

L'EXPÉRIENCE MITIGÉE DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX

LES LIMITES DE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

PAR

JULIAN FERNANDEZ (*)

La volonté d'apprivoiser la violence des relations interétatiques grâce à la judiciarisation de celles-là est une prétention historique des acteurs internationaux. Cette quête est particulièrement vive aux lendemains de conflits majeurs ou de bouleversements de l'ordre des puissances. Faut-il rappeler les prompts – mais parfois brèves – émotions que toute guerre suscite? Il n'est nullement surprenant que les Etats cherchent, un temps au moins, freins et contrepoids juridiques à l'engagement conflictuel et à l'escalade des moyens employés dans la conduite des hostilités. Ainsi, le droit international a d'abord pu prétendre réguler le recours à la force, distinguer l'agresseur de l'agressé afin d'habiliter ce dernier à se défendre contre le premier. Les Etats ont ensuite voulu que le droit incrimine non seulement les actes de guerre les plus disproportionnés, mais aussi certains actes jugés *mala in se*, quand bien même ils seraient commis en temps de paix (relative).

La justice pénale internationale est née de ces dernières ambitions. Depuis longtemps, elle rassemble un ensemble de règles prohibitives et prescriptives, qui visent à organiser la punition des individus responsables de violations de l'«*ordre de l'humanité*», pour reprendre l'expression d'Hannah Arendt (1). Depuis peu, la justice pénale internationale aspire à l'institutionnalisation, à la mise en place de tribunaux pénaux internationaux, comme une garantie contre la défaillance des Etats dans la poursuite des auteurs des plus graves violations du droit humanitaire. L'ambition a été relancée au début des années 1990, lorsque la «communauté internationale» a cherché à répondre par le jeu de la diplomatie judiciaire à la réalité du «nouveau désordre international», réalité succédant à l'utopie du «nouvel ordre mondial».

L'expérience a d'abord été initiée contre deux situations particulières, l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Aujourd'hui, ces tribunaux pénaux internationaux (TPI) sont au crépuscule de leurs vies. On le sait, le père des juri-

(*) Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) et chercheur associé au Centre Thucydide, Université Panthéon-Assas (Paris II, France).

(1) Hannah ARENDT, *Eichmann à Jérusalem. Rapport sur la banalité du mal*, Gallimard, Paris, 1966, p. 299.

dictions *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda – le Conseil de sécurité des Nations Unies – a projeté la cessation définitive de leurs activités à l'horizon 2010 (2). En conséquence, à peine plus de dix ans après leur création, l'essentiel de l'œuvre de ces premières juridictions pénales internationales depuis Nuremberg relève désormais de l'histoire. Il nous faut donc essayer d'apprécier ce *momentum* : quelles leçons tirer de cette aventure du droit international pénal ? A l'évidence, le poids du politique dans le judiciaire est venu perturber l'expérience et contraster le bilan de ces tribunaux, qui n'ont pu pleinement se libérer de l'emprise de leurs créateurs, d'une « culture de la soumission », et susciter le soutien des Etats intéressés. Loin d'être dénuée d'intérêt, l'aventure souligne seulement les limites de l'institutionnalisation du droit international pénal et sonne la fin de l'innocence d'une vision idéale de la justice dans les relations interétatiques.

L'analyse nécessite au préalable de revenir sur l'important décalage entre les fondements réels de la mise en place des Tribunaux et les multiples attentes que celle-là a provoquées. La noblesse des idéaux affichés masque difficilement la présence d'« arrière-pensées » discutables. A l'origine, les deux juridictions correspondent à la volonté de la « communauté internationale » de présenter des garanties de bonne conduite à moindre prix au regard de deux crises extrêmes soulignant tant l'incurie des Etats impliqués que l'impuissance des systèmes de sécurité régionaux ou universels (3).

Dans les Balkans, la lutte relative à l'existence de l'Etat de Bosnie-Herzégovine conduisait à des actes de nettoyage ethnique et autres « violations massives et systématiques des droits de l'homme ». La Bosnie demanda l'aide des Nations Unies. Les accords de paix de Dayton ne furent conclus qu'en 1995. Auparavant, le Conseil de sécurité décidait d'envoyer des Casques bleus pour maintenir une paix qui n'était plus et paraissait, en mai 1993, sur la création d'un Tribunal international (TPIY) pour contenir une guerre ouverte (4).

