

## LE DROIT INTERNATIONAL PÉNAL ENTRE L'ÉTAT ET LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE<sup>1</sup>

par  
**Serge Sur**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)  
Directeur du *Centre Thucydide – Analyse et recherche en relations internationales*

Si l'on inscrit les analyses qui vont suivre dans le cadre général de ce colloque, l'expression d'*internationalisation du droit pénal* appelle quelques éclaircissements préalables. Elle suggère, volontairement ou non, l'idée d'un progrès du droit international. Or, confrontée aux conditions pratiques des évolutions récentes, cette idée appelle pour le moins de sérieuses réserves (I). Ces évolutions ont notamment conduit à l'institution par le Conseil de sécurité de Tribunaux pénaux spéciaux (TPI), puis à la création par la Convention de Rome d'une Cour pénale internationale (CPI). Il convient toutefois de bien distinguer les TPI et la CPI. Les différences entre les deux types d'institutions sont nombreuses, et le plus souvent à l'avantage des TPI. La logique qui les oppose aboutit à la supériorité pratique des premiers (II). Pour autant, les deux se rejoignent à d'autres égards, et notamment en ce qu'aucune de ces juridictions n'est une panacée, et en ce que, même dans le cadre répressif restreint qui est leur est dévolu, leur efficacité reste aléatoire (III).

### I. - APPARENCES ET RÉALITÉS DU DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL

On peut ici distinguer les dimensions ou les étapes du développement de ce droit, puis leur signification pour les Etats comme pour le système juridique international dans son ensemble – signification pour le moins ambiguë.

(a) L'internationalisation en cause comporte en effet *trois dimensions*, trois dimensions qui parallèlement correspondent à *trois étapes* successives.

- La première, le degré minimal de l'internationalisation, se limite à l'*établissement conventionnel d'une coopération policière et judiciaire entre Etats* pour une meilleure application de leurs droits pénaux internes. C'est le cas notamment avec les conventions d'extradition. Dans cette hypothèse, le concours des autorités publiques d'autres Etats peut être requis pour assurer l'application d'une loi pénale nationale. Mais précisément il s'agit toujours de la mise en œuvre des droits internes : d'une part la détermination des infractions et des peines demeure du seul ressort des droits nationaux ; d'autre part l'extradition peut toujours être refusée pour des motifs touchant à l'ordre public, c'est à dire du droit interne de l'Etat sollicité. Il est vrai que cette variante minimale peut connaître une internationalisation plus poussée, comme lorsque le Conseil de sécurité ordonne à un Etat, par une décision, c'est à dire par un acte international, unilatéral et obligatoire, de faire comparaître certains de ses ressortissants devant un tribunal pénal étranger. Ce fut le cas voici quelques années à l'encontre de la Libye (Rés. 731 du 21 janvier 1992), et l'on peut y voir une première ébauche de ce qu'allaient être, un peu plus tard, les Tribunaux internationaux pénaux spéciaux créés par le Conseil de sécurité.

---

<sup>1</sup> Rapport présenté lors du colloque sur "l'internationalisation du droit pénal" qui s'est tenu à la Faculté de droit de l'Université de Genève les 16 et 17 mars 2001. Afin de conserver à ce texte le caractère d'une communication orale dans le cadre d'un colloque, on a décidé de ne pas y faire figurer de notes ni de références spécialisées. On mentionnera simplement de façon générale sur les questions ici abordées : « La Cour pénale internationale en débat » (trois articles dus à L. Condorelli, J.-A. Carrillo-Salcedo et S. Sur), *R.G.D.I.P.*, 1999, p. 7-45 ; *Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, Colloque de Rennes, SFDI 1994, Pedone, 1995 ; S. Sur, *Le recours à la force dans l'affaire du Kosovo et le droit international*, *Cahiers de l'Ifrri*, n° 22, 2000 ; H. Ascensio et R. Maison, « L'activité des Tribunaux internationaux », chronique *A.F.D.I.* La présente version est mise en ligne avec l'accord de la Faculté de droit de l'Université de Genève qui publiera prochainement l'ensemble des Actes du colloque.

- Une deuxième étape, qui relève encore du registre de l'interétatisme classique, consiste à *définir des incriminations pénales par des règles internationales*, ou au minimum à prévoir leur incrimination, généralement par des conventions multilatérales. Cette détermination internationale comporte souvent, en termes plus ou moins précis, l'obligation pour les Etats parties d'établir leur juridiction à l'égard des crimes ou délits ainsi poursuivis. Il s'agit dès lors d'une internationalisation normative, mais non institutionnelle, en ce sens que la répression ne peut être réalisée que par des juridictions nationales. L'objet est de parvenir à l'ubiquité de la répression, l'idéal serait d'aboutir à une compétence universelle, mais toujours par l'entremise de tribunaux internes. Il en est ainsi pour des infractions anciennement réprouvées, comme la piraterie ou l'esclavage. Cette internationalisation normative est également l'une des dimensions de la Convention de Rome du 17 juillet 1998, puisqu'elle vise directement un certain nombre de crimes à l'égard desquels les parties doivent avant tout établir leur propre juridiction, si elles ne l'ont déjà fait. Notons au passage que les crimes visés relèvent d'atteintes graves au droit humanitaire, et non aux droits de l'homme, comme on le dit parfois de façon simplificatrice.

- La troisième étape, qui nous intéresse le plus immédiatement, la plus récente, entraîne la *constitution de juridictions internationales pénales*, qui peuvent juger et condamner des individus en vertu d'incriminations résultant de normes internationales, suivant des procédures internationales. Cette dernière étape représente un degré d'internationalisation incontestablement supérieur, une internationalisation institutionnelle, conduisant à l'apparition d'un droit international pénal, au delà du droit pénal international classique reposant sur une coordination des droits et procédures pénaux internes.

(b) Il faut toutefois *dépasser une analyse qui s'attacherait trop aux apparences* pour nuancer l'impression spontanée d'un progrès du droit international, spontanée voire plus élaborée lorsqu'il ne s'agit plus de groupements militants ou de mouvements d'opinion mais de larges secteurs de la doctrine.

- *En apparence*, le progrès du droit international est indiscutable. Progrès technique, un peu à la façon de Georges Scelle, avec un passage du normatif à l'institutionnel, avec aussi l'attraction par le droit international de compétences pénales considérées jusque là comme l'apanage des seuls Etats souverains. Progrès éthique, avec la criminalisation de comportements individuels ou collectifs trop souvent ignorés par les droits internes ou échappant à toute répression organisée, tandis que le droit international classique restait impuissant à leur égard. On entreprend de remédier à une carence juridique multiforme – défaut d'incrimination, de compétence, d'intérêt, principe de l'opportunité des poursuites ...

- *En réalité*, le remède dévoile davantage des carences plus larges et plus graves qu'il n'y porte remède. On ne saurait en effet y voir un complément, un couronnement, le point d'orgue d'une entreprise complète de rétablissement de la paix – ce qu'il pourrait être dans un autre contexte. En l'occurrence, il souligne l'échec – les échecs démultipliés – des mécanismes de sécurité institués par le droit, qu'il s'agisse des droits internes ou du droit international. Echec des mécanismes préventifs d'une part, des mécanismes correctifs d'autre part, puisque tout système de sécurité comporte ce double aspect : prévenir, dissuader par sa seule existence ; corriger en redressant ou en réprimant si la dissuasion n'a pas été suffisante. En l'occurrence, si les crimes poursuivis se déroulent, c'est que les systèmes juridiques internes, et pas davantage l'ordre international issu de la Charte des Nations Unies n'ont su les prévenir. S'il faut ensuite envisager de créer des juridictions pénales internationales, c'est que les mécanismes coercitifs visant à réagir rapidement et efficacement contre les atteintes à la sécurité internationales n'ont pas non plus fonctionné pour les arrêter. Est tout particulièrement en cause le Conseil de sécurité, dont la mission consiste à maintenir ou à rétablir la paix et la sécurité internationales, et qui dispose à cet effet des compétences et pouvoirs les plus larges en vertu de la Charte.

(c) *L'accumulation de ces échecs* conduit donc à la création de juridictions internationales pénales, chargées de réprimer des comportements que l'on n'a su ni prévenir ni arrêter en temps utile. On pourrait à cet égard observer que d'autres techniques seraient sans doute plus adaptées à la protection des populations, et surtout l'intervention d'humanité, qui aurait le mérite de faire cesser rapidement de façon coercitive les atteintes massives et graves au droit humanitaire. Mieux vaut arrêter les massacres que d'exhumer les cadavres pour juger les criminels. C'est là un autre débat, qu'on n'abordera pas ici. Au passage, condamner ces atteintes, jouer les belles âmes, permet d'éluder

toute autre responsabilité, et notamment la responsabilité politique des autorités et des institutions qui n'ont pas rempli leurs missions.

Il est simplement symptomatique d'une certaine idéologie de la non violence qu'en son nom on puisse laisser commettre des atrocités pour ensuite tenter d'en poursuivre les auteurs, comme si la vertu du droit allait de pair avec son impuissance. En d'autres termes, la promotion des juridictions internationales pénales apparaît comme une contrepartie d'un droit international de l'impuissance, qui ne peut qu'enregistrer, déplorer et condamner les comportements criminels qui sapent ses bases mêmes. Il est sans doute nécessaire de créer ces juridictions à un certain stade, mais on n'a pas tellement lieu d'en être fier et de les présenter comme un progrès, parce qu'il eût été préférable que leur besoin ne se fasse jamais sentir.

De ce point de vue on doit distinguer les tribunaux internationaux pénaux spéciaux, institués par le Conseil de sécurité, et la Cour internationale pénale permanente établie par la Convention de Rome. Les premiers conservent en effet un caractère exceptionnel et ponctuel, comme s'il s'agissait de remédier à une carence locale et provisoire, tandis que la seconde conduit en quelque sorte à mettre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité à l'ordre du jour ordinaire de la société internationale, et ainsi à les banaliser. Une telle situation peut-elle réellement être considérée comme un progrès substantiel de la société et du droit international, un demi-siècle après Nuremberg et Tokyo ?

## II. - LES TPI ET LA CPI : DEUX LOGIQUES OPPOSÉES

Il serait vain de considérer la Cour pénale internationale comme un prolongement et un épanouissement des Tribunaux pénaux internationaux spéciaux, le permanent et le conventionnel ajoutant l'institutionnalisation à ce qui demeurerait accidentel et ponctuel. Leur comparaison évoque plutôt cette distinction classique, aux origines de la philosophie politique et pénale, entre la *Thémis* et la *Diké*. La *Thémis* est en quelque sorte l'image de Zeus tonnant, mais aussi la Justice de la Cité, la Justice appuyée sur la force, ou la puissance mise au service de la Justice et venant l'imposer aux mortels récalcitrants. La *Diké* à l'inverse est plutôt l'image d'Antigone, la revendication rhétorique d'une Justice maltraitée, qui s'oppose à la force et lui rappelle les droits sacrés de la faiblesse. C'est la conscience qui s'exprime et qui se dresse la cas échéant contre les abus de la puissance, alors qu'avec la *Thémis* la puissance et la Justice font corps.

Les TPI, créés par le Conseil de sécurité, institution internationale puissante, dotée de pouvoirs étendus, appuyée sur les principales puissances militaires, manifestation de leur courroux, sont l'expression de la *Thémis*. La CPI, établie par un traité à la participation facultative, promue par des ONG prétendant parler au nom de l'humanité, de l'humanité à la fois comme concept et comme valeur, rejetée par certains des Etats les plus puissants de la planète, sourdement vouée à leur dépassement et prétendant s'imposer à eux, est bien plutôt de l'ordre de la *Diké*. Au-delà de ces références symboliques, les deux types d'institutions ne s'inscrivent pas dans le même contexte : les TPI mettent en œuvre une répression pénale des individus comme élément du retour à la paix, c'est à dire dans le cadre d'une mission générale de rétablissement de la paix et de la sécurité ; la CPI repose sur une idée plus générale et abstraite de justice comme composante autonome de l'ordre du monde, qui existe indépendamment de toute politique concrète – en d'autres termes ou suivant d'autres références conceptuelles, une éthique de la conviction là où les TPI reposent sur une éthique de la responsabilité.

(a) *Les TPI et la répression pénale internationale comme élément du retour à la paix.* – Cette logique retrouve les fondements historiques du droit pénal fondé sur la puissance publique : substituer une répression publique à la vengeance privée, éviter une loi du talion indéfinie et la contagion du désordre, apaiser les esprits par une justice adéquate, indépendante, objective, impartiale, associer l'ordre et la justice, créer une société policée et non la compétition indéfinie des frustrations individuelles ou claniques, en bref établir un état social au lieu d'un état de nature. Tel a été le mécanisme historique de l'affermissement de l'Etat, qui semble *mutatis mutandis* inspirer la création des TPI par le Conseil de sécurité.

- Il ne s'agit cependant *pas d'une étape vers la formation d'un super Etat*. Après tout, on pourrait trouver un précédent lointain de ces institutions dans la mesure de police internationale qui a conduit à

l'internement de Napoléon à Sainte Hélène, en vertu d'une convention quadripartite entre les Etats vainqueurs, et plus récent dans le projet inabouti de juger Guillaume II après la première guerre mondiale. En l'occurrence, il s'agit simplement de l'utilisation des virtualités ouvertes par la Charte au profit du Conseil de sécurité, dès lors que le contenu de la sécurité internationale n'est pas défini, pas davantage que les moyens de son maintien ou de son rétablissement ne sont enfermés dans des limites précises. Dans ce registre, le Conseil dispose de capacités quasi indéfinies, sauf celle de prendre des mesures permanentes, puisqu'en toute hypothèse il s'agit pour lui de répondre par des mesures provisoires à des situations exceptionnelles. C'est sur ces bases que le Conseil a pu instituer des Tribunaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, par des décisions distinctes et individuelles (Rés. 827 du 25 mai 1993 pour l'ex-Yougoslavie ; Rés. 955 du 8 novembre 1994 pour le Rwanda).

- Leur création résulte ainsi des *décisions unilatérales d'un organe international*, disposant du pouvoir de prendre des décisions obligatoires à l'égard de l'ensemble des Etats membres des Nations Unies. Non seulement la création de tels tribunaux s'impose à tous, mais leur compétence pénale est obligatoire pour tous. L'universalité de la juridiction est ainsi immédiatement posée, sans dépendre du consentement individuel de chacun des membres, sans reposer sur une négociation universelle, sans permettre de s'en exonérer par des réserves, voire une auto exclusion unilatérale. Au surplus, cette compétence est rétroactive, de telle sorte que la non existence du tribunal au moment où les faits incriminables se produisent ne peut faire obstacle à leur répression ultérieure. Il n'y a pas là d'atteinte au principe de non rétroactivité de la loi pénale, puisque la qualification de ces comportements comme crime est en toute hypothèse antérieure. C'est l'efficacité de la répression qui se trouve renforcée par le recours à des juridictions spéciales, à la compétence internationalement obligatoire et universellement opposable.

- Dans cet esprit d'efficacité de la répression pénale, la justice internationale est adossée sur l'*autorité du Conseil de sécurité*, sur sa puissance coercitive éventuelle comme sur le concours des membres permanents. La coïncidence entre puissance et justice est assurée autant que faire ce peut, de même que la liaison entre exercice de la justice et maintien de la paix. Il est intéressant de relever à cet égard que, dans la Résolution 1244 du 10 juin 1999 qui prévoit les conditions du retour à la sécurité au Kosovo, le Conseil demande à la KFOR, force de sécurité établie par une coalition d'Etats membres avec son aval, de coopérer avec le Tribunal spécial pour l'ex-Yougoslavie. Il n'est pas non plus irrelevante d'observer que les Etats-Unis ont su exercer une pression efficace sur les nouvelles autorités de la Fédération Yougoslave pour obtenir que l'ancien Président Milosevic soit, après son arrestation par les autorités locales, remis au Tribunal pour y être jugé.

- Notons enfin que ces Tribunaux restent des *juridictions d'exception*, à la compétence spéciale et limitée, et par conséquent adaptés aux crises particulières auxquels ils doivent répondre. On peut certes s'inspirer d'un modèle, et beaucoup de points communs existent entre les Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Mais on peut aussi tenir compte des situations locales, et adapter en conséquence la composition voire la procédure de chacune des juridictions. Il y a là un élément de souplesse qui est bien adapté à la double contrainte juridique qui pèse sur ces juridictions. Elles doivent d'un côté faire respecter un droit de principes, celui du droit humanitaire, dont l'unité et l'universalité ne sauraient être mises en doute sans atteindre le fondement même de telles juridictions. Elles doivent d'un autre côté correspondre à un droit de situation, qui impose de tenir compte des circonstances propres à chaque crise, mais aussi des considérations régionales comme de ce que sont prêts à accepter les membres du Conseil de sécurité. A cet égard, la logique de la CPI apparaît bien différente.

(b) *La CPI et la répression pénale internationale comme élément de justice autonome*. - C'est là, avec la Convention de Rome, la manifestation d'une *Diké* beaucoup plus faible, parce que son appui sur des autorités publiques, et spécialement sur des moyens coercitifs, demeure très aléatoire. Il s'agit en quelque sorte de prendre des postures plus que des mesures – postures normatives, déclaratoires, exécration des crimes livrés à la vindicte de la conscience universelle, mais en même temps institution faible, probablement en trompe l'œil. Les mesures, en revanche, ne peuvent provenir que du Conseil de sécurité, dont on va voir que la CPI cherche à l'écartier du processus.

- *L'influence des ONG* aussi bien lors de la conclusion de la Convention de Rome que dans le fonctionnement éventuel de la CPI sont très significatifs à cet égard.

On sait quel rôle elles ont joué au moment de la Conférence de Rome, dépassant même celui de groupes de pression qui restent dans la coulisse pour conquérir une position quasi officielle et participer directement aux négociations. Instructif est le témoignage d'un militant ressortissant d'un pays d'Europe occidentale : il observe d'abord que l'humanité n'étant pas représentée au sein de la Conférence, il lui revenait de s'en instituer le porte-parole ; ainsi, l'humanité, c'était lui. Il ajoute qu'ensuite il est parvenu à intervenir au nom des Iles Solomon, au sein d'une délégation officielle. Il était ainsi devenu – redevenu ? – gouverneur des Iles Solomon, sans doute au nom d'un nouvel avatar de la vieille « *mission sacrée de civilisation* » à l'image pourtant ambiguë. Nombre de gouvernements ont semblé tétanisés par ce terrorisme idéologique, paralysés par l'ostentation de bons sentiments largement relayée et soutenue par les médias. Beaucoup ont oublié qu'ils étaient seuls légitimes, et qu'ils devaient avant tout rendre des comptes à leurs parlements nationaux. Il est vrai que les ONG étaient encouragées par un certain nombre d'« Etats pilotes », et ainsi utilisées dans un contexte interétatique beaucoup moins dépassé en l'occurrence qu'on ne pourrait le croire.

Les ONG se voient également reconnaître par la Convention un rôle officiel dans le déclenchement de l'action répressive, puisque celle-ci peut s'appuyer sur les informations qu'elles fournissent, et se voient au passage qualifier de sources « *dignes de foi* ». L'expression laisse rêveur. On se demande en effet quelles garanties d'indépendance, d'objectivité, d'impartialité, peuvent offrir des organisations privées, aussi opaques quant à leur composition, leurs liens, leur financement et leurs moyens d'action. Elles ne sont que des groupes de pression parmi d'autres, représentant des conceptions particulières, des thèses données, des perceptions subjectives, certes tout à fait dignes d'être prises en considération, mais elles ne méritent nullement d'être hypostasiées en incarnation de la conscience universelle. Ce sont au mieux des avocats, mais non des juges. Et que serait une justice pénale qui ne serait élaborée que par des avocats ? Que serait une justice qui ne serait rendue que par des avocats ? On doit observer que les ONG ne sont pas en pratique moins sélectives dans leurs dénonciations que ne le sont les Etats eux-mêmes. Leur indignation s'exprime à plein face à certains comportements indiscutablement criminels, mais en oublie d'autres, non moins condamnables, par exemple en Palestine. Ce que les gouvernements ont cédé lors de la négociation peut cependant être repris sur d'autres terrains, et la victoire des ONG pourrait bien n'être qu'apparente.

- La *logique générale* de la CPI demeure en effet *interétatique*, voire intergouvernementale, et de ce fait contractuelle. Sans détailler ici les diverses composantes et conséquences de cette donnée fondamentale, on peut observer qu'elle conduit à inscrire un processus répressif dans un cadre consensuel, formule qui est grosse de contradictions virtuelles. Ce processus répressif repose ainsi sur la participation initiale des Etats à la Convention, participation qui reste par définition facultative – alors que les résolutions du Conseil de sécurité s'imposent à tous les membres de l'ONU. Il suppose ensuite, pour sa mise en œuvre, une coopération concrète des gouvernements intéressés, coopération laissée à leur bonne volonté – alors que le Conseil de sécurité peut enjoindre à un Etat de coopérer avec un TPI. Il est en toute hypothèse subsidiaire, puisqu'il reste tributaire des poursuites internes que tout Etat est en mesure de diligenter dans son ordre juridique propre, et que rien ne garantit qu'il ne puisse par là le retarder durablement, voire le préempter. Enfin, la CPI n'a pas de compétence rétroactive, ce qui est là encore une grande infériorité technique par rapport aux TPI, cette compétence ne pouvant s'exercer qu'à partir de l'entrée en vigueur de la Convention de Rome. Au passage, car on va y revenir, on peut se demander si cette non rétroactivité est dans son esprit bien cohérente avec le caractère imprescriptible des crimes visés.

- La *mise à l'écart délibérée du Conseil de sécurité*, voire la méfiance que traduit la Convention à son égard, sont également très significatives. Le Conseil peut certes saisir la CPI, mais il est surtout traité comme un obstacle éventuel à son action, dans la mesure où des considérations politiques pourraient le conduire à éluder et à tout le moins à retarder un processus répressif international. Il pourrait ainsi offrir en fait une sorte d'immunité à des dirigeants avec lesquels on négocierait un retour à la paix, et l'on retrouve ici l'opposition sous-jacente entre éthique de la responsabilité et éthique de la conviction.

Certes, sur le plan de la technique juridique, la Convention de Rome risque fort d'être inapplicable en la matière. Elle prétend en effet limiter les pouvoirs du Conseil de sécurité à une simple suspension de l'action de la CPI pour une durée d'un an, reconductible mais par une nouvelle résolution, espérant par là qu'il ne sera plus possible de trouver en son sein une majorité prête à différer trop longtemps le processus répressif. Il est vrai, on l'a dit, que le Conseil ne peut par définition prendre que des mesures provisoires. Mais il lui revient seul d'en fixer le cas échéant le terme, et celui-ci peut parfaitement ne pas être prédéterminé, puisqu'il est tributaire de la réalisation des objectifs de la

résolution. Surtout, cette stipulation de la Convention de Rome est directement contraire à la Charte, puisqu'elle revient à la modifier en violation de ses procédures régulières, et qu'elle méconnaît son article 103, qui établit sa supériorité à l'égard « *de tout autre accord international* ». Rien n'interdira donc au Conseil de décider que l'action de la CPI doit être indéfiniment suspendue, sur la base du Chapitre VII, rendant inopérante la Convention de Rome. Il peut également utiliser un autre moyen, sans doute plus satisfaisant, qui consiste à créer directement un TPI spécial qui substituerait de plein droit sa compétence à celle de la CPI, devenue théâtre d'ombres judiciaires.

Ainsi la tentative qui vise à écarter le Conseil de sécurité du processus, ou à le mettre au service de la CPI est vouée à l'échec. Elle l'est d'autant plus que certains membres permanents du Conseil de sécurité, et non des moindres, sont hostiles à la CPI ou au minimum refusent de s'engager. Elle souligne cependant combien cette conception de la justice internationale pénale s'éloigne des contraintes du rétablissement de la paix au nom de considérations idéologiques abstraites. Elle s'attache davantage à des proclamations, à une conception déclaratoire du droit qu'aux conditions concrètes de sa mise en œuvre. Elle peut combler une frustration intellectuelle, mais risque fort d'apparaître comme un village Potemkine lorsqu'il faudra l'appliquer. En d'autres termes, et pour utiliser une image connue, elle est pure mais elle n'a pas de mains.

- Ces observations sont confirmées par l'insistance sur l'*imprescriptibilité des crimes visés*. Cette imprescriptibilité est en soi satisfaisante pour l'esprit, car il est intolérable que des criminels odieux puissent échapper à la répression. Il ne s'agit évidemment pas ici de plaider pour leur impunité. L'imprescriptibilité peut également jouer un rôle préventif, parce qu'elle vient rappeler, à l'occasion de procès même tardifs, la vigueur des normes sanctionnées. Mais, d'un côté, il existe nombre de procédés qui permettent d'éviter ou d'interrompre la prescription, ne serait-ce que la rapidité et la continuité des poursuites, et de l'autre, si l'on se situe dans le cadre du rétablissement de la paix et de l'apaisement des esprits, l'oubli voire le pardon des crimes, les processus de réconciliation, peuvent ne pas être moins honorables. C'est ainsi que dans un pays comme la France, dont l'histoire est jalonnée de guerres civiles et de crimes massifs, des guerres de religion aux tragédies du XXe siècle en passant par les tourmentes révolutionnaires, l'amnistie est régulièrement venue à l'appui de l'apaisement, favorisant la reconstitution du tissu national. L'amnistie renvoie les affrontements du passé à l'histoire, elle peut, si elle est réussie c'est à dire acceptée, leur ôter leur pointe mortelle dans l'intérêt commun. L'idéologie de l'imprescriptibilité est certes respectable, mais celle de l'amnistie ne l'est pas moins, dès lors qu'elle contribue à la paix publique.

On peut transposer ces enseignements d'un passé national aux perspectives internationales. Il est bon de ne pas s'enfermer dans une logique unique de répression, et de pouvoir tenir compte des circonstances propres à chaque situation. Dans certains cas, il n'y aura pas de véritable demande de répression pénale, mais plutôt un souci de transparence, voire une demande de repentance, qui sera satisfaite par des processus internes de réconciliation. Dans d'autres cas, la demande de répression se focalisera sur quelques individus particulièrement responsables, qui apparaîtront comme des effigies de crimes plus collectifs – ainsi avec les procès de Nuremberg et de Tokyo. Dans d'autres encore, s'exprimera de la méfiance à l'égard d'une juridiction internationale, étrangère aux traditions et cultures locales. Il convient que la justice internationale pénale apparaisse comme un instrument de retour à la paix, pouvant s'adapter à ces diverses exigences, et non comme un mécanisme automatique de justice abstraite, mécanisme qui au demeurant risquerait fort de manquer son but, tant ses limites sont manifestes. La formule des TPI est de ce point de vue incontestablement supérieure, sur le plan politique, juridique et pratique. Elle ne suffit pas pour autant à garantir l'efficacité de la justice internationale pénale, qui demeure en tout état de cause aléatoire.

### III. - LES TPI ET LA CPI : UNE EFFICACITÉ ALÉATOIRE

L'efficacité en cause doit ici être définie et appréciée par rapport à leurs propres objectifs : non seulement réprimer des crimes odieux mais encore concourir au rétablissement de la paix pour les TPI, et pour la CPI affirmer hautement la suprématie de valeurs humanitaires universelles par la répression des atteintes qui leur sont portées. Dans les deux hypothèses toutefois, l'efficacité de ces juridictions demeurent soumise à de nombreux aléas. Ils sont plus visibles pour les TPI, ne serait-ce que parce que ces tribunaux sont d'ores et déjà en activité. Ils sont en revanche perfectibles, puisque l'expérience acquise par chacun d'eux est utilisable pour ceux qu'il apparaîtrait nécessaire de créer par la suite. Quant à la CPI, ses limites sont pour l'instant moins apparentes puisqu'elle demeure virtuelle.

Probablement sont-elles plus profondes, et la CPI est-elle moins amendable, en raison de son caractère contractuel.

(a) *Les TPI ou la justice selon le Conseil de sécurité.* - Ces juridictions restent entièrement marquées par leur origine institutionnelle, unilatérale et coercitive. Elle entraîne diverses caractéristiques techniques, qui sont souvent des imperfections. Elle les rend également étroitement tributaires d'un contexte politique qui peut dominer leur fonctionnement.

- On peut relever quelques unes de ces *imperfections techniques*, sans nullement prétendre à l'exhaustivité.

Ainsi, l'existence de *mandats secrets*, qui permet au TPI d'être saisi d'incriminations sans même que les personnes concernées en soient avisées. On en comprend la logique : informées, elles pourraient prendre le large ou se protéger de sorte que leur arrestation deviendrait impossible. En contrepartie, ce fonctionnement opaque fait fi des droits de la défense. On peut aisément imaginer la situation suivante. Poursuivi sans en être averti, tel individu voit soudainement son domicile entouré et assailli par une troupe qu'il ne peut identifier. Il se défend, il est tué. La presse internationale ne déplore pas, c'est une litote, la disparition d'un criminel supposé et récalcitrant. Mais au bout du compte il pouvait être innocent ; en toute hypothèse il n'a pas été jugé ni condamné, de sorte que les mandats secrets risquent de placer l'exécution d'une peine – au demeurant écartée par les statuts de ces tribunaux, la peine de mort – avant même un examen contradictoire des charges.

Dans le même sens, le fait que les TPI – mais il en sera de même pour la CPI – ne puissent pas juger par *contumace*. On sait que la contumace permet un jugement en l'absence de l'accusé, mais que ce jugement n'est pas exécutoire avant que la contumace n'ait été purgée, c'est à dire avant que le condamné n'ait été remis à la justice. La procédure d'inspiration anglo-saxonne des TPI a écarté cette formule, et l'on peut le regretter, parce que la contumace permet à tout le moins un examen contradictoire des charges contre l'accusé dans le cadre d'un procès public, et qu'elle est par là très supérieure aux mandats secrets. Elle fournit en outre un titre juridictionnel incontestable à l'arrestation ultérieure du condamné, qui disposera de la possibilité de défendre sa cause sur des bases claires.

On peut encore mettre à certains égards en question l'*impartialité* de ces TPI, qui ont en quelque sorte des cibles désignées à l'avance. La question la plus délicate est celle de l'incrimination éventuelle de membres de forces d'intervention étrangères, voire des conditions de leur témoignage devant les TPI. On sait ainsi que dans l'affaire du Kosovo, le TPI pour l'ex-Yougoslavie a rapidement écarté toute mise en cause des forces des pays membres de l'OTAN qui ont conduit l'action militaire contre la République Yougoslave, alors même que certains bombardements d'objectifs dont le caractère militaire n'était pas évident avaient provoqué des pertes civiles importantes. La notion de « dommages collatéraux », largement exploitée par les porte-paroles de l'OTAN, n'a pas été mise en doute. Il est clair que la logique de ces tribunaux n'est pas de condamner les membres des forces armées des pays intervenants, même si certains d'entre eux ont pu s'en inquiéter. Pour les Etats-Unis spécialement, on sait qu'un courant puissant entend subordonner toute action militaire sous l'égide du Conseil de sécurité à une immunité préalable des contingents américains.

Le *soutien du Conseil de sécurité* reste nécessaire à tous les stades, et non seulement à celui de la création des TPI. Leur force réside dans son appui coercitif, et celui-ci n'est pas toujours assuré dans les mêmes conditions. En amont de cette condition juridique, il convient en effet que les pays qui fournissent des contingents armés soient prêts à les utiliser pour des arrestations qui peuvent être violentes voire meurtrières. Leurs opinions publiques sont-elles prêtes à accepter des pertes en vies humaines pour des arrestations qui peuvent en définitive ne pas déboucher sur des condamnations ?

Soulignons enfin les *coûts très élevés* de fonctionnement des TPI, supportés par le budget des Nations Unies. Il est tout à fait compréhensible que la justice ait un coût. Mais dans certaines situations celui-ci peut paraître disproportionné par rapport à d'autres besoins. C'est ainsi que pour le Rwanda, pour lequel les pertes sont immenses, on a pu se demander si les crédits n'auraient pas été mieux utilisés pour l'assistance aux victimes et la reconstruction, ceci d'autant plus que le Tribunal n'a qu'assez peu fonctionné et que certains gaspillages voire des phénomènes de corruption se sont produits. L'observation rejoint des considérations plus larges de politique juridique, qui, au-delà des conditions de fonctionnement des TPI, peuvent viser leur opportunité même.

- Par définition, le *contexte politique* qui domine les TPI ne leur est pas toujours favorable. Pour des raisons diverses en fonction de leur situation dans le processus, les Etats mais aussi les opinions publiques intéressés peuvent ressentir et exprimer leur méfiance à l'encontre de ce type de justice.

De façon générale, les pays que l'on peut regrouper sous l'étiquette vague mais commode de « *pays du Sud* » ne sont guère enthousiastes, et pas seulement parce que le Conseil de sécurité, maître d'œuvre en la matière, est une institution qui leur échappe et les domine. Les normes que les TPI promeuvent apparaissent comme des valeurs du Nord, et plus précisément comme des valeurs occidentales. N'est-ce pas un moyen de juger le Sud au nom des valeurs du Nord, et plus généralement de poursuivre sur un autre terrain cette entreprise de criminalisation du tiers monde que certains dénoncent, que ce soit à propos du terrorisme ou des trafics de drogue par exemple ? Il est vrai que, contradictoirement, certains sont tentés de dénoncer dans cette justice internationale une justice de luxe, qui assure des garanties trop élevées et des peines trop douces à des criminels avérés, leur permettant d'échapper par-là aux rigueurs de la justice locale. C'est ainsi que, dans l'affaire du Rwanda, on a vu des accusés de haut rang se réfugier près du Tribunal spécial, cependant que des subalternes étaient localement plus sommairement jugés et fusillés. Les deux frustrations convergent toutefois, en ce qu'elles empêchent ce type de justice internationale d'atteindre son objectif, favoriser l'apaisement et le retour à la concorde civile, élément de la sécurité internationale.

On peut également redouter une *sélectivité de la répression* qui affecterait la crédibilité de la justice internationale pénale et par là sa contribution au rétablissement de l'ordre public. Ceci peut se produire de plusieurs façons différentes. Par exemple, les Etats qui coopèrent loyalement avec ces juridictions risquent de se trouver désavantagés par rapport à ceux qui cherchent à l'esquiver ; ou encore, on peut se limiter à la poursuite d'exécutants, certes coupables mais sans responsabilités dans les décisions, laissant échapper les principaux coupables ; à l'inverse, juger et condamner quelques grands responsables peut revêtir une dimension symbolique, ce qui permet d'arrêter rapidement la répression et de laisser des frustrations et ressentiments subsister longuement sur le terrain... A certains égards, les procès de Nuremberg et Tokyo, souvent cités comme modèles ont joué ce rôle de *catharsis* et permis en leur temps de faire l'économie d'une condamnation plus complète des crimes sans précédent commis durant la seconde guerre mondiale.

Plus largement, alors qu'il importe non seulement que la justice soit juste mais encore qu'elle paraisse juste, comme l'écrivait déjà Louis Renault, les TPI risquent d'apparaître comme une justice de vainqueurs, qui ne se met en marche que sous la pression d'un certain nombre de grands Etats. Les conditions de la remise de l'ancien Président Milosevic au Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, le rôle décisif des Etats-Unis en la matière, en sont une illustration. C'est à juste titre que l'on répond que l'impossibilité de poursuivre les uns ne saurait justifier l'impunité des autres. Mais la perception d'une inégalité dans l'application des mêmes normes subsiste, et cette inégalité est vite assimilée à une iniquité. Cette perception affecte non seulement le moyen – la crédibilité des TPI – mais aussi l'objectif – le retour à la paix publique, puisqu'elle traduit le maintien de frustrations latentes.

Ce qui peut apparaître comme un *déséquilibre fondamental* dans le principe même des TPI est probablement la critique la plus difficile à écarter. Sur beaucoup d'autres points, et surtout pour ce qui concerne les questions techniques, les TPI sont perfectibles, on l'a dit, et il est toujours possible de tirer parti de l'expérience acquise. Mais l'ensemble de ces aléas, s'il ne suffit sans doute pas à l'expliquer, va de pair avec un certain épuisement de la dynamique des TPI. La création de tribunaux de ce type ne paraît plus envisagée qu'avec circonspection, et l'on recherche volontiers d'autres formules, moins interventionnistes et plus diversifiées. On pourrait considérer que c'est l'existence de la CPI qui explique cette évolution, puisqu'elle aboutit à la création d'une juridiction permanente pouvant offrir de meilleures garanties d'efficacité. Mais est-ce réellement le cas ?

(b) *La CPI et la justice internationale pénale virtuelle*. – Virtuelle dans la mesure où la Convention de Rome n'est pas encore en vigueur et encore moins saisie d'incriminations particulières. Il est au demeurant souhaitable que sa juridiction demeure telle, dans la mesure où cela signifierait qu'elle n'a pas lieu d'être saisie, faute de crimes et de criminels à réprimer, ou encore parce que les Etats ont décidé de les poursuivre eux-mêmes. Cette perspective optimale n'est toutefois qu'une hypothèse parmi d'autres. Mais elle indique que le rôle des Etats demeure essentiel à tous les stades du fonctionnement éventuel de la CPI. A cet égard, on peut distinguer trois attitudes possibles, qui ne désignent pas nécessairement trois catégories d'Etats définitivement fixées, car leurs attitudes pourront évoluer en fonction des circonstances : ceux qui rejettent l'existence de la CPI telle qu'elle

résulte de la Convention de Rome ; ceux qui l'acceptent pleinement ; ceux qui l'acceptent avec un ensemble de restrictions explicites ou implicites, et pourraient bien n'y voir qu'une institution de caractère symbolique.

- Avec la première attitude, celle du *refus de la Convention*, est en cause son universalité et celle de la compétence de la CPI. On sait que la Convention de Rome a été adoptée par une large majorité d'Etats, et que les opposants ont été très minoritaires. Mais, si l'on pèse les voix au lieu de les compter, ces rejets sont loin d'être insignifiants. Ils mettent au contraire gravement en cause l'avenir de la CPI : la Chine, l'Inde, Israël, mais aussi les Etats-Unis, qui n'ont tardivement signé la Convention que pour mieux lui ôter ultérieurement sa substance, puis ont écarté toute perspective de participation. Ce qu'ils récuse notamment, c'est la possibilité que des citoyens américains soient justiciables de la CPI, au nom d'une loi particulière qui s'appliquerait à ces individus d'une autre espèce – *civis romanus sum* ... Si l'on y ajoute l'Inde et la Chine, c'est au surplus une partie importante de l'humanité qui entend échapper à ce type de juridiction.

On peut dès lors se demander si une convention à vocation universelle privée de tels concours a un grand avenir. Les comparaisons ne sont pas nécessairement justifiées. Mais les précédents de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer, ou plus récemment du Protocole de Kyoto sur l'environnement, sans parler du Traité sur l'interdiction complète des essais nucléaires ne sont guère encourageants. Certes, dans chacun de ces exemples, l'attitude américaine a été justifiée par des considérations spécifiques et a entraîné des conséquences particulières. Mais le concept de « multilatéralisme à la carte » désormais avancé par l'administration américaine indique que les Etats-Unis n'entendent plus assumer de *Leadership* en la matière. En toute hypothèse, la CPI ne pourra prétendre être une juridiction à vocation universelle si elle ne bénéficie pas du soutien des Etats-Unis, et encore moins si elle est combattue par eux. Là encore, le précédent de la SdN n'est pas nécessairement significatif, car les institutions et le contexte sont très différents. Mais le poids des Etats-Unis dans les relations internationales est tel, leur contribution au multilatéralisme depuis un demi siècle a été si décisive, que leur attitude est de nature à jeter le doute sur la réussite de la CPI.

- La deuxième attitude, symbolisée par les « *Etats pilotes* », souvent pays de l'Europe du Nord auxquels se joignent l'Italie et le Canada, est celle de ceux qui affirment vouloir pleinement jouer le jeu de la CPI, et la considèrent comme un progrès décisif du droit humanitaire et plus largement du droit international. Ces Etats ont été particulièrement réceptifs aux thèses des ONG, et les ont parfois relayées sur le plan interétatique. Magnifiant le rôle personnel du Commissaire Emma Bonino, la Commission des Communautés a joué également un rôle en ce sens, comme s'il s'agissait d'universaliser des mécanismes d'intégration, féconds dans le cadre limité de la construction européenne. La CPI amorcerait ainsi une sorte de communautarisation du droit international. En réalité, la Convention de Rome ne comporte pas de tels mécanismes, et son fonctionnement suppose à tous les stades une coopération des Etats qui reste largement volontaire.

Il n'en demeure pas moins que, dès lors que la compétence de la CPI est subsidiaire et ne s'exerce que si les Etats concernés ne mettent pas en œuvre leur propre compétence pénale, saisir la Cour est en soi une critique des Etats, un recours en carence implicite, puisque cette saisine signifie que les Etats n'ont pas agi comme ils auraient dû le faire. L'existence de la Cour n'est pas seulement une prothèse qui vient réparer une lacune objective de la compétence pénale. Elle est un mécanisme substitutif dont la mise en œuvre accuse le défaut subjectif du fonctionnement des services judiciaires des Etats. Derrière chaque procès individuel organisé par la Cour, on trouvera en filigrane le procès de carences étatiques. Les Etats qui acceptent cette compétence ont en quelque sorte intériorisé leur insuffisance et accepté leur défaite. Il n'est dès lors pas surprenant que les plus chauds partisans de la CPI se trouvent parmi ceux qui considèrent qu'il faut dépasser l'Etat, institution inadaptée et vieillie aux besoins nouveaux de l'organisation et de la gestion des sociétés et qui réclament une nouvelle gouvernance. Celle-ci ne sera cependant pas en tout état de cause une « gouvernance globale » ou mondiale, faute d'universalité de la Convention.

Dans l'hypothèse où la CPI fonctionnerait sur ces bases, qualitativement restreintes, un risque se trouverait du même coup aggravé : celui d'une atteinte portée à l'existence du droit international général, en raison de la multiplication des juridictions indépendantes et donc à certains égards concurrentes. Ce risque existe en toute hypothèse, dès lors que ni la CPI ni les TPI ne sont par exemple subordonnés à la CIJ, et que leurs décisions ne relèvent pas d'un contrôle juridictionnel, par exemple en cassation, contrôle qui serait de nature à maintenir l'unité du droit international. Mais le

caractère partiel de la compétence de la CPI ne peut que le renforcer. Sur des questions aussi sensibles que l'interprétation du droit coutumier, ou l'existence, la nature et le contenu éventuels du *jus cogens*, multiplier ainsi les juridictions indépendantes risque d'aboutir à des contradictions de jurisprudence qui affecteront la crédibilité de la justice internationale dans son ensemble. Il n'est déjà pas assuré que les TPI et la CPI auront la même conception du droit humanitaire. Mais il n'est pas exclu que les conditions de la création de la CPI la conduisent à adopter des conceptions juridiques militantes qui s'éloigneraient de la prudence actuelle de la seule juridiction internationale réellement universelle, la Cour internationale de Justice.

- La troisième attitude, celle des *Etats les plus divers*, est la plus équivoque. Elle consiste à approuver et à appuyer en apparence la CPI tout en conservant par-devers soi un certain nombre de réserves et d'arrière pensées. Ceux qui participent activement aux interventions internationales, dans le cadre de l'ONU ou autrement, peuvent craindre d'être victimes de manœuvres qui en feraient les principaux accusés devant cette juridiction. Ils peuvent alors refuser, au moins dans un premier temps, sa compétence pour les crimes de guerre. Certains peuvent aussi espérer que la CPI restera une institution en trompe l'œil, dont l'existence permet de donner une satisfaction de principe à l'insistance des ONG, parfois pour des raisons de politique intérieure, mais qui restera un sabre de bois. Après tout, il y a quelques décennies, nombreux étaient les Etats qui votaient les résolutions de l'Assemblée générale favorables aux revendications des pays du tiers monde, notamment en matière de refonte des rapports économiques, sans qu'il en résulte aucune conséquence concrète. Accepter une pression peut relever d'une stratégie de l'édredon, qui reprend sa forme traditionnelle après avoir mollement absorbé les chocs.

Il est même une utilisation cynique de la CPI. Elle consistera pour les Etats en cause à jouer la défausse à l'égard de la CPI, à éviter d'exercer leur propre juridiction là où ils pourraient le faire en se référant à la compétence de la CPI, dont ils savent qu'elle ne pourra s'exercer qu'avec difficulté, hérissée qu'elle sera de recours et de manœuvres de retardement. Ces Etats éluderont ainsi les pressions qu'ils pourraient subir de la part de certaines ONG, et se soustrairont aux menaces dont ils pourraient faire l'objet de la part de groupes terroristes, voire des pressions contraires de la part d'autres Etats. Certains procès apparaissent comme des *hot potatoes* dont chaque Etat entend laisser la brûlure à ses voisins. L'affaire Pinochet est très éclairante à cet égard, de même que la facilité avec laquelle certaines personnes menacées de poursuites judiciaires sur le plan interne ont pu quitter le territoire des Etats concernés, qui se sont pourtant affichés comme des parangons de la CPI. Cette dernière n'étant appuyée sur aucune autorité publique particulière, ne disposant d'aucun moyen de police qui lui soit propre, la pression en faveur des poursuites à l'encontre de certains individus risque fort de se perdre dans les sables de la procédure, entre les juridictions internes et la juridiction internationale pénale.

On en saurait à l'évidence conclure sur ce point. On peut simplement observer que la technique la plus efficace pour assurer l'ubiquité de la répression et la mise en procès des criminels qui violent en quelque lieu que ce soit le droit humanitaire est l'exercice par l'ensemble des Etats, ou à tout le moins par ceux qui disposent d'un système juridictionnel perfectionné, appuyé par une police efficace et qui militent pour les valeurs en cause, d'une compétence pénale universelle. Elle permettrait de lancer des mandats d'arrêt internationaux et de contraindre les accusés, surtout s'ils ont été jugés par contumace et ont été judiciairement reconnus coupables, à ne plus avoir d'asile sûr et à se terrer durablement voire définitivement. Cette solution est moins spectaculaire et moins médiatique que la création de juridictions internationales pénales. Elle est moins voyante et plus modeste. Mais elle serait à coup sûr plus efficace. Il incombe aux Etats d'exercer leurs responsabilités et d'assumer leur droit, en n'oubliant pas cette donnée fondamentale que la meilleure garantie du respect des normes internationales se trouve toujours dans les droits internes.

\* \* \*

© 2001 Serge Sur. Tous droits réservés.

SUR S. - "Le droit international pénal entre l'Etat et la société internationale". - *Actualité et Droit International*, octobre 2001 (<http://www.ridi.org/adi>).