradictoire, la rigueur que l'on

pouvait attendre d'un système héritier des traditions de *common law*, se heurtent ici à d'évidentes 'difficultés' de mise en œuvre. Tant en ce qui concerne la preuve testimoniale que la preuve documentaire.

*Les témoins.* 800 000 morts, l'instauration au Rwanda d'un régime policier politiquement hostile aux accusés, où la 'disparition' est d'un usage courant, la persistance de conflits politiques et militaires marqués par l'appartenance 'communautaire', ne créent pas, cela va de soi, un climat favorable à l'épanouissement de témoignages sincères et spontanés. Deux dangers menacent cette forme de preuve: la déformation volontaire des faits, le « faux témoignage » d'une part; la mise en péril du témoin lui-même ou de ses proches, d'autre part. Judiciairement, la difficulté tient au fait que, si le « faux témoignage » ne peut être efficacement combattu qu'à l'occasion des feux croisés des interrogatoire et contre-interrogatoire, publiquement et librement, la protection du témoin, elle, passe, entre autre, par la protection de son identité, singulièrement lors de sa comparution. Le RPP (art. 75) prévoit ainsi la possibilité pour les juges d'ordonner des mesures de protection des témoins « à condition que lesdites mesures ne portent pas atteinte aux droits de l'accusé », dont le huis clos et, ce qui s'apparente à un 'huis clos partiel', la dissimulation de la personne du témoin avec utilisation d'un pseudonyme.

La publicité des débats est l'une des conditions essentielles du procès équitable, et la responsabilité publique du témoin envers son témoignage est le premier des garde-fous contre le faux témoignage. La dissimulation de la personne du témoin et de son identité lors de son audition constitue une exception loin d'être sans portée. En outre, la mise en œuvre de ces mesures a eu pour résultat non seulement une réduction sensible de la publicité des audiences, mais également une limitation des possibilités de contre-interrogatoire. En effet, toute question susceptible d'amener la révélation d'informations de nature à permettre l'identification du témoin (cursus scolaire et professionnel, fonctions, domicile, liens sociaux et familiaux, participation spécifique à des événements connus, etc.) oblige soit à demander le huis clos, soit à demander ce qui en est l'équivalent partiel, mais sans pour autant que l'audience 'publique' soit suspendue, c'est-à-dire la rédaction par écrit d'une réponse qui demeurera ignorée du public. Confrontée à certaines auditions où le contre-interrogatoire public du témoin s'avère *de facto* impossible sans révéler son identité, la défense se trouve parfois contrainte de solliciter le huis clos total, c'est-à-dire de renoncer à l'une des garanties fondamentales du procès équitable.

On aurait pu concevoir que ces mesures, en ce qu'elles affectent l'exercice des droits de la défense, soient réservées à des situations particulières révélant un risque spécifique, ou à des témoins particulièrement

vulnérables. Rien de tel dans le ‘Procès des médias’; de même que l’identité des témoins de l’accusation avait été systématiquement dissimulée à la défense avant le début du procès, de même fut-elle, à quelques rares exceptions près, systématiquement dissimulée au public durant le procès. Au reste, c’est sur le fondement de la même ordonnance, visant sans distinction l’ensemble des témoins de l’accusation, que ces différentes mesures dérogoatoires furent mises en œuvre.

*Les pièces à conviction.* Juger sur pièces. Face à l’incertitude du témoignage livré sept ou huit ans après l’événement, la simple réalité du document d’époque. Or, les documents abondent et en particulier en ce qui concerne les médias et Ferdinand Nahimana, personnalité universitaire et politique, ancien haut fonctionnaire. Encore faut-il pouvoir s’assurer de leur authenticité ou de leur pertinence. Tel est le rôle des juges. En la matière, le RPP se contente de poser de manière laconique quelques principes généraux (art. 89 et 95) qui ne renseignent guère sur les modalités concrètes d’admission des pièces apportées par les parties. Dans le silence des textes, la Chambre doit appliquer « *les règles d’administration de la preuve propres à permettre (...) un règlement équitable de la cause* », ce qui est rassurant mais peu explicite.

D’incessants débats, ‘objection’ après ‘objection’, se succèdent depuis vingt-sept mois sur les mille et une raisons de recevoir ou d’écarter une pièce. De ces débats, il reviendra à d’autres le soin de dégager des règles; A ce jour, la seule qui semble communément prévaloir est que chaque document est apprécié... au cas par cas... et que dans certains cas aucune condition n’est requise. L’extrême complexité, ou l’extrême simplicité, on ne sait encore, de ces ‘règles’ semble quelque peu en décalage avec certaines réalités très simples. Un exemple: à de très rares exceptions près, l’ensemble des documents produits par l’accusation ne sont que des copies (non certifiées conformes), dont les originaux n’ont jamais pu être consultés par la défense.

*Les experts: procès et histoire.* Qu’est-ce qu’un expert? « *Le Tribunal considère qu’il y a une différence fondamentale entre un témoin appelé à témoigner sur les faits directement reprochés à l’accusé et un témoin expert dont le témoignage a pour but d’éclairer les juges sur des problèmes techniques requérant des connaissances particulières dans un domaine déterminé; le Tribunal est d’avis qu’un témoin expert, afin d’être habilité à comparaître, doit être non seulement un expert reconnu dans son domaine, mais doit aussi être tout à fait impartial dans la cause* » (TPIR; Procureur contre Akayesu; transcrits de l’audience du 9 mars 1998, p. 3 et 4).

La définition est classique, renvoyant aux notions de ‘problèmes techniques’, de compétence reconnue et d’impartialité. Fut ainsi appelé par l’accusation un « expert linguiste » rwandais d’autant plus au fait des questions soulevées par le Procureur qu’il était par ailleurs salarié à plein temps au

service de traduction abondamment mis à contribution par le Bureau du Procureur...

Mais les procès devant le TPIR, et singulièrement le 'Procès des médias', vont voir se multiplier des 'experts' d'un genre particulier, 'experts en-Rwanda', omniscients pour tout ce qui touche à l'histoire récente du Rwanda, et en particulier au génocide. Pas 'techniciens' pour un sou, aussi peu spécialisés que possible, ils ne viennent ni témoigner de faits ni dire le droit, mais dire l'Histoire dans ses moindres détails en insistant sur les faits et gestes des accusés, le cas échéant en reprenant sous leur signature dans leur rapport, par souci de prudence, le texte même de l'acte d'accusation... En général ils se disent historiens.

Ce n'est pas ici le lieu de polémiquer sur la compétence ou l'impartialité de tel ou tel de ces experts. La question est celle de la place que la justice leur réserve dans ce genre de procès. Ils ne sont pas témoins de faits, mais ils viennent conter des faits que nul témoin n'est venu établir. Ils ne sont pas juges, mais ils viennent exprimer leur intime conviction sur la culpabilité des accusés. Sont-ils historiens? C'est possible. Mais que peut l'historien dans le processus judiciaire d'établissement des faits si les témoins directs eux-mêmes font défaut? Quelle sorte de 'vérité' judiciairement utile peut-il apporter? Une vision d'ensemble des phénomènes de masse, une mise en perspective d'événements notoires, certes, mais certainement pas le détail factuel d'histoires individuelles, et sans perdre de vue d'une part que la recherche historique n'a ni les mêmes méthodes ni les mêmes objectifs que l'enquête judiciaire, et d'autre part que, si l'historien peut se contenter d'hypothèses, le juge, lui, a besoin de certitudes éprouvées par le débat judiciaire que l'historien est inapte à lui procurer.

Il est naturellement impossible de conclure, et l'inventaire pourrait se poursuivre. Derrière les fastes apparents de la justice pénale internationale, hésitations, cahotements, questions éternelles et difficultés nouvelles remplissent le quotidien des praticiens qui, naviguant à vue et sans cesse confrontés à de nouveaux écueils, tentent tant bien que mal et avec les moyens du bord de faire leur métier.

« Etre moderne, c'est bricoler dans l'incurable », écrivait Cioran. Sommes-nous modernes?



**Troisième partie**

**LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE  
EN QUÊTE DE SA LÉGITIMATION**

A l'instar de la norme et du procès, c'est le sens profond de la justice pénale internationale qui se situe à un carrefour, un espace à plusieurs entrées et plusieurs sorties. Car, si tout au long de l'ouvrage nous avons fait référence aux Tribunaux internationaux sans discuter de leur légitimité ni des alternatives possibles, il n'empêche que ces questions restent ouvertes et sont d'autant plus renforcées par l'analyse technique qui précède.

D'une part, il convient de s'interroger sur ce qui se situe en amont de la justice pénale internationale, c'est-à-dire sur son *fondement*. La naissance des juridictions pénales internationales au cours des années quatre-vingts a été, après un demi-siècle d'immobilisme judiciaire, le résultat de facteurs (politiques, économiques et sociaux) hétérogènes mais convergents. Il s'agit donc de replacer l'élément juridique dans le contexte plus large des valeurs et des fonctions en jeu, pour le soumettre à une appréciation critique.

D'autre part, il reste à vérifier ce qui se situe en aval de la réaction aux crimes les plus graves affectant la communauté internationale. Car, une fois le choix pris d'intervenir pour sanctionner ces crimes, la question reste ouverte des issues possibles qu'une telle option est susceptible de fonder, les Tribunaux auxquels nous avons fait référence ne représentant qu'une des modalités possibles de la résolution des conflits. D'autres *alternatives* existent, dont il faut faire état ici, tant qu'elles gardent une nature juridique et judiciaire, comme c'est le cas des commissions vérité et réconciliation, tant qu'elles s'en éloignent, on pense alors a contrario à la forme brutale et absurde de la 'force nue'.

## Section 1

### FONDEMENTS

Pour comprendre pleinement les Tribunaux pénaux internationaux, il convient de s'interroger sur la place qu'ils prennent dans les transformations planétaires du pouvoir. En effet, la mise en place des juridictions pénales internationales entretient des relations étroites avec la mondialisation, dans ses déclinaisons plurielles et ses appréciations contrastées. Apparaît ici, de toute évidence, la question des *valeurs* représentées, valeurs plurielles et souvent en tension entre elles, dont il faut rechercher le point d'équilibre. Ainsi la mondialisation à vocation économique est beaucoup plus rapide et plus efficace que le rapprochement des droits nationaux sous l'influence des droits de l'homme. Et la création de juridictions supranationales, manifestation récente de cette dernière tendance, n'est pas à l'écart des ambiguïtés en raison du caractère sélectif des juridictions *ad hoc*, assurant la protection de certains victimes mais renonçant à bien d'autres (Delmas-Marty).

Si le droit pénal participe d'un processus de renforcement de valeurs, il en est également l'instrument de transmission et d'affirmation. C'est donc la question des *fonctions* assurées par un tel système qui entre en jeu. D'un côté — en termes positifs — ces Tribunaux marquent l'affranchissement de la pratique archaïque de la vengeance aussi bien que celui de la tendance à l'oubli, menant à la détermination de la responsabilité individuelle, ce qui représente une avancée remarquable par rapport au passé (Cassese). Mais — en termes plus douteux — la justice pénale internationale prend une fonction symbolique dans le sens où elle risque d'élever l'apaisement du sentiment d'insécurité et de la demande de répression émanant de la société toute entière à son objectif primaire (Fronza-Tricot).

# TRIBUNAUX INTERNATIONAUX ET MONDIALISATION

MIREILLE DELMAS-MARTY

SOMMAIRE: 1. Création de juridictions supranationales. — A. Les enjeux: opposabilité des droits fondamentaux. — B. Les premières réalisations. — 2. La mondialisation des juridictions nationales. — A. La diversité des pratiques. — B. Les voies d'une future harmonisation.

Le paysage juridique a changé. Si les événements tragiques du début du XXI<sup>ème</sup> siècle n'ont pas créé ce changement, ils l'ont révélé au monde. Dès 1948, le Préambule donnait pour objectif à la Déclaration universelle des droits de l'homme l'avènement d'un monde où les êtres humains seraient « libérés de la terreur et de la misère ». Mais nous sommes trop longtemps restés aveugles et sourds.

La terreur ne date pas d'hier. Sous la forme de la criminalité organisée et du terrorisme international elle existait déjà, mais on sait depuis le 11 septembre 2001 que même l'Etat le plus puissant ne peut lutter seul, ou par le seul jeu d'alliances bilatérales.

La misère, loin d'avoir régressé, semble accompagner une globalisation économique qui progresse depuis la fin de la guerre froide, mais il devient évident que l'OMC ne pourra durablement méconnaître la protection des droits fondamentaux, qu'il s'agisse de la santé, de l'environnement ou du respect des droits sociaux, ceux des travailleurs comme ceux des exclus. Mettre « la misère hors la loi », pour reprendre le mot d'ordre de l'ancien président d'ATD Quart Monde <sup>1</sup>, est encore perçu comme une utopie alors qu'il s'agit d'une urgence.

Le paradoxe est que les systèmes de droit sont toujours là, identifiant le droit à l'Etat, et l'Etat à ses symboles que sont la territorialité et la souveraineté; alors que nous découvrons que le territoire n'est plus un sanctuaire et que la souveraineté doit être partagée. Car la mondialisation actuelle, pour n'être pas la première de l'histoire, est désormais caractérisée par les technologies qui abolissent les distances et se jouent des frontières.

<sup>1</sup> P. BOUCHET, *La misère hors la loi*, Textuel 2000.

Certes elle favorise paradoxalement les revendications locales et la prolifération des Etats, mais surtout les dépendances, donc un affaiblissement des Etats, soumis à une double internationalisation: d'une part la globalisation économique ouvre les frontières à des pratiques (commerciales mais aussi criminelles) de nature transnationale; d'autre part les droits de l'homme, fondés sur la Déclaration de 1948, postulent l'existence de valeurs universelles.

Pourtant la symétrie n'est qu'apparente entre le marché et les droits de l'homme et la relation entre globalisation économique et universalisme éthique reste ambiguë. D'une part, l'apparition d'un « droit de la mondialisation » à vocation économique est beaucoup plus rapide et plus efficace que la « mondialisation du droit » qui permettrait le rapprochement des droits nationaux sous l'influence des droits de l'homme. D'autre part, il existe une contradiction entre le principe de solidarité et l'esprit de partage, inhérents à l'idée même d'universalisme, et un marché mondial fondé sur le principe de concurrence et l'esprit de compétition qui mènent à l'inverse vers un accroissement des inégalités sociales <sup>2</sup>.

Pour constituer un lien social qui ne soit pas réduit au seul lien marchand et puisse fonder un futur ordre juridique mondial, la solution existe pourtant: les rédacteurs de la Déclaration universelle l'avaient présente en plaçant le devoir de fraternité en tête du texte et en énumérant un certain nombre de droits économiques, sociaux et culturels à côté des droits civils et politiques. Mais l'écart s'est creusé avec l'adoption en 1966 de deux pactes qui séparent les droits civils et politiques, un peu mieux protégés, des droits économiques, sociaux et culturels, laissés quasiment sans contrôle. A l'heure de la globalisation économique, l'indivisibilité devrait reprendre tout son sens. Plutôt que de prétendre renoncer à l'économie de marché, mieux vaudrait utiliser son dynamisme et son effet d'ouverture et en réduire les effets pervers par une égale reconnaissance de tous les droits fondamentaux, à la fois par les Etats et par les acteurs économiques <sup>3</sup>.

La difficulté est que la mondialisation entraîne à la fois une concentration du pouvoir et une dilution de la responsabilité: dans un monde gouverné par une ploutocratie cosmopolite suffisamment flexible et mobile pour marginaliser à la fois les Etats, les citoyens et les juges. Le pouvoir se concentre entre les mains de quelques acteurs (politiques, mais aussi écono-

<sup>2</sup> Voir S. BESSIS, La fracture des inégalités entre riches et pauvres ne cesse de se creuser, in *Le nouvel état du monde*, 2<sup>ème</sup> éd., La Découverte 2002, 27 s.; C. MORISSON, La pauvreté dans le monde, in *Ramsès 2003*, sous la direction de TH. DE MONTBRIAL - PH. MOREAU DEFARGES, Dunod, 2002, 105 s.

<sup>3</sup> Voir M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, 1998.

miques, médiatiques, intellectuels et religieux), sans que les conditions et les moyens d'établir leur responsabilité à l'égard des peuples et des citoyens soient pour autant clairement établis.

Dans le projet de Déclaration d'interdépendance, qui a été présenté au siège des Nations Unies à New York le 26 février 2003 par le *Collegium international éthique, politique et scientifique*<sup>4</sup>, quatre objectifs sont définis:

— « étendre l'ensemble des droits fondamentaux des individus présents aux générations futures et les développer dans les limites nécessaires, dans une société démocratique, au respect de l'ordre public national et supranational;

— « reconnaître que la détention d'un pouvoir global, qu'il soit économique, scientifique, médiatique, religieux ou culturel, implique le corollaire d'une responsabilité globale, c'est-à-dire étendue à tout le champ des effets de ce pouvoir;

— « inciter les Etats souverains à reconnaître la nécessité d'intégrer l'ordre public supranational à la défense des intérêts communs dont ils sont l'indispensable support;

— « favoriser le développement des institutions représentatives des communautés internationales régionales en même temps que renforcer la Communauté mondiale et l'émergence d'une citoyenneté globale afin d'élaborer une politique commune pour la régulation des flux ainsi que la prévention des risques et la répression des crimes ».

Pour réaliser ces objectifs il est nécessaire de promouvoir des Tribunaux internationaux, à condition de dépasser le sens premier du terme au profit d'une « internationalisation des Tribunaux ». Je vise par là un double processus: d'une part, la création de juridictions mondiales qui ne se limitent pas à arbitrer des conflits *entre* Etats, mais aient la compétence de véritables juridictions supranationales; d'autre part, dans le prolongement du principe de compétence universelle, la mondialisation des juridictions nationales.

1. — Comparées aux enjeux — garantir l'opposabilité de l'ensemble des droits fondamentaux tant aux Etats qu'aux acteurs économiques —, les premières réalisations sont encore très insuffisantes.

A. — L'opposabilité aux Etats suppose le renforcement des mécanismes de contrôle. Il faut, d'une part, améliorer la protection des droits civils et politiques, en renforçant le caractère juridictionnel du Comité des droits de l'homme de l'ONU pour en faire une véritable Cour des droits de l'homme (à l'image des Cours européenne et interaméricaine), et, d'autre part, compenser la dissymétrie actuelle au détriment des droits économiques, sociaux

<sup>4</sup> La liste des membres et du conseil d'administration peut être obtenue auprès de « collegium@wanadoo.fr ».

et culturels en créant pour eux des mécanismes de contrôle équivalents à ceux applicables aux droits civils et politiques.

Quant à l'opposabilité des droits fondamentaux aux acteurs économiques, en particulier aux entreprises transnationales, elle est devenue aussi un enjeu essentiel. Il s'agit d'apprendre à utiliser les mécanismes de régulation propres au marché pour assurer, non seulement l'ouverture des marchés et la libre concurrence, mais aussi le respect des autres droits fondamentaux.

Il existe en effet diverses organisations de développement économique régional. Je rappelle seulement que le potentiel de régulation juridique des structures existantes est très variable: simple cadre de consultation mutuelle (l'Asean en Asie) ou de coopération économique (l'Apec pour la zone Asie/Pacifique), zone de libre-échange (Alena ou Nafta en Amérique du Nord), union douanière (Mercosur en Amérique du Sud), ou véritable union économique et monétaire (UE), sans oublier des organisations d'harmonisation du droit des affaires comme l'Ohada (entre pays africains de la zone franc). La question est de savoir si des instances chargées de veiller sur les règles du marché — quand elles existent — ont la possibilité de prendre aussi en compte le respect des droits fondamentaux. En Europe, il est déjà admis par le juge communautaire que le respect des principes régissant le marché intérieur ne constitue plus un objectif absolu, et la Cour de Luxembourg commence à prendre en considération l'intérêt général, mais le marché n'en reste pas moins l'objectif premier.

A l'échelle mondiale, on recommence les mêmes erreurs en séparant la régulation économique du respect des droits fondamentaux, comme si les expériences du « laboratoire européen »<sup>5</sup> n'avaient servi à rien. Ainsi commence à se dessiner une dualité institutionnelle avec la montée en puissance de l'OMC face à l'ONU qui garde en charge la protection des droits de l'homme et face à l'Organisation internationale du travail (OIT) qui assure depuis 1919 la promotion et le développement des droits sociaux.

Une régulation juridictionnelle s'amorce toutefois, mais il s'agit à peine d'une ébauche.

Du côté de l'ONU, après l'appel adressé au monde des affaires en 1999 par le Secrétaire général des Nations Unies invitant au respect des 9 principes énoncés dans le document dit « *Global Compact* »<sup>6</sup>, la Sous-Commission des

<sup>5</sup> Voir M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, Paris 1994, 223 s.

<sup>6</sup> Voir aussi *Globalization and its impact on the full enjoyment of all human rights*, 31 août 2000, UN Docs A/55/342, et 31 juillet 2001, A/56/254; MARY ROBINSON, *Making the global Economy working for Human Rights*, in *Role of the World Trade Organization in global governance*, sous la direction de G.P. SAMPSON, 2001, 209; également E. - U. PETERSMANN, *Time for a United Nations 'Global compact' for integrating human rights into the law of worldwide*

droits de l'homme a créé un groupe de travail sur les sociétés transnationales, avec mission d'étudier les accords existant en matière d'investissement, d'agriculture, de commerce et de services et d'évaluer les effets de la concurrence sur les droits de l'homme <sup>7</sup>. Dans un rapport qui sera soumis à la prochaine session de la Sous-Commission, ce groupe a élaboré un projet (*Draft norms on responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights*) énonçant des obligations générales que les entreprises devront appliquer et incorporer à leurs contrats, mais sans envisager de mécanisme de suivi permettant d'imposer sanctions et réparations aux sociétés transnationales, ni examiner la portée des obligations des Etats en la matière.

Du côté de l'OMC, une évolution s'amorce aussi pour le mécanisme de règlement des différends. Au départ il s'agit d'un simple « organe » (ORD), conçu comme un mélange de diplomatique et d'un juridictionnel entrecoupé de contractuel: il n'adresse ses rapports qu'aux Etats et, même si les entreprises sont finalement atteintes par les mesures de rétorsion imposées par l'Etat reconnu victime, elles ne tirent aucun profit d'éventuelles compensations, toujours reversées aux Etats. Déjà envisagée par certains auteurs <sup>8</sup>, l'entrée des opérateurs économiques à l'ORD limiterait l'impact des rapports de force entre Etats et permettrait un rééquilibrage au profit du droit.

Mais la grande nouveauté est l'émergence d'une citoyenneté mondiale. Michel Foucault l'avait pressentie: « il existe une citoyenneté internationale qui a ses droits, qui a ses devoirs ... c'est un devoir de cette citoyenneté internationale de toujours faire valoir aux yeux et aux oreilles des gouvernements les malheurs des hommes dont il n'est pas vrai qu'ils ne soient pas responsables. Le malheur des hommes ne doit jamais être un reste muet de la politique. Il fonde un devoir absolu de se lever et de s'adresser à ceux qui détiennent le pouvoir » <sup>9</sup>.

Désormais les Etats doivent compter avec les citoyens du monde et sans doute envisager, à défaut de parlement mondial, une forme de participation, pour les ONG comme pour les représentants des parlements nationaux ou régionaux, afin d'ouvrir l'OMC à des préoccupations d'intérêt général. C'est grâce à la pression des ONG autour du procès de Pretoria, au printemps 2001,

organizations: lessons from European integration, in *European Journal of International Law*, 2002, 621; R. HOWSE, Human rights in the WTO: whose rights, what Humanity? Comment on Petersmann, in *European Journal of International Law*, 2002, 651.

<sup>7</sup> Rapport 15 août 2002, E/CN.4/Sub.2/2002/13.

<sup>8</sup> M.A. FRISON-ROCHE, Tribune de l'OMC, Le système des sanctions, in *Notes bleues de Bercy*, juillet 2000.

<sup>9</sup> M. FOUCAULT, Face aux gouvernements, les droits de l'homme, in *Dits et écrits*, Gallimard, 1994, 707.

que la nécessité est apparue d'assouplir le droit des brevets en faveur de la santé publique. C'est également grâce à leur pression que fut créée, dans le prolongement des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, la seule véritable juridiction mondiale *supranationale* qu'est la Cour pénale internationale.

B. — Ce n'est sans doute pas un hasard si les premiers Tribunaux à composition mondiale — Tribunaux *ad hoc* de Nuremberg et de Tokyo après la Seconde Guerre mondiale, puis TPIY et TPIR créés pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies de 1993 et 1994) et Cour pénale internationale (Convention de Rome, adoptée en 1998, entrée en vigueur en 2002) — sont de nature pénale. Certes de grands pays, à commencer par les Etats-Unis, n'ont pas l'intention de ratifier la convention, pensant sans doute qu'ils ne peuvent être eux-mêmes victimes de crimes contre l'humanité, mais que leurs militaires et autres agents risquent d'en être accusés à l'occasion d'opérations de maintien de l'ordre. Pourtant, bien que le terrorisme ait été explicitement écarté au cours des débats en raison de la difficulté à distinguer le terrorisme criminel des formes de résistance à l'occupation forcée, de nombreux juristes, y compris aux Etats-Unis, soulignent maintenant que la définition du crime contre l'humanité (art. 7, STCPI) pourrait s'appliquer aux attentats du 11 septembre car elle vise: « une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cause », précisant qu'il s'agit d'un comportement commis « en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »<sup>10</sup>. Certes la CPI nouvellement créée ne jugera que les crimes commis après son entrée en vigueur, et sa compétence sera limitée pour l'essentiel aux pays ayant ratifié la convention, mais le Conseil de sécurité de l'ONU pourrait lui donner compétence spécifique au titre de juridiction *ad hoc*, afin de garantir un jugement indépendant et impartial.

On constate en effet qu'aujourd'hui la répression pénale de crimes internationaux tels que le génocide, les crimes contre l'humanité, la torture, les crimes de guerre, le terrorisme international a pris un essor remarquable<sup>11</sup>. Il y a une vingtaine d'années, nul n'aurait considéré possible qu'un chef d'Etat en exercice comme *Slodoban Milosevic* soit incriminé et, une fois destitué, traduit en justice devant un Tribunal pénal international (TPIY), ou qu'un autre Tribunal international, celui pour le Rwanda (TPIR), puisse juger et condamner un ancien chef de gouvernement, *Jean Kambanda*

<sup>10</sup> M. DELMAS-MARTY, *Global Crime Calls for Global Justice*, *EJCCR/LCrJ*, 2002, 286-293.

<sup>11</sup> Voir *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris, 2002.

(condamné en 1998 à perpétuité) et détenir dans une prison des Nations Unies, en attente de procès, onze anciens ministres.

Il est vrai qu'au plan politique les juridictions pénales à caractère supranational comportent des ambiguïtés et des faiblesses: des ambiguïtés tenant au caractère sélectif de la création des juridictions *ad hoc*, puis au refus par certains pays de ratifier la Convention de Rome; également des faiblesses, en raison notamment de l'absence d'une police judiciaire mondiale dont les juges internationaux pourraient disposer librement. D'où le risque pour eux d'entrer en conflit avec les Etats, ou la tentation d'accepter des compromis peu compatibles avec les critères d'une justice impartiale.

En outre, d'un point de vue strictement juridique, l'interprétation d'un droit international encore à l'état d'ébauche impose aux juges de dégager des principes généraux à partir de la recherche d'un « dénominateur commun » des systèmes de droit. L'analyse de la jurisprudence des TPI montre la difficulté d'un tel exercice. Qu'il s'agisse, par exemple, de questions de droit pénal de fond, comme la participation criminelle, la définition des faits justificatifs, ou les éléments constitutifs du viol; ou de questions de procédure, comme le droit de la preuve ou le régime juridique du plaider coupable et ses éventuelles conséquences en matière de négociation de la peine, les Tribunaux pénaux internationaux ont été conduits à examiner de près divers systèmes nationaux, mais cette approche comparative reste imparfaite, au risque de donner à penser qu'elle remplit une fonction de légitimation *a posteriori* plutôt que de véritable outil d'interprétation<sup>12</sup>, ou même qu'elle conduit, sous couvert de droit comparé, à la domination d'un système sur un autre<sup>13</sup>.

Certes le Statut de la CPI est plus précis que celui des TPI, mais il est probable que des lacunes et des imprécisions subsisteront pour quelque temps encore et que la future CPI devra les résoudre par référence aux règles d'interprétation prévues par le statut. Particulièrement précis sur ce point, l'article 21, al.1, du STCPI ne se contente pas de confirmer l'applicabilité des sources générales du droit international, mais il vise aussi expressément, comme source secondaire (citée « à défaut » des autres) les « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représen-

<sup>12</sup> Pour une analyse critique de l'usage du terme et des risques de légitimation *a posteriori* ou même d'utilisation d'un système en termes de domination, voir M. DELMAS - MARTY, L'influence du droit comparé, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit.

<sup>13</sup> Sur le conflit entre tradition de *common law* et tradition romano-germanique, dite civiliste, voir les exemples cités in *L'influence du droit comparé*, cit. Adde M. DELMAS-MARTY, International criminal law and comparative law, *IntJCL*, 2003.

tant les divers systèmes juridiques du monde, y compris, lorsqu'il convient, les lois nationales des Etats sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent statut ni avec le droit international et les règles et normes internationalement reconnues ». Il faudra que des moyens considérables soient mis à disposition de la Cour pour l'aider à connaître « les lois nationales représentant les divers systèmes juridiques du monde » et à vérifier leur compatibilité avec « le droit international et les règles et normes internationalement reconnues ». D'autant que cette connaissance commande aussi la définition de la coutume internationale, notamment en matière d'immunité.

Ces difficultés, à la fois politiques et juridiques, expliquent sans doute que le principe de complémentarité ait été posé dès le Préambule de la Convention de Rome portant statut de la CPI, et repris à l'article premier<sup>14</sup>. Comme le précise encore l'article 17 (par. 1,a) du Statut, une affaire ayant fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat doit être jugée irrecevable par la Cour, sauf au cas où il apparaîtrait que cet Etat « n'ait pas la volonté ou ne soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ».

Cette complémentarité ne signifie ni une autonomie absolue de chacune des sphères de la justice pénale, nationales et internationales, ni une subordination étroite des unes aux autres. Elle traduit en revanche l'émergence d'une conception qui substitue à la hiérarchie des normes leur interaction, conduisant vers un ordre juridique que l'on pourrait nommer pluraliste<sup>15</sup>, et qui repose non seulement sur la création de juridictions supranationales, mais aussi sur un second processus, celui de la mondialisation des juridictions nationales.

2. — Déjà les juges nationaux apprennent à se référer de plus en plus souvent à des normes internationales, régionales ou même mondiales. Ils peuvent ainsi conquérir une compétence mondiale, comme la Chambre des Lords l'a montré avec éclat dans l'affaire *Pinochet*.

Certains pays, comme la Belgique ou l'Espagne, affirment avec force, au nom du principe de compétence universelle, l'exigence de mettre un terme à l'impunité et donc de se substituer aux juges compétents selon les critères traditionnels de la territorialité ou de la compétence personnelle lorsque ces

<sup>14</sup> Voir *La Cour pénale internationale, le Statut de Rome*, Introduit et commenté par W. BOURDON, Seuil, 2000; *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, I, sous la direction de A. CASSESE - P. GAETA - J. JONES, Oxford, Oxford University Press, 2002, 335 s.

<sup>15</sup> Voir M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, cit. *Adde* The ICC and the interaction of international and national legal systems, in *The Rome Statute*, cit., 1915 s.

derniers n'engagent aucune poursuites contre les auteurs présumés de crimes internationaux graves. Ils se heurtent alors aux prétentions des autres Etats souverains ou, comme dans le cas de la Belgique, à un recours de l'Etat mis en cause à la Cour internationale de Justice (CIJ, *Affaire du mandat d'arrêt*, 14 février 2002) <sup>16</sup>.

Toutefois le nombre des Etats qui acceptent d'exercer une compétence universelle (parfois en la conditionnant à la présence du prévenu sur le territoire) augmente progressivement, grâce à l'influence croissante des traités internationaux qui imposent l'exercice de cette compétence: après les quatre Conventions de Genève de 1949, laissées longtemps en demi-sommeil, la Convention sur la torture de 1984 et les nombreux traités en matière de terrorisme. Ces traités, une fois ratifiés par les Etats, les obligent à mettre en œuvre et exercer cette compétence universelle. Mais on observe un décalage entre les potentialités du droit et leur usage effectif, par les Etats ou les juges nationaux; comme si les intérêts à court terme et le nationalisme étroit dont s'inspirent encore beaucoup d'Etats souverains avaient tendance à l'emporter sur les exigences de justice.

Encore faut-il mesurer aussi les risques, à l'inverse, d'interprétation divergente ou d'ingérence inacceptable, liés à cette mondialisation spontanée des juges. Car il faudra sans doute beaucoup de temps aux juges nationaux de tous pays pour faire l'apprentissage de règles communes de forme et de fond et cet apprentissage ne dispensera pas de la création de juridictions internationales. On constate en effet, face à la diversité des pratiques, la nécessité d'une harmonisation.

A. — Cette diversité tient à la complexité des deux relations qui commandent les processus de mondialisation des juridictions pénales nationales <sup>17</sup>.

*Une première relation* apparaît en effet entre le choix des normes appliquées par les juges nationaux à la responsabilité pénale (notamment en matière d'immunités, prescription ou amnistie) et le type de compétence qui sous-tend leur intervention.

Comme le souligne P.-M. Dupuy, « même si le problème des immunités de juridiction des responsables de la politique d'Etat et celui de la compétence universelle sont deux questions bien distinctes, l'admission élargie de la seconde condition conditionne dans une grande mesure la réduction effective du champ d'application de la première » <sup>18</sup>. Il y aurait donc une

<sup>16</sup> A. CASSESE, Peut-on poursuivre de hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux?, *RSC*, 2002, 479; E. LAMBERT, *JCP*, 2002 (I).

<sup>17</sup> Voir *Juridictions nationales et crimes internationaux*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris, 2002.

<sup>18</sup> P.-M. DUPUY, Crimes et immunités, *RGDIIntP*, 1999, 294.

relation directe entre la compétence universelle et le refus des immunités. La Chambre des Lords a d'ailleurs fait le lien, dans *l'affaire Pinochet*<sup>19</sup>, en considérant que l'immunité pénale d'un ancien chef d'Etat serait incompatible avec la Convention de 1984 contre la torture qui introduit la compétence universelle. Toutefois, la portée de cette décision est limitée, d'abord par les trois conditions qu'elle implique (un Etat partie aux Conventions prévoyant la compétence universelle, l'entrée en vigueur de ces conventions, enfin la commission de crimes définis par ces conventions); également parce qu'elle concerne seulement le jeu des immunités, auquel il convient d'ajouter l'imprescriptibilité et l'interdiction des amnisties et mesures équivalentes.

Mais le processus inverse est également observable, en ce sens que l'intégration par un Etat dans son droit pénal national des normes internationales (relatives à l'imprescriptibilité, à l'amnistie ou aux immunités) peut donner aux juridictions nationales un rôle moteur dans le jugement des crimes internationaux, même si leur compétence reste de type traditionnel (voir par exemple le rapport pour l'Argentine montrant l'influence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme)<sup>20</sup>.

C'est donc cette relation entre les normes concernant la responsabilité pénale internationale et le type de compétence qui commande le modèle (à dominante nationale ou internationale) appliqué par chaque Etat. Toutefois, il convient de rappeler qu'une même solution peut relever tantôt du droit national, tantôt du droit international. Ainsi l'imprescriptibilité est une règle traditionnelle en *common law* ou en droit islamique, alors qu'elle découle du droit international pour les systèmes de tradition romano-germanique. De plus il faut tenir compte des phénomènes de « renationalisation » du droit international lorsque des règles, intégrées au droit interne à partir du droit international, sont interprétées dans un sens autonome (élargi ou restreint) et libérées de leur lien avec le droit international: en Espagne, par exemple, la compétence universelle est expressément prévue par le Code pénal pour les crimes de génocide, mais l'interprétation de la notion de génocide étant différente de celle de la Convention de 1948, il en résulte une compétence universelle d'application élargie par rapport à la définition internationale. A l'inverse la compétence universelle est parfois reconnue dans des conditions d'application qui affaiblissent sa portée ou même neutralisent sa mise en œuvre<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Arrêt, *Pinochet*, 24 mars 1999, Ac 147, 2000.

<sup>20</sup> A. ALVAREZ, Droit argentin, in *Juridictions nationales*, cit., 299 s.; voir aussi F. CHOUKR, Droit brésilien, *ibid.*, 333 s.

<sup>21</sup> Voir D. VANDERMEERSCH, La compétence universelle, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, cit., 589 s.

Il reste néanmoins possible de définir, au croisement des deux axes de la compétence et des normes applicables, *quatre principaux modèles* qui marquent différents degrés dans l'internationalisation du droit: aux deux pôles extrêmes un modèle « *national pur* » (compétence à dominante traditionnelle et normes à dominante nationale), correspondant par exemple aux pratiques dans beaucoup de pays d'Islam ou aux Etats-Unis, et un modèle « *international pur* » (compétence universelle et normes à dominante internationale), qui évoque par exemple la Belgique ou l'Allemagne à partir de l'adoption du nouveau code pénal international; entre ces deux pôles, deux modèles intermédiaires, « *national intégré* » (compétence traditionnelle mais normes à dominante internationale) qui fait songer à l'Argentine, et « *international modéré* » (compétence universelle mais normes à dominante nationale), renvoyant à la France et à la plupart des pays européens.

Certes les incertitudes du droit international et l'évolution des législations nationales (souvent décidée au coup par coup) font que la plupart des systèmes en vigueur relèvent simultanément de modèles différents selon les questions traitées (prescription, amnistie ou immunités). Toutefois, aussi approximative soit-elle, la modélisation aide à saisir la seconde relation, entre Tribunaux nationaux et internationaux.

*Une seconde relation* apparaît en effet, selon les modèles privilégiés par les Etats, entre tribunaux nationaux et internationaux. Le modèle « *national pur* », construit sur le refus des normes internationales et le maintien de la compétence traditionnelle, implique plusieurs risques: d'une part celui de favoriser une « justice des vainqueurs »<sup>22</sup>, les règles nationales garantissant difficilement, en période de conflit les conditions d'un jugement équitable par un tribunal indépendant et impartial, surtout lorsque l'on substitue une justice d'exception aux tribunaux de droit commun (voir ordonnance Bush sur la création de tribunaux militaires *ad hoc* pour juger les auteurs étrangers des attentats du 11 septembre 2001, 13 novembre 2001<sup>23</sup>). Egalement le risque, au cas où les responsables sont et restent au pouvoir, d'une sorte de « subsidiarité inversée » au profit de la CPI. Maintenir l'opposabilité de la prescription, de l'amnistie ou de l'immunité, comme les limitations traditionnelles de compétence, démontre en effet que l'Etat concerné n'a pas la volonté, ou se trouve dans l'incapacité, de « mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites », au sens de l'article 17 du StCPI, et conduit à donner compétence à la CPI. On peut citer en ce sens le rapport américain qui indique sans ambiguïté que, si les Etats-Unis veulent éviter que leurs

<sup>22</sup> M. COSNARD, Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords, *RGDIntP*, 1999, 309 s.

<sup>23</sup> Voir D. AMANN, Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme, *RSC*, 2002, 745.

propres citoyens soient poursuivis devant la future CPI, ils devront améliorer leur capacité à intenter des poursuites nationales <sup>24</sup>. Plus largement, le rapporteur belge souligne que, « si l'on devait admettre que dans certaines circonstances, l'immunité constitue un obstacle à l'exercice de poursuites en droit interne, cette situation aurait une incidence sur la compétence de la CPI: la compétence de la Cour ne serait plus complémentaire de celle des Etats mais deviendrait exclusive à l'égard des personnes pouvant opposer une immunité vis à vis des juridictions nationales ayant décidé d'intenter des poursuites à leur rencontre » <sup>25</sup>.

Encore faut-il que la Cour ait alors compétence, alors que les conditions sont restrictives et que « les situations dans lesquelles la Cour n'a pas de compétence coïncident à un degré considérable avec celles dans lesquelles les critères traditionnels de compétence ne permettent pas à un Etat de réprimer les crimes internationaux commis hors de son territoire » <sup>26</sup>.

Mais le contraste n'en est que plus fort avec le modèle opposé, « *international pur* », au risque d'aggraver les inégalités entre Etats et de favoriser une sorte de « *forum shopping* » consistant pour les victimes à privilégier les pays ayant adopté compétence universelle et normes internationales pour y déposer leur plainte <sup>27</sup>. Dès à présent l'afflux de plaintes avec constitution de partie civile en Belgique commence à faire apparaître les effets pervers de conceptions nationales trop éclatées et trop ouvertement incompatibles. A cet égard, l'existence de modèles intermédiaires laisse entrevoir la possibilité d'une progressive harmonisation des pratiques nationales.

B. — Comme le souligne P.-M. Dupuy, les pratiques nationales sont « encore loin d'être unifiées » <sup>28</sup>. A vrai dire, l'unification, en ce qu'elle implique des règles strictement identiques, n'est sans doute pas d'emblée nécessaire. En revanche l'harmonisation, comprise comme un processus de rapprochement autour de principes directeurs communs afin de permettre la mise en compatibilité des systèmes nationaux, paraît non seulement souhaitable, mais absolument indispensable si l'on veut éviter les risques évoqués ci-dessus. L'intégration progressive des normes internationales (modèle « *national intégré* ») devrait préparer les juges nationaux à devenir aussi les gardiens d'un futur droit commun. A l'inverse la mise en œuvre d'une

<sup>24</sup> Voir KAREN I. LEE, Les Etats-Unis d'Amérique et le Canada, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, cit., 461 s.

<sup>25</sup> D. VANDERMEERSCH, Le droit belge, cit., 106.

<sup>26</sup> B. SWART, La place des critères traditionnels de compétence dans la poursuite des crimes internationaux, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, cit., 587.

<sup>27</sup> Voir, dans le même sens, J.F. FLAUSS, Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme, *Revue suisse de droit international et droit européen*, 2000, 304.

<sup>28</sup> P.-M. DUPUY, Crimes et immunités, cit., 293.

compétence universelle sans intégration des normes internationales (modèle « *international modéré* ») risque de décevoir, à moins d'y voir une simple transition. En somme la construction d'une future justice pénale internationale pourrait être facilitée par le succès de ces modèles intermédiaires, à condition que la transition soit considérée comme telle et non comme le point d'arrivée et qu'il existe un certain contrôle supranational, car l'harmonisation est rarement totalement spontanée. Deux voies pourraient être explorées en ce sens.

D'une part la voie des droits de l'homme, dont on a constaté le rôle moteur en Amérique latine <sup>29</sup>, devrait permettre d'harmoniser, dans un sens plus conforme au droit international, les pratiques nationales relatives à la responsabilité pénale. Il resterait à développer ce type de mécanismes, tant à l'échelle des Nations Unies qu'à l'échelle régionale, mais surtout à inciter les Etats à ratifier les instruments existants et à les compléter. C'est une affaire de volonté politique, mais la pression des citoyens et des ONG peut ébranler l'inertie, voire la mauvaise volonté, des Etats en ces matières.

D'autre part, la voie d'un recours en interprétation pourrait être tracée, soit auprès de la CIJ, dont le rôle serait ainsi revalorisé en matière pénale, soit auprès de la future CPI dont la spécialisation pénale faciliterait la tâche. En toute hypothèse, l'objectif serait, face aux incertitudes du droit international et à la diversité des systèmes nationaux, de faire connaître les pratiques existantes, de préciser le sens du droit conventionnel et des évolutions de la coutume internationale et d'éviter des interprétations non seulement différentes, mais encore contradictoires.

Sans figer trop tôt un droit en pleine formation, les instruments de protection des droits de l'homme, comme le recours en interprétation, permettraient la formation d'une culture juridique commune, nourrie à la fois du droit international et des études comparatives. Ainsi pourraient-ils contribuer à garantir une véritable complémentarité entre les juridictions nationales et la Cour pénale internationale <sup>30</sup>.

En conclusion, il semble clair désormais que les nouvelles questions posées par la mondialisation ne peuvent être résolues par la seule référence aux anciens modèles. Les juridictions nationales restent plus que jamais nécessaires, mais elles devront apprendre à intégrer des normes communes et à s'articuler avec une justice supranationale en gestation. C'est un appel à

<sup>29</sup> Voir A. ALVAREZ, cit., également K. AMBOS, Les pays d'Amérique latine, in *Juridictions nationales et crimes internationaux*, cit., 479.

<sup>30</sup> Voir, dans une perspective plus large, *Les principes de Johannesburg relatifs au rôle du droit et au développement durable*, Colloque mondial des juges, Johannesburg 18-20 août 2002.

l'imagination et à la créativité juridique, nécessaire si l'on veut éviter le « nouveau désordre mondial ».

Mais à mesure que se développent ces processus d'internationalisation des tribunaux, la souveraineté étatique se trouve menacée et le monopole de la répression pénale, réservé aux Etats selon les principes traditionnels de la compétence territoriale et personnelle, remis en cause: à la fois par les juridictions pénales nationales, quand elles se fondent sur la compétence universelle, et par les juridictions internationales (ou plutôt *supranationales*). Cependant, cette menace est plus symbolique que pratique car les Etats détiennent encore le monopole de la force: eux seuls ont autorité sur les polices judiciaires, refusant de mettre à la disposition des juridictions internationales une police judiciaire autonome. En pratique, chaque fois qu'il s'agit de réunir des éléments de preuves, de convoquer et entendre des témoins, d'arrêter des suspects ou des accusés, les juges internationaux doivent s'en remettre aux autorités étatiques et leur demander de bien vouloir accomplir les actes impliquant l'exercice d'un pouvoir souverain.

Malgré ces limites considérables à l'action judiciaire internationale, les Etats semblent déjà inquiets, percevant comme une ingérence illégitime dans leurs affaires intérieures toute action judiciaire, qu'elle vienne d'un juge étranger n'ayant pas de lien territorial ou national avec le crime, ou d'un juge international. Comme le président Cassese l'a fort bien montré: « on assiste à l'affrontement entre *deux différents modèles de communauté internationale* : le modèle traditionnel, remontant à la paix de Westphalie (1648), axé sur le respect mutuel, par les Etats souverains, de leurs intérêts respectifs, la réciprocité, l'absence de valeurs supranationales imposant à chaque membre de la communauté des obligations déliées des intérêts de chacun d'entre eux; d'un autre côté, le modèle moderne de communauté internationale, né avec la Charte des Nations Unies (1945). Ce modèle est axé sur la sauvegarde de valeurs fondamentales telles que la paix, les droits de l'homme, le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, et la justice pénale internationale; il s'agit de valeurs que chaque membre de la communauté est tenu de respecter et dont il peut exiger le respect par tout autre membre de la même communauté. Tout le système juridique traditionnel du droit international, visant à protéger l'Etat et ses organes, est mis en crise par ces nouvelles valeurs, qui infléchissent l'autorité des Etats si elles sont réellement mises en œuvre »<sup>31</sup>.

La crise a ceci de positif qu'elle oblige à chercher des solutions pour libérer les hommes, à plus d'un demi-siècle de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et de la terreur et de la misère. Face à la misère il ne faut

<sup>31</sup> A. CASSESE, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., Conclusion générale, 257.

pas diaboliser le commerce mondial, mais se fonder sur le moteur de la globalisation et sa dynamique d'ouverture, à condition de garder les droits de l'homme comme boussole. Face à la terreur, la force est sans doute nécessaire, mais il faut refuser le constat désabusé de Pascal « ne pouvant fortifier la justice on a justifié la force » et résolument s'engager pour renforcer la justice.

## QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

ANTONIO CASSESE

SOMMAIRE: 1. Principales raisons pour préférer, face aux crimes internationaux, le recours à la justice. — 2. Poursuite et châtement par les cours internationales. — A. Les raisons réelles de l'important mouvement récemment apparu en faveur d'une justice pénale internationale. — B. Procès internationaux: principaux avantages. — C. La question décisive de la coopération des Etats avec la justice pénale internationale. — D. Principaux problèmes auxquels la procédure pénale internationale doit faire face. — 3. Justice internationale, politique et diplomatique. — 4. Remarques finales sur la justice pénale internationale et la souveraineté des Etats.

1. — Les raisons qui justifient qu'une réponse judiciaire soit donnée à la perpétration de crimes internationaux (crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide, torture en temps de paix, agression, terrorisme) méritent quelques mots.

La justice vaut mieux que la revanche; la revanche est incontestablement une forme de justice primitive, un système privé d'application de la loi. Son fondement est radicalement différent de celui de la justice: c'est une logique implacable de haine et de représailles. La revanche ne peut être que l'ultime recours de ceux à qui a été refusée une procédure légale, comme le montre le cas des Arméniens après la Première Guerre mondiale (ils ont rendu justice de leurs propres mains pour punir ceux qu'ils considéraient responsables du génocide des Arméniens de 1915). L'on attribue à Sakib Ahmié, l'un des témoins principaux dans l'affaire *Kupreskic et al.*, portée devant le TPIY, ces mots prononcés en 1999: « Mon petit-fils a maintenant trois ans. Si les assassins des douze membres de ma famille ne sont pas punis, ce sera à lui, quand il aura vingt ans, d'aller les tuer. Ainsi justice sera rendue ».

La justice vaut mieux que l'oubli, qu'il soit le résultat de l'octroi d'amnisties ou simplement que l'on renonce à la mémoire. L'oubli permet que les futurs dictateurs ou dirigeants autoritaires puissent croire à l'impunité. Au moment d'engager la politique de la solution finale contre les juifs, Hitler aurait dit: « Après tout, qui parle aujourd'hui de l'extermination des Arméniens? ». En outre, comme l'a magnifiquement dit Voir Jankélévitch

(dans son superbe petit livre: *L'imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*) qu'Elie Wiesel a cité devant une cour française, à Lyon, à l'occasion du procès *Barbie*, l'oubli signifie que les victimes sont tuées deux fois: une première fois quand elles sont physiquement exterminées, et une seconde fois quand elles tombent dans l'oubli. De plus, il n'est pas vrai que la mémoire des massacres et de toutes les atrocités peut être enfouie avec les corps des victimes. Elle subsiste toujours et, si rien n'est entrepris pour remédier à l'injustice, elle s'envenime. Une journaliste connue de Belgrade, Mme Julia Kokeva, qui travaille pour l'agence Beta News, a récemment dit: « Les crimes perpétrés dans l'ex-Yougoslavie ont détruit notre passé, sont en train de détruire notre présent, et détruiront le futur des générations à venir. Notre société ne peut guérir qu'avec la vérité. C'est une lourde illusion de croire que la démocratie et l'économie de marché pourront s'installer sans la vérité. Ces éléments fonctionnent en complémentarité et, si l'on permet au déni et au mensonge de survivre, la démocratie et l'économie de marché ne parviendront à rien; les problèmes subsisteront. Comment vivre dans une démocratie où d'anciens chefs de milice bénéficient toujours d'une aura légendaire? ».

A l'inverse, traduire en justice des individus soupçonnés de crimes internationaux a plusieurs mérites: (1) Le procès établit les responsabilités individuelles au-delà de l'attribution collective de la faute. Dans les procès qui se déroulent devant le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, les dépositions de presque tous les témoins montrent clairement que les membres de chacun des groupes ethniques tendent, quand ils se réfèrent à n'importe quel membre d'un autre groupe, à les dénigrer en leur donnant globalement des qualificatifs indignes: les musulmans sont traités de « turcs », les Croates d'« ustachas » et les Serbes de « chetniks »; (2) Les procès dissipent l'envie de revanche parce qu'une fois que les cours ont prononcé une sanction appropriée à l'auteur du crime la demande de la victime pour un châtement est satisfaite; (3) Dès lors que la justice est rendue, il est possible pour les victimes de se réconcilier avec leurs anciens bourreaux parce qu'elles savent qu'ils ont payé pour leurs méfaits; (4). Il devient possible de dresser un inventaire fiable des atrocités qui permet aux générations futures de s'en souvenir et d'être pleinement informées des faits.

2. — A. — Il est bien connu que les puissances victorieuses de la Première Guerre mondiale avaient convenu — dès 1919, dans le traité signé avec l'Allemagne à Versailles — de quelques dispositions prévoyant la punition des principaux responsables des crimes de guerre. Elles étaient même allées jusqu'à prévoir, à l'article 227 du Traité, la responsabilité de l'empereur allemand, Guillaume II, pour le fait « d'agression suprême contre la morale internationale et l'inviolabilité des traités ». Alors que cette tenta-

tive de justice, ainsi que les suivantes, ont échoué, il a fallu attendre les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, en dépit de toutes leurs imperfections, pour rendre justice au niveau international.

Dans les années 1990, un tournant décisif se produit. Plusieurs facteurs contribuent au développement d'une nouvelle éthos dans la société internationale et d'une forte demande pour une justice internationale. Trois de ces facteurs méritent d'être soulignés.

Premièrement la fin de la guerre froide a été décisive. Elle a eu deux principaux effets.

D'une part, elle a fait disparaître l'hostilité qui avait dominé les relations internationales pendant un demi-siècle. Par voie de conséquence, un nouvel optimisme est apparu, encouragé par les facteurs suivants: (1) une réduction significative de la méfiance et de la suspicion mutuelle qui avaient contrecarré les relations amicales et de coopération entre les blocs de l'Ouest et de l'Est; (2) l'acceptation et le respect progressif des quelques principes de base du droit international par les Etats successeurs de l'URSS (la Fédération russe et la Confédération des Etats indépendants); (3) la mise en place d'une entente sans précédents au sein du Conseil de sécurité des Nations Unies et d'une convergence croissante des points de vue de ses cinq membres permanents, ce qui a permis à cet organe de remplir ses fonctions de manière plus efficace.

D'autre part, la fin de la guerre froide a eu pour conséquence un deuxième effet qui n'est pas moins important. En dépit des difficultés de cette période lugubre, les deux blocs s'étaient arrangés pour assurer pendant la guerre froide une sorte d'ordre international. Chacune des superpuissances s'était, en quelque sorte, érigée en policier et garant de cet ordre dans sa sphère d'influence respective. L'effondrement de ce modèle de relations internationales a entraîné une vague de conséquences négatives, en particulier une fragmentation de la communauté internationale et un désordre intense, lequel, ajouté à la montée des nationalismes et des fondamentalismes, a débouché sur une spirale de conflits armés, le plus souvent internes, particulièrement sanglants et cruels. L'implosion des sociétés multiethniques qui s'en est suivie a conduit à des violations flagrantes du droit international humanitaire à une échelle comparable à celles commises pendant la Seconde Guerre mondiale.

Deuxièmement, la montée en puissance de la doctrine des droits de l'homme a contribué de manière décisive à la promotion de la justice internationale. L'accent a été mis sur la nécessité de respecter la dignité humaine et, par voie de conséquence, sur la punition de ceux qui y portent gravement atteinte, contribuant ainsi, ou du moins donnant une impulsion sérieuse, à la demande d'une justice pénale internationale.

Le troisième facteur enfin est que les Etats, dès lors qu'ils se révèlent

incapables de régler politiquement et militairement une grave crise internationale, ont de plus en plus tendance à se servir de la justice pénale internationale comme d'un repli diplomatique. Lorsque le système collectif des Nations Unies échoue dans la mise en œuvre du droit international, ou qu'il ne parvient pas à venir énergiquement à bout des atrocités commises à grande échelle, et quand ni la diplomatie multilatérale ni la diplomatie bilatérale ne permettent d'obtenir une percée, les grandes puissances ont tendance à considérer que la justice pénale internationale est la seule voie ouverte pour agir et montrer à l'opinion publique qu'elles ne sont pas complètement inactives. Bref, la justice pénale internationale est utilisée comme un alibi politique et diplomatique.

B. — Les Tribunaux internationaux bénéficient d'un certain nombre d'avantages par rapport aux cours nationales, particulièrement celles qui siègent dans les pays où les atrocités ont été commises.

Tout d'abord, il est clair que les cours nationales ne sont pas enclines à ouvrir des procédures pour des crimes qui n'ont aucun lien territorial ou national avec l'Etat. Jusqu'en 1994, date à laquelle fut institué le TPIY, lequel a donné un grand élan à la poursuite et au châtement des criminels de guerre, les dispositions pénales des Conventions de 1949 n'avaient jamais été appliquées. Les cours internes restent orientées en termes nationaux et hésitent à rechercher, poursuivre et juger des étrangers qui ont commis des crimes à l'étranger contre d'autres étrangers. Pour elles, l'objectif à court terme de protection des intérêts nationaux l'emporte encore. Ceci résulte aussi de la défaillance des parlements nationaux lesquels n'adoptent pas la législation qui permettraient aux cours d'avoir une compétence universelle pour les crimes internationaux.

Ensuite, comme les crimes en cause sont internationaux, c'est-à-dire consistent en des atteintes graves au droit international, les cours internationales sont les organes les mieux adaptés pour en juger. Elles sont mieux placées pour connaître et appliquer le droit international.

En outre, les juges internationaux sont peut-être aussi mieux placés pour être pleinement impartiaux et objectifs, ou tout du moins plus équitables, que les juges nationaux, car ces derniers sont englués dans le milieu où s'est produit le crime. Habituellement, le châtement d'auteurs de crimes internationaux par des cours internationales rencontre moins de résistance qu'une sanction rendue par une cour nationale, car il ménage plus la sensibilité nationale.

De même, les cours internationales peuvent, plus facilement que des juges nationaux, mener des enquêtes sur les crimes qui ont des ramifications dans plusieurs pays. Il arrive souvent que les témoins vivent dans différents pays, que les preuves ne puissent être réunies qu'avec la coopération de

plusieurs Etats, et qu'en outre des expertises spéciales soient nécessaires pour traiter des questions délicates soulevées par les différentes législations nationales concernées.

De plus, les cours internationales peuvent assurer une sorte d'uniformité dans l'application du droit international tout au long des différents procès, alors que les mêmes procédures, menées dans différents pays, pourraient conduire à une grande disparité, à la fois dans l'application du droit et dans les sanctions infligées aux coupables.

Enfin, la tenue de procès internationaux est un indice de la volonté de la communauté internationale de rompre avec le passé en sanctionnant ceux qui se sont écartés des normes acceptables du comportement humain. En prononçant une sanction, l'objectif de la communauté internationale réside moins dans la stigmatisation du comportement déviant que dans l'espoir que le châtiment aura un minimum d'effet dissuasif.

C. — Il convient de souligner trois caractéristiques majeures des cours pénales internationales. Premièrement, elles ne siègent pas, en général, dans le pays où les crimes qui entrent dans leur compétence ont été commis. Elles sont situées dans un pays lointain, ou du moins dans un pays qui peut être assez loin des lieux des crimes. En résumé elles ne sont pas le *forum delicti commissi*. Or le juge « territorial » est le juge mieux à même de faire justice. Comme l'a dit la Cour suprême israélienne dans l'affaire *Eichmann*, « normalement la plupart des témoins et la plus grande partie des preuves sont rassemblées dans ... l'Etat [où les crimes ont été commis], ce qui rend ce lieu le plus propice (*forum conveniens*) à la conduite du procès ».

Deuxièmement, ces cours exercent leur compétence sur des individus qui vivent dans des Etats souverains et qui sont soumis à la compétence exclusive de ces Etats. En outre, dans la plupart des cas, lorsque ces individus ont perpétré les crimes allégués, ils l'ont fait en tant qu'agent de l'Etat ou, au moins, à l'instigation ou avec le soutien, l'aval ou l'approbation des autorités de l'Etat. En principe, il est prévu que les cours internationales ne tiennent pas compte du bouclier que représente le principe de la souveraineté des Etats.

Cependant, et c'est leur troisième caractéristique, elles ne peuvent en réalité atteindre ces individus qu'en passant par les autorités nationales. Ces cours peuvent émettre des mandats pour la saisie de preuves, des perquisitions, des assignations à comparaître ou l'arrestation d'un individu. Cependant elles ne peuvent pas mettre en œuvre ces pouvoirs, faute d'agents d'exécution travaillant sous leur autorité, habilités à pénétrer librement sur le territoire d'Etats souverains et à exercer, là, leurs fonctions, notamment vis-à-vis d'individus investis de l'autorité de l'Etat. C'est la principale pierre d'achoppement de ces cours et tribunaux. Ils auraient besoin d'une police

judiciaire autonome qui puisse passer outre les autorités nationales. Ces juridictions ressemblent à des géants sans bras ni jambes qui ne pourraient avancer et travailler qu'à l'aide de membres artificiels. Si la coopération des Etats leur fait défaut, ces juridictions sont paralysées.

D. — On a déjà mentionné le problème crucial des cours pénales internationales: c'est l'absolue nécessité de la coopération des Etats. Aussi longtemps que les Etats refusent d'aider ces cours à rassembler les preuves, à arrêter les accusés ou à fournir l'assistance nécessaire, la justice pénale internationale ne peut remplir son rôle. Ceci, à certains égards, ne vaut pas pour d'autres cas, tel que celui du TPIY qui peut se faire assister par les forces multilatérales placées sous l'égide des Nations Unies (il est fait référence, bien sûr, aux forces de certains pays déployées en Bosnie-Herzégovine et, plus récemment, au Kosovo).

A la nécessité dans laquelle sont les cours pénales internationales de devoir réussir l'amalgame entre différents juges, provenant de traditions culturelles et juridiques distinctes, il faut ajouter un très sérieux problème: la durée de la procédure pénale internationale. Celle-ci résulte principalement de l'adoption par les cours du système accusatoire, qui exige un examen oral de toutes les preuves par interrogatoire et contre-interrogatoire (alors que, dans le système inquisitoire, les preuves sont sélectionnées par avance par le juge d'instruction). De plus, la lenteur des procédures est souvent aggravée par le besoin de confirmer certaines qualifications juridiques du crime (par exemple, l'existence d'une pratique généralisée ou systématique dans le cas de crimes contre l'humanité), ou par celui de devoir aborder le contexte historique ou social du crime. On doit, cependant, remarquer que, dans la plupart des pays de *common law*, le système accusatoire a été conçu et adopté comme une alternative qui devait rester exceptionnelle à la principale option procédurière, c'est-à-dire le *plea-bargaining*. Si l'on tient compte de ce contexte, le modèle accusatoire fonctionne correctement dans la plupart des pays de *common law*. Toutefois, dans les procédures pénales internationales, les accusés n'ont pas tendance à plaider coupable, notamment à cause de la stigmatisation associée aux crimes internationaux. Ils préfèrent affronter le procès, en dépit du temps nécessaire pour l'interrogatoire et le contre-interrogatoire des témoins. La procédure est encore alourdie du fait des problèmes de langues. Alors que pratiquement toutes les procédures des cours nationales sont menées dans une seule langue, devant les cours internationales c'est au moins deux, et le plus souvent trois langues qui sont utilisées, avec l'inévitable conséquence qu'il faut traduire tous les documents et toutes les productions en autant de langues. Cette nécessité, associée à une caractéristique essentielle du système accusatoire qui consiste à garder l'accusé en prison, à la fois dans la phase préalable au procès, puis durant le

procès et, le cas échéant, l'appel, rend la situation peu compatible avec le respect de deux autres principes, le droit à « un procès juste et rapide » et la présomption d'innocence dus à tout accusé.

3. — J'ai déjà observé que l'une des motivations qui contribuent, de nos jours, au recours fréquent à la justice internationale est l'incapacité de la diplomatie à régler rapidement et efficacement des crises internationales.

Entre la justice pénale et la diplomatie se développent quatre formes de relations. Premièrement, dans le paysage politique actuel, lorsque les grandes puissances et les Nations Unies ne veulent pas (faute d'intérêt national ou stratégique, ou faute de volonté politique), ou ne sont pas en mesure de mettre un terme à une crise politique de grande ampleur, entraînant carnages et atrocités, la tendance est de se tourner vers l'établissement d'un tribunal. Cela peut arriver alors que la crise est encore en cours (comme dans le cas du TPIY), ou bien une fois le massacre terminé, pour montrer que, bien qu'elles aient été incapables ou peu désireuses de stopper immédiatement le génocide, elles peuvent au moins s'associer à la sanction des coupables (ce fut, bien sûr, le cas du Tribunal international pour le Rwanda). Les grandes puissances tendent à n'avoir recours à la justice pénale internationale que comme instrument diplomatique, c'est-à-dire comme un moyen de faire pression sur l'adversaire, un peu comme les sanctions économiques ou la menace de frappes aériennes. Elles affirment que de telles cours ont un effet dissuasif, c'est-à-dire qu'elles découragent les belligérants de perpétrer de plus amples massacres. Toutefois, à ce jour, aucun effet dissuasif ne s'est produit du fait de l'incapacité des grandes puissances à fournir à ces cours, dès leur création, les moyens financiers nécessaires, les pouvoirs de mise en œuvre et toutes les compétences nécessaires. Ce qui a eu pour conséquence non seulement d'entacher considérablement leur crédibilité, mais aussi de démontrer que l'ensemble de l'exercice judiciaire comme levier diplomatique est sans effet sur le comportement des combattants.

Deuxièmement, les cours internationales ne peuvent être instituées qu'à l'issue de négociations diplomatiques: la justice est enfantée par la diplomatie.

Troisièmement, les hommes politiques et les diplomates ont la possibilité, et l'utilisent, de maintenir le travail des cours sous leur contrôle, que ce soit financièrement, ou à l'aide de pressions psychologiques, y compris en faisant en sorte de ne pas arrêter certains des principaux accusés.

Quatrièmement, à l'inverse, la justice pénale internationale peut avoir des effets négatifs — voire entraver — le cours des négociations diplomatiques, menaçant la légitimité internationale de possibles négociateurs, dont l'inculpation a pour effet de les soustraire à l'arène internationale politique. Ceci s'est effectivement produit au milieu de l'année 1995 où, du fait de leur

mise en accusation par le TPIY et de la transmission des mandats d'arrêt à toutes les capitales concernées, Karadric et Mladic ont automatiquement été exclus des négociations de Dayton, Genève et d'autres conférences internationales. L'ambassadeur russe à La Haye s'est précipité auprès du Président du Tribunal pour obtenir que les mandats d'arrêt soient annulés; cette tentative est bien sûr restée vaine. Il est arrivé quelque chose de semblable à Miloševic et Milutinovic qui, aujourd'hui, pourraient jouer un grand rôle dans les négociations, mais en sont empêchés du fait de leur statut d'accusés.

En résumé, les cours pénales internationales, bien qu'elles n'aient que peu d'impact sur la diplomatie, sont dans l'ensemble très fortement dépendantes et, dans un certain sens subordonnées, à la politique et à la diplomatie, beaucoup plus qu'aucune des cours nationales, y compris les cours suprêmes.

4. — Malgré ses imperfections et ses faiblesses, et bien qu'elle soit souvent l'objet de manipulations au service des intérêts propres des diplomates et des hommes politiques, la justice pénale internationale occupe actuellement une place décisive dans la configuration de la communauté mondiale. Elle montre que: Les autorités de l'Etat qui commettent de graves crimes ne peuvent plus s'abriter derrière leurs fonctions officielles. Ils peuvent être traduits devant la justice et, s'ils sont coupables, être punis, même s'ils occupaient des fonctions telles que chefs d'Etat, membres de cabinet ou officiers supérieurs dans l'armée. Comme il est affirmé dans le texte instituant les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg (TMI), « ... L'essence même de la charte [des TMI] est que les individus ont des devoirs internationaux qui transcendent les obligations nationales d'obéissance à l'Etat. Celui qui viole les lois de la guerre ne peut pas se prévaloir d'une immunité au motif qu'il exécute les ordres d'un Etat si, en agissant ainsi, ce dernier outrepassé ses attributions telles que définies par le droit international ».

Les cours internationales peuvent atteindre les individus vivant dans des Etats souverains, parfois sans l'intermédiaire des autorités de l'Etat. Alors que, par le passé, le droit international et les systèmes de droits locaux étaient deux sphères juridiques distinctes, la justice internationale a maintenant les moyens de percer le bouclier de la souveraineté étatique, de pénétrer directement dans les systèmes juridiques nationaux et d'atteindre les individus qui en sont ressortissants.

Certaines valeurs (respect de la dignité humaine, droit à la vie, sécurité et liberté, interdiction de la torture) ont pris une telle importance au sein de la communauté mondiale que les règles internationales se sont durcies et imposent directement, à tout individu, l'obligation de respecter ces valeurs. Ceux qui faillissent à cette obligation, quelle que soit leur nationalité ou le lieu où ils ont perpétré leurs crimes, sont, en principe, susceptibles d'être

traduits en justice. La toute-puissance de l'Etat a maintenant des limites bien établies: les paroles prononcées à Nuremberg par le procureur général britannique, Sir Hartley Shawcross, ne sont plus utopiques: « Quand l'Etat piétine les droits de l'individu au point d'en faire honte à l'humanité, l'être humain, sujet ultime de tout système juridique, demeure sous la protection de l'humanité ».

# FONCTION SYMBOLIQUE ET DROIT PÉNAL INTERNATIONAL: UNE ANALYSE DU DISCOURS DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX

EMANUELA FRONZA - JULIETTE TRICOT \*

SOMMAIRE: 1. Droit pénal symbolique et droit pénal international. — A. Les concepts utilisés.  
— B. L'utilité des concepts pour une analyse du droit pénal international. — 2. Le discours  
des Tribunaux pénaux internationaux. — A. La jurisprudence: un discours sur la peine.  
— B. La 'littérature grise' des Tribunaux pénaux internationaux: un discours sur la justice.  
— 3. Remarques conclusives.

L'expérience des *Law Clinics* a donné lieu à de nombreuses découvertes<sup>1</sup> que cet ouvrage tente de refléter et de prolonger. Parmi celles-ci: la présence d'un *discours* produit par les juridictions internationales mais largement relayé par une partie de la doctrine, des médias, de la société civile et du monde politique, lequel est un discours sur les fonctions du droit pénal international qui se construit sous nos yeux et des organes judiciaires chargés de le mettre en œuvre.

C'est l'analyse de ce discours que nous nous proposons de conduire ici<sup>2</sup>. À cette fin, outre les jugements et arrêts rendus par les Tribunaux pénaux internationaux, est intégrée à notre étude ce que nous avons appelé la littérature grise de ces Tribunaux; elle est constituée des rapports annuels d'activité des Tribunaux pénaux internationaux ainsi que des communiqués de presse. Le recours à ces documents se justifie par notre objet qui conduit à dégager les messages portés par les Tribunaux ad hoc et il nous semble qu'ils mettent en lumière les grandes lignes de la politique criminelle mise en œuvre par les juridictions. Avant d'aborder l'analyse du discours des Tribunaux pénaux in-

\* Cet article est le fruit d'une réflexion commune. Toutefois, les paragraphes 1. et 3. ont été rédigés par Emanuela Fronza, Le paragraphe 2 par Juliette Tricot.

<sup>1</sup> Cf. *Law Clinic de Paris, Rapport 2001-2002*.

<sup>2</sup> Notre lecture de l'activité des Tribunaux pénaux internationaux est celle de deux pénalistes de culture romano-germanique, ce qui en constitue sans doute une limite et explique le recours à des outils conceptuels spécifiques au centre desquels se trouve celui de l'usage symbolique, exemplaire du système pénal.

ternationaux, il convient de préciser notre grille de lecture et d'en justifier la pertinence.

1. — A. — Parmi les fonctions traditionnellement assignées au droit pénal et à la peine, c'est la *fonction symbolique*<sup>3</sup> qui retiendra notre attention. Cette fonction est susceptible de se manifester sous diverses formes et s'exprime sur différents terrains. En effet, le droit pénal participe à la fois d'un processus de renforcement de valeurs — au travers des intérêts qu'il protège — et d'un processus de transmission de messages (en ce sens, le droit pénal est également un espace de communication). Si la fonction symbolique est inhérente au droit pénal — elle est une caractéristique objective<sup>4</sup> de tout droit pénal —, certains auteurs lui attachent une connotation péjorative<sup>5</sup> qui se manifeste par le pas-

<sup>3</sup> Pour une analyse de la fonction symbolique du droit, voir notamment: J. CHEVALIER, La dimension symbolique du principe de légalité, in *Figures de la légalité*, CH. A. MORAND, Publisud, Paris 1992; quant à cette même fonction en droit pénal, voir les notes 4 et 5.

<sup>4</sup> Cf. K. AMELUNG, Strafrechtswissenschaft und Strafgesetzgebung, *ZGSTR* 1980, 54 s.; M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peine*, Facultés Universitaires de Saint-Louis, Bruxelles 1987; J.S. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelone 1992, 304; J.L. DIEZ RIPOLLÉS, El derecho penal simbólico y los efectos de la pena, *Actualidad Penal*, 2001, 1-22. Dans cette perspective, voir la conception de Günther Jakobs dans le cadre de laquelle le droit pénal et la peine assument une *fonction de renforcement de la norme*. Parmi les nombreux articles, voir par exemple: G. JAKOBS, Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?, in *El sistema funcionalista del Derecho penal*, sous la direction de G. JAKOBS - M. CANCIO MELIÁ, Grijley, Lima 2000, 43-60; G. JAKOBS, *Zur Gegenwärtigen Straftheorie, Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen - Juristen - Pädagogen im Gespräch*, sous la direction de K.M. KODALLE, Königshausen and Hausen, Würzburg 1998, 29-40. Sur la prévention générale positive en tant que théorie sur la valeur symbolique du droit pénal, voir aussi: E. R. ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires 2002, 60. Cf., pour une critique de l'opinion de Jakobs concernant notamment le but du droit pénal en matière de prévention générale positive et sa position au regard de la peine comme renforcement de la norme, A. BARATTA, Integrazione e prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica, *Dei delitti e delle pene* 1984-2, 5-30; A. BARATTA, Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal, *Déviance et Société*, XV, 1991-1, 1-25.

<sup>5</sup> M. VOSS, *Symbolische Gesetzgebung – Fragen zur Rationalität von Gesetzgebungsakten*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1989, et la bibliographie indiquée dans cet ouvrage; W. HASSEMER, Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, *NZStr* 1989, 553-559, publié aussi dans W. HASSEMER, *Strafen im Rechtsstaat*, Nomos Verlag, Baden-Baden 2000, 170-188; pour des développements ultérieurs, voir W. HASSEMER, Das Symbolische am symbolischen Strafrecht, in *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15.05.2001*, sous la direction de B. SCHUNEMANN et al., W. De Gruyter, Berlin, New York 2001, 1001-1019; P. NOLL, Symbolische Gesetzgebung, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 1981, 347-364; C.E. PALIERO, Il principio di effettività, *RI&DPP* 1990, 430 s.; F. BRICOLA, Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela, in *Scritti di diritto penale*, S. CANESTRARI - A. MELCHIONDA, F. BRICOLA, I, Giuffrè, Milan 1997, 1475 s.; *Pena y estado. Función simbólica de la pena*, sous la direction de J. BUSTOS RAMÍREZ, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago du Chili 1995; C. ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3<sup>ème</sup> éd., Beck, Munich 1997, par. 2; J. C. MÜLLER, Die Legitimation des Rechts durch die Erfindung des

sage de la fonction symbolique du droit pénal au droit pénal symbolique, c'est-à-dire à un droit pénal à finalité symbolique. Ce dernier concept est un outil de la critique du droit pénal.

En premier lieu, il met en lumière dans quelle mesure les normes pénales représentent la satisfaction d'une demande, d'un besoin de peine et dans quelle mesure la réponse peut reposer sur une illusion <sup>6</sup>. Ainsi, confronté à une communauté qui exprime un consensus à l'égard de certains phénomènes pour lesquels elle exige la protection par la répression, le pouvoir politique, en satisfaisant ce besoin de peine, tend à démontrer dans le même temps sa capacité à être attentif aux attentes des citoyens et à y répondre rapidement. L'enjeu de ces mécanismes, quant aux exigences d'un droit pénal rationnel et libéral, réside dans la capacité du pouvoir politique à opérer une sélection parmi les réponses possibles aux besoins de peine plutôt que de n'être (que) le *réceptacle* de ceux-ci <sup>7</sup>. En outre, les normes pénales, dans ce cadre, nourrissent une apparence trompeuse — c'est ce qu'exprime le concept de « duperie » <sup>8</sup> — en ce que la résolution du problème ou conflit social est réalisée par la seule adoption des normes répressives. Dès lors, apparaît le risque d'une instrumentalisation du droit pénal à des fins exclusivement politiques: par le recours à l'arsenal répressif, qui met en jeu des représentations mentales fortes <sup>9</sup>, on entend apaiser les tensions sociales et réactualiser la confiance des

symbolischen Rechts, *Krim J*, 1993, 83 s.; LEHNE, Symbolische Politik mit dem Strafrecht – Versuch einer Reinterpretation des Diskurses um symbolischen Strafrecht, *KrimJ*, 1994, 210 s.; A. SCHMEHL, Symbolische Gesetzgebung, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1991, 251 s.; H. CREMER - H. SCHÄFER STEINERT, Symbolische und instrumentelle Funktionen des Strafrechts, *Neue Kriminalpolitik*, août 1989, 26-29. Voir aussi M. PAVARINI, Per un diritto penale minimo: « in the books » o « in the facts »? Discutendo con Luigi Ferrajoli, *Dei Delitti e delle Pene*, 3/98, 148-149; ID., Della penologia fondamentalista, *Iride*, a. XIV, n. 32, gennaio-aprile 2001, 98-99; ID., La penalità nell'emergenza securitaria, en cours de publication, 9. Sur la fonction symbolique dans le droit pénal annexe, M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare*, Cedam, Padoue, 2000, 37 s.; D. CASTRINUOVO, Le « dimensioni parallele » del diritto penale tra codice e leggi complementari, *Cassazione Penale*, 2002, 231-232.

<sup>6</sup> M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, Paris 1986, 42-44: « Une première dynamique correspond à la situation (...) où la loi pénale intervient en présence de besoins très réels, mais n'apporte qu'une réponse apparente et de pure façade »; « le symbolisme s'est déplacé, et l'effet magique est aujourd'hui davantage attaché à la peine qu'à l'incrimination ».

<sup>7</sup> En ce sens, C.E. PALIERO souligne la nécessité d'une gestion rationnelle du consensus social, laquelle doit s'appuyer sur l'éthique des garanties ainsi que sur l'éthique de l'effectivité. C'est ainsi que l'Etat est appelé à assumer le rôle difficile de « juge du consensus social », cf. C.E. PALIERO, Consenso sociale e diritto penale, *RI&DPP* 1992, 191.

<sup>8</sup> Dans cette perspective, la doctrine allemande utilise l'expression *Täuschungsfunktion* et associe le droit pénal symbolique à la duperie; voir W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, cit., 556.

<sup>9</sup> M. VAN DE KERCHOVE, Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de

citoyens quant à la capacité du pouvoir politique à résoudre les conflits et assurer la paix sociale. Le droit pénal présente en effet l'intérêt d'être un outil efficace et crédible de communication. Le risque d'instrumentalisation du droit pénal — toujours plus présent — comporte en lui d'autres dérives et effets pervers: d'une part, le manque d'effectivité du droit et le risque subséquent de mise en cause du droit pénal dans son ensemble<sup>10</sup>, d'autre part, l'affaiblissement des garanties et le risque de verser dans la tendance autoritaire<sup>11</sup>.

En second lieu, selon cette optique — que nous adopterons ici —, le droit pénal symbolique repose sur un phénomène de duplication du message véhiculé par la norme. En d'autres termes, on assiste à un décalage entre l'objectif apparent, *affiché*, et l'objectif réel, *caché*, de la norme, à une contradiction entre les intentions (réelles) du législateur et les effets des lois et à une dissociation entre l'énoncé de valeurs et leur mise en œuvre<sup>12</sup>. Mais on observe également une duplication<sup>13</sup> des destinataires du message porté par la norme. Ce dernier s'adresse non seulement au délinquant réel et au délinquant potentiel mais, également et, par-delà, à la société dans son ensemble qui demande une intervention du droit pénal en direction d'un phénomène qui suscite une 'alerte' sociale très forte<sup>14</sup>. La question se pose alors, pour chaque norme pénale, de

dépénalisation dans une société pluraliste, in *Punir mon beau souci, pour une raison pénale*, sous la direction de F. RINGELHEIM, *Revue de l'Université de Bruxelles* 1984 (1/3), 134: « L'efficacité symbolique de la norme réside dans son aptitude à produire un certain nombre de représentations individuelles ou collectives, valorisantes ou dévalorisantes ».

<sup>10</sup> J.L. DIEZ RIPOLLÉS, *El derecho penal simbólico y los efectos de la pena*, cit., 3: « Ainsi, nous entrons dans le *règne* du pouvoir législatif déclaratoire-formel dont la prétention fondamentale est de façonner au sein de la norme, de la manière la plus fidèle et la plus frappante, l'état actuel des opinions collectives sur une réalité sociale conflictuelle déterminée, *tout en étant privée de toute considération quant à la manière par laquelle la norme en question peut contribuer à la résolution du problème* » (traduction libre, nous soulignons).

<sup>11</sup> Sur les concepts de droit pénal libéral et de droit pénal autoritaire, que nous reprenons ici, voir notamment, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari 1996.

<sup>12</sup> M. VAN DE KERCHOVE, cit., 426: « La fonction symbolique, poussée à son extrême, conduit à dissocier l'énoncé de valeurs (adoption de la norme) de la mise en œuvre concrète de celles-ci (application de la norme) ».

<sup>13</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 439.

<sup>14</sup> À ce propos, nous renvoyons à certaines études qui analysent des législations nationales symboliques (selon la connotation péjorative évoquée) dans des domaines bien particuliers: L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, *Critica del Diritto*, 1994, 14 s.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Naples 1997, 53 s.; A. MANNA, *Legislazione « simbolica » e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, *PD* 1990, 217-249; G. FIANDACA, *La nuova legge anti-droga tra sospetti di incostituzionalità e discrezionalità legislativa*, *Flt*, 1991, I, 2631-2637; E. FRONZA, *Profili*

savoir quel est son destinataire réel. On comprend ainsi que le cœur de la législation symbolique, selon cette interprétation critique, réside dans cette distanciation — trompeuse — entre ce qui est annoncé et ce qui est réellement poursuivi par le législateur. Ce dernier tend dans ce cas à lancer un *message éthico-social*, en valorisant les ressources du droit pénal sur le terrain de la communication<sup>15</sup>. L'ensemble des dynamiques, que l'on vient de présenter rapidement, porte en lui le risque de modifier les rapports et les équilibres sur lesquels repose un droit pénal libéral: rapports entre justice et politique, droit et morale, et équilibres entre sécurité et liberté, efficacité et garanties. La fonction symbolique incarne à la fois les forces du droit pénal ainsi que les risques dont il est porteur. Au déséquilibre au bénéfice de la fonction symbolique par rapport aux autres fonctions du droit pénal correspond un déséquilibre au profit de la dimension politique, de la dimension morale et de la tendance autoritaire.

B. — Forgé dans le cadre d'une analyse critique du droit pénal étatique, le concept de droit pénal symbolique se révèle être un outil valable et utile pour une réflexion sur le droit pénal international. De manière générale, les phénomènes qui marquent le droit pénal, tels que l'émergence d'un droit pénal symbolique, semblent pouvoir être observés, de manière amplifiée, dans le domaine de la répression des crimes internationaux<sup>16</sup>. Cependant, il ne s'agit pas ici de masquer ou gommer les spécificités qui caractérisent la justice pénale internationale, bien au contraire. Et, parmi ces spécificités, il convient de souligner dès à présent les nombreuses difficultés auxquelles ont été confrontés les Tribunaux pénaux internationaux, lesquelles ne doivent pas être sous-estimées dès lors que l'on entend analyser l'activité de ces derniers. Aussi le recours à ce concept suppose-t-il la juste prise en compte des caractères de ce droit. En premier lieu, il convient de souligner que l'on est confronté à un système juridique naissant qui repose sur un corps de normes éparses et imprécises. En second lieu, les juges internationaux sont des acteurs de premier plan en ce qui concerne son élaboration. La norme pénale internationale résulte à la fois des textes internationaux, de la coutume internationale et de la ju-

penalistic del negazionismo, *RI&DPP*, 1999, 1034 s.; S. EDWARDS, La función simbólica del derecho penal: violencia domestica, in J. BUSTOS RAMIREZ, *Pena y estado*, cit., 83 s.; P. GÄNSSLE, Das Antikorruptionsstrafrecht – Balsam aus der Tube der symbolischen Gesetzgebung?, *NZStr* 1999, 543-547; S. TÖNNIES, Symbolische Gesetzgebung - Zum Beispiel par. 175 StGB, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, 411-413.

<sup>15</sup> D'où le risque d'une utilisation du droit pénal à des fins politiques et d'une mise en danger corrélative des principes généraux d'un droit pénal libéral.

<sup>16</sup> Y. CARTUYVELS, Le droit pénal et l'Etat: des frontières « naturelles » en question, in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, sous la direction de M. HENZELIN - R. ROTH, LGDJ-Georg éd.-Bruylant, Paris-Genève-Bruxelles 2002, 27.

risprudence<sup>17</sup>. Aussi le concept de droit pénal symbolique sera appliqué ici à la jurisprudence. En troisième lieu, enfin, c'est la spécificité du contexte<sup>18</sup> de l'intervention des juridictions pénales internationales qui doit être prise en compte. Tout d'abord, la création de ces juridictions intervient, on le sait, dans un contexte bien particulier: celui de la guerre, non pas après mais pendant. C'est, ensuite, ce qui explique que des missions aussi diverses que le rétablissement et le maintien de la paix, la lutte contre l'impunité et le jugement des auteurs de violations graves du droit humanitaire et des droits de l'homme lui aient été assignées. Deux rôles principaux leur sont donc confiés: mettre fin aux violations précitées et sanctionner celles-ci. Ces deux rôles étant unis par un objectif commun: la paix. Ainsi la fonction proprement juridictionnelle est à la fois, en tant que telle, l'une des missions<sup>19</sup> des Tribunaux pénaux internationaux et un moyen d'assurer l'objectif affiché de paix. Enfin, l'institution des Tribunaux *ad hoc* repose sur l'affirmation de l'appartenance à une communauté de valeurs « qui ne sont pas uniquement matérialisées dans les crimes énumérés dans les statuts, [mais qui] sont également affirmées ... dans les articles consacrés à la conduite du procès pénal »<sup>20</sup>.

Or il semble que le contexte particulier dans le cadre duquel les Tribunaux pénaux internationaux interviennent, les missions qu'ils sont appelés à remplir et les fondements sur lesquels ils s'appuient, favorisent la production d'un discours de la part des juridictions, et notamment un *discours sur l'exemplarité*<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> Sur la complexité du système pénal international et sur les dynamiques de création des normes, voir M. Delmas-Marty, *Droit comparé et droit international: interactions et internormativité*, in *Justice pénale entre passé et avenir*, sous la direction de M. Chiavario, Giuffrè, Milan 2003, et, dans le même ouvrage, E. Fronza - N. Guillou, *Les dynamiques d'élaboration des normes pénales internationales devant les Tribunaux pénaux internationaux: une analyse à partir de la jurisprudence sur le viol et la participation criminelle*.

<sup>18</sup> C. JORDA, *Le point de vue juridique*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002, 75-77.

<sup>19</sup> C. JORDA, *Rôle et méthode de travail des Chambres d'appel des Tribunaux pénaux internationaux ad hoc*, intervention du 27.04.2001 dans le cadre des Séminaires de la *Law Clinic de Paris*, in *Law Clinic de Paris, Rapport 2001-2002*. Les TPI ont en effet d'une part une mission judiciaire classique, d'autre part, une mission d'élaboration et d'uniformisation (spécialement les Chambres d'appel) du droit applicable et, enfin, celle de répondre à la demande de justice au regard des crimes pour lesquels ils sont compétents.

<sup>20</sup> C. JORDA, *Le point de vue juridique*, cit., 69.

<sup>21</sup> Cette affirmation semble trouver confirmation dans l'analyse de la CPI — que nous pouvons parfaitement transposer aux TPI — que réalise un auteur renommé en ce domaine: « Les buts de la CPI incluent les objectifs suivants: établir une justice exemplaire et rétributive, fournir réparation aux victimes, se rappeler l'histoire, renforcer les valeurs sociales et la rectitude individuelle, éduquer les générations présentes et à venir et, le plus important,

Ainsi, pour atteindre l'objectif de retour à la paix au travers du terme mis aux violations graves du droit humanitaire, la création même des Tribunaux pénaux internationaux est conçue comme une première étape en tant qu'avertissement donné aux auteurs de telles infractions. Cette logique de l'avertissement, du signal donné traverse l'ensemble de l'activité des Tribunaux pénaux internationaux. Or ces notions témoignent du fait que ces juridictions, par leur existence d'abord, au travers de leur action ensuite, sont le véhicule et l'auteur de messages, d'un discours dont il convient d'identifier les termes et d'examiner la portée et les enjeux.

Notre étude repose sur un examen de la jurisprudence des deux TPI complétée par leurs rapports d'activité et les communiqués de presse diffusés à l'issue des audiences (*littérature grise* des TPI). Le choix du recours à ces deux derniers types de documents est lié à notre objet qui conduit à décoder les messages émis par ces juridictions et, plus encore, à identifier les codes ou champs sémantiques au sein desquels ces messages s'inscrivent: juridique, politique, historique, moral. Or, s'il ne fait pas de doute que le droit, et plus spécialement le droit pénal, entretiennent des liens étroits avec la politique, l'histoire et la morale, leur séparation est un des fondements d'un droit pénal libéral. C'est au travers de cette analyse inductive qu'il nous semble possible de repérer certains éléments de la politique criminelle des juridictions pénales internationales.

Le recours à des documents dépourvus de valeur normative — mais cependant rédigés par des juges et largement diffusés — est d'un maniement délicat. En outre, notre démarche, qui consiste à *faire parler les Tribunaux pénaux internationaux* est également confrontée au risque bien connu de 'décontextualisation'. Pour parer ces différents écueils, notre étude repose sur une articulation reprenant la différence de nature entre chaque type de document (dont nous pensons cependant qu'ils entretiennent des liens étroits qu'il s'agit ici de mettre en lumière) et précisera à chaque fois l'origine exacte de chaque élément (permettant ainsi au lecteur d'en vérifier la pertinence) <sup>22</sup>.

2. — Le recours au concept de *droit pénal symbolique* conduit, on l'a dit, à analyser le droit pénal international au travers des messages dont il est le relais ou qu'il produit. Utilisé traditionnellement dans le cadre de l'étude des normes pénales étatiques — c'est-à-dire, au premier chef, des *lois* pénales pour les pays

décourager et prévenir de futures déprédations humaines », C. BASSIOUNI, *Etude historique: 1919-1998*, Nouvelles Etudes Pénales, 1999, 2.

<sup>22</sup> À raison de la place limitée dont nous disposons dans le cadre de cet ouvrage et de la taille desdits documents, notamment des arrêts, il nous est impossible de reproduire *in extenso* les documents sur lesquels nous appuyons notre démonstration.

de tradition romano-germanique —, il est ici un instrument d'analyse de l'activité des Tribunaux pénaux internationaux.

A. — La jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* véhicule un certain nombre de messages qui, ensemble, forment ce que l'on a appelé ici le *discours* des Tribunaux pénaux internationaux. À l'examen, il apparaît que le lieu d'expression privilégié de ces messages est la partie des jugements (et arrêts) consacrée à la peine. En effet, c'est au stade de la détermination de la peine que les tribunaux sont amenés à préciser les fonctions et finalités de la justice qu'ils sont appelés à rendre. Celles-ci s'inscrivent dans le cadre d'un processus de légitimation des juridictions elles-mêmes et participe de la définition du modèle de justice auquel appartient la justice pénale internationale (*infra*). Dès lors que l'on considère que le droit pénal international est du droit pénal, la question de la peine est nécessairement centrale. C'est autour d'elle que se construit le 'modèle'. Aussi, que derrière ou dans le cadre de la détermination de la peine apparaisse la définition du type de justice qui est mis en œuvre ne surprend pas. Or, force est de constater que le droit pénal international ne se préoccupe qu'en marge de la question de la peine. Ce constat est repris par les Tribunaux pénaux internationaux. Dans le premier jugement rendu par le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie, les juges observent que:

« Ni le Statut, ni le Rapport du Secrétaire général, ni le Règlement ne déclinent expressément les buts recherchés par l'imposition de [la] peine [d'emprisonnement] »<sup>23</sup>.

À l'absence de réflexion sur la peine va correspondre la présence d'un discours sur la peine<sup>24</sup>. En effet, confrontés à des dispositions peu nombreuses ainsi qu'imprécises et privés d'une échelle des peines, les juges ont dû établir les critères de détermination de la peine ainsi que ses fonctions<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Erdemovic*, IT-96-22, 29 novembre 1999, par. 57. On rappellera que seule la peine d'emprisonnement peut être prononcée par le Tribunal.

<sup>24</sup> Sur l'absence de réflexion sur la peine dans une perspective de philosophie de la peine et de sociologie pénitentiaire, voir D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Turin 2000, 162. L'auteur y affirme notamment qu'il est surprenant que soit si répandue une vision simplifiée de la relation entre exercice du pouvoir judiciaire et ordre mondial, au nom d'un « fétichisme pénal » qui applique aux rapports internationaux un tel modèle de justice punitive (et qui au niveau national ne cesse de poser question).

<sup>25</sup> Si dans chaque arrêt, dans la partie consacrée à la peine, les juges reprennent systématiquement les dispositions des statuts et du règlement de procédure et de preuve, c'est pour en constater, à tout le moins, l'insuffisance ou pour s'en écarter; sur ce dernier point, voir le sort du renvoi à l'échelle des peines de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Pour une analyse détaillée de la peine dans les textes et dans la jurisprudence des TPI, voir dans ce volume la contribution de S. MANACORDA, Les peines dans la pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-

En soi, la place accordée à la peine est susceptible de représenter le premier indice d'un droit qui s'inscrit dans le paradigme symbolique: l'énoncé de valeurs (le message ou signal donné) est l'objectif premier — sinon unique<sup>26</sup>. Ainsi, non seulement le droit pénal international ne naît pas, ni ne s'appuie sur une réflexion sur la peine, mais, lorsqu'il s'est agi de le mettre en œuvre, la question des peines est demeurée marginale. En ce sens, on assiste à un déplacement du centre de gravité de la norme: la question de la peine en droit pénal international se situe à la périphérie. À ce déficit au niveau normatif s'ajoute et correspond l'absence d'un cadre plus large dans lequel la peine est censée s'inscrire, en tant que sanction (parmi d'autres) et modalité (parmi d'autres également) de résolution d'un conflit. Cette observation relève des ruptures que l'on rencontre à l'occasion du passage du niveau étatique au niveau supra-étatique en matière pénale. Elle est sans doute également le reflet du phénomène d'amplification des tendances observées en droit pénal interne à l'échelle internationale. Ainsi en est-il du risque d'ériger la réaction pénale en « paradigme de la réaction sociale »<sup>27</sup>. Pourtant, les juges, en liant la fixation de la peine aux missions qui leur sont assignées, semblent replacer la peine au cœur de la justice pénale internationale. Ainsi, dans l'affaire *Jelusic*, le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie indique que:

« Comme la Chambre de première instance chargée de l'affaire *Tadic* l'a rappelé récemment, le Tribunal a pour mission, conformément aux résolutions 808 et 827 du

Yougoslavie: l'affaiblissement des principes et la quête de contrepoids *supra*, p. 169 et s.; voir aussi J.C. NEMITZ, Sentencing in the jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, in *International and national prosecution of crimes under international law: currents developments*, sous la direction de FISCHER - KRESS - LÜDER, Duncker & Humdlot, Berlin 2001, 873; A.M. DANNER, Constructing a hierarchy of crimes in international Criminal law sentencing, *Virginia Law Review*, May 2001, 415; C.J.M. SAFFERLING, *Towards an international Criminal Procedure*, Oxford University Press, Oxford 2001, 395; *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, sous la direction de A. KLIP- T., SLUITER, Interscentia, Anvers 2001, I, 287-679, II, 399-835, III, 363-877; K. AMBOS - R. STEINER, *Vom Sinn des Strafens auf innerstaatlicher und Supranationaler Ebene*, Juristische Schulung 2000, 40; W.A. SCHABAS, Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National practice and the *ad hoc* Tribunals, *EJIntL* 2000, 521; J. PEGLAU, Die Vorschriften zu Strafen und Strafzumessung für den Internationalen Strafgerichtshof und ihre Bedeutung für das nationale Strafrecht, *Humanitäres Völkerrecht*, IV, 2001, 247-251; S. BERESFORD, Unshackling the paper tiger — the sentencing practices of the *ad hoc* International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, *IntCLR*, 2001/1-2, 33-90.

<sup>26</sup> Ce qui conduit notamment M. HENZELIN à dire du droit international pénal qu'il est « a-pénalisé », cf. *Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures, in Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, cit., 69-118.

<sup>27</sup> Y. CARTUYVELS, cit., 27.

Conseil de Sécurité, de mettre fin aux violations graves du droit international humanitaire et de contribuer à la restauration et au maintien de la paix en ex-Yougoslavie, *ce qui est particulièrement pertinent au regard de la fixation de la peine* »<sup>28</sup>.

Suivant en cela le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, il convient à présent d'identifier les éléments du discours sur la peine. Celui-ci est d'abord un *discours sur l'exemplarité*. En effet, le Tribunal poursuit ainsi:

« Pour atteindre ces objectifs, la Chambre, en accord avec la jurisprudence des deux Tribunaux *ad hoc*, doit prononcer une peine *exemplaire*, tant du point de vue du châtement que de la dissuasion »<sup>29</sup>.

Une peine exemplaire donc. L'expression a de quoi surprendre, en tout cas elle mérite d'être interrogée. Il apparaît alors pertinent de s'arrêter un instant sur la notion d'exemple qui traverse l'ensemble de l'activité des Tribunaux pénaux internationaux. Un exemple, de manière générale, c'est un outil. La définition courante de la notion renvoie à deux démarches, deux utilisations possibles de cet outil: l'*exemplification* tout d'abord, l'exemple c'est une illustration, dans ce cadre, c'est ce qui sert à préciser, à démontrer; l'*exemplarité* ensuite, l'exemple c'est alors un signal, un avertissement ('faire un exemple'), c'est également une référence voire un modèle (ce qui est digne d'être imité). Accolée à la notion de justice, elle peut prendre les contours de significations bien différentes, voire contradictoires, et sources de tensions. Une justice exemplaire, ce peut être en effet une justice irréprochable voire idéale. Ce peut être également une justice inique; alors, les deux notions se révèlent contradictoires: faire un exemple n'est pas rendre justice. Au travers de la notion d'exemple apparaissent à la fois les attributs, qualités et forces du droit pénal, ainsi que les risques et dérives qui lui sont inhérents. Ces derniers ne semblent pas avoir été suffisamment pris en compte dans la formation du droit pénal international. Selon le Tribunal, la vertu exemplaire de la peine est attachée aux notions de châtement et de dissuasion, c'est-à-dire à deux fonctions traditionnellement assignées à la peine: fonction rétributive et fonction dissuasive. Et, à la lecture de la jurisprudence des TPI, ce sont les deux fonctions principales de la peine en droit pénal international. Cependant, les juges ont eu l'occasion de souligner que si, d'une part en ce qui concerne la fonction rétributive, « le châtement n'est pas en soi une

<sup>28</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Jelisic*, IT-95-10, 14 décembre 1999, par. 116 (nous soulignons).

<sup>29</sup> *Ibid.*

garantie de justice »<sup>30</sup> et qu'« il serait contre-productif de faire du châtement l'unique fondement de la peine »<sup>31</sup>, d'autre part, pour ce qui est de la fonction dissuasive, une importance trop grande<sup>32</sup> ne doit pas être accordée à celle-ci, à raison de l'exigence d'« *équité* »<sup>33</sup>. Ce faisant, les juges tendent à intégrer dans leur raisonnement le risque de contradiction, contrariété, entre recherche d'exemplarité et exigence de justice.

Ensuite, attaché à l'exemplarité et aux fonctions de la peine, on rencontre l'un des leitmotifs du Tribunal, un autre message fort de la juridiction: la *lutte contre l'impunité*<sup>34</sup>. Elle est une réponse à la demande de peine de l'opinion internationale. Cette demande est alors un fondement de l'activité des Tribunaux pénaux internationaux. Dans l'ensemble des jugements du TPIR portant condamnation, on retrouve le même paragraphe où il est affirmé que:

« Pour déterminer la peine, la Chambre devra toujours avoir à l'esprit que ce Tribunal a été créé par le Conseil de Sécurité en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans le cadre des mesures que le Conseil était habilité à prendre en vertu de l'article 39 de ladite Charte, pour faire cesser les violations du droit international humanitaire au Rwanda en 1994 et en réparer les effets. Le Conseil avait, comme l'exige la Charte dans ces cas, auparavant constaté que la situation au Rwanda constituait une menace à la paix et à la sécurité internationales. Et la résolution 955 du 8 novembre 1994 prise à cet effet par le Conseil indique bien que *par la création du Tribunal, l'objectif visé était de poursuivre et de châtier les auteurs des atrocités survenues au Rwanda de manière à mettre fin à l'impunité* et par voie de conséquence de favoriser la réconciliation nationale et le retour à la paix »<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Mucic et consorts*, IT-96-21, 16 novembre 1998, par. 1231 (nous soulignons).

<sup>31</sup> *Ib. Idem.*

<sup>32</sup> Dans la version anglaise: « *undue prominence* », cf. notamment, TPIY, Trial Judgement, *Prosecutor v. Kunarac*, IT-96-23, 22 février 2001, par. 840. Cependant, à cette notion correspond également celle de « *undue weight* » en ce qui concerne la fonction de réhabilitation, TPIY, Appeal Judgement, *Prosecutor v. Mucic et consorts*, IT-96-21, 20 février 2001, par. 806.

<sup>33</sup> *Ib. Idem.*: « *It may be unfair to impose a sentence on an offender greater than is appropriate to that conduct solely in the belief that it will deter others* ».

<sup>34</sup> Cette formule, nous la retrouvons dans le Préambule du Statut de Rome: « Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis ... » et encore « Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes ».

<sup>35</sup> Cf. (nous soulignons) TPIR, Jugement, *Le Procureur c. Kambanda*, ICTR-97-23-S, 04 septembre 1998, par. 26; Sentence, *Le Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 octobre 1998; Sentence, *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 21 mai 1999; Sentence, *Le Procureur c. Musema*, ICTR-96-13, 27 janvier 2000, par. 985; Sentence, *Le Procureur c. Ruggiu*, ICTR-97-32, 1er juin 2000, par. 32; Sentence, *Le Procureur c. Rutaganda*, ICTR-96-3, 6 décembre 1999, par. 455.

Le dernier axe du discours sur la peine est celui, déjà évoqué, de la spécificité des juridictions pénales internationales. La nature *ad hoc*, la particularité des missions et objectifs assignés ainsi que celle des crimes viennent également nourrir la détermination des fonctions de la peine. Bien plus, les juges semblent en faire le fondement et la justification.

« La Chambre de première instance n'est pas limitée par la pratique des Tribunaux de l'ex-Yougoslavie mais elle peut s'inspirer *d'autres sources pour déterminer la sentence* qu'il convient d'appliquer à une personne reconnue coupable. En fait, elle s'est référée à la pratique des Tribunaux de l'ex-Yougoslavie *sauf* lorsque le Statut, le droit international *ou des considérations spéciales telle que la nature et l'objectif particuliers du Tribunal international exigent qu'il en soit autrement* »<sup>36</sup>.

De proche en proche — de « considérations spéciales » en « nature » et « objectifs » « particuliers » — c'est un *discours de l'exception* qui se profile.

« *Le caractère exceptionnel de la mission confiée au Tribunal international, à savoir mettre un terme aux violations généralisées du droit international humanitaire et contribuer à la restauration et au maintien de la paix en ex-Yougoslavie mérite une attention particulière pour ce qui est des fonctions de la peine* »<sup>37</sup>.

L'adaptation de l'intervention pénale au contexte et aux phénomènes est 'naturelle' et nécessaire. Ici c'est notamment la dimension internationale qui spécifie le contexte. Cependant cette adaptation ne saurait signifier une distorsion des principes d'un droit pénal libéral et notamment une soumission de ces principes aux seules exigences du contrôle social. Si les acteurs changent lors du passage à l'international, les règles du jeu — protection de biens juridiques et respect des garanties individuelles — doivent demeurer; si le droit pénal doit permettre de réprimer les violations des droits fondamentaux, il doit également définir les limites que le pouvoir punitif peut poser à ces derniers. Le 'traitement' de cette spécificité doit s'inscrire dans ce cadre sous peine de passer de la spécificité à l'exception, c'est-à-dire de faire du dérogoire la règle et d'enclencher la dérive autoritaire.

Dans l'affaire *Kupreskic*, la partie intitulée: « Politique générale du Tribunal international en matière de fixation de la peine » illustre les différents éléments relevés ainsi que les enchaînements du discours sur la peine:

<sup>36</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, 14 juillet 1997, par. 9 (nous soulignons).

<sup>37</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, IT-94-1, 11 novembre 1999, par. 7 (nous soulignons).

« La Chambre de première instance estime que, de manière générale, le *châtiment et la dissuasion* sont les *principaux objectifs à prendre en considération en matière de fixation de la peine* dans le cadre des affaires dont connaît le Tribunal international. Bien qu'on attribue parfois au châtiment une connotation primitive, le fait de punir les violations du droit international humanitaire est un facteur important et pertinent au regard de la gravité des infractions commises. S'agissant du deuxième objectif, il vise à dissuader tant l'accusé proprement dit que d'autres personnes, non seulement en Bosnie Herzégovine mais aussi dans le reste du monde, placées dans des circonstances semblables, de contrevenir au droit international humanitaire. *La Chambre de première instance considère également qu'un autre objectif important de la peine est de montrer aux populations d'ex-Yougoslavie et du monde entier que ces crimes ne restent pas impunis*. Il s'agit par là de renforcer la volonté de tous les intéressés, de ne pas permettre de violations du droit international humanitaire et de *favoriser la confiance et le respect envers le système de justice pénale internationale* qui se met en place »<sup>38</sup>.

L'identification des différents messages trahit déjà la juxtaposition et le risque de confusion de niveaux de discours extra-juridiques s'appuyant et fondant la démonstration juridique, judiciaire. Dans le même temps, se pose une question fondamentale: à qui s'adresse ces messages? Déjà, au travers des passages reproduits, il ressort que l'accusé et/ou les délinquants potentiels n'en sont peut-être pas les destinataires finaux. Les Tribunaux internationaux s'adressent au « monde entier » au nom de la « communauté internationale ». On retrouve ici encore un trait du droit pénal symbolique: la duplication du message qui passe par la duplication des destinataires. Ainsi, dans l'affaire *Furundzija* (toujours dans la partie intitulée « Politique adoptée par la Chambre en matière de fixation de la peine »), les juges indiquent que:

« Pour fixer la peine à appliquer, la Chambre de première instance se fonde, par ailleurs, sur le principe formulé dès 1764 par Cesare Beccaria: « Le châtiment ne doit pas forcément être sévère mais il doit nécessairement être inéluctable ». C'est le caractère inéluctable de la sanction plutôt que sa sévérité qui est l'instrument du châtiment, de la stigmatisation et de la dissuasion. Cela est tout particulièrement vrai pour le Tribunal international: *son envergure internationale, l'autorité morale* dont il est investi et *l'influence de ses décisions sur l'opinion publique internationale* rendent plus lourdes les peines qu'il prononce. *Cet effet punitif doit donc être pris en considération lorsque l'on fixe la durée de la peine* »<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Kupreskic et consorts*, IT-95-16, 14 janvier 2000, par. 848 (nous soulignons). Mettant en doute les fonctions et les buts du droit pénal (dissuasion, rétribution, resocialisation) en matière de crimes internationaux, E. R. ZAFFARONI, *Derecho penal*. cit.

<sup>39</sup> TPIY, Jugement, *Le Procureur c/ Furundzija*, IT-95-17/1, 10 décembre 1998, par. 290 (nous soulignons).

Par la peine infligée à l'accusé, les juges s'adressent à l'opinion publique et entendent donner un signal fort, démontrer une capacité de réaction face au conflit sur lequel la communauté internationale doit intervenir. En outre, la spécificité même du Tribunal international — telle qu'elle est comprise par les juges — fait partie de la peine; elle en est un élément en ce sens et dans la mesure où le procès, lui-même, est déjà, en quelque sorte, une peine.

B. — Dans la masse considérable des documents produits par les Tribunaux pénaux internationaux, les rapports d'activité <sup>40</sup> et les communiqués de presse <sup>41</sup> fournissent parfois un certain éclairage des messages relevés dans la jurisprudence de ces Tribunaux. Celui-ci nous semble devoir être souligné car, émanant de ces mêmes Tribunaux, il représente une interprétation, un prolongement de ces messages. Plus spécialement, il inscrit, notamment, le discours des Tribunaux internationaux dans un processus de légitimation de leur existence et de leur action.

Ce sont trois types de légitimité qui émergent; à celles-ci il nous semble que correspondent les risques de dérives <sup>42</sup> auxquelles est confrontée la justice pénale internationale (mais plus généralement tout système pénal). Tout d'abord, la légitimité historique. La place considérable des développements relatifs à la reconstruction historique dans la jurisprudence doit être relevée. Elle est justifiée par la nécessaire mise en contexte des faits. Ceci étant, on retrouve le risque bien connu de confondre vérité historique et vérité juridique <sup>43</sup>, lesquelles procèdent de démarches fort différentes. Apparaît alors la dérive historique, représentée par l'image du juge historien <sup>44</sup>. À cette première légitimité s'y ajoutent deux autres, intimement liées. Il s'agit des légitimités politique et morale (et pédagogique) auxquelles correspondent les dérives du même nom. En effet, le discours des Tribunaux internationaux est ponctué par les notions d'ordre international naissant « incarné » <sup>45</sup> par les juridictions elles-mêmes, de bien et de mal. C'est un discours qui présente le risque d'exclure la complexité. Ainsi la Bosnie a-t-elle été saisie d'un « accès de folie » <sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Quant à la pertinence du recours à ces documents, on relèvera que la jurisprudence contient des renvois aux rapports annuels, voir notamment, TPIY, Jugement, *Le Procureur c. Erdemovic*, 24 novembre 1996, par. 58.

<sup>41</sup> Diffusés à l'issue des audiences, lus par le président de la Chambre, ils représentent ce qui d'après les juges doit être retenu du procès.

<sup>42</sup> Nous reprenons ici la terminologie et la typologie de T. TODOROV, *Les limites de la justice*, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., 39.

<sup>43</sup> Sur la notion de vérité processuelle, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 24-67.

<sup>44</sup> Cf. T. TODOROV, *Mémoire du mal, tentation du bien*, Robert Laffont, Paris 2000.

<sup>45</sup> *Rapport annuel d'activité du TPIY*, 1998, par. 300.

<sup>46</sup> *Ib. Idem*, par. 296.

Ce sont les « fondements d'un meilleur XXI<sup>ème</sup> siècle »<sup>47</sup> que le Tribunal pose et « œuvrer pour l'avenir est pour le Tribunal une fonction des plus importante »<sup>48</sup>. Et, enfin, ce dont il s'agit c'est de lutter contre les « forces du mal »<sup>49</sup>.

Il apparaît alors clairement que se mêlent et se confondent considérations morales et politiques d'une part et fonction judiciaire d'autre part. Ce vocabulaire et ce raisonnement ne sont pas sans faire écho avec un certain discours sur l'« axe du mal » dont on ne saurait oublier qu'il s'inscrit dans une logique de guerre d'une part, dans un processus de criminalisation internationale d'autre part, et conduit à la limitation des droits fondamentaux au nom de la sécurité enfin.

Dans le prolongement de ce qui précède semblent se situer les derniers mots du Juge Almiro Rodriguez, président de la Chambre ayant prononcé la première condamnation pour génocide commis en ex-Yougoslavie:

« En juillet 1995, Général Krstic, vous avez adhéré au mal. C'est pour cela qu'aujourd'hui cette Chambre vous condamne et prononce à votre encontre la peine de 46 ans d'emprisonnement »<sup>50</sup>.

3. — Au travers des dérives indiquées, on atteint finalement la question des fonctions et des limites de toute justice pénale<sup>51</sup>. Les doutes et les perplexités suscités par la justice pénale internationale sont en effet largement communs — sinon propres — à tout système pénal, que celui-ci soit d'origine étatique ou internationale. Le poids croissant de la justice dans la vie collective, le rôle central conféré à l'outil pénal, son instrumentalisation politique de même que son usage symbolique (exemplaire) représentent diverses tendances observées au niveau étatique. En outre, les risques de partialité et de manque d'indépendance ne sont pas propres aux Tribunaux *ad hoc*. Dans cette optique, les procès de Nuremberg<sup>52</sup>, ou certains procès nationaux, comme celui d'Adolf Eichmann<sup>53</sup>, ont pu donner l'impression de poursuivre des buts distincts de

<sup>47</sup> *Ib. Idem*, par. 299.

<sup>48</sup> *Ib. Idem* par. 296.

<sup>49</sup> *Rapport annuel d'activité du TPIY*, 1999, résumé.

<sup>50</sup> Communiqué de presse n° 601 disponible sur le site [www.un.org/icty](http://www.un.org/icty).

<sup>51</sup> T. TODOROV, Les limites de la justice, in A. CASSESE-M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., 39.

<sup>52</sup> Sur le « caractère exemplaire » de la justice pénale internationale, H. BULL, *The anarchical society*, Londres 1977, 89. Sur la « justice des vainqueurs » en ce qui concerne Nuremberg, H. DEMANDT, *Processare il nemico*, XII, Einaudi, Turin 1996.

<sup>53</sup> Sur la dimension symbolique et historique, ainsi que politique de ce procès, E. MALARINO, *Funzioni simboliche nel processo penale e significato simbolico del processo penale. Alcune riflessioni a partire dal caso Eichmann*, Intervention du 24.05.2002, Université

ceux qui devraient animer le procès pénal ‘normal’<sup>54</sup>. Et le risque qu’une personne puisse être punie pour *ce qu’elle est*, pour ce qu’elle représente, et non pour *ce qu’elle a fait*, apparaît alors par le biais d’une justice qui adopte des raisonnements politiques et moraux<sup>55</sup>. L’activité des Tribunaux pénaux internationaux semble en effet constituer un observatoire des phénomènes qui marquent le droit pénal et des risques qui s’attachent à la justice pénale (qu’elle soit menée au niveau interne ou international). Et, lorsque l’on se tourne vers l’avenir, la naissance de la Cour pénale internationale ne résorbe pas, loin s’en faut, les craintes et les doutes<sup>56</sup>.

Pour autant, ce n’est pas la nécessité du droit pénal international qui est mise en question; celle-ci ne fait pas de doute. De même que le besoin de normes pénales communes assurant la répression de ces crimes odieux. Plus encore, point de doute non plus quant au fait que la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* contribue au processus de *fondation* objective du droit pénal international. Mais les risques qui émergent de notre analyse du discours des Tribunaux internationaux nous semblent susceptibles de préoccuper, de manière légitime, l’ensemble des juristes: risque d’un droit pénal qui ne satisfasse pas aux exigences et principes d’un modèle libéral; risque d’un droit pénal irrationnel; risque lié à l’introduction de logiques étrangères au raisonnement juridique. D’autant que ce sont d’autres risques — bien plus graves — qui se dessinent alors: l’intrusion de la morale dans le droit et celle de la politique au sein de la justice<sup>57</sup>, au-delà des interférences inévitables. Cet ensemble de dérives correspond, nous semble-t-il, au risque de *déjuri-*

de Jesi, version dactyl. 2-3; E. AMATI, La posizione soggettiva di Eichmann: tra mandante ed esecutore, Intervention du 24.05.2002, Université de Jesi, version dactyl. 16-17.

<sup>54</sup> Pour une analyse intéressante concernant les fonctions du procès pénal dans le cadre des procès politiques, au travers de l’exemple des jugements révolutionnaires français de la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, voir S. SATTÀ, *Il mistero del processo*, Adelphi, Milan 1994.

<sup>55</sup> Une tâche essentielle du pénaliste est sans doute de rappeler que la protection de l’accusé, surtout face à des crimes si graves, est la raison principale (ou peut être la seule) qui justifie et légitime l’existence d’une science pénale. Sur le problème de la légalité et des garanties en droit pénal international, M. CAIANELLO - E. FRONZA, Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale, *IndPen*, 2002, 307 s.

<sup>56</sup> L’article 16 du Statut de Rome illustre l’une des tensions qui marquent le domaine de la justice pénale internationale: tension entre le ‘particularisme’ du Conseil de sécurité et l’universalisme qui fonde la doctrine des droits de l’homme.

<sup>57</sup> Quant à ce dernier point, nous rejoignons la position exprimée par le président JORDA, évoquant les fonctions particulières du Président du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie: « Un Tribunal comme celui-ci est par hypothèse confronté au bon usage de la politique. On ne peut pas se fermer complètement à cela. Il faut donc trouver le bon équilibre entre ce qui est judiciaire et ce qui est politique », *Diplomatie judiciaire*, Août 2002, 26.

*dicisation*<sup>58</sup>; processus qui suscitent beau nombre d'interrogations. C'est, notamment, la question des finalités du droit pénal et du procès pénal qui est posée et, également, celle des sources de la légitimité de la justice pénale internationale. Faut-il les rechercher sur le terrain du bien et du mal? Nous en doutons. Il nous semble qu'elles sont à rechercher aux fondements d'un droit pénal libéral. Le risque de glisser vers un droit pénal autoritaire (en adoptant une politique criminelle *expressive* ou *symbolique*<sup>59</sup>) — toujours présent — se manifeste notamment lorsque ne sont pas clairement distingués et séparés les pouvoirs politique et judiciaire, les champs de la morale et du droit<sup>60</sup>. Entretenir la confusion c'est engager ce processus de *déjuridicisation* où la raison juridique s'affaiblit<sup>61</sup> et où il ne s'agit plus de punir une personne reconnue coupable aux termes d'un processus spécifique — le procès — et de protéger également « coupables » et « non coupables », mais de désigner les « ennemis » et les « amis »<sup>62</sup>. Aussi la légitimité est donc à chercher dans le droit — les règles juridiques — et le principe de respect du droit.

Cette quête de légitimité et ces revendications de légitimité sur des terrains para — et extra — juridiques s'inscrivent dans le cadre d'une tendance générale qui consiste à surestimer la force du droit pénal en sous-estimant sa brutalité. La surestimation conduit à brouiller les repères, confondre les niveaux d'intervention et simplifier les problèmes posés. Elle ne permet pas la recherche et l'organisation de réponses davantage articulées au sein desquelles le droit pénal est un instrument parmi d'autres. La sous-estimation met en cause les principes fondamentaux d'égalité, d'impartialité et d'indépendance qui caractérisent l'*espace* judiciaire par rapport à l'*espace* politique<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> Ou en sens inverse, processus de *juridicisation* au travers de la prise en charge par la règle de droit du contenu d'autres normes; phénomène favorisé par l'imprécision des normes pénales, laquelle incite les juges à expliciter au maximum leurs critères d'« objectivation ». Sur ce phénomène, *Bonnes mœurs, droit pénal et rationalité juridique*, sous la direction de F. OST - M. VAN DE KERCHOVE, Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 1981, 38.

<sup>59</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 445.

<sup>60</sup> Cependant, pour certains: « La morale peut ainsi devenir une source de droit, une norme supérieure à la règle stricte de légalité », Y. JUOVICS, *Le procès international pénal face au temps*, RSC 2001, 789.

<sup>61</sup> Aussi, nous ne pensons pas qu'« il est évidemment bien plus juste, et donc juridiquement supérieur, de punir l'auteur d'actes portant préjudice à l'humanité que de satisfaire le formalisme [du] principe [de légalité] d'une force toute relative et ouvert à tant d'exceptions », Y. JUOVICS, cit., 789.

<sup>62</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 516.

<sup>63</sup> Sur ce point, voir notamment, P. PORTINARO, *Introduzione*, in *Processare il nemico*, H. DEMANDT, cit. et surtout O. KIRCHKEIMER, *Politische Justiz, Verwendung juristischer Verfa-*

Ceci étant, ce mouvement de demande constante de répression, s'il doit être encadré par le droit pénal lui-même, pousse dans le même temps le droit pénal à se renouveler, à se repenser, et ce d'autant plus que le droit pénal et la politique criminelle, nés à l'échelon étatique, sont appelés à intervenir au niveau international. Il s'agit alors non seulement de s'assurer que le droit pénal et le procès pénal ne sont pas utilisés à des fins qui leur sont étrangères, mais également de repenser les fonctions du droit pénal, ses acteurs et ses sujets en ne négligeant pas la nécessaire subsidiarité du droit pénal et en gardant « à l'esprit que notre droit pénal est fondé sur les notions de remparts, de garanties »<sup>64</sup>.

hrensöglichkeiten zu politischen Zwecken, Luchterhand, Neuwied et Berlin, 1965. Pour une analyse des procès devant les TPI en tant que prolongement de la guerre par d'autres moyens cf. D. ZOLO, *Chi dice umanità*, cit., 124-163.

<sup>64</sup> F. TULKENS, Table ronde, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, cit., 188.



## Section 2

### ALTERNATIVES

L'idée de suivre le rituel de la procédure pénale, faisant recours à un juge tiers et impartial siégeant dans une institution internationale et répondant à des règles préétablies qui aboutissent à la sentence, n'est pas, à l'évidence, la seule manière de réagir aux crimes internationaux.

Le discours des alternatives prend cependant un chemin fortement divergent selon que l'on recherche des solutions dans le domaine juridique (qu'elles soient proprement judiciaires ou para-judiciaires) ou qu'on abandonne complètement les parcours du droit pour entreprendre le chemin de la guerre. Il est peut-être paradoxal que ces deux moyens diamétralement opposés aient fini par s'imposer — avec toutes les nuances que chacun d'entre eux comporte — dans certains des conflits les plus récents.

Dans la première mouvance se situent les expériences judiciaires internes relatives aux crimes internationaux, ainsi que les commissions de réconciliation et vérité, dérive à large échelle de l'*Alternative Dispute Resolution*. Comme l'expérience de l'Afrique du Sud le montre, ces commissions peuvent assurer — en relation avec certains conflits identitaires — un rôle important de réconciliation et de pacification nationale, tâche qui n'est pas toujours accomplie de manière efficace par les juridictions internationales (Lollini). Elles montrent également tout leur intérêt comme instrument complémentaire dans les contextes où l'on a choisi de faire face à des crimes massifs par le biais du recours aux juridictions traditionnelles, comme c'est le cas actuellement du Rwanda avec le Gacaca (Sarkin).

A l'extrême opposé, la 'résolution' du conflit identitaire et de la violation massive des droits de l'homme peut se traduire dans le recours à la guerre, dans ses dénominations plurielles qui ne cachent pas néanmoins sa nature violente. Le paradoxe de la 'guerre juste', s'élevant comme outil de résolution des conflits, met en lumière les contradictions contenues dans la tentative de concilier violence et justice au travers des règles du droit (Rigo).

# LE PROCESSUS DE JUDICIARISATION DE LA RÉOLUTION DES CONFLITS: LES ALTERNATIVES

ANDREA LOLLINI

SOMMAIRE: 1. Introduction. — 2. Les différents mécanismes de poursuite des crimes internationaux. — A. Les mécanismes « juridictionnels ». — B. Les mécanismes « non juridictionnels ». — C. Le système des juridictions Gacaca au Rwanda: un modèle hybride. — 3. Le problème de la superposition des modèles.

1. — Récemment, la communauté internationale s'est intéressée de près au problème de la répression des crimes commis par des régimes autoritaires et ségrégationnistes ou pendant des guerres ethno-religieuses. La mise en place des deux juridictions pénales *ad hoc* et de la Cour pénale internationale constitue l'aboutissement d'un processus d'évolution politique, juridique et diplomatique considérable. Autrement dit, la perception des crimes internationaux par les Etats occidentaux a conduit: d'une part, à l'idée selon laquelle la protection des droits de l'homme ne pouvait être assurée qu'à travers la mise en place de systèmes juridictionnels (et que la communauté internationale devait commencer à se charger de cette mise en place); et, d'autre part, qu'elle ne pouvait être assurée qu'à travers l'activation d'un processus de juridicisation progressive de la résolution des conflits. Le développement considérable de la justice pénale internationale témoigne d'un véritable bouleversement des relations diplomatiques entre les Etats. Deux considérations peuvent être faites à ce propos:

A) D'abord la résolution judiciaire des conflits est davantage perçue comme la seule façon de désamorcer le conflit et d'établir un processus de pacification et de "réconciliation" durable.

B) En second lieu, jusqu'à présent, on a assisté à la prolifération et la multiplication d'instances juridictionnelles locales (notamment au Timor Oriental, en Sierra Leone, au Cambodge, au Kosovo<sup>1</sup>) en tant que mécanis-

<sup>1</sup> Pour un panorama général voir S. LINTON, Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments, *International Justice, Criminal Law Forum*, 12, 2001, 185. En ce qui concerne notamment le Kosovo et le Timor Oriental voir aussi H. STROHMEYER, Collapse and Recons-

mes de résolution des conflits alternatifs ou complémentaires des procès pénaux. Ce dernier élément a contribué à rendre le panorama actuel de la justice pénale internationale extrêmement complexe, fragmenté et parfois incohérent.

2. — Les mécanismes de répression des crimes internationaux mis en place ces dernières années sont extrêmement diversifiés. Par conséquent, une première différenciation s'impose. Dans cette perspective, nous pouvons distinguer les mécanismes de résolution des conflits qui pourraient être définis comme « juridictionnels » (A) et les mécanismes de résolution des conflits « non juridictionnels » (B).

Dans cet article, le problème de la configuration des systèmes juridictionnels de poursuite des crimes internationaux ne sera pas abordé. A ce propos, une réflexion détaillée sur la justice pénale internationale a été développée tout au long de cet ouvrage. En revanche, nous allons consacrer plus d'attention aux systèmes non juridictionnels, que la doctrine définit généralement comme systèmes alternatifs ou complémentaires des poursuites judiciaires.

Cela nous permet d'appréhender le problème de la justice pénale internationale de deux points de vue opposés. D'une part, il y a une conception de la justice basée véritablement sur une approche judiciaire; d'autre part, il y a une conception de la résolution des conflits basée sur ce qu'on pourrait définir comme une logique de négociation.

A. — En ce qui concerne les mécanismes « juridictionnels », il s'agit de systèmes basés sur des critères de fonctionnement proprement judiciaires. Autrement dit, les mécanismes juridictionnels relevant de la justice pénale internationale sont caractérisés par la présence d'une liturgie véritablement judiciaire. Il s'agit du jugement (émis par un juge qui choisit entre des reconstructions factuelles opposées du crime poursuivi), de la preuve (soumise au processus de la 'falsification') et du châtement. Un des caractères les plus marquants des mécanismes juridictionnels est la configuration de la relation entre les parties protagonistes de la scène judiciaire. Dans cette typologie des jugements, les parties sont évidemment en position d'adversaires. Chaque partie essaie de faire prévaloir sa « représentation » factuelle des événements. Il s'agit donc d'un véritable conflit où en réalité les parties manipulent les éléments factuels à leur disposition pour en tirer le maximum afin de gagner le duel<sup>2</sup>. Ici nous pouvons esquisser un panorama général des

struction of a Judicial System: the United Nations Missions in Kosovo and East Timor, *IntL* 95, 2001, 46; BASSIOUNI C.M., *Post Conflict Justice*, Ardsley, Transnational Publisher, 2002.

<sup>2</sup> Le procès pénal comme 'machine', ou bien la liturgie procédurale en tant que 'duel' ou opposition 'agonistique' entre des sujets, représentent une des façons les plus fascinantes pour décoder la fonction profonde du rituel judiciaire. Nous avons tiré des suggestions

systèmes chargés de poursuivre les crimes de droit international d'une façon strictement judiciaire.

1. En premier lieu, les deux Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* chargés de poursuivre les crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda;

importantes de M.J. DAMAŠKA, *The Face of Justice and State Authority*, Yale University Press, New Haven 1986. Cet ouvrage nous est utile pour schématiser les deux modèles archétypes du procès pénal. C'est-à-dire: (a) le modèle *accusatoire*, qui a caractérisé le système juridique à partir de la période de Rome et notamment le système juridique de la *common law*. (b) le modèle *inquisitoire*, qui a été introduit à partir de l'époque romano-catholique et qui a influencé profondément toute la procédure pénale continentale jusqu'à l'époque contemporaine. Si désormais les deux *archétypes* de procès pénal se trouvent mélangés dans les différentes procédures pénales nationales, il est toujours possible de trouver les caractéristiques de base des deux modèles. Dans cette perspective, l'ouvrage de Mirjan Damaška vise à souligner que, théoriquement, nous pouvons avoir: d'un côté, le modèle accusatoire de la *common law*, ayant pour but la résolution du conflit dans le contexte d'un « engagement » entre les parties, où le juge est l'arbitre passif. Dans le *pleading* anglo-saxon le procès pénal est perçu en tant que jeu (*game*) où les parties antagonistes s'affrontent dans une liturgie qui rassemble au duel. De l'autre côté, on a le modèle inquisitoire. Il est caractérisé par le formalisme, par la volonté de savoir, par l'introspection. Il a pour but l'application des idéologies politiques (entre le XIII<sup>e</sup> et le XVII<sup>e</sup> siècles la chose était très claire) où la « recherche de la vérité » est un élément fondamental. Le modèle inquisitoire est lié à l'algèbre du système des preuves légales, même si dans les systèmes inquisitoires modernes tout cela a été profondément changé (pour une reconstruction extrêmement détaillée du système probatoire du procès criminel de droit commun, voir J. PH. LEVY, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Age depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris 1939. Voir aussi I. ROSONI, *Quae Singula non Prosunt Collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età moderna*, Giuffrè, Milan 1995. Il faut aussi souligner que celles que nous avons définies comme les caractéristiques des « archétypes » des modèles de procédure criminelle se trouvent aujourd'hui, dans toutes les procédures pénales nationales, extrêmement mélangées. Pour un travail comparatif des modèles développés en Europe voir *Procédures pénales d'Europe*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 1995. Dans une perspective historique, pour la reconstitution de la genèse des deux *archétypes*, voir I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Bompiani, Milan 2000; P. PRODI, *Una Storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Il Mulino, Bologne 2000; F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Laterza, Bari 1986; P. FIORELLI, *La Tortura giudiziaria nel diritto comune*, I et II, Giuffrè, Milan 1953, 1954; H. MAISONNEUVE, *Etudes sur l'origine de l'Inquisition*, Vrin, Paris 1960; D. SALAS, *Du procès pénal*, PUF, Paris 1992; A. LAINGUI - A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal. II. La procédure criminelle*, PUF, Paris 1980; Y. THOMAS, « Arracher la vérité ». La Majesté et l'Inquisition (I-IV<sup>e</sup> siècles ap. JC), in *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, sous la direction de R. JACOB, LGDJ, Paris 1996, 15-42. Voir aussi l'ouvrage récent: G. ALESSI, *Il processo penale. Profilo storico*, Laterza, Bari 2001. En ce qui concerne l'origine du modèle de procès pénal anglo-saxon, voir les travaux de T.A. GREEN, *Verdict According to Conscience: Perspectives on the English Criminal Trial Jury 1200 - 1800*, University of Chicago Press, Chicago - Londres 1985. Voir aussi T.A. GREEN - J.S. COCKBURN, *Twelve Good Men: The Criminal Trial Jury in England, 1200 - 1800*, Princeton 1988.

2. en second lieu, les Tribunaux dits « mixtes » tels que ceux mis en place en Sierra Leone, au Timor Oriental et au Cambodge. La mixité de ces organes, notamment en ce qui concerne celui de la Sierra Leone <sup>3</sup>, est due principalement à deux facteurs:

- d'un côté, une partie des juges est de provenance internationale,
- de l'autre côté, le corpus des normes appliquées provient de ce que l'on appelle le droit pénal international, tout en développant une superposition avec les normes pénales internes <sup>4</sup>.

Le caractère mixte de cet instrument est aussi mis en évidence par le cumul d'un système proprement judiciaire et d'un système appartenant à la catégorie de système de résolution des conflits « non juridictionnels » (que nous analyserons dans le prochain paragraphe). Dans cette perspective, par exemple, le mécanisme de la Sierra Leone prévoit le fonctionnement articulé d'un Tribunal proprement dit et d'une Commission vérité et réconciliation <sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Le terme « Tribunal mixte » est directement employé par le *Rapport du Secréariat général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone*, 4 octobre 2000, S/2000/915. Le Tribunal de la Sierra Leone a été mis en place grâce à l'accord international signé entre l'ONU et la Sierra Leone du 16/01/2002. Le Statut a été annexé. La Chambre de première instance et la Chambre d'appel ont été constituées en dehors des systèmes des NU et de la Sierra Leone. Successivement il a été incorporé par la législation nationale. La mixité de ce Tribunal se concrétise dans la composition de son personnel. Selon l'accord de 16/01/2002, chaque partie nomme son personnel après consultation de l'autre. Le Procureur est nommé par le Secréariat Général des NU, tandis que le Procureur adjoint est nommé par la Sierra Leone. En ce qui concerne les juges, il sont majoritairement nommés par le SGNU (2/3 pour la Chambre de première instance; 3/5 pour la Chambre d'appel). L'administration est conjointe, mais le Greffier est nommé par le Secréariat Général et contrôle tout le personnel ainsi que le financement. Le budget du Tribunal est financé par des contributions volontaires. A ce propos voir J.M. CHATAIGNER, L'ONU et la Sierra Leone: d'une crise à l'autre (mai 1997-mai 2000), *Afrique Contemporaine*, n° 198, 2001, 29-50. Voir aussi S. BERESFORD - A.S. MULLER, The Special Court for Sierra Leone: an Initial Comment, *Leiden Journal of International Law*, n° 3, XIV, 2001, 635-652.

<sup>4</sup> En ce qui concerne notamment le Tribunal pour la Sierra Leone, il faut en effet mettre en évidence que les normes appliquées font partie du *droit international pénal*. Notamment la compétence de ce Tribunal concerne a) les crimes contre l'humanité; b) l'art. 3 commun des Conventions de Genève de 1949 et du Protocole II de 1977; c) les « autres violations de DIH » (agressions contre population civile / conscription d'enfants de moins de 15 ans). En est exclu le crime de génocide. Font aussi partie de la compétence de ce Tribunal mixte les crimes graves de droit commun et notamment les abus sexuels sur mineurs ou les incendies criminels pour lesquels on fait renvoi à la législation pénale nationale de la Sierra Leone. Voir les Actes du Colloque: *Internationalized Criminal Court and Tribunals: Practice and Prospects*, publié par No Peace Without Justice - Amsterdam Centre for International Law - Project on International Courts and Tribunals, Amsterdam 25-26 janvier 2002, 95-124.

<sup>5</sup> Pour un panorama général sur la Commission de la Sierra Leone voir A. LOLLINI, « Fils d'un Dieu Mineur »: Faire les comptes avec le passé en Sierra Leone, *Diplomatie Judiciaire*, n° 82, 2002; LINTON s., cit., 231 - 241.

A l'heure actuelle, il existe trois autres modèles de résolution des conflits strictement judiciaires qui sont à la fois de nature internationale et nationale. Il s'agit du Tribunal mis en place au Cambodge pour la répression des crimes commis par les Khmers Rouges, du Tribunal du Timor Oriental, et du *Programme of International Judicial Support* au Kosovo. En ce qui concerne le Tribunal du Timor Oriental, sa structure est principalement basée sur le système national indonésien, qui a été appelé à appliquer le droit pénal international<sup>6</sup>. La structure judiciaire nationale est donc censée appliquer les principes pénaux développés par la communauté internationale.

Le Cambodge a également assisté à la mise en place d'un autre Tribunal avec une composante mixte (internationale et nationale). Une Chambre spéciale a été notamment instituée dans le Tribunal de Phnom Penh pour juger les crimes commis par le régime khmer de 1975 à 1979<sup>7</sup>.

La cogestion de la fonction judiciaire par des instances juridiques-institutionnelles nationales et internationales a eu une configuration encore différente au Kosovo pendant la phase de construction du système judiciaire nationale. Le *Special Representative of the Secretary General* (SRSG) pour le Kosovo, guidé par Bernard Kouchner, a été institué par la Résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies n° 1244 du 10 juin 1999. Prenant en considération la difficulté de construire le système judiciaire au Kosovo (en raison des tensions ethniques entre la majorité albanaise et la minorité serbe) et le manque de personnel judiciaire du fait de la guerre, il a tenté de réaliser ce qui avait été appelé le *Programme of International Judicial Support in Kosovo*. Dans cette perspective, notamment en raison de la difficulté de recrutement des juges ou des procureurs de minorité serbe (en raison de

<sup>6</sup> Dans le cadre des structures juridictionnelles nationales il y a eu une sorte de cogestion avec la mission de Nations Unies UNTAET. Du point de vue de l'organisation il y a un procureur adjoint pour les crimes graves qui instruit toutes les affaires, et un « *panel* » de 3 juges (dont 2 internationaux). Le financement fait partie du budget de l'opération de maintien de la paix. En ce qui concerne le droit applicable, les juges sont compétents pour la répression du crime de génocide, les crimes contre l'humanité, et les crimes de guerre (tels que définis dans Statut de la CPI), tandis que, en ce qui concerne les crimes graves de droit commun, les mêmes juges sont compétents pour le meurtre, les crimes sexuels et la torture. Cf. Actes du Colloque: *Internationalized Criminal Court and Tribunals: Practice and Prospects*, cit., 30 et s.; H. STROHMEYER, *Collapse and Reconstruction of a Judicial System: the United Nations Missions in Kosovo and East Timor*, cit., 50. Cf. LINTON S., cit. 202-230; MATHESON M.S., *United Nations Governance of post-conflict society: East Timor and Kosovo*, in BASSIOUNI C..

<sup>7</sup> Le droit applicable vise à la répression notamment du crime de génocide, des crimes contre l'humanité. Tout le système cambodgien a été le fruit d'un accord entre les NU et le nouveau gouvernement cambodgien visant à mettre en place une coopération judiciaire pour la répression des crimes commis pendant la dictature. Cf. LINTON S., cit., 187-202; MATHESON M.J., cit., 523-536.

menaces à l'intégrité personnelle) et des interdictions provenant de Belgrade, la communauté internationale, par le biais de la mission de Nations Unies dans le cadre du *Emergency Judicial System (EJS)*, a nommé des juges internationaux, notamment dans la province de Mitrovica, afin de soutenir l'action des nouveaux juges nationaux qui venaient d'être nommés<sup>8</sup> dans les *Districts Courts*.

3. Une autre approche strictement judiciaire a été mise en place à travers l'exercice du principe dit de la compétence pénale universelle, comme par exemple en Belgique par rapport aux crimes commis au Rwanda<sup>9</sup>.

4. Une quatrième modalité strictement judiciaire de poursuite des crimes de droit international commis dans le passé repose sur l'application directe, de la part des Tribunaux nationaux, des normes pénales provenant du système international sans aucune médiation de la part d'organismes internationaux. On peut citer en exemple le fonctionnement des Tribunaux nationaux rwandais ayant poursuivi les crimes de génocide commis en 1994<sup>10</sup>.

5. Une modalité de justice particulière est en train d'être expérimentée en Argentine. Il s'agit des « jugements pour la vérité » (*juicios por la verdad*). L'histoire politique et judiciaire de l'Argentine a été très tourmentée. Au début des années 80 l'Argentine a contribué au développement des systèmes des *Truth Commissions* (il faut seulement se rappeler de la Commission présidée par Ernesto Sabato). Actuellement l'Argentine produit une autre modalité innovatrice, où procès et déclaration de culpabilité ne sont pas suivis d'une peine<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Dans cette perspective, les instances internationales guidées par Bernard Kouchner ont exercé une véritable fonction supplétive ou substitutive des institutions kosovares à travers des dispositions ayant une valeur normative nommées « *Regulations* ». Cf. Actes du Colloque: *Internationalized Criminal Court and Tribunals: Practice and Prospects*, cit., 9-29; H. STROHMEYER, *Collapse and Reconstruction of a Judicial System: the United Nations Missions in Kosovo and East Timor*, cit., 46 s.

<sup>9</sup> Concernant les différents critères de compétence juridictionnelle adoptés par les différents ordres juridiques nationaux voir l'étude comparée *Juridictions nationales et crimes internationaux*, sous la direction de A. CASSESE - M. DELMAS-MARTY, PUF, Paris 2002. Notamment en ce qui concerne le cas de la Belgique nous renvoyons aussi à l'intervention de D. VANDERMEERSCH dans cet ouvrage, *supra*, p. 224 et s.

<sup>10</sup> Grâce à la *Loi organique sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crime contre l'humanité, commis à partir du 1<sup>er</sup> octobre 1990 n° 08/96* d'août 1996 (Journal Officiel de la République Rwandaise du 1<sup>er</sup> septembre, n° 17, 1996), les tribunaux nationaux rwandais ont acquis la compétence de poursuivre les crimes de génocide commis en 1994.

<sup>11</sup> Pour des détails voir E. MALARINO, *Argentine: une difficile reconstruction de la vérité, Diplomatie Judiciaire*, n. 89, 2002, 5-6.

6. Enfin, à toute cette panoplie de configurations de la justice pénale internationale, il faut ajouter le système qui vraisemblablement va devenir le pivot de la justice pénale internationale: la Cour pénale internationale permanente.

B. — La notion de prise en charge non juridictionnelle des crimes commis dans le passé a été caractérisée jusqu'à présent par deux modèles distincts:

1. un modèle de résolution des conflits non juridictionnel constitué par les *Commissions vérité et réconciliation (Truth and Reconciliation Commissions)* <sup>12</sup>;

2. un modèle de résolution des conflits qui fait appel à une modalité enracinée dans une matrice dite 'traditionnelle' de la résolution des conflits. Dans cette perspective, comme on le verra, le système des juridictions *Gacaca* au Rwanda représente un exemple sans précédent.

Il faut immédiatement remarquer que cette schématisation se base sur une évaluation purement empirique. Autrement dit, ces mécanismes constituent les modèles de résolution des conflits mis en place jusqu'à présent. Toutefois, tout cela semble être en constante évolution. En effet, dans la mesure où ces systèmes sont des instruments extrêmement malléables (c'est-à-dire qu'ils ont la capacité d'être adaptés à des contextes socio-politiques différents), il est bien possible que d'autres mécanismes avec des caractères différents soient mis en place dans le futur.

En venant à l'analyse des différentes Commissions vérité et réconciliation, il faut immédiatement mettre en évidence que les commissions mises en place jusqu'à présent ont des modalités de fonctionnement très diversifiées. Il est pourtant difficile de tracer, de façon précise et exhaustive, un panorama commun à toutes les différentes typologies. Cependant, en essayant d'ordonner les caractères et moyens de fonctionnement, nous pouvons proposer le schéma suivant:

— D'abord nous avons la « génération » des Commissions latino-américaines <sup>13</sup>.

— Ensuite nous avons le mécanisme développé en Afrique du Sud pour

<sup>12</sup> Cf. D. CASSEL, International Truth Commissions and Justice, *The Aspen Institute Quarterly*, 5, 3, 1993 et P. HAYNER, The Contribution of Truth Commissions, in *An End to Torture. Strategies for its eradication*, sous la direction de B. DUNER, Londres, Zed Books, 1998, 203-221.

<sup>13</sup> Cf. E. CUYA, Las Comisiones de la Verdad en América Latina, in <http://www.derechos.org/koaga/iii/1/cuva.html>. Voir aussi D. CASSEL, International Truth Commissions and Justice, *The Aspen Institute Quarterly*, 5, 3, 1993 et R. A. CHAPMAN - P. BALL, The Truth of Truth Commissions: Comparative Lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala, *Human Rights Quarterly*, 23, 1, 2001, 1-43.

faire les comptes avec le passé ségrégationniste. Ceci constitue encore aujourd'hui l'évolution la plus intéressante de cette typologie de mécanismes <sup>14</sup>.

Il est désormais accepté par la communauté scientifique, que la raison d'être de la mise en place de ces Commissions est strictement liée au processus de transition politique et démocratique. Les Commissions vérité et réconciliation ont été établies pendant des phases de transformation politique très délicates où les pays étaient engagés dans la construction de nouvelles démocraties. Ces derniers étaient, en d'autres termes, engagés dans des processus politiques de transformation institutionnelle des régimes autoritaires ou ségrégationnistes responsables des crimes commis dans le passé. Les Commissions ont en effet tenté d'accomplir ce que l'on appelle la *Transitional Justice* dans des contextes politiques où des poursuites pénales étaient difficilement envisageables <sup>15</sup>. L'existence d'un contexte politique de transformation de l'Etat constitue le corollaire de toutes les expériences de Commission vérité et réconciliation.

Mais quels sont les critères permettant de tracer une différenciation entre les mécanismes « juridictionnels » et ceux « non juridictionnels » de résolution des conflits? A partir des modèles en place jusqu'à présent (et

<sup>14</sup> Nous ne pouvons développer en profondeur ni d'un point de vue structurel, ni d'un point de vue substantiel, le fonctionnement de toutes les Commissions mises en place. Pour plus de détails voir L. HUYSE - E. VAN DAEL, *Justice après des graves violations de droits de l'homme. Le choix entre l'amnistie, la commission de la vérité et les poursuites pénales, Projet justice après transition*, Université de Louvain, I et II, Janvier 2001; S. R. RATNER - J. S. ABRAMS, Non Prosecutorial Options: Investigatory Commissions, Civil Suits, and Immigration Measures, in *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law. Beyond The Nuremberg Legacy*, Clarendon Press, Oxford 1997, 193 s. C. TOMUSCHAT, Human Rights and National Truth Commissions, in *Innovation and inspiration: Fifty Years of the Universal Declaration of Human Rights*, P. BAEHR - C. FLINTERMAN - M. SENDERS, Amsterdam 1999, 151-160; P. HAYNER, Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study, *Human Rights Quarterly*, XVI, 1994, 598-655. A.M. GENTILI - A. LOLLINI, L'esperienza delle Commissioni per la Verità e la Riconciliazione: il caso sudafricano in una prospettiva giuridico-politica, in *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali internazionali alle Commissioni verità e riconciliazione*, sous la direction de G. ILLUMINATI - L. STORTONI - M. VIRGILIO, Giappichelli, Turin 1999, 163-216.

<sup>15</sup> Pour une approche plus générale sur les problématiques liées à la notion de *Transitional Justice* voir N. KRITZ (sous la direction), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, cit., 1995; L. HUYSE, Justice after Transition: On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past, in *International Criminal Law and Procedure*, sous la direction de DUGARD - VAN WYNGAERT, Dartmouth, 1999, 51-78; R. SIEGEL, Transitional Justice: A Decade of Debate and Experience, *Human Rights Quarterly*, 20, 1998, 433 s.

notamment celui des Commissions vérité et réconciliation), les mécanismes « non juridictionnels » se caractérisent par les éléments suivants :

1) l'absence d'un véritable juge qui tranche juridiquement une reconstruction factuelle du passé, tout en établissant la responsabilité pénale individuelle.

2) l'absence d'une sanction pénale proprement dite. Dans cette perspective, la question de la peine a été traitée de manière évolutive par la Commission vérité et réconciliation sud-africaine. Les forces politiques guidant l'Afrique du Sud post-apartheid, pour des raisons d'équilibre politique interne, n'ont pas pu véritablement procéder à des poursuites générales pour les crimes commis pendant l'apartheid, tout en se refusant, de confier le jugement des crimes du passé à un système d'amnistie généralisée (*blanked amnesty*). En revanche, un système d'amnistie dit conditionné basé sur l'initiative individuelle a été mis en place. En effet, au travers de la Commission vérité et réconciliation, seuls ceux qui ont avoué les crimes commis en dévoilant publiquement la vérité sur les faits, ont pu espérer l'effacement des conséquences des crimes commis. Dans cette perspective, la Commission sud-africaine a été le seul arbitre pour l'évaluation des amnisties qui pouvaient être octroyées <sup>16</sup>.

3) la présence d'un rituel judiciaire qui tente d'échapper à la morphologie du duel qui normalement caractérise le procès pénal. Il s'agit en effet d'organes dits impartiaux chargés de délivrer une version « partagée » des faits historiques ayant constitué le contexte des crimes du passé. En principe, tout ceci se concrétise dans la publication d'un rapport contenant les résultats des enquêtes menées par l'apparat de ces Commissions. Ces rapports peuvent être extrêmement détaillés comme dans le cas de la Commission sud-africaine (où les noms des individus impliqués dans les crimes commis pendant l'apartheid ont été manifestement indiqués) <sup>17</sup>; ou bien plus généraux, voire, superficiels, comme dans le cas des Commissions latino-américaines. En effet, les rapports de la Commission établie en Argentine (*Nunca Mas*), celui de la Commission chilienne (*Informe Rettig*) <sup>18</sup>,

<sup>16</sup> R. KEIGHTLEY, Political Offences and Indemnity in South Africa, *South African Journal on Human Rights*, 9, 1993, 334-357. M.L DU PLESSIS, Observations on Amnesty or Indemnity for Acts Associated with Political Objectives in the Lights of South African's Transitional Constitution, in *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 1994, 57, 473-481. Voir aussi F. KUTZ, *Amnestie für politische Straftater in Südafrika*, Arno Spitz, Berlin 2001. Voir notamment MR. RWELAMIRA - G. WERLE, *Confronting Past Injustices. Approaches to amnesty, punishment, reparation in South Africa and Germany*, Butterworths, Durban 1996.

<sup>17</sup> Cf. *Trc Final Report*, Macmillan, Londres 1999 (cinq volumes plus les deux volumes supplémentaires publiés en 2003).

<sup>18</sup> Pour une vue d'ensemble de la Commission chilienne voir M. ENSALACO, Truth

ou bien le rapport final de la Commission établie en El Salvador ou au Guatemala <sup>19</sup>, étaient beaucoup plus limités en termes d'informations sur les faits concernant les crimes commis pendant les dictatures. Une des raisons fondamentales de cette hétérogénéité entre les rapports finaux rendus ou publiés par les différentes Commissions découle du contexte politique dans lequel les Commissions ont opéré. Si, d'une part, tous ces mécanismes ont accompagné des transitions politiques vers la démocratie, conduites avec des négociations difficiles entre les « anciens adversaires politiques » <sup>20</sup>, il est vrai qu'en Amérique latine ou en Afrique la morphologie de ces transitions négociées a mis en évidence des spécificités substantielles. Dans certains pays latino-américains, par exemple, les conditions d'équilibre politique délicates entre les anciennes oligarchies militaires sur le point de quitter le pouvoir, et les nouvelles forces démocratiques ayant accepté de négocier le transfert des pouvoirs (en assurant *de facto* l'impunité pour les militaires coupables des crimes), n'ont pas permis la publication de rapports dévoilant par exemple les noms des tortionnaires <sup>21</sup>. En revanche, en Afrique du Sud, le degré d'indépendance de la *Truth and Reconciliation Commission* et la force acquise par les mouvements de libération nationale, dont l'*African National Congress* dont Nelson Mandela était le symbole, ont permis un processus de *Truth Recovery* beaucoup plus approfondi. Bien que succincts, les rapports des Commissions de l'Amérique latine ont contribué à sensibiliser l'opinion publique après des années de dictature par rapport à son propre passé <sup>22</sup>.

4) Un autre élément très important des systèmes non juridictionnels concerne les modalités à travers lesquelles les individus participent au fonctionnement de ces organes, c'est-à-dire en tant que témoins plutôt qu'en tant que véritables accusés. En effet, un des critères fondamentaux de ces Commissions a été de donner à la population la possibilité d'être directement

Commissions for Chile and El Salvador: A Report and Assessment, *Human Rights Quarterly*, 16, 1994; J. ZALAQUET, Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: the Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations, *Hastings Law Journal*, 43, 6, 1992.

<sup>19</sup> Cf. T. BUERGENTHAL, The United Nations Truth Commission for El Salvador, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 27, 3, 1994.

<sup>20</sup> Pour une vue d'ensemble voir *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*, sous la direction de N. KRITZ, United States Institute of Peace, Washington 1995 (3 volumes).

<sup>21</sup> Sur les développements des transitions politiques latino-américaines voir G.L. SMITH, Immune to Truth? Latin American Truth Commissions and U.S. Support for Abusive Crimes, *Columbia Human Rights Law Review*, 33, 1, 2001, 241-273.

<sup>22</sup> Voir à ce propos C. VILLA-VICENCIO - W. VERWOERD, Constructing a Report: Writing Up the 'Truth', in *Truth v. Justice. The Morality of Truth Commissions*, R.I. ROTBERG - D. THOMPSON, Princeton University Press, Princeton - Oxford 2000, 279-294.

témoin devant la Commission des crimes qui ont été commis, et plus généralement des souffrances qui lui ont été infligées. Ces instruments sont conçus comme espaces publics où se met en place un parcours de construction de la mémoire collective du passé. Mais, une fois de plus, il est important de nuancer ces propos. En effet, même si, dans les Commissions de l'Amérique latine, les audiences étaient fondamentalement à huis clos, beaucoup d'individus ont eu la possibilité de rapporter à un organe officiel de l'Etat leurs propres expériences. En Afrique du Sud, en revanche, toutes les audiences consacrées aux témoignages des victimes et celles consacrées aux aveux des tortionnaires étaient entièrement publiques. Il faut d'ailleurs souligner que tous les médias sud-africains ont assuré une couverture complète des audiences pendant les six années de fonctionnement de la Commission. Les témoignages des victimes constituent un moyen pour fournir un soulagement psychologique aux victimes traumatisées par le passé, tandis que les informations rapportées sur les crimes du passé, qu'elles ont contribué à dévoiler, ont été fondamentales pour corroborer les déclarations des tortionnaires lors de leurs aveux. Le système de la Commission vérité et réconciliation sud-africaine était donc basé sur un mécanisme qu'on définirait *quasi juridique* absolument inédit. La Commission était en effet compétente pour octroyer l'amnistie à tous ceux qui avaient commis des crimes (torture - enlèvement - meurtre - traitement inhumain) pour des raisons politiques lors des affrontements entre les forces du régime ségrégationniste et les *black liberation movements*. Ce système a été violemment critiqué par une partie de la doctrine des droit international et par certaines organisations internationales des droits de l'homme car il a permis d'amnistier des individus ayant commis des crimes pendant l'apartheid bien que cette forme ségrégationniste et raciste d'organisation politique ait été qualifiée de crime contre l'humanité par la communauté internationale <sup>23</sup>. Un des

<sup>23</sup> L'apartheid a été définie comme crime contre l'humanité par la *Résolution de l'Assemblée Générale de Nations Unies n° 39/72A* en 1984, par les *Résolutions du Conseil de Sécurité n° 392 (19 juin 1976) et n° 473 (13 juin 1980)*. Notamment la classification de l'apartheid en tant que crime contre l'humanité est consacrée par l'*International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid* de 1973 et par la *Convention on Non Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity* de 1968. Cela a été aussi réaffirmé dans le *Memorandum of law in support of concluding that apartheid is a crime against humanity*, déposé auprès de la Commission Vérité et Réconciliation par le *Lowenstein International Human Rights Law Clinic of Yale Law School*, par le *Lawyers Committee for Human Rights*, et par d' éminents juristes de droit international: Catherine Admay, Abdullahi An-Na'im, Philip Alston, M. Cherif Bassiouni, Thomas Buergenthal, William S. Dodge, John Dugard, Richard Falk, Gregory H. Fox, Thomas M. Franch, Claudio Grossman, David J. Harris, Cynthia Crawford Lichenstein, Elliot Milstein, Steven R. Ratner,

caractères les plus marquant du système sud-africain a été que, bien que sous la menace de possibles poursuites judiciaires dans le futur, le choix de révéler les responsabilités pénales individuelles des crimes commis dans le passé a été relativement libre. Dans cette perspective, la ‘promesse’ de bénéficier de l’amnistie a sans doute été un encouragement considérable à avouer leur crimes pour les forces de police et de l’armée de l’ancien gouvernement d’apartheid, ainsi que pour les membres des mouvements de libération nationale ayant commis des crimes dans le passé. Cependant la Commission ne disposait pas de véritable pouvoir de contrainte pour obliger ces individus à faire des révélations. Toutefois, dans ce ‘jeu’, la Commission a toujours gardé un pouvoir discrétionnaire pour accorder l’amnistie. Avant d’octroyer l’amnistie elle avait la possibilité d’évaluer si les déclarations avaient été suffisamment vraisemblables et si les crimes avoués entraient dans la compétence temporelle et matérielle qui lui avait été confiée par la loi. Ce pouvoir discrétionnaire, parfois qualifié d’arbitraire, constitue la principale critique adressée à cette Commission

La quantité de témoignages survenus dans un système comme celui des Commissions est donc tout à fait considérable. Il faut d’ailleurs mettre en évidence que cette forme de témoignage se différencie substantiellement des modalités de témoignage du procès pénal. Si l’on prend en considération, par exemple, la procédure devant les Tribunaux *ad hoc*, chaque témoin doit faire face à la lourde liturgie de la *cross examination*. Celle-ci est perçue comme une véritable *ordalie*, alors qu’elle est relativement limitée dans un modèle *Truth Commission*.

C. — Le modèle de résolution de conflits mis en place au Rwanda nécessite plusieurs commentaires. Il se place en effet dans une zone grise entre les systèmes juridictionnels proprement dits et les systèmes non juridictionnels (alternatifs ou complémentaires de la justice pénale). Le système des *Juridictions Gacaca* a été définitivement lancé le 18 juin 2002<sup>24</sup>. Il s’agit d’un mécanisme basé sur un système de justice véritablement traditionnelle, que le gouvernement rwandais a décidé de ‘moderniser’ pour essayer de résoudre les problèmes dramatiques dérivant du génocide de 1994. Le

Anne-Marie Slaughter, Ronald C. Slye, Henry Steiner, Ralph G. Steinhardt, Johan D. van der Vyver and Richard J. Wilson, cf. *Trc Final Report, The Mandate*, I, Chapter IV, McMillan, Londres, 94 s. Pour une analyse approfondie de l’expérience de LA COMMISSION SUD-AFRICAINE cf. A. LOLLINI, *Le rôle (pre) constituant de la Commission vérité et réconciliation. Le renouvellement du constitutionnalisme en Afrique on Sud, thèse de doctorat, école des hautes études en sciences sociales*, Paris, 2003.

<sup>24</sup> Pour des reportages et des chroniques détaillés sur le déroulement des procès dans les cours *Gacaca*, nous renvoyons aux articles publiés par le journal *Diplomatie Judiciaire* sur <http://www..diplomatiejudiciaire.com>.

système des *Gacaca* est une modalité de justice dont la présence a été répertoriée par les historiens bien avant la mise en place du système colonial. Successivement il a été métabolisé par le système juridique de l'Etat colonial qui, à son tour, avait essayé en quelque sorte d'institutionnaliser ou bien de formaliser les *Gacaca* <sup>25</sup>.

Le caractère le plus marquant des *Gacaca* actuelles, tout comme celui des *Gacaca* utilisées dans le passé, est la collectivisation de la liturgie et donc du procès. Tous les événements se déroulent collectivement. La communauté en tant que telle est appelée à participer aux séances, où la population peut adresser des accusations à l'encontre d'un individu ou rapporter des détails factuels sur les crimes. Le débat, les processus probatoires (les témoignages), tout comme la véritable mise en accusation, se réalisent d'une façon *informelle* (par rapport à la science juridique traditionnelle). Les juges ou *Inyangamugayo*, sont au cœur de ce système. Ils ont été élus par les citoyens rwandais lors des élections des 4 - 7 octobre 2001. Il ne s'agit donc pas de juges professionnels. Les candidats, en effet, ne peuvent ni faire partie de la magistrature, ni de l'armée, ni exercer des fonctions dans l'administration publique de l'Etat. En outre, il s'agit d'individus à l'égard desquels la population semble avoir une confiance toute particulière.

Même si la procédure et le fonctionnement de ces juridictions ont été minutieusement codifiés par la loi <sup>26</sup>, les *Inyangamugayo* prennent unique-

<sup>25</sup> Pour une analyse historique des juridictions *Gacaca* dans leur configuration pré-coloniale et coloniale, voir les travaux de F. REYNTJENS, *Le Gacaca ou la justice du Gazon au Rwanda*, in *Politique Africaine*, n° 40, décembre, 1990, 31-41; F. REYNTJENS, *Pouvoir et droit au Rwanda*, Tervuren, MRAC, 1985; F. REYNTJENS, *The Development of the Dual Legal System in former Belgian Central Africa (Zaire - Rwanda - Burundi)*, in *European Expansion and Law. The Encounter of European and Indigenous Law in 19th and 20th Century Africa and Asia*, W.J. MOMMSEN - J.A. DE MOOR, Berg, Oxford 1992, 101-110. Au travers de l'Ordonnance-loi n° 45 du 30 août 1924, les autorités belges avaient voulu régler le problème de la relation entre le système juridique (et judiciaire) étatique colonial avec les systèmes utilisés par la population dont les *Gacaca* étaient une composante fondamentale. A partir de ce moment les *Gacaca* ont toujours été utilisés, avec des morphologies et des configurations différentes, en tant que système de résolution des controverses et des conflits surtout en matière foncière. A ce propos voir A. KAREKEZI URUSARO, *Lutte contre l'impunité et promotion de la réconciliation nationale*, *Cahier du Centre de Gestion des Conflits, Les Juridictions Gacaca et le processus de réconciliation nationale*, n°3, édition de l'Université nationale du Rwanda, 2001; Actes de la Conférence des Ministres de la Justice des pays de droit d'expression française (12 septembre 1980), Communication du Rwanda, *Penant. Revue de droit des pays d'Afrique*, n° 772, 1981, 127-137; J.M.V. MUGEMANA - A. NSESGIYUMVA - R. WOLF, *La codification et l'évolution du droit au Rwanda*, *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, 1985.

<sup>26</sup> Voir *Loi organique n° 33/2001 du 22/06/2001 modifiant et complétant la loi organique n°40/2001 du 26 janvier 2001 portant création des Juridictions Gacaca et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crime contre l'humanité*,

ment leurs décisions sur la base des éléments factuels révélés par la population lors des séances publiques et collectives. Lors des audiences publiques, en effet, chacun peut prendre la parole et porter des accusations à l'encontre d'un individu. Bien qu'ils soient compétents pour condamner à de très lourdes peines d'emprisonnement, il n'existe pas de normes réglementant la question de la preuve ou la question des droits de la défense. Ainsi le système des *Gacaca* diffère complètement du système des Commissions, tout en se rapprochant des systèmes juridictionnels compte tenu du fait que le châtiement est central. Cette dynamique juridique est d'autant plus délicate qu'aucun système de garantie n'est prévu pour les accusés compte tenu du fait que les *Inyangamugayo* ont été dotés d'un pouvoir judiciaire élargi. Le système des juridictions *Gacaca*, tel que mis en place par la loi rwandaise, constitue un système hybride relativement dangereux. En ce qui concerne la peine et les châtiments, il ne diffère pas de la logique judiciaire, tandis qu'en ce qui concerne les garanties des accusés et les règles probatoires des accusations elles sont remplacées par des mécanismes *informels* basés sur la prise de parole collective. Dans ce système les manipulations, les vengeances personnelles ou le pouvoir arbitraire des *Inyangamugayo* pourraient transformer le modèle *Gacaca* en un mécanisme très controversé.

3. — La configuration des réponses juridictionnelles ou nonjuridictionnelles aux crimes internationaux, telle que réalisée aujourd'hui, nous dévoile un panorama qui peut donner lieu à des incohérences considérables. L'ensemble des mécanismes dont on a fait usage pour 'faire les comptes avec le passé' semble être très fragmenté. Les effets d'une telle *praxis* peuvent être problématiques dans les cas d'une superposition ou d'une interférence entre les différentes typologies de justice, dont les conséquences en termes juridiques et politiques ne peuvent être encore évaluées. Par exemple, en ce qui concerne notamment la situation rwandaise, elle se caractérise pour une coexistence entre une pluralité de mécanismes chargés de donner une réponse aux crimes commis pendant le génocide. Dans cette perspective, les crimes de génocide commis au Rwanda ont été dans un premier temps poursuivis par le Tribunal pénal international *ad hoc*, puis par la justice pénale nationale (ordinaire)<sup>27</sup>, enfin par ce nouveau mécanisme des cours

*commis entre le 1<sup>er</sup> octobre 1990 et le 31 décembre 1994*, in *Journal Officiel de la République du Rwanda* du 15 mars 2001 (n° 6).

<sup>27</sup> Les juridictions nationales rwandaises ont été chargées de la compétence pour les crimes commis pendant le génocide au travers de la *Loi organique n° 08/96* d'août 1996. Pour plus d'informations sur l'état d'avancement de ces poursuites voir O. DUBOIS, Les juridictions pénales nationales du Rwanda et le Tribunal international, in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, n. 828, 31 décembre 1997, 763-778. D'autres informations détaillées sont

*Gacaca*. Tout ceci transforme par conséquent le Rwanda en un laboratoire très intéressant pour vérifier empiriquement les résultats acquis par les différentes méthodologies de résolution des conflits.

Toutefois, il est important de mettre en évidence que le problème de la répression des crimes internationaux se situe au milieu de deux logiques opposées. Si la solution strictement judiciaire (basée sur la peine et sur un procès pénal proprement dit) est l'idée de justice dont les organisations internationales se font le porte-parole, des conceptions de la justice, tout comme d'autres techniques de résolution des conflits, basées sur la négociation et sur la recherche de la vérité sur le passé au travers de systèmes alternatifs à la voie judiciaire, ont vu le jour. Le débat à venir au niveau international sur la politique criminelle et sur les mécanismes de résolution des conflits s'annonce donc particulièrement vif.

contenues dans le journal *Le Verdict* publié dans *Diplomatie Judiciaire* sur <http://www.diplomatiejudiciaire.com>. Des données concernant le numéro des poursuites jusqu'en 2001 sont contenues dans l'article de J. SARKIN, *The Tension Between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of Gacaca Courts in Dealing with the Genocide*, in *Journal of African Law*, 45, 2, 2001, 143-172.

# COMPARING AND CONTRASTING THE APPROACH TO TRANSITIONAL JUSTICE IN SOUTH AFRICA AND RWANDA: CHOOSING BETWEEN TRUTH, RECONCILIATION AND JUSTICE

JEREMY SARKIN

SOMMAIRE: 1. Introduction. — 2. South Africa. — 3. Rwanda.

1. — In all probability, how a society decides to deal with its past has a major determining influence on whether that society will achieve long term peace and stability. The critical question for these countries is whether to prosecute and punish those responsible for gross human rights abuses. In a society which has been ravaged by human rights abuses various options are available to deal with the past. These options include (1) criminal sanctions, (2) non-criminal sanctions, and (3) the rehabilitation of the society. Usually, the path chosen takes into account three goals: truth, justice, and reconciliation.

A policy to deal with past human rights abuses can choose from a number of options including: prosecution, doing nothing, and the establishment of a truth commission. A truth commission creates a record of human rights abuses including, as completely as possible, the nature and extent of the crimes, and a full record of the names and fates of the victims. Some of these commissions have covered very short periods while others have covered much longer but still well defined periods. A truth commission can be set up in a variety of ways. Tailoring the commission's mandate and powers to both the country's current situation as well as its history provides the best chance for success.

Often the choice made by a state takes into account the objectives of preventing the recurrence of human rights abuses and repairing the damage which has been caused. Often it is a question of balancing the needs of the victims, as well as society as a whole, to heal from the wounds inflicted upon them, and the political reality which often finds the new government inheriting a fragile state without much political power. There is, however, a

need for the new regime to be founded on a commitment to human rights and a dedication to the rule of law<sup>1</sup>.

At times achieving national reconciliation, building unity, reconstructing the institutions necessary for stable political and economic systems and obtaining the resources necessary to fund the transition are seen to be in conflict with dealing with the past. At times, the needs of victims are given a low priority.

These are extremely relevant questions for many societies which have had major human rights abuses. They are also considerations necessary for states embarking on a transitional path. South Africa and Rwanda were not alone in their endeavour to deal with the past, a past littered with human rights violations. Countries that have had processes to examine these issues include El Salvador, Guatemala, Honduras, Chile, Columbia, Greece, Germany, Nigeria, Peru, Poland, Hungary, Czechoslovakia, Ethiopia and now Rwanda<sup>2</sup>. Some countries such as Greece, Ethiopia and Rwanda have used prosecutions as their primary medium of dealing with the past.

There are many reasons why not prosecuting past human rights abuse is problematic. Generally speaking, making those responsible for committing crimes face justice is a critical aspect of ensuring respect for human rights and the rule of law. It is necessary to prevent future violations<sup>3</sup>. The application of justice deters similar acts in the future and promotes peace and human rights while consolidating the position of the new government as one bound by the rule of law, and therefore, distinctly different to the regime of the past. The degree of justice possible theoretically depends on, among other things, historical, political, military and socio-economic factors. It is shaped by the nature of the past, the obstacles of the present, and the future needs of the society<sup>4</sup>.

The basic argument in support of prosecutions is that trials are necessary in order to bring violators of human rights to justice and to deter future

<sup>1</sup> See J. SARKIN, The trials and tribulations of South Africa's Truth and Reconciliation Commission, *South African Journal on Human Rights*, n.12, 1996, 618; J. SARKIN, The Truth and Reconciliation Commission in South Africa, *Commonwealth Law Bulletin*, 1997, 528 and J. SARKIN, The Development of a Human Rights Culture in South Africa, *Human Rights Quarterly*, n. 20 (3), 1998, 628.

<sup>2</sup> See further J. SARKIN, The Necessity and Challenges, 1999, 767.

<sup>3</sup> See for example J. MALAMUD-GOTI, Transitional Government in the Breach: Why Punish State Criminals?, *Human Rights Quarterly*, 12:1, 1990, 12.

<sup>4</sup> R. GOLDSTONE, Justice as a Tool for Peace-making: Truth Commissions and International Criminal Tribunals, *New York University Journal of International Law & Politics*, 28:485, 1996, 486.

repression<sup>5</sup>. By holding past violators criminally liable, the transition from an oppressive society to a just one is emphatically marked, and the new government is consolidated. Those who oppose prosecution as a means of dealing with the past argue that such trials serve not as a remedy for, but rather as a perpetuation of, human rights abuse. Due process sometimes suffers, and decisions about who is prosecuted and who is not are often political. This undermines the trials, which are seen then as nothing more than victor's justice<sup>6</sup>. Those who oppose trials often advocate granting amnesty to former power élites, thereby quelling the possibility of an uprising that would threaten the new regime<sup>7</sup>. This, it is argued, does more to consolidate the new regime than having trials would do.

The answer as to whether to prosecute or not must lie somewhere in between. The goal has to be to find an appropriate balance between taking action against the abuses committed by the former regime, consolidating the new regime, and achieving reconciliation. At the same time it must be remembered that there is no uniform or magic formula for deciding when prosecutions are appropriate. There are unique considerations in every country's transition. However, there are some general considerations that should be taken into account in every determination of whether or not to prosecute. These include: (1) the nature of the transition and whether the former regime is still capable of an effective uprising; (2) the type and extent of crimes; (3) the applicability of old and new laws; (4) the judiciary's capacity to guarantee fair trials; (5) the public perception of the intention behind the trials and the effect the trials could have on reconciliation; (6) the cost and resources question in relation to other priorities; and (7) the effect of trials on investor confidence.

Even if the prosecution route is followed, it does not always lead to positive results for a transitional society. Experiences with war crimes trials, for example, show that it is difficult to meet the hopes and expectations of the victims by these means. Victims are mostly not involved in the trials, and are often denied the cathartic experience of a process that focuses on them as victims. In isolation, trials allow for recognition of only a single version of events.

<sup>5</sup> See D. ORENTLICHER, 1991, 2537, 2542.

<sup>6</sup> See M. MUTUA, *Never Again: Questioning the Yugoslav and Rwanda Tribunals*, *Temple International and Comparative Law Journal*, 11:167, 1997, who argues at 185 that the Nuremberg Tribunal « represented the calculated revenge of the victors [and] had little to do with justice *per se* ».

<sup>7</sup> See also the example of South Africa where the drafters of the *interim* constitution recognised the primacy of reconciliation and reconstruction to the pursuit of national unity and accepted the principle of amnesty as a necessary tool for this purpose. See J. SARKIN, *the trial and tribulations*, 1996, 617.

While trials can help lead to truth or more information, the criminal justice system must adhere to principles of due process and the assignment of individual, not collective, responsibility. Trials often limit truth discovery. In addition, newly-appointed judges may not be willing to hand down decisions that are too politically controversial. The standard of proof for conviction in a criminal trial is higher than that in a civil trial. Guilty verdicts are therefore far from certain. An acquittal can have a devastating effect on victims and the society in general. It must also be remembered that the aim of a trial is to attain a guilty verdict, not to assist victims in their recovery process. There could, therefore, be major disadvantages in using the criminal justice system in a transitional society from the viewpoint of victims of human rights abuses.

Issues such as resources and the condition of the criminal justice system will play a critical role in determining the number of trials. The state might not have available the human and financial resources to implement these prosecutions. If the principle is accepted that everyone who has committed atrocities must be punished, it may place impossible demands on the criminal justice system. However, criminal punishment is a very effective means of preventing future repression<sup>8</sup>. Knowing that there is a good chance of being prosecuted will deter many who may be tempted to commit human rights abuses. But, as Mahmood Mamdani has said:

« The dilemma is this: while the argument to opt for truth-telling as opposed to criminal justice was underscored as a political necessity, the more truth is told, the more it may fuel the very demand it is supposed to have displaced, than for justice »<sup>9</sup>.

However, by demonstrating that no sector of the population is above the law, prosecutions of state criminals can foster respect for democratic institutions and deepen a society's democratic culture. Another key reason for prosecuting is the deterrent effect on others who may want to commit crimes in the future. Prosecutions thus send the message that committing human rights violations will not go unpunished.

Prosecutions can strengthen fragile democracies because the rule of law is integral to democracy itself. They can be effective insurance policies against future human rights violations<sup>10</sup>. When human rights perpetrators commit these crimes with impunity, this increases the possibility of more violations. Certain individuals cannot be seen to be above the law<sup>11</sup>. If

<sup>8</sup> See, for example, J. MALAMUD-GOTI, cit., 1990, 1, 12.

<sup>9</sup> M. MAMDANI, *When Does Reconciliation Turn into a Denial of Justice?*, *Reconciliation Social Justice / Sam Nolutsbunu Memorial Series*, 1:12, 1998.

<sup>10</sup> J. MALAMUD-GOTI, cit., 1990, 1, 12.

<sup>11</sup> N. ROHT-ARRIAZA, *Combating Impunity: Some Thoughts on the Way Forward*, *Law*

transgressors are seen to get away with it, this hampers the development of trust in a new democratic order. Prosecutions also serve a compensatory function for victims and their families. Uncovering the truth provides acknowledgement to victims that what happened was wrong. Together with punishment for perpetrators, this can assist victims to overcome the psychological consequences of their treatment, help them re-establish their dignity, and encourage closure.

Sometimes prosecutions in transitional societies are problematic as the new state is often weak and fragile. Trials add to existing pressures. The burden of trials can also bring new reasons for polarisation, division and conflict as well as being a further drain on the fiscus. Opponents of the new regime can use trials as rallying points for marshalling their forces. New governments may not be able to survive the process of criminal prosecutions.

These issues are examined in this article in the context of South Africa and Rwanda where different models of dealing with the past have been chosen, with South Africa adopting a truth commission, with truth and reconciliation as the main goals at the expense of justice, while Rwanda has chosen the justice model at the expense of reconciliation and truth.

2. — The transition in South Africa has been remarkable<sup>12</sup>. The seemingly hopeless situation that prevailed at the beginning of 1990, characterised by international ostracism and the use of force by the state and by liberation movements, gave way to democracy. This peaceful transition was an event that few South Africans or other observers had dreamed possible. It was even more extraordinary given the fact that the negotiation years were racked by extreme violence and division in which almost 20000 people lost their lives. However, while thousands had died as a result of political violence, there were only a handful of prosecutions and even fewer convictions. There have also been very few successful claims by victims for compensation against the perpetrators of human rights abuses<sup>13</sup>.

*Contemporary Problems*, 59: 93, 1997, and R. TEITEL, *Transitional Jurisprudence: The Role of Law in Political Transformation*, *The Yale Law Journal*, 106: 2009, 1997.

<sup>12</sup> See J. SARKIN, *The Development of a Human Rights Culture in South Africa*, *Human Rights Quarterly* 20 (3), 1998, 628, 644; J. SARKIN, *Human Rights in South Africa: Constitutional and Pan-African Concept*, in *The Principle of Equality: A South African and a Belgian Perspective*, J. SARKIN, J. VAN DER LANOTTE & Y. HAECK (eds), Antwerpen: Maklu 2001, 89-114; J. SARKIN, *An Evaluation of the Role of the Independent Complaints Directorate for the Police, the Inspecting Judge for Prisons, the Legal Aid Board, the Human Rights Commission, the Commission on Gender Equality, the Auditor General, the Public Protector and the Truth and Reconciliation Commission in Developing a Human Rights Culture in South Africa*, *South African Public Law* 15, 2000, 385-425.

<sup>13</sup> J. SARKIN, 1998, cit., 628.

A critical question for the new South African democracy after the 1994 elections was how to deal with gross violations of human rights in the past<sup>14</sup>. This was seen as important because dealing with the past advances the cause of instilling a just moral order, and assists in the development of a new democracy<sup>15</sup>.

Issues raised included: whether there ought to be criminal trials, who ought to be tried, and whether there ought to be a truth commission or a similar process. Decisions about how to deal with the past were a necessary compromise between the two sides, one of the key elements which made a negotiated political settlement possible<sup>16</sup>. Those in power had not been defeated and thus remained in control; the security forces were still controlled by the old government; and the concerns of both local communities and the economic community abroad had to be accommodated<sup>17</sup>. Neither side could dictate nor control the process of transition.

In the negotiation period leading up to 1994, many members of the old government opposed dealing with the past and called for a blanket amnesty. As a result of the need to compromise, the interim Constitution<sup>18</sup>, which came into force on 27 April 1994, provided for the establishment of an amnesty process for those who had committed politically-motivated crimes<sup>19</sup>. The

<sup>14</sup> See further J. SARKIN, 1996; J. SARKIN, 'The Truth and Reconciliation Commission in South Africa', *Commonwealth Law Bulletin*, 1997, 528; J. SARKIN, 1998, 628; J. SARKIN, 'The Necessity and Challenges of Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda', *Human Rights Quarterly* 21 (3), 1999, 767; J. SARKIN, 'Preconditions and Processes for Establishing a Truth and Reconciliation Commission in Rwanda: The Possible Interim Role of Gacaca Community Courts', *Law, Democracy and Development*, 1999, 223; J. SARKIN, 'Promoting Justice, Truth and Reconciliation in Transitional Societies: Evaluating Rwanda's Approach in the New Millennium of Using Community-based Gacaca Tribunals to Deal with the Past', *International Law Forum* 2 (2), 2000, 112; J. SARKIN, 'Dealing With Past Human Rights Abuses and Promoting Reconciliation in a Future Democratic Burma', *Legal Issues on Burma*, 2000, 1.

<sup>15</sup> See D. ORENTLICHER, 'Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime', *Yale Law Journal* 100, 1991, 2537.

<sup>16</sup> See J. SARKIN, 'The Trials and Tribulations', 1996, 617.

<sup>17</sup> See R. WILSON, 'Manufacturing Legitimacy: The Truth and Reconciliation Commission and the Rule of Law', *Indicator South Africa* 13, 1995, 41.

<sup>18</sup> J. SARKIN, 'The South African Constitution as Memory and Promise', in *Transcending a Century of Injustice*, C. VILLA-VICENCIO (ed.), Cape Town: Institute for Justice and Reconciliation, 2000, 72.

<sup>19</sup> The Postamble to the interim Constitution (chapter 15, General and Transitional Provisions, National Unity and Reconciliation) states that «in order to advance such reconciliation and reconstruction, amnesty shall be granted in respect of acts, omissions and offences associated with political objectives and committed in the course of the conflicts of the past.» *South African Constitution*. (1993) ch. 15.

granting of amnesty would not be automatic; rather, individual offenders had to apply for amnesty and meet the relevant criteria in order to qualify.

The first post-apartheid government saw the task of confronting past abuses of human rights as crucial. It argued that a process of public truth-telling was necessary to bridge the bitter divisions of the past in the interests of peace and national unity. Ignoring history would lead to collective amnesia, which would result in the unresolved past returning to haunt all South Africans, in the form of anger, resentment and revenge. Only by publicly and collectively acknowledging the horror of past human rights violations could South Africa establish the rule of law and a culture of human rights<sup>20</sup>. Atrocities had to be exposed and the human rights abuses acknowledged.

The relevance of the South African experience is important internationally as transitions to democracy now, more than ever, are being accompanied by TRC-type processes. Thus, countries such as Sierra Leone, Rwanda, Bosnia, Cambodia, and Northern Ireland, to name a few, are looking at the possibility of establishing a truth commission. Many look to the South African experience to develop a model which is relevant to their own circumstances.

How South Africa moves forward in its post-TRC era will be watched by many who view the South African TRC experience as particularly important. The South African government is now seen to be backtracking, undermining its own TRC amnesty-granting process. Any further granting of amnesty in the form of a general amnesty or individual presidential pardons will be seen to be an admission that the TRC model failed.

*One of the fundamental objectives of the TRC was to uncover as much truth as possible about the past. The TRC itself noted that it was:*

« guided in its work by a desire to understand the events of the recent past. It is not seeking vengeance or retaliation. It is trying to bring about the national unity and reconciliation, on the basis of knowing the truth about the past »<sup>21</sup>.

Judge Mohamed in the *AZAPO* decision<sup>22</sup> made it clear that knowledge about the past was a major goal and in fact was more important than trials because:

« truth, which the victims of repression seek so desperately to know is, in the circumstances, much more likely to be forthcoming if those responsible for such monstrous misdeeds are encouraged to disclose the whole truth with the incentive that they will not receive the punishment which they undoubtedly

<sup>20</sup> See further J. SARKIN, *The Necessity and Challenges*, cit., 1999, 767.

<sup>21</sup> TRC *Additional information on the Truth and Reconciliation Commission: Part One: Background and explanation of key terms*, at Part 1, par. 1.

<sup>22</sup> CC, *Azanian Peoples' Organization (Azapo) and others v. the President of the RSA and others*, 1996 (8) BCLR, 1015.

deserve if they do. Without that incentive there is nothing to encourage such persons to make the disclosures and to reveal the truth which persons in the positions of the applicants so desperately desire. With that incentive, what might unfold are objectives fundamental to the ethos of a new constitutional order »<sup>23</sup>.

The judge continued that:

« In the process, families of victims and the survivors would be better enabled to discover the truth; perpetrators would also have the opportunity of relieving themselves of a burden of guilt or anxiety with which they might have been living for many years. In the process the country would begin the process of healing the wounds of the past, transforming anger and grief into an understanding and thereby creating the climate essential for reconciliation and reconstruction »<sup>24</sup>.

Thus the issue of 'sufficient truth' must be examined. In the South African context, the question that needs to be asked is whether there has been enough truth for victims. Has the compromise of justice for truth played out sufficiently? Should there be trials so that victims can find out more truth about the past? In this regard, Carlos Nino has argued that trials may « enable the victims of human rights abuses to recover their self-respect as holders of human rights »<sup>25</sup>.

Was the truth commission successful in achieving its objectives and did the process reveal sufficient truth about the past? This is difficult to assess from a societal point of view, and from the point of view of individual victims and their families. Sufficient truth about the past must emerge in order to achieve reconciliation, closure for victims and nation-building. This debate has been as robust and as important as the debate about the relevance and role of the TRC<sup>26</sup>. Both the process and the report submitted by the TRC to the government have been controversial<sup>27</sup>.

There has been a large debate about how much truth the TRC uncovered<sup>28</sup>. Anthea Jeffery of the South African Institute for Race Relations, for

<sup>23</sup> AZAPO 1996, Para 17.

<sup>24</sup> AZAPO 1996, 1017.

<sup>25</sup> C. Nino, *Radical Evil on Trial*, Yale University Press, New Haven 1996.

<sup>26</sup> See, for example, C. VILLA-VICENCIO, *Living in the wake of the Truth and Reconciliation Commission: A Retroactive Reflection*, *Law, Democracy and Development* 3 (2), 1999, 195.

<sup>27</sup> J. SARKIN, *Reconciliation Through Truth: A Reckoning of Apartheid's Criminal Governance*, *Human Rights Quarterly*, November, 1999, 1129.

<sup>28</sup> See a major criticism of how much truth was uncovered by Audrey Chapman and Patrick Ball of the American Association for the Advancement of Science: A. CHAPMAN - P. BALL, *The Truth of Truth Commissions: Comparative Lessons from Haiti, South Africa and Guatemala*, *Human Rights Quarterly* 23, 2001, 1.

example, has questioned whether the truth the TRC reported was in many places correct, and doubts whether the TRC report contributed more to uncovering the truth about the past than all the court cases in the history of apartheid<sup>29</sup>. Jeffery contends that many of the TRC's findings are untrustworthy because they contradict previous inquest findings. Jeffery argues that the existence of some errors in the TRC's report invalidates it.

It must be borne in mind, however, that inquests were often misled by security force personnel and witnesses often refused to appear because they mistrusted the legal system. Of course the TRC's report is not without flaws. There is no doubt there are errors in detail and, in certain cases, the number of deaths. This can be attributed to the TRC's short lifespan, the limited investment in its investigation unit, and its small research staff. However, it is clear that the general findings of the process, and the blame apportioned to political parties and the security forces are, on the whole, correct. The testimonies of those who applied for amnesty bear witness to this.

However, it is the bigger question about how much new truth the TRC uncovered which goes to the heart of the matter. Despite the many criticisms of its work, the TRC has helped to uncover at least some truth about what occurred in South Africa. It has helped to piece together some of the many human rights abuses that occurred. It has also imbued the new government with a degree of human rights respectability. However, it does not answer the question as far as specifics and as far as the majority of victims are concerned. This is crucial for determination whether prosecutions should take place and, if so, who should be prosecuted. Very relevant for South Africa is José Zalaquett's comment that:

«Hiding the truth allows the military or other groups or institutions responsible for past abuses to escape the judgment of history and to insist on exculpatory versions of what happened; new recruits will absorb an institutional tradition which has not expunged its most objectionable aspects... For all these reasons it is not sufficient that well-informed citizens have a reasonably good idea of what really happened. It is not enough either that the mass media or other sources disseminate the truth, however widely. The important thing is that the truth is established in an officially sanctioned way, in a manner that allows the findings to form part of the historical record of the nation and that establishes an authoritative version of the events, over and above partisan considerations »<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> A. JEFFEREY, *The Truth about the Truth Commission*, South African Institute of Race Relations, Johannesburg 2000.

<sup>30</sup> J. ZALAUQUETT, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Govern-*

In the South African context TRC Commissioner Mary Burton has noted:

« Although information about violations occurred in a number of highly publicised cases, in thousands of cases it has not been possible to discover very much more than was already known. Furthermore, the TRC has not had the capacity to inform each deponent about the investigative work that was done, regardless of whether more information was gleaned or not. Many victims are understandably angry and disappointed about this »<sup>31</sup>.

Similarly Archbishop Tutu writes:

« We were fortunate that many police came seeking amnesty, but sadly the military, represented in the old South African Defence Force (SADF), hardly cooperated with the Commission at all. This left a considerable gap in our truth-gathering process. The major figures who did apply for amnesty were forced into it by applications from the policemen who were involved with them in joint operations. There is much truth that the nation still needs to know if our healing and reconciliation are to be lasting and effective... »<sup>32</sup>.

Besides the groups mentioned here, other groups, such as the IFP, also refused to co-operate with the TRC at the level of making applications for amnesty. The IFP in fact went out of its way to stop its members from applying for amnesty.

It is also important to remember that operatives of the apartheid state destroyed tons of documents to hide their misdeeds. This is believed to have continued long after the advent of democracy. The TRC could have played a much greater role in uncovering and protecting these documents with the powers of search and seizure it had under its founding legislation. The effect of the shredding of critical documents is the sanitising and/or erasing the records of many events that occurred during apartheid.

In addition, the lack of capacity within the parallel criminal process compromised how much truth was discovered — the provisions with respect to non-disclosure were weak. Thus, senior leaders and operatives did not come forward to the TRC process in significant numbers to reveal their stories and apply for amnesty.

These factors must affect the extent to which the truth or sufficient truth

ments: Principles Applicable and Political Constraints, *State crimes: Punishment or Pardon*, Aspen Institute, November 1988, 31.

<sup>31</sup> M. BURTON, Reparation, Amnesty and a National Archive, in *After the Trc: Reflections on truth and reconciliation in South Africa*, W. JAMES, and L. VAN DE VIJVER (eds). David Philip, Cape Town 2000, 110.

<sup>32</sup> D. TUTU, *No Future Without Forgiveness*. Ryder, London, 1999.

is known and whether selected prosecutions might not assist, to some degree, in greater truth discovery.

Many offenders did not apply for amnesty because of the perception that many crimes were unlikely to be investigated, and it was even less likely that the offenders would be prosecuted. This view was even more strongly held in the wake of the acquittal of former Minister of Defence Magnus Malan and others, a decision which was handed down very shortly before the cut-off date for applications for amnesty.<sup>33</sup> Only 7100 people applied for amnesty, and only 1000 people were successful. As Minister of Justice at the time Dullah Omar said: « ... the perpetrators of apartheid crimes have not been as forthcoming as they should have been »<sup>34</sup>.

In addition, more than half of the amnesty applicants were in prison at the time of their applications and fell outside the amnesty process, because there was no political objective for their crimes. Of the more than 7000 people who applied for amnesty, only about 2500 of them were applying for politically-motivated crimes. The numbers of perpetrators of human rights abuses far exceed the number of applications for amnesty. Should those who did not apply get away with ignoring the process? Does allowing these people to get away with it not ignore and trivialise the needs of victims?

Thus key questions still remain for the future: will there be prosecutions? What was the effect of the TRC? Was it a useful model, how much truth and how much reconciliation was achieved?

3. — As many as a million people died in the genocide of 1994<sup>35</sup> and many others have been killed subsequently as the reasons for and consequences of that tragedy in terms of truth and justice have not yet been resolved.

The tragedy of the genocide has its history long before the modern era. The promotion of hatred and violence was utilised so successfully to get neighbours to kill neighbours that it still resonates in Rwandan society. Despite the existence of the international criminal Tribunal for Rwanda, the immense task of trying all the accused who are within the Rwandan system is currently too great for the system to bear.

<sup>33</sup> The date was later amended from 6 December 1993 to 10 May 1994.

<sup>34</sup> Statement made on *Facing the Past* Newshour with Jim Lehrer. Online Focus. Transcript, April 8, 1997. Reprinted at: <http://www.pbs.org/newshour/bb/africa/april97/south-africa-4-8.html>.

<sup>35</sup> See AMNESTY INTERNATIONAL, Rwanda: Crying out for Justice (AI Index: AFR 47/0/95) (hereinafter AI, Crying out for Justice], 6 Apr. 1995. Reports differ significantly as to the actual number of people killed. Estimates range from 500,000 to one million. Most media reports estimate the number to be closer to 500,000 while international NGOs who have been to Rwanda to investigate estimate the number is closer to one million.

Together with the political and socio-economic situational problems prevailing in Rwanda, psychological factors also played a role in creating the potential for brutality. Simmering hatred and anger were ripe for activation, requiring only the trigger of political manipulation within the context of perceived threats to the psychological self-conception of individuals and groups. In other words, situational stresses such as poverty, political conflict, decline in power and threats to prestige, combined with an explosive emotional brew deliberately stirred by political manipulation, resulted in a tendency in individuals with particular dispositions to scapegoat and persecute those perceived as 'other'.

Thus the Hutu massacre of the Tutsi may be understood as an extreme form of scapegoating, whereby the dominant group (or individual) shores up its threatened self-concept by devaluing the outsider or subgroup. The situation of the Tutsi minority had all the characteristics of potential for this blame-placing. Not only was there a history of extreme ethnic conflict, but the very existence of the RPF was a threat to the Hutu ideology. Moreover, Tutsis historically had enjoyed wealth and positions that leaders of the dominant Hutu group would have liked to redistribute among the Hutu or enjoy personally.

As a result of all these factors, the genocide took place in Rwanda. The Tutsi were systematically killed in order to destroy the group to which they belonged. The genocide lasted for less than three months during which time the RPF was able to overthrow the country and install a new Tutsi-led government.

Since 1994 about 7000 trials have been held in Rwanda and the emphasis has been on justice at the expense of truth and reconciliation. A critical issue facing Rwanda is the present state of the criminal justice system. Around 120000 people accused of participating in the genocide were in detention<sup>36</sup>. Some of them have been detained for up to nine years.

The use of traditional *gacaca* courts has been adopted by the Rwandan government<sup>37</sup> as a mechanism to ease the burden on the normal courts and to apply justice<sup>38</sup> by assisting the legal system to deal with those in detention awaiting trial.

<sup>36</sup> R HOLLOWAY, Rwanda using traditional justice to clear huge backlog of prisoners, *Agence France-Presse*, November 3, 2000.

<sup>37</sup> *Preamble Draft Organic Law creating « Gacaca Jurisdictions » and Organizing Prosecutions of Offenses that Constitute the Crime of Genocide or Crimes Against Humanity Committed Between October 1, 1990 and December 31, 1994, Draft Organic Law.*

<sup>38</sup> In February 2000 the Rwandan Parliament unanimously enacted the law that established the *gacaca* Tribunals. It was reported that the Justice Minister Jean de Dieu Mucyo had stated that some high-ranking individuals such as ministers would be immune from prosecution by the *gacaca* Tribunals. See Integrated Regional Information Networks of the

The *gacaca* proposal system sees a wide-scale pyramid structure in terms of which thousands of *gacaca* Tribunals, at village, region and provincial level.

Traditionally the *gacaca* had a dispute resolution focus. The name is derived from the word for 'lawn' — referring to the fact that members of the *gacaca* sit on the grass when listening to and considering matters before them. The process involves the community in dispute resolution, making it community-based. It acts as a local healing and dispute resolution mechanism that is cheap and accessible. In general, where these structures operate, people have some degree of confidence in the system as they see respected community figures serving on the *gacaca* and are able to observe proceedings in close proximity to where they live.

The *gacaca*, similar to nearly all systems of traditional law, is part of the culture. It is established upon principles of morality and reverence of life. As such it cannot be examined in a detached way, but has to be examined in the context of the wider society and the changes that have occurred since the genocide in 1994. Rwandan society, families and family relationships have fundamentally changed as a result of the killings and large-scale population movements since that time. The way in which the *gacaca* are used, and the role these structures play has changed. People are now inclined to approach the *gacaca* less frequently, preferring instead to use the state courts.

In the past, the *gacaca* considered issues around marriage, divorce, succession, parental authority, injury, and land disputes. One of its major purposes was to re-establish order in a community<sup>39</sup>. Because the *gacaca* did not previously deal with murder (ethnically-motivated or otherwise) or various lesser crimes relevant to the genocide, changing their role so fundamentally could be unworkable.

The *gacaca* system is now up and running but determining its effectiveness or efficacy will be difficult in the short term. A positive step was that pilot projects occurred first before they were launched in the whole country.

While pursuing justice can have positive results if the Rwandan government wishes to truly and adequately address the massive human rights violations of the genocide, it must go beyond mere criminal trials. Prosecutions are not the panacea to a country's political past because they can and often do give rise to new problems or exacerbate old ones.

Political and practical considerations, such as resource constraints, must lead to the conclusion that not everyone can or should be prosecuted.

UN Office for the Co-ordination of Humanitarian Affairs IRIN Update 862 for the Great Lakes, 16 February 2000.

<sup>39</sup> See F. REYNTJENS, *Politique Africaine* 40, December 1990, 31.

Rwanda must promote national reconciliation otherwise Rwandan society will continue to live under the shadow of division, tension, and violence. A truth commission can analyse various versions of events and can validate more than one version by accepting differing testimonies and incorporating all versions into a report that becomes a part of the country's official history. This process is useful because the society as a whole is able to listen, absorb, and begin the healing process that leads to reconciliation. Without such a dialogue, the pain, anger and resentment which arise during a political transition of this nature may never find a satisfactory outlet. If a way of releasing this pressure is not found, underlying tensions may ferment for a period of time until they erupt, leading to renewed social fragmentation and conflict. Such a truth and reconciliation commission should ensure its work and its report are comprehensive and public. Because so many of the Rwandan people are both rural and illiterate, in order to reach the widest audience possible, its report should be broadcast over national radio.

Neither a truth commission nor a process focusing on prosecutions can succeed in isolation. Using both strategies in combination will have a much better effect. A truth and reconciliation commission in Rwanda could complement other initiatives already under way, serving as a forum in which victims can tell of their suffering, be heard and acknowledged, and so regain their dignity.

The issue of democratisation is one that Rwanda cannot avoid. Rwanda cannot have a transition and deal with the past in a way that has long-term positive effects without moving to a democracy. According to Michel Moussalli « the building of democracy, in Rwanda as elsewhere, is inseparable from the fundamental objective of promoting reconciliation and protecting human rights ». <sup>40</sup>The OAU notes 'it is not realistic to expect reconciliation so long as an unelected minority rules. Majority rule must be respected. No majority will forever accept minority rule » <sup>41</sup>.

Since the Hutu government was overthrown in 1994, Hutus have been excluded from positions of power, although the government states that there are only Rwandans, no Hutus or Tutsis. Hutus comprise 85 per cent of the population and need to be incorporated politically in some way. Although the new Tutsi-dominated government in 1994 stated that it was a transitional government and that elections would be held in 1999, in June 1999, a month before the elections were due to be held, the government prolonged the tran-

<sup>40</sup> *Report of Special Representative Moussalli - Fifty-fifth session Item 116 (c) of the provisional agenda Human rights questions: human rights situations and reports of special rapporteurs and representatives report of 4 August 2000.*

<sup>41</sup> OAU, chapter 23.70, 2000.

sitional phase to 2003. Although local government elections were held in 1999 as a move to begin the democratisation process, party politics and campaigning were forbidden. In addition, these elections were not seen to be free and fair. Controversy has also surrounded the elections in March 2001.<sup>42</sup>

Only by means of democratisation can all of the essential elements for an effective system of transitional justice be met. Mahmoud Mamdani has said « to break out of this notion of the state of a representation of a permanently defined majority is the challenge that Rwanda faces today » and « how to move from an order based on conquest to one based on consent is the challenge for Rwanda today »<sup>43</sup>.

For the transition in Rwanda to be successful, a structure based on some system of power sharing must be found. This has to be done on a basis of negotiation and agreement involving all parties. However, this will not be achieved unless there is a generally-accepted view that reconciliation ought to be achieved. A comprehensive education campaign is needed to eliminate the ideology of genocide and the collective responsibility placed upon the Hutu by the Tutsi. Critically, there must be a systematic and all-encompassing investigation into the truth of the events leading up to the genocide and the genocide itself. The objective truth must then be made public to the victims, their families, and all of society. It is only with a complete knowledge of the truth that Rwanda can step toward reconciliation. Full and complete participation by all sectors of society is therefore necessary. Rwandans need to come to terms with their past and build their country into a united one. Unless all citizens in Rwanda have a government which they believe represents them, instability and strife will continue. Paving the way to an inclusive democracy will be a critical step in dealing with the past and halting the continuing violence and division that haunts Rwanda.

<sup>42</sup> Human Rights Watch has reported that while hundreds of thousands of Rwandans voted for local officials in these elections, many had no meaningful choice at the polls. The organisation stated « This election has been flawed from the beginning, and those flaws far outweigh the few election-day irregularities that have been reported ». See No Contest in Rwandan Elections Many Local Officials Run Unopposed, *Human Rights Watch Report*, 9 March 2001.

<sup>43</sup> M. MAMDANI, From Conquest to Consent as the Basis of State Formation: Reflections on Rwanda, *New Left Review* 17, 1996, 216.

## DE LA 'GUERRE JUSTE' À LA 'JUSTICE À TRAVERS LA GUERRE': RÉFLEXIONS SUR LE RAPPORT ENTRE GUERRE ET DROIT \*

ENRICA RIGO

SOMMAIRE: 1. Guerre et droit. — 2. La guerre comme affaire « d'État ». — 3. La guerre comme crime. — 4. Le globalisme judiciaire. — 5. Une 'justice' à travers la guerre?

1. — À partir des années 90, on a assisté, dans les prises de position sur les conflits armés qui ont concerné l'Occident, à des appels renouvelés, plus ou moins explicites, à une 'guerre juste' <sup>1</sup>. Parler de 'guerre juste', toutefois, signifie parler du rapport entre guerre et justice, à savoir du rapport entre guerre et droit, lequel est entendu comme usage *légitime* ou *légitimant* de la violence. Politiciens, philosophes, juristes et intellectuels, qui se sont confrontés à la légitimité des interventions armées conduites par les puissances occidentales dans les zones de crise internationale — en faisant référence, à chaque fois, au droit international, aux droits de l'homme ou à des conceptions plus génériques de justice universaliste — ont donc remis au centre du débat un thème central de la philosophie juridico-politique. Un thème qui constitue aussi la condition théorique des Tribunaux pénaux internationaux, proposés de nouveau dans la dernière décennie du siècle dernier comme instrument pour juger les actions accomplies pendant la guerre, ainsi que la légalité et la légitimité de la guerre même.

Afin de tracer un schéma d'analyse dans lequel situer les réflexions qui suivent, il est opportun de faire quelques considérations préliminaires sur le rapport entre guerre et droit <sup>2</sup>. En premier lieu, la guerre peut être le *moyen*

\* Traduction par Isabelle Mansuy.

<sup>1</sup> En ce qui concerne la guerre du Golfe Persique, cf., par exemple, la préface à la seconde édition de M. WALZER, *Just and Unjust Wars*, BasicBooks, New York 1992; en référence aux actions militaires de l'OTAN en Serbie et au Kosovo, cf. les interventions de U. BECK, N. BOBBIO, A. CASSESE, J. HABERMAS et autres, in *L'ultima crociata? Ragioni e torti di una guerra giusta*, G. BOSETTI, Reser, Rome 1999.

<sup>2</sup> L'interprétation rapportée dans le texte se base sur le schéma d'analyse proposé par

pour établir ou rétablir un droit. Cette perspective renvoie à la doctrine du *bellum justum*, c'est-à-dire de la légitimité de la guerre par rapport à son fondement ou à la finalité qu'elle poursuit. Cette perspective exige l'existence d'un droit universellement valide ou, au moins, d'une dimension éthico-normative universaliste, que la légitimité soit recherchée dans un principe à affirmer comme indiscutable ou qu'elle le soit dans un but hautement désirable ou nécessaire, tel que le rétablissement d'un droit violé. En l'absence d'une telle condition, en effet, il manquerait un critère commun supérieur à la particularité des ordres juridiques nationaux, sur la base duquel évaluer la légitimité, et donc la 'justice' de la guerre.

En deuxième lieu, la guerre peut constituer l'*objet* du droit. Cette perspective concerne le *jus belli*, c'est-à-dire le problème de la légalité de la guerre par rapport à l'ensemble des règles, coutumières ou conventionnelles, qui en réglementent la conduite. Dans la doctrine de la 'guerre juste', on a assisté souvent à une superposition, ou à un glissement des significations, entre les perspectives qui considèrent la guerre sous le profil de sa légitimité et celles sous le profil de sa légalité. D'un côté, dans la doctrine du *bellum justum* rentrent aussi bien le *jus ad bellum*, c'est-à-dire le problème de la justification de la guerre, que le *jus in bello*, car une guerre ne peut être légitime si elle n'est pas conduite selon les règles établies. D'un autre côté, existe la tendance à considérer 'juste' la guerre conduite selon le *jus belli* avec le risque d'éthiciser le principe de légalité de la guerre jusqu'à le faire coïncider avec le *bellum justum*.

Dans une troisième perspective, la guerre peut être considérée comme *source* du droit quand elle ne rétablit pas l'ordre juridique préexistant, mais en fonde un nouveau. C'est le cas, par exemple, des guerres de libération nationale ou d'indépendance qui, par le biais de la justification du droit à l'autodétermination, ont souvent pris, dans l'époque moderne, l'acception de 'guerres justes'. Toute guerre, cependant, peut être considérée aussi en tant que source du droit, au moins en ce qu'elle constitue un fait ou se manifeste au travers d'actes qui produisent des conséquences juridiques. De ce point de vue, les Tribunaux internationaux *ad hoc* pour les crimes de guerre constituent peut-être l'exemple le plus significatif de la manière dont la guerre peut être source de production d'un ordre juridique établi, aussi, à travers sa juridictionnalisation *ex post*.

Enfin, la guerre peut être considérée comme *antithèse* du droit, dans le sens où elle représente un état pré-juridique ou anti-juridique qui cesse où

N. Bobbio dans son écrit *Per una teoria dei rapporti tra guerra e diritto* de 1966; maintenant in *Teoria generale della politica*, sous la direction de M. BOVERO, Einaudi, Turin 1999, 520-26.

commence le droit et vice versa <sup>3</sup>. Cette dernière perspective a été progressivement confirmée par l'avènement des armes de destruction massive, qui ont rendu vain tout appel à la possibilité de limiter la guerre ou d'en justifier le potentiel destructif. Dans certaines de ses formulations, toutefois, cette perspective apparaît compatible avec une doctrine du *jus in bello*, entendu comme 'guerre limitée' entre États également souverains qui s'affrontent selon les règles conventionnelles <sup>4</sup>.

La doctrine de la 'guerre juste' a pris différentes significations en fonction des diverses époques historiques et des caractéristiques des conflits qui les ont marquées. Les quatre perspectives évoquées sur le rapport entre guerre et droit se sont souvent superposées ou ont eu un crédit majeur selon le point d'observation que l'on cherchait à légitimer. Chacune d'elles, toutefois, met en lumière les contradictions contenues dans la tentative de concilier violence et justice au travers des règles de droit. Déjà, des observations avancées jusqu'à présent apparaît en fait que, si la condition nécessaire de la doctrine du *bellum justum* consiste en une dimension éthico-normative universaliste, comme par exemple celle des 'droits fondamentaux', cette dernière risque *a contrario* de porter en elle la légitimation de la guerre, voire son éthicisation. Chaque tentative du droit de « limiter la guerre » et de se proposer comme « ensemble de règles ordonnées pour la *paix* » <sup>5</sup> se meut, donc, sur une frontière subtile qui se prête à offrir une légitimation à l'arbitre définitif de la violence.

2. — Pendant longtemps, la guerre a été considérée comme une prérogative de la souveraineté étatique, dont les raisons n'étaient assujetties à aucun jugement basé sur un droit supérieur à la volonté du prince. Suite à la progressive sécularisation de la souveraineté étatique, cette dernière se détache de toute conception morale ou théologique pour devenir absolue au travers du « principe d'effectivité », caractéristique de la science internationaliste classique <sup>6</sup>. Déjà dans les conceptions d'Alberico Gentili et de Hugo Grotius, le *jus belli* n'est plus une sanction pour rétablir le droit des peuples

<sup>3</sup> Dans la conception de T. Hobbes, « l'état de nature » est caractérisé par une guerre permanente, justement en ce qu'elle constitue une condition préjuridique.

<sup>4</sup> C'est la position adoptée par les défenseurs dudit « réalisme politique ». En particulier, cf. les thèses rapportées in *Le nomos de la terre dans le droit des gens du Jus publicum Europaeum*, C. SCHMITT, trad. fr. L. Deroche-Gurcel, PUF, Paris 2001; C. SCHMITT, *La notion de politique*, trad. fr. M.-L. Steinhäuser, Flammarion, Paris 1992; D. ZOLO, *I signori della pace. Una critica al globalismo giuridico*, Carocci, Rome 1998; D. ZOLO, *Chi dice umanità. Guerra, diritto e ordine globale*, Einaudi, Turin 2000.

<sup>5</sup> Les deux expressions sont tirées de N. BOBBIO, *Teoria generale*, cit., 525.

<sup>6</sup> Dans ce sens, cf. aussi L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Rome-Bari 1997.

comme dans la conception théologique de Francisco de Vitoria <sup>7</sup>, mais devient une prérogative des États *souverains* et *indépendants* qui se présentent comme les arbitres exclusifs de l'usage de la force dans les relations extérieures <sup>8</sup>. Le processus rendant absolue la souveraineté extérieure fait qu'il n'est plus possible d'identifier des critères normatifs généraux sur la base desquels définir la 'guerre juste': à partir du moment où chaque ordre juridique est indépendant et également souverain, le prince devient l'unique arbitre du *bellum justum*, c'est-à-dire de la possibilité de mener la guerre contre un autre État pour n'importe quelle raison qu'il considère 'juste'.

Selon Carl Schmitt c'est ce modèle de « *jus publicum Europaeum* », affirmé officiellement à partir de la paix de Westphalie de 1648, qui a dominé pendant plus de deux siècles la théorie et la pratique des relations politiques internationales. Un modèle qui, grâce aux constructions juridiques sur lesquelles il se base, a réussi à apporter une « rationalisation et une humanisation » <sup>9</sup> à la brutalité de la guerre. Le point de référence formel pour déterminer la 'guerre juste' est constituée justement de l'égale souveraineté des États et de la substitution du concept de « *justa causa* » à celui de « *justus hostis* », à savoir de la légitimation exclusive de la guerre entre États souverains avec des droits égaux. Dans le modèle westphalien des relations internationales, la guerre trouve une limite à l'intérieur de l'État, au regard des guerres civiles, dans la mesure où seule la guerre inter-étatique est légitime, et à l'extérieur dans les autolimitations posées par le même ordre étatique:

« L'État territorial souverain met la guerre en forme, non pas au moyen de normes, mais en la circonscrivant sur la base de la souveraineté territoriale des deux parties, en faisant d'elle une relation entre des ordres spécifiques, concrètement organisés dans l'espace » <sup>10</sup>.

Le concept de « *justus hostis* » prend ici la simple signification de 'perfection formelle' de l'ordre étatique, duquel descendent certains corollaires fondamentaux de la science internationaliste moderne, tel que le principe de « territorialité » de l'État, le principe de « non intervention », et surtout, le

<sup>7</sup> F. DE VITORIA, De indis recenter inventis relectio prior, in *The Classic of International Law*, sous la direction de E. Nys, Oceana, New York 1964. Pour une interprétation des conceptions de De Vitoria et de sa doctrine du *bellum justum*, cf. L. FERRAJOLI, *La sovranità*, cit.; C. SCHMITT, *Le nomos*, cit.

<sup>8</sup> Pour une interprétation des conceptions de Gentili et Grotius, cf. en particulier C. SCHMITT, *Le nomos*, cit.

<sup>9</sup> C. SCHMITT, *Le nomos*, cit., 143.

<sup>10</sup> *Ibid.*, 158.

principe de la responsabilité de l'« État personne ». C'est grâce à la fiction juridique de l'« État personne », en effet, et à l'imputation qui en découle de la responsabilité des actes de guerre à la personnalité juridique de l'État, mise en œuvre par le biais de l'*international-personal analogy*, qu'il est possible de distinguer l'ennemi du criminel commun et de traiter le premier comme un adversaire 'd'égal à égal'. Vice versa, ce sera justement la criminalisation de l'ennemi 'injuste', sa transformation en un concept « quasi théologique »<sup>11</sup>, qui déterminera ce « changement de sens de la guerre »<sup>12</sup> qui, comme nous essaierons de l'exposer dans le prochain paragraphe, transformera la 'guerre limitée' entre États en une 'guerre totale', justifiée par la discrimination de « l'adversaire qui mène une guerre injuste »<sup>13</sup> et ayant pour finalité son anéantissement.

Selon la position du « réalisme politique », dont Schmitt est un partisan, la possibilité de limiter la guerre se fonde donc sur l'égalité des ordres souverains: sur le principe même du caractère étatique [*statualità*] selon lequel un État peut avoir comme ennemi seulement un autre État, et non des individus à considérer comme des criminels. Et c'est cette même condition qui permet aux États, à la fin du conflit, de conclure des traités de paix qui incluent des clauses réciproques d'amnistie et établissent le respect réciproque des conquêtes obtenues durant la guerre. Cette position entend être complètement antithétique par rapport aux principes du *bellum justum*, dans la mesure où droit et guerre appartiennent à des sphères différentes et inconciliables:

« La guerre, les hommes qui se battent, prêts à mourir, le fait de donner la mort à d'autres hommes qui sont, eux, dans le camp ennemi, rien de cela n'a de valeur normative, il s'agit, au contraire, de valeurs purement existentielles, insérées dans la réalité d'une situation de lutte effective contre un ennemi réel, et qui n'ont rien à voir avec de quelconques idéaux, programmes ou abstractions normatives. Il n'est pas de finalité rationnelle, pas de norme, si juste soit-elle, pas de programme, si exemplaire soit-il, pas d'idéal social, si beau soit-il, pas de légitimité ni de légalité qui puissent justifier le fait que des êtres humains se tuent les uns les autres en leur nom »<sup>14</sup>.

Les affirmations du penseur allemand, toutefois, ne peuvent certainement pas être considérées comme un manifeste pacifiste. La guerre comme affaire 'd'État' — entendue soit comme « relation d'État à État », soit comme

<sup>11</sup> *Ibid.*, 91.

<sup>12</sup> L'expression est tirée du titre d'une subdivision du texte de C. SCHMITT, *Le nomos*, cit.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 122.

<sup>14</sup> C. SCHMITT, *La notion*, cit., 90.

« état de guerre », selon le jeu de mots de Rousseau rapporté par le même Schmitt <sup>15</sup> — cache nombre d'ambiguïtés. En premier lieu, la guerre devient un élément d'identification du caractère étatique [*statualità*] même. L'État est souverain en tant que titulaire et, en même temps, arbitre du *jus ad bellum*, avec la conséquence que la guerre est un attribut *nécessaire* de la souveraineté. Indépendamment du fait qu'elle se concrétise dans un conflit inter-étatique, la *possibilité* de la guerre est la condition nécessaire de la 'perfection formelle' de l'ordre étatique sur lequel se fonde l'ordre concret des relations internationales. En second lieu, dans la construction schmittienne, il n'existe aucune possibilité de distinguer entre les agresseurs et les agressés. Le droit reste indifférent aussi bien à la légitimité qu'à la légalité de la guerre, qui est donc laissée à l'arbitre du plus fort. Enfin, du modèle du caractère étatique [*statualità*] de la guerre ne descend pas une nécessaire incompatibilité sur le plan logique entre guerre et droit; au contraire, toute guerre apparaît 'juste', et peut être considérée comme telle, indépendamment de la manière dont on considère le conflit. Avec la conséquence que la guerre même devient le critère de production normatif de l'ordre international entre les nations.

3. — C'est à partir de la Première Guerre mondiale, et des traités de paix qui y ont mis fin, qu'un tournant apparaîtra dans la doctrine de la 'guerre juste'. En particulier, les deux juristes majeurs du XX<sup>ème</sup> siècle, Hans Kelsen et Carl Schmitt, bien que de perspectives totalement différentes, se trouvent en accord pour identifier dans le Pacte Briand-Kellog de 1928 un moment crucial pour déterminer ce « changement de sens » qui, en qualifiant la guerre de « crime », amènera à une doctrine moderne du *bellum justum* <sup>16</sup>. Certaines tentatives de considérer la guerre comme un « crime international » et d'engager la responsabilité des gouvernants et chefs d'États qui l'ont provoquée avait déjà eu lieu avec le Traité de Versailles de 1919 et le protocole de Genève de 1924. Toutefois, ce sera seulement avec l'adhésion de presque tous les États au Pacte Briand-Kellog — et pas seulement de ceux qui avaient pris part à la Première Guerre mondiale — que le droit international formulera de manière claire et absolue l'interdiction de recourir à la guerre et définira sa violation comme un « crime contre la paix » <sup>17</sup>.

<sup>15</sup> C. SCHMITT, *Le nomos*, cit., 157.

<sup>16</sup> H. KELSEN, *La pace attraverso il diritto*, trad. it. de L. Ciaurro, Giappichelli, Turin 1990; C. SCHMITT, *Le nomos*, cit.

<sup>17</sup> Selon Kelsen, le pacte Briand-Kellog n'établit pas encore une responsabilité personnelle des gouvernants et chefs d'État qui ont recours à la guerre. Le « crime contre la paix » est, selon le juriste allemand, encore présenté comme un crime commis par l'État et la sanction de ce crime, prévue par le droit international coutumier et par le pacte même comme guerre

L'interdit absolu de l'utilisation de la force dans les relations internationales, établi par le Pacte Briand-Kellog, apparaît toutefois impraticable. Comme l'a observé le même Kelsen, en effet, ce traité

« [...] est allé trop loin en interdisant tout type de guerre, même la guerre en tant que réaction contre une violation du droit, sans substituer cette sanction de droit international par une sanction organisée internationalement; en cela, il a favorisé les États enclins à violer les droits des autres États »<sup>18</sup>.

Si le recours à la guerre constitue un « crime » et s'il n'existe pas de sanction internationalement organisée pour rétablir un droit violé, la guerre même reste l'unique moyen au travers duquel rétablir l'ordre international. Au contraire, la nouveauté du Pacte Briand-Kellogg consiste justement à considérer légitimes les actions de guerre et de représailles contre l'agresseur, non seulement par l'État directement agressé, mais aussi par les autres États adhérents au Traité, venus à son aide. Le « crime » de la guerre coïncide ainsi avec la « guerre d'agression », tandis que la « guerre de défense », légitimement conduite par tous les États signataires du Pacte, prend la signification de 'guerre juste'.

Les passages logiques qui conduisent de l'interdiction du recours à la guerre à une nouvelle doctrine du *bellum justum* apparaissent conséquents. La 'guerre juste' se définit comme réaction à celle 'injuste', interdite par les traités internationaux, à savoir comme la réaction aux actes d'agression illégitimes. Cette définition peut aujourd'hui être considérée comme dominante en droit international, mais n'en est pas moins problématique. Comme l'a observé Robert L. Holmes, en effet, le concept de « guerre d'agression » peut prendre au moins trois acceptions différentes. Dans une première acception, *descriptive*, ce terme indique seulement le début des hostilités sans référence aucune aux motivations justes ou fausses pour lesquelles s'est fait le recours à la guerre. Dans une seconde acception, correspondant plus à l'usage commun du terme, la « guerre d'agression » fait référence non seulement au début des hostilités, mais aussi au fait que celles-ci étaient *injustifiées*. Selon l'acception commune, en fait, chaque « guerre d'agression » est en elle-même *injuste*. Le terme porte donc une signification non plus descriptive, mais *normative*: on ne décrit pas une guerre, mais on la juge. Dans cette seconde signification est maintenue la référence à celui qui a recours à l'usage de la force en premier, mais, une fois qu'ont débuté les

de défense ou de représailles, est une sanction contre l'État qui tend à punir une responsabilité collective et non individuelle. H. KELSEN, Will the Judgement in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?, *IntLQ*, I, 2, 1947, 153-71.

<sup>18</sup> H. KELSEN, *La pace*, cit., 55. (NdT: les extraits cités de cet ouvrage ont été traduits par la traductrice de cette contribution).

hostilités, il faut démontrer que le recours à la guerre était injustifié. Et c'est justement en jouant sur ce dernier concept que l'on peut parvenir à la troisième, et plus ambiguë, acception de « guerre d'agression » — ainsi qu'à une signification correspondante de « guerre de défense » — où disparaît toute référence au début des hostilités. En effet, selon Michael Walzer, un des plus audacieux défenseurs d'une doctrine moderne de la 'guerre juste', une réponse armée peut être justifiée aussi par une simple menace à l'intégrité politique et territoriale d'un État:

« L'agression peut se concevoir non seulement en l'absence de toute attaque ou d'invasion armée, mais aussi en l'absence (probable) de toute intention de lancer une telle attaque ou invasion dans l'immédiat. La formule générale pourrait s'énoncer comme suit: les États peuvent utiliser la force des armes face à des menaces de guerre chaque fois que s'en abstenir mettrait gravement en danger leur intégrité territoriale ou leur indépendance politique. Dans de telles circonstances, il est juste de dire qu'ils ont été forcés à se battre et qu'ils sont victimes d'agression »<sup>19</sup>.

L'argumentation est utilisée par Walzer dans son fameux livre *Just and Unjust Wars* — réédité en 1992 avec une nouvelle introduction où l'auteur prend position en faveur de l'intervention armée occidentale dans le Golfe Persique — pour classer comme « guerre de défense » l'attaque israélienne contre l'Égypte en 1967. Dans cette dernière définition de la « guerre d'agression », il ne manque pas seulement une référence à celui qui a commencé les hostilités en premier, mais aussi à la simple intention de conduire une attaque. L'unique critère pour définir la « guerre d'agression » reste la menace générique, néanmoins immédiate, d'une guerre qui mettrait en danger l'indépendance et l'intégrité d'un État. Une telle extension des concepts d'« agression » et de « défense », toutefois, semble donner raison aux affirmations de Schmitt qui, avec une pointe d'ironie, a observé comment, dans la doctrine moderne de la 'guerre juste' comme « guerre défensive », le vieil adage selon lequel la « meilleure défense est l'attaque » s'est retourné en un nouveau: « la défense peut être l'attaque la meilleure et la plus efficace »<sup>20</sup>. La légitimité de la « guerre de défense », en fait, s'est transformée en la légitimité de la « guerre préventive », c'est-à-dire en la légitimation de l'attaque contre un autre État.

Le retournement de la « guerre de défense » en « guerre préventive » n'est pas, toutefois, l'unique ambiguïté que l'on peut soulever parmi les défenseurs contemporains du *bellum justum*. En reprenant le fil de l'argu-

<sup>19</sup> M. WALZER, *Guerres justes et injustes: argumentation morale avec exemples historiques*, trad. fr. S. Chambon et A. Wicke, Berlin, Paris 1999, 134.

<sup>20</sup> C. SCHMITT, *Le nomos*, cit., 276.

mentation du « changement de sens de la guerre » que Schmitt fait remonter à la Première Guerre mondiale, on peut observer comment celle-ci se manifeste, en premier lieu, dans la criminalisation de la guerre en tant que crime international et, en second lieu, dans la criminalisation de l'ennemi qui, en tant qu'auteur d'une guerre 'injuste', ne peut plus être considéré comme *justus hostis*. Ce deuxième aspect peut avoir à son tour deux dimensions différentes. D'un côté, émerge le problème que nous traiterons dans le paragraphe suivant du dépassement de la fiction juridique de l'« État personne » afin de poursuivre et de punir les responsabilités individuelles des auteurs de la guerre. D'un autre côté, la responsabilité *criminelle* des auteurs de la guerre s'étend à l'État en tant que tel jusqu'au point de justifier aussi contre lui, et contre ses citoyens, des actions qui violent les règles mêmes du *jus in bello*.

Afin de reconstruire cette dernière signification de la guerre comme « crime », on peut suivre, une fois encore, les argumentations de Walzer. Pour justifier l'adoption de mesures extrêmes qui peuvent violer les principes fondamentaux du *jus in bello*, jusqu'au principe suprême du respect des droits et des existences des victimes innocentes, cet auteur fait appel au concept d'« urgence suprême »<sup>21</sup>, c'est-à-dire à l'urgence qui découle d'un danger « exceptionnel et terrifiant »<sup>22</sup>. L'argument est soutenu à propos des bombardements alliés sur les villes allemandes pendant la Seconde Guerre mondiale. L'intention de l'auteur n'est pas de justifier simplement les victimes provoquées par les « effets collatéraux » des bombardements contre des objectifs militaires, mais de justifier les actions de guerre ayant pour but de « détruire le moral des civils »<sup>23</sup> et qui, donc, avaient comme objectif principal les endroits où résidaient les classes travailleuses.

L'« urgence suprême », déterminée par le but d'éliminer la menace représentée par le nazisme, que Walzer définit comme « le mal incarné »<sup>24</sup>, doit être évaluée sur la base de l'imminence et de la *nature* du danger. Comme le laisse entrevoir la dernière condition, la thèse ne repose pas sur un argument juridique, mais *moral*. Ce danger, en effet, n'existe pas si les existences d'individus, même innocentes, sont menacées, mais seulement si la *nation* et les *valeurs* sur lesquelles elle repose sont en danger:

« La survie et la liberté des communautés politiques — dont les membres partagent un mode de vie élaboré par des ancêtres et transmis aux descendants —

<sup>21</sup> M. WALZER, *Guerres justes*, cit., 341.

<sup>22</sup> *Ibid.*, 343.

<sup>23</sup> *Ibid.*, 347.

<sup>24</sup> *Ibid.*, 344.

sont les plus hautes valeurs de la société internationale. Le nazisme défia ces valeurs sur une très grande échelle, mais des défis plus limités, *s'ils sont d'un genre similaire*, ont des conséquences morales similaires. Ils nous soumettent à la règle de la nécessité (et la nécessité ne connaît pas de loi) »<sup>25</sup>.

Ce sont ces « valeurs nationales » — ou « communautaires », pour utiliser un terme cher à Walzer — qui étaient menacées par l'avancée du nazisme. Toutefois, comme l'a relevé Robert L. Holmes, Hitler aussi voyait la nation allemande, et les « valeurs supérieures » qu'elle représentait, menacées par une conspiration judéo-marxiste<sup>26</sup>. Pour qu'un principe *moral* puisse être retenu comme valide, il doit pouvoir être étendu à toutes les situations qui présentent des circonstances analogues; mais dans une argumentation comme celle soutenue par Walzer le critère de jugement pour évaluer la nature du risque et de la nécessité ne peut qu'être déduit de ces mêmes « valeurs nationales » que l'on considère comme menacées.

Du point de vue du rapport entre guerre et droit, on peut observer que le processus de la « guerre de défense » à la « guerre préventive », jusqu'à l'« urgence suprême » et à la possibilité qui en découle de dépasser les règles de légalité de la guerre, passe par la criminalisation de l'ennemi et sa délégitimation comme adversaire 'd'égal à égal'. Les deux premières significations de 'guerre juste', en fait, bien que sur la base d'une interprétation discutable par certains aspects, peuvent être rapportées à la violation d'un droit, coutumier ou conventionnel, qui établit le devoir de non-agression entre les États. La condition est que chaque État soit reconnu comme un membre 'd'égal à égal' de la communauté internationale et donc, même s'il est « agresseur », encore titulaire de ces droits établis par le *jus in bello* qui président à la possibilité de limiter la guerre à travers les règles du droit. Dans un tel modèle de relations internationales, le droit ne pourrait consentir à dépasser ses propres règles en violant les conventions de guerre, c'est-à-dire en niant sa validité même. La guerre d'agression comme 'guerre injuste' et la guerre de défense comme 'guerre juste' font référence surtout à la *légalité* de la guerre. La *légitimité* de la guerre de défense ne trouve pas de fondements dans un *jus ad bellum* supérieur, mais dans le principe qui impose de rétablir la *légalité* internationale violée et, par conséquent, ne peut aller contre la légalité même de la guerre.

La différence, toutefois, est subtile, dans la mesure où le « crime de la guerre » ouvre la voie à la *criminalisation* de l'ennemi, à sa méconnaissance

<sup>25</sup> *Ibid.*, 345.

<sup>26</sup> L'observation de Holmes est justement formulée en référence aux théories de Walzer. R. L. HOLMES, Can War be Morally Justified ? The Just War Theory, in *Just War Theory*, sous la direction de J. B. ELSHTAIN, Blackwell, Oxford 1992, 222.

comme adversaire titulaire de droits égaux. Le dépassement des règles de la guerre, la possibilité de « violer les droits des innocents et de ne pas respecter la convention de guerre »<sup>27</sup>, ont comme condition la méconnaissance de la *qualité morale* de l'ennemi, c'est-à-dire de son statut de titulaire des mêmes droits que l'adversaire. Ce n'est pas par hasard si l'argument de Walzer sur l'« urgence suprême » s'éloigne de la sphère juridique pour s'approcher de celle de la morale. Ce qu'il établit, en réalité, est la nature absolue, sur le plan moral, de certaines valeurs, même au-delà de la vie humaine même, c'est-à-dire une différence entre la vie comme « vie naturelle », qui peut aussi être tuée, et la vie comme « existence politique »<sup>28</sup>. Cette dernière ne peut être reconnue à « l'ennemi injuste », mais, comme nous l'avons vu, cette méconnaissance vide de signification le « droit à la vie » même.

4. — Selon ce qu'écrivait Hans Kelsen au début du siècle précédent, la « révolution » que nécessite la conscience culturelle et juridique moderne consiste dans le dépassement du concept de souveraineté étatique<sup>29</sup>. Si l'on accepte l'interprétation de la guerre comme affaire « d'État », qui a dominé le modèle des relations internationales dans les siècles passés, cette affirmation apparaît comme un passage obligé pour construire cette organisation mondiale ayant pour finalité la paix que le juriste a défini dans son fameux essai *La pace attraverso il diritto*<sup>30</sup>. Le dépassement de la souveraineté correspond à la primauté de l'ordre international sur l'ordre étatique, c'est-à-dire au « principe moniste » selon lequel c'est la souveraineté même de l'État qui découle du droit international. La souveraineté ne signifie plus un pouvoir absolu, mais seulement qu'un État ne peut être assujéti à l'autorité d'un autre État: « L'État est « souverain » puisqu'il est assujéti seulement au droit international, non au droit interne de quelque autre État »<sup>31</sup>. Le concept de souveraineté garde son importance, dans la mesure où la base de l'organisation internationale pour le maintien de la paix — c'est-à-dire de cet État confédéral mondial imaginé par l'auteur — est constituée justement par « l'égalité souveraine des États »<sup>32</sup>. En effet, ce

<sup>27</sup> M. WALZER, *Guerres justes*, cit., 342.

<sup>28</sup> Sur la distinction entre « vie naturelle » et « existence politique », G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Turin 1995; cf. aussi S. VISENTIN, *Umani troppo umani. I diritti dell'uomo e la sovranità dello Stato*, in *Altreragioni*, 6, 1997, 63-76.

<sup>29</sup> H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. it. de A. Carrino, Giuffrè, Milan, 1989.

<sup>30</sup> H. KELSEN, *La pace*, cit.

<sup>31</sup> *Ibid.*, 71.

<sup>32</sup> *Ibid.*, 70. Zolo observe comment, pour Kelsen, le principe de l'égalité souveraine des États reste une affirmation abstraite, dans la mesure où le juriste ne prendra pas position sur la structure inégale que les Nations Unies adopteront quelques années plus tard. En outre,

n'est que sur cette base 'paritaire' qu'il est possible pour un État de conclure des traités qui l'obligent envers d'autres sujets de droit international, qu'il s'agisse d'autres États ou, selon l'affirmation pionnière du même Kelsen, d'individus. Une fois conclus les traités, toutefois, une éventuelle modification de la volonté de l'État partie n'a pas d'importance; il reste juridiquement lié aux droits et aux devoirs conventionnellement établis. Ces derniers font désormais partie du droit international positif sur lequel se base l'égalité souveraine des États même. Un État, donc, doit respecter les devoirs imposés par le droit international au nom de la souveraineté absolue de ses décisions dans les relations extérieures, étant donné que le concept de souveraineté est un concept dérivé:

« C'est une illusion de croire que les normes juridiques peuvent dériver d'un concept comme celui de la souveraineté ou de quelque autre concept juridique. Les normes juridiques sont valables seulement si elles sont créées par la législation, par la coutume ou par un traité; et les normes juridiques qui constituent ladite égalité souveraine des États sont valables non pas parce que les États sont souverains, mais parce que ces normes sont des normes de droit positif international »<sup>33</sup>.

En accord avec cette construction, qui voit aussi prévaloir les normes juridiques internationales sur les pouvoirs des États, Kelsen pose un organe juridictionnel au sommet de l'organisation internationale pour le maintien de la paix: une cour internationale de justice compétente pour juger les violations de l'ordre international. Les cours, en fait, sont les uniques organes connus par le droit international (il faut rappeler que Kelsen écrivait en 1944), qui peuvent prendre des décisions selon le principe de la majorité et non de l'unanimité, et donc les seuls à garantir une activité impartiale, à l'abri du veto de caractère politique, et conforme seulement au droit. Naturellement, l'auteur est bien conscient des difficultés de réalisation de son projet, dues surtout au fait que la garantie d'impartialité d'une cour peut être atteinte seulement grâce à l'institution d'une force de police internationale distincte et indépendante des forces armées des États membres de la confédération. Nonobstant les difficultés de la pratique, la voie pour le maintien de la paix est en tout cas marquée, selon Kelsen, par la juridictionnalisation des relations internationales.

La construction de Kelsen est probablement une des tentatives les plus raffinées de soumettre strictement la guerre aux règles de droit. Sa théorie du

dans *La pace attraverso il diritto*, publié en 1944, le juriste prévoit, dans son projet de « Ligue permanente pour le maintien de la paix », un conseil permanent composé seulement de quatre États. D. ZOLO, *Il globalismo giudiziario di Hans Kelsen*, in *I signori*, cit., 31.

<sup>33</sup> H. KELSEN, *La pace*, cit., 74.

globalisme judiciaire, en effet, a des implications importantes pour la doctrine de la 'guerre juste', laquelle est conçue par l'auteur comme une *sanction* contre les violations du droit international. Pour être telle, toutefois, pour avoir la nature juridique de sanction, il ne suffit pas que les actions de guerre se présentent comme une « guerre défensive »:

« Autant l'autodéfense est conçue comme un principe juridique, autant son exécution est conçue comme une action de la communauté juridique et une sanction contre le délinquant, c'est-à-dire comme exercice du monopole de la force de la part de la communauté »<sup>34</sup>.

De manière analogue à ce qui se passe à l'intérieur d'un État, la sanction internationale doit aussi être l'expression d'une organisation centralisée, qui détient le monopole exclusif de l'usage de la force, et doit être appliquée selon les règles qui président à son exécution. Seulement dans ce cas la guerre peut se définir comme 'juste', c'est-à-dire conforme au droit international. L'État n'est pas 'souverain', au moins quant à la décision d'entreprendre une « guerre défensive », dans la mesure où, pour être considérée comme une sanction, elle doit être conçue comme une action de la communauté juridique internationale.

Le dépassement du principe de la souveraineté de l'État est aussi fonctionnel pour la deuxième partie de la construction du globalisme judiciaire kelsénien, qui voit dans les règles permettant de poursuivre la responsabilité individuelle de ceux qui ont violé le droit international un des moyens les plus efficaces de prévenir la guerre. Les « criminels de guerre » sont responsables soit de violations du *jus in bello*, qui peuvent être poursuivies aussi au sens du droit international traditionnel, soit de « crime de la guerre » en tant que tel, c'est-à-dire du fait d'avoir recouru ou provoqué une guerre. Toute guerre qui n'est pas qualifiable comme une sanction de droit international constitue, en effet, une violation du droit même et, donc, un délit pour lequel les auteurs doivent être punis. Pour ce faire, il est toutefois nécessaire de dépasser un des corollaires fondamentaux du caractère étatique, c'est-à-dire la fiction juridique de la 'personnalité' de l'État qui, en imputant tout acte des gouvernants et chefs d'État à l'État en tant que tel, empêche de poursuivre les individus pour les actions qu'ils ont commises.

La responsabilité individuelle aussi doit être, toutefois, strictement liée aux normes du droit international positif. Une cour internationale, ou les tribunaux nationaux d'un autre État, peuvent juger des actes commis par les citoyens d'un État seulement si cela est établi dans un traité international

<sup>34</sup> *Ibid.*, 42.

auquel a aussi adhéré l'État d'appartenance des individus poursuivis par la cour. Dans le cas contraire, le principe d'égalité souveraine des États, sur laquelle se base la communauté juridique internationale, serait violé. En accord avec cette condition, Kelsen exprimera, quelques années plus tard, des opinions très critiques sur le Tribunal *ad hoc* institué par les États vainqueurs pour poursuivre les responsabilités des crimes de guerre perpétrés pendant la Seconde Guerre mondiale<sup>35</sup>. Le principe de la responsabilité individuelle pour les violations poursuivies au procès de Nuremberg, en effet, a été appliqué seulement au regard des nations sorties vaincues de la guerre, et pas au regard des vainqueurs. En outre, encore plus grave que ce « privilège odieux »<sup>36</sup>, il en résulte que le Tribunal, constitué par l'Accord de Londres, était composé seulement de représentants des États vainqueurs.

Nonobstant le zèle démontré par Kelsen pour le respect du principe de légalité, cet auteur aussi, en abordant des questions spécifiques qui seraient aujourd'hui qualifiées de « droit pénal international », est contraint de recourir à des argumentations qui sortent de la sphère strictement juridique. À l'objection qu'une cour internationale, en poursuivant, sur la base d'un traité, des crimes qui au moment où ils furent commis n'étaient pas qualifiés de délits, viole le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, Kelsen répond en faisant appel à la responsabilité *morale* des auteurs de délits:

« Le principe, qui prohibe l'approbation de normes rétroactives en tant que règles de droit positif international n'est pas sans exceptions. Sa base est l'idée morale selon laquelle il n'est pas juste de considérer responsable un individu s'il ne savait pas, ou ne pouvait pas savoir, en commettant l'acte, que cet acte constituerait une illégalité. En tout cas, si l'acte était, au moment de sa commission, moralement, mais non juridiquement, injuste, une loi qui déterminerait *ex post facto* une sanction pour l'acte est rétroactive seulement du point de vue légal, mais non moral. [...] Le traité transforme seulement la responsabilité morale en responsabilité juridique »<sup>37</sup>.

En accord avec cette argumentation, Kelsen retient que le fait que le droit international ne prévoit pas de sanctions explicites pour des actes qui constituent des violations des obligations juridiques contractées par un État ne signifie pas que de tels actes sont permis. Le fait, par exemple, que le Pacte Briand-Kellog ait interdit la guerre sans prévoir de sanctions pour la violation de ce principe ne signifie pas que « tous les actes pris individuellement qui, en leur totalité, constituent la guerre »<sup>38</sup> ne doivent pas être

<sup>35</sup> H. KELSEN, *Will the Judgment*, cit.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 170.

<sup>37</sup> H. KELSEN, *La pace*, cit., 118-19.

<sup>38</sup> *Ibid.*, 125-26.

considérés comme interdits. Une cour, donc, qui serait appelée à juger la responsabilité des auteurs de la guerre sur la base d'un traité, approuvé par tous les États, fonderait ses décisions sur un principe juridique positif. En ce sens, Kelsen, tout en reconnaissant la fonction « créatrice » de la jurisprudence internationale, la lie toujours au principe du droit international positif, qu'il soit d'origine coutumière ou conventionnelle. Même quand la responsabilité des auteurs est, au moment de la commission du crime, seulement morale, il est nécessaire d'avoir un fondement positif, celui d'un traité, pour qu'elle puisse être transformée en une responsabilité juridique.

Les théories de Kelsen s'insèrent dans ce courant philosophique qui unit idéalement la pensée de cet auteur au projet du cosmopolitisme kantien et qui se fonde sur la condition d'une dimension éthico-normative universaliste. Le dépassement de la particularité des ordres étatiques, en faveur d'une communauté juridique globale, est utile au maintien de la paix: toute signification résiduelle de la guerre, traditionnellement conçue comme affaire « d'État », disparaît avec la disparition du caractère étatique même. Mais il est inutile de dire que ni la guerre, dans sa signification existentielle d'hommes qui tuent d'autres hommes, ni la doctrine de la 'guerre juste', comme justification de la violence de l'homme sur l'homme, ne disparaissent. Cette dernière peut changer sa qualification juridique, dans le sens où la 'guerre juste' devient 'une juste sanction' de droit international, mais ne change pas son potentiel destructif. Comme l'a observé Danilo Zolo, la guerre comme sanction de droit international constitue « l'exécution d'une peine capitale collective »<sup>39</sup> au regard non seulement de l'État, mais aussi de ses citoyens.

5. — De l'illustration sommaire des significations qu'a prises la doctrine de la 'guerre juste', on déduit qu'il n'est pas possible de reconstruire un parcours de développement linéaire, du moins dans une perspective historico-chronologique, qui puisse mener vers la progressive tentative de « limiter la guerre » à travers les règles de droit. Le rapport entre guerre et droit, en effet, présente toujours des marges d'ambiguïté, qui risquent de déboucher sur une légitimation de la violence au nom d'une quelconque conception de 'justice': soit que cet appel à la 'justice' insiste explicitement sur des conceptions morales, soit qu'il soit présenté comme le simple respect de la légalité ou qu'il ne soit, tout simplement, pas respecté au nom de 'l'ordre concret' des relations internationales et, donc, de la légitimation de la loi du plus fort. Même dans une construction raffinée comme celle de Hans Kelsen, qui prétend se mouvoir exclusivement dans le cadre du droit

<sup>39</sup> Pour quelques observations sur les contradictions que les différentes doctrines rencontrent sur le plan de leur application pratique, cf. D. ZOLO, *Il globalismo*, cit., 31. Cf. le même essai pour une critique ponctuelle de la théorie du globalisme judiciaire de Kelsen.

positif, nous avons vu qu'est évoquée la « responsabilité morale » des criminels de guerre. En outre, il a été observé comment cet auteur, en partant d'une 'doctrine pure' du droit, qui intègre l'élément sanctionnateur comme condition de juridicité de l'ordre, parvient, en réalité, à soutenir une « notion éthico-théologique de « guerre juste » comme fondement du caractère juridique du droit international »<sup>40</sup>. Toute doctrine du *bellum justum*, en somme, et quelle que soit la signification attribuée au terme « justice »<sup>41</sup>, fait de ce concept non seulement son fondement, mais aussi un idéal à atteindre à travers la guerre.

En limitant intentionnellement la réflexion sur les aspects théoriques du rapport entre guerre et droit<sup>42</sup>, il nous paraît opportun de faire quelques remarques sur la signification que la 'guerre juste' a acquise récemment. Dans la dernière décennie, on a assisté, en effet — aussi à cause d'une situation plus dynamique des relations internationales, due à la chute du bloc communiste et à l'implication directe des pays occidentaux dans les conflits armés — à la reformulation de théories qui, à divers titres, ont cherché à légitimer l'usage de la force de la part de certains États contre d'autres États. Même lorsque l'on n'a pas fait appel directement aux doctrines antiques du *bellum justum* en les adaptant aux changements d'époque, comme dans le cas de Walzer, des principes de justice ont été évoqués pour justifier des actions militaires. Ces dernières, toutefois, ont pris des caractéristiques très différentes, tant par rapport aux guerres traditionnelles des XVIII<sup>ème</sup> et XIX<sup>ème</sup> siècles, que par rapport aux conflits mondiaux qui ont ensanglanté le XX<sup>ème</sup> siècle. Tout au moins les interventions militaires auxquelles ont participé directement les alliances occidentales — dans certains cas autorisées ou sous l'égide des Nations Unies — comme la guerre du Golfe, les interventions dans les Balkans ou la récente guerre en Afghanistan, se sont caractérisées comme des guerres de brève durée avec des pertes minimales du côté occidental, et ont été accompagnées d'une forte charge de propagande<sup>43</sup>. Souvent, ces actions militaires n'ont même pas été qualifiées officiellement de

<sup>40</sup> *Ibid.*, 30.

<sup>41</sup> Sur les diverses conceptions de 'justice' et sur le rapport entre ce concept et le droit, cf. G.M. CHIODI, Sull'idea di giustizia, in *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Turin 2000, 171-9.

<sup>42</sup> Sur ce point, cf. D. ZOLO, *Cosmopolis. La prospettiva del governo mondiale*, Feltrinelli, Milan 1995; D. ZOLO, *Chi dice*, cit.

<sup>43</sup> Pour une reconstitution des caractéristiques des « nouvelles guerres » et une réflexion sur certains aspects théoriques, cf. *Il nuovo volto di Ares o il simbolico nella guerra post moderna. Profili di simbolica politico-giuridica*, sous la direction de C. BONVECCHIO, Cedam, Padoue 1999; E. HOBBSAWM, Guerra e Pace, in *Internazionale*, 428, 15 marzo 2002, 20-27; A. DAL LAGO, Polizia globale? Note sulle trasformazioni della guerra in occidente, in *I confini*

« guerres », mais d'« interventions humanitaires » ou d'« opérations de police internationale ».

À ce « nouvel art de la guerre »<sup>44</sup> en Occident a correspondu, aussi, un nouveau changement de sens de la 'guerre juste' ou, tout au moins, de la représentation du rapport entre guerre et droit qui semblait avoir prévalu à partir de la seconde moitié du siècle précédent. Selon cette représentation, en effet, pour qu'une guerre puisse être qualifiée de 'juste', elle devait avoir pour finalité de rétablir la légalité internationale violée. L'interdit de la guerre dans les relations internationales permettait de considérer comme légitime seulement la « guerre défensive », même avec toutes les ambiguïtés que peut comporter l'usage de ce terme, comme nous l'avons vu. Les 'nouvelles guerres', en revanche, ont souvent du mal à rentrer dans le cadre de la légalité internationale sans passer par les interprétations alambiquées des traités. Le fait qu'elles ne soient pas officiellement qualifiées de « guerres » semble les exonérer du strict respect du *jus in bello*. Les conflits ne sont plus précédés d'une déclaration de guerre et ne se concluent plus avec des traités de paix. En outre, comme l'a récemment démontré le cas de l'intervention de l'OTAN en Afghanistan, même le traitement des prisonniers ne semble pas être strictement lié aux conventions de guerre.

Il faut, toutefois, admettre que les défenseurs de la nécessité ou de la légitimité de ces actions militaires n'ont pas non plus soutenu avec force la pleine légalité du point de vue du droit international<sup>45</sup>. Les arguments utilisés ont plutôt fait appel à des principes de justice universelle comme l'affirmation des « droits de l'homme » ou la défense des valeurs de la civilisation démocratique contre la 'barbarie' du terrorisme. Ce à quoi on assiste est donc une nouvelle *moralisation* des raisons des conflits, un appel renouvelé à des principes et des valeurs absolus qui, en tant que tels, mettent en cause directement le fait que l'on se trouve en face de vraies et véritables « guerres ». Les actions militaires ne sont pas qualifiées de « guerres », justement parce qu'elles ne sont justifiées ni par des buts de conquête — ou par des réactions à des actes qui mettent en danger l'intégrité et l'indépendance politique d'un État — ni même par la « nécessité » d'affirmer, même par l'usage de la force, le respect de valeurs universelles ou plus simplement d'un ordre « démocratique ». Les 'nouvelles guerres' ont des fonctions de

*della globalizzazione. Lavoro, culture, cittadinanza*, sous la direction de S. MEZZADRA - A. PETRILLO, *Manifestolibri*, Rome 2000.

<sup>44</sup> L'expression est de A. DAL LAGO, *Polizia globale?*, cit., 244.

<sup>45</sup> Cf., par exemple, les positions de Bobbio et Cassese exprimées par rapport aux interventions militaires en Serbie et au Kosovo et recueillies in *L'ultima crociata?*, G. BOSETTI, cit.

« contrôle global du territoire » ou de « gestion de l'ordre »<sup>46</sup>, plus caractéristiques des administrations civiles que militaires, à tel point que, comme cela a été observé, « la guerre devient une sorte de continuation de l'action de police avec d'autres moyens »<sup>47</sup>. En portant cette interprétation jusqu'à ses conséquences logiques, il n'y a pas de raison pour que le droit de guerre s'applique aux « interventions humanitaires », ayant pour finalité le rétablissement ou le maintien de la paix, ou à des « actions de police », même internationales.

À la *moralisation* des raisons de l'usage de la force correspond naturellement aussi une représentation de l'ennemi comme porteur de valeurs idéologiquement opposées. Sa dé-qualification en termes moraux, comme nous l'avons vu à travers les argumentations de Walzer, peut amener à justifier l'adoption de mesures extrêmes. Les adversaires sont qualifiés de « régimes dictatoriaux », d'« États canailles » ou, comme dans le cas de la guerre contre le « terrorisme », on ne leur reconnaît même pas la caractéristique d'« ennemi public ». Les opérations militaires, en fait, ne sont pas menées contre un autre État, contre une nation politiquement organisée, mais contre le « terrorisme » lui-même, peu importe où se nichent ou se cachent ses disciples. Les ennemis ne sont plus « criminels de guerre », ils sont criminels et c'est tout.

Dans les 'nouvelles guerres', en somme, le concept même de guerre disparaît. L'appel à des principes de « justice », qui a justifié les récentes actions armées occidentales, a été accompagné d'une progressive élimination de la guerre, mise en place aussi au travers de sa qualification différente. Cela, toutefois, n'a pas empêché l'affirmation d'une nouvelle théorisation de la 'guerre juste'. Au contraire, cela a permis que la doctrine du *bellum justum* puisse, au moins en partie, se débarrasser d'une de ses conditions essentielles, c'est-à-dire du respect des règles de la guerre. La « justice » est devenue l'objectif à atteindre, si nécessaire aussi par le biais de la guerre. Mais elle ne constitue plus une condition essentielle de la 'guerre juste' dérivée de son assujettissement à la légalité inter-étatique.

<sup>46</sup> A. DAL LAGO, *Polizia globale?*, cit., 253.

<sup>47</sup> *Ibid.*, 257.



## LISTE DES AUTEURS

- Silvia ALLEGREZZA, Docteur en Droit de l'Université de Bologne
- David BOYLE, Solicitor au Barreau de Sydney, Doctorant à l'Université de Paris 2 Assas
- Giovanni Carlo BRUNO, Chercheur au Centro Nazionale delle Ricerche (CNR) - Istituto di Studi Giuridici Internazionali, Naples
- Gaetano CARLIZZI, Juge au Tribunal Militaire de Naples
- Antonio CASSESE, Professeur de Droit international à la Faculté de Sciences Politiques de l'Université de Florence, Ancien Président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
- Gabriele DELLA MORTE, Docteur en Droit de l'Université de Palerme en cotutelle avec l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Mireille DELMAS-MARTY, Professeur au Collège de France, Chaire d'Etudes Juridiques comparatives et internationalisation du droit
- Francesca DE VITTOR, Doctorante en Droit international à l'Université de Naples Federico II
- Jean Marie BIJU-DUVAL, Avocat à la Cour d'appel de Paris
- Andreana ESPOSITO, Docteur en droit de l'Université de Salerne, *Assegnista di ricerca* à la Seconda Università di Napoli
- Emanuela FRONZA, Docteur en droit, *Professore a contratto* en droit pénal à l'Accademia Militare de Modène
- Lorenzo GRADONI, Docteur en Droit de l'Université de Bologne en cotutelle avec l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
- Elisabetta GRANDE, Professeur en Droit privé comparé à la Faculté de Droit, Università del Piemonte Orientale, Alessandria
- Andrea LOLLINI, Docteur en droit de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris en cotutelle avec l'Université de Bologne
- Stefano MANACORDA, Professeur associé de Droit pénal à la Seconda Università di Napoli
- Gaetano MARINI, Avocat général à la Cour d'Appel Militaire de Naples
- Fanny MARTIN, Doctorante à l'Université de Paris-2 Assas, ATER à l'Université Paris X-Nanterre
- Fulvio M. PALOMBINO, Doctorant en Droit international à l'Université de Naples Federico II
- Brigitte PESQUIE, membre du Pôle études et évaluation, Direction des affaires criminelles et des grâces, Ministère de la Justice, Paris.
- Enrica RIGO, Docteur en droit de l'Université de Naples Federico II

Jeremy SARKIN, Senior Professor of Law, Law Faculty, University of the Western Cape, South Africa

Juliette TRICOT, Doctorante à l'Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne, ATER à l'Université Paris X-Nanterre

Damien VANDERMEERSCH, Vice-président au Tribunal de première instance de Bruxelles, Juge d'instruction