Dans l'Afrique des grands lacs, la lutte relative au contrôle de l'Etat du Rwanda témoignait d'un seuil de violence et d'assassinats de masse sans précédents depuis la Seconde Guerre mondiale. Au printemps 1994, en

(2) Cf. notamment la résolution 1 503 du Conseil de sécurité (S/RES/1 503, 28 août 2003).

(3) Cf. Howard BALL, *Prosecuting War Crimes and Genocide : the Twentieth-century Experience*, University Press of Kansas, Lawrence, 1999, 288 p.; Frédéric MEGRET, « The politics of international criminal justice », *EJIL*, 2002, pp. 1 261-1 284. Le propos n'est point ici de faire un procès d'intention aux puissances créatrices des deux Tribunaux, mais seulement de remarquer, à l'instar de Hans Morgenthau, que « par la plus heureuse des coïncidences, ce que les principes de la morale exigeaient correspondait toujours aux besoins de l'intérêt national » (Hans MORGENTHAU, *In Defense of the National Interest. A Critical Examination of American Foreign Policy*, Knopf, New York, 1951, p. 19, cité par Pierre HAZAN, *Juger la guerre, juger l'histoire*, PUF, Paris, 2007, p. 113).

(4) S/RES/827, 25 mai 1993. Cf. notamment Philippe WECKEL, « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI*, 1993, pp. 232-261; James C. O'BRIEN, « The international tribunal for violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia », *AJIL*, 1993, pp. 639-659; Alain PELLET, « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie. Poudre aux yeux ou avancée décisive? », *RGDIP*, 1994, pp. 7-60; Alfred P. RUBIN, « An international criminal tribunal for former Yugoslavia », *Pace International Law Review*, 1994, pp. 6-17.

100 jours, le génocide des Tutsis et des Hutus modérés causait la mort de 800 000 personnes (5). Refroidie par l'expérience somalienne et concentrée sur l'ex-Yougoslavie, la « communauté internationale » se résigna à s'abstenir plutôt qu'à intervenir. Cependant, à la demande du Front patriotique rwandais (FPR) et compte tenu du précédent des Balkans, le Conseil créait, en novembre 1994, une seconde juridiction spécifique (TPIR) (6).

On remarque donc une première différence significative : le TPIY est né en plein cœur des hostilités, alors que le TPIR apparaît après la fin des affrontements les plus vifs. Cela dit, ces deux juridictions qui siègent « hors sol » – à La Haye (Pays-Bas) pour la première et à Arusha (Tanzanie) pour la seconde – proposaient une structure et une ambition de façade similaires : ayant primauté sur les instances locales, composés de juges internationaux et appelés à fonctionner selon les règles de droit international pénal, ces tribunaux ont eu des compétences strictement encadrées *ratione loci* et *ratione temporis*. Le TPIY devait juger des génocides, crimes contre l'humanité, violations des lois et coutumes de la guerre et infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 commis au sein de l'ex-Yougoslavie depuis janvier 1991 ; le TPIR devait juger des actes ou crimes de génocide, crimes contre l'humanité et des violations de l'article 3 des Conventions de Genève précitées commis lors de la crise du Rwanda au cours de l'année 1994.

Sur un premier plan, le traitement judiciaire des atrocités en cause avait, pour la Bosnie et le Rwanda, quatre principaux objectifs, correspondant aux quatre prétentions traditionnelles du procès pénal (7). Il s'agissait d'abord de faire œuvre de justice tant à l'égard des victimes – en condamnant leurs bourreaux – qu'à l'égard des accusés – en respectant les canons du procès équitable. Les TPI devaient ensuite concourir à la recherche de la vérité sur les événements éclairés et prévenir toute récidive ou continuité

(5) Parmi les témoignages, cf. Jean HATZFELD, *Dans le nu de la vie : récits des marais rwandais*, Seuil, Paris, 2000, 238 p. ; Philip GOUREVITCH, *We Wish to Inform You that Tomorrow We Will Be Killed with Our Families : Stories from Rwanda*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 1999, 355 p.

(6) S/RES/955, 8 novembre 1994. Sur la naissance de cette juridiction, cf. notamment Mutoy MUBIALA, « Le Tribunal international pour le Rwanda : vraie ou fausse copie du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie ? », *RGDIP*, 1995, pp. 929-954 ; Jaana KARHILO, « The establishment of the International Tribunal for Rwanda », *Nordic Journal of International Law*, 1995, pp. 683-713.

(7) Pour une discussion de la diversité des fondements et des ambitions du droit de punir, cf. Frédéric DESPORTES / Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, Paris, 2003, pp. 23 et suiv. ; Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris, 1975, pp. 154-155. Cf. également TPIY, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, affaire n° IT-96-22-T, jugement de la Chambre de première instance, 29 novembre 1996, § 60 : « les finalités et fonctions recherchées par les systèmes pénaux nationaux sont souvent difficiles à identifier avec précision. En effet, les motivations qui poussent les législateurs à sanctionner la criminalité par une punition sont complexes et ambiguës. Au demeurant, il semblerait que les finalités et fonctions assignées aux peines comprennent la prévention (ou dissuasion) générale (la peine servant à dissuader les membres de la société de commettre des infractions), la prévention spéciale (la peine tendant à intimider le condamné pour prévenir la récidive), la rétribution (ou le 'juste dû', modéré dans sa version contemporaine par le principe selon lequel la peine doit être proportionnée à la gravité du crime et à la culpabilité morale de l'accusé), la réhabilitation du condamné (ou son traitement, sa rééducation, sa réinsertion sociale) et la protection de la société (par la neutralisation du condamné). L'importance et l'opportunité de chacune d'entre elles varient selon les époques et les systèmes juridiques ».

des atrocités (8). Enfin, les juridictions *ad hoc* devaient être l'outil privilégié de la réconciliation nationale de ces deux sociétés éclatées. Les TPI se voyaient également appréciés comme un vecteur du développement du droit international pénal : ils devaient ouvrir la voie à la future Cour pénale internationale, symboliser le « nouvel ordre judiciaire » (9).

On le voit, l'expérience nourrissait une double ambition : immédiate dans son action pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, médiate dans le développement du droit international humanitaire et l'institutionnalisation du droit international pénal. C'est bien ainsi que l'expérience était présentée par les créateurs, défendue par les acteurs de ces juridictions et endossée par la « société civile ». En définitive, le bilan des TPI apparaît bien modeste. S'il faut parfois distinguer entre les deux Tribunaux, l'ensemble se prête à une critique sévère concernant ses objectifs immédiats et à des conclusions plus nuancées sur son action médiate.

L'ACTION IMMÉDIATE DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX

La participation des Etats à l'activité du judiciaire est cruciale. Sans elle, le juge international est nu. En premier lieu, les Tribunaux ne disposent pas d'une propre force de police aux ordres du procureur, qui accompagnerait ce dernier dans sa quête de témoignages sur le terrain ou procéderait à l'arrestation des accusés. En second lieu, la procédure pénale des TPI, produit complexe de la rencontre entre traditions de *common law* et de droit romain, exclut la conduite de procès par contumace. C'est dire si l'action des juridictions internationales pénales dépend de l'exécution de leurs injonctions par les Etats. *A priori*, les deux Tribunaux bénéficiaient de toute l'autorité d'une décision prise par le Conseil de sécurité et fondée sur le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. La coopération des Etats était expressément requise. Finalement, cette dernière fut particulièrement cyclique et la vie et l'œuvre des TPI furent suspendues aux rares vents favorables (10).

(8) Protagoras, dans un débat avec Socrate sur la question de la punition, affirmait déjà que « [c]elui qui a souci de punir intelligemment ne frappe pas à cause du passé, car ce qui est fait est fait, mais en prévision de l'avenir, afin que ni les coupables, ni les témoins de leur punition ne soient tentés de recommencer », in PLATON, *Protagoras*, 324 b (traduction d'A. Croiset, Les Belles Lettres, Paris, 2002, 150 p.). Plus récemment, cf. Chérif BASSIOUNI, *The Statute of the International Criminal Court : a Documentary History*, Transnational Publishers, New York, 1998, p. 2; Louis JOINET, *Lutter contre l'impunité*, La Découverte, Paris, 2002, pp. 21 et suiv.

(9) Sur les ambitions de l'institutionnalisation du droit international pénal, cf. notamment Joe VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel, quelques observations », *AFDI*, 1999, pp. 452-464. Parmi les classiques, cf. également Hervé ASCENCIO/Emmanuel DECAUX/Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, 1 053 p.; Mireille DELMAS-MARTY/Antonio CASSESE (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, 336 p.

(10) Sur la vie et l'œuvre des TPI, cf. les chroniques d'Hervé ASCENCIO/Alain PELLET, puis Hervé ASCENCIO/Rafaëlle MAISON, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux », *AFDI*, 1995, 1997-2002, 2004, 2005. Cf. également les dossiers « La justice pénale internationale : éléments de pratique et de bilan »,

Une vie chaotique

Trois temps ont marqué le destin des Tribunaux pénaux internationaux. En fonction d'une politique d'indifférence, d'appui ou d'abandon de la part des Etats intéressés et des grandes puissances, les deux juridictions ont successivement connu une longue phase d'attente, un court apogée et un déclin irréversible. A travers le temps, le TPIR est celui qui a dû affronter les moments les plus durs en raison de la moindre attention que la scène internationale lui a accordée et en raison de la coopération conditionnée du Rwanda, son partenaire incontournable.

Les six premières années des TPI ont été particulièrement délicates. Leur inexpérience et l'absence de précédents récents ont pesé. Les deux juridictions devaient naturellement prendre le temps de l'installation, *a fortiori* pour le TPIR, qui ne bénéficiait pas de l'environnement confortable de La Haye – ce dernier multipliait les dysfonctionnements et ne commença son premier procès qu'en janvier 1997 (11). Il fallait également construire des règles gouvernant aussi bien les relations extérieures que le fonctionnement interne : le Règlement de procédure et de preuve des deux Tribunaux a ainsi été amendé à de multiples reprises, dans un processus de codification quasi permanente des pratiques en cours. Pour autant, cette nécessaire adaptation n'explique pas à elle seule la modestie de la première vie des juridictions *ad hoc* – seulement 15 procès en presque 7 ans et 400 milliards de dépenses (12)! Le premier bilan semble donc très fragile, quand bien même chacun des deux Tribunaux a pu rendre quelques jugements d'importance : par exemple, le procès de Dusko Tadic devant le TPIY a permis d'aborder la question épineuse de la licéité du mode de création de la juridiction (13); devant le TPIR, Jean Kambanda, Premier ministre en exercice au moment de la phase aiguë de la crise en 1994, plaida coupable des chefs de génocide, d'entente en vue de commettre le génocide, d'incitation et complicité dans le génocide et de crime contre l'humanité (assassinat et extermination) et fut condamné à l'emprisonnement à vie (14).

Annuaire français de relations internationales, 2005, pp. 154-217, et «Appraising the role of the ICTR», *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 920-988. Cf. Jackson Nyamuya MAOGATO, *War Crimes and Realpolitik. International Justice from World War I to the XXIst Century*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 2004, 266 p.; Guënaël METTRAUX, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford University Press, Oxford, 2005, 428 p.; William SCHABAS, *The UN International Criminals Tribunals: the Former Yugoslavia, Rwanda, and Sierra Leone*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, 711 p.

(11) Cf. «le Rapport du Bureau des services de contrôle interne sur la vérification des comptes et l'inspection du Tribunal criminel [sic.] international pour le Rwanda», A/51/789, 6 fév. 1997. Il n'existait pas à Arusha de centre de détention aux standards des Nations Unies et les Chambres du Tribunal devaient se partager une seule salle d'audience...

(12) Cf. «le Rapport du Groupe d'experts chargé d'évaluer l'efficacité des activités et du fonctionnement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda», A/54/634, 22 nov. 1999.

(13) Cf. TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias «Dule»*, affaire n° IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 oct. 1995.

(14) Cf. TPIR, *Le Procureur c. Jean Kambanda*, affaire n° ICTR-97-23-S, jugement portant condamnation, 4 sept. 1998.

Au-delà de ces affaires symboliques, les deux Tribunaux demeuraient prisonniers du peu d'engouement d'Etats comme les Etats-Unis, la France ou la Grande-Bretagne. Ceux-ci refusaient de leur communiquer des informations pourtant capitales, mais jugées trop sensibles. Les puissances étaient davantage préoccupées par la réussite des négociations de paix en Bosnie et la justice n'était point la priorité. De son côté, le Rwanda refusait de collaborer avec un Tribunal auquel il s'était finalement opposé, notamment en raison de son éloignement, de son refus d'enquêter sur les causes du génocide, de la croyance en sa possible accointance avec des Hutus et du trop grand différentiel entre valeurs internationales et locales (15). En toute hypothèse, Richard Goldstone, le premier Procureur, conscient de ces difficultés, modérait ses demandes et s'engageait dans une campagne mondiale de séduction. Bref, il ne souhaitait pas entrer par effraction dans l'agenda politique alors dominé par une volonté d'apaisement.

Après ce départ laborieux, les deux juridictions connurent une période plus glorieuse à la fin du XX^e siècle. Sur le plan technique, les TPI arrivaient à maturité et pouvaient tirer profit de leurs premières décisions et des amendements successifs à leurs textes de référence. Sur le plan politique surtout, l'«esprit» était au soutien de leur action. La guerre du Kosovo, menée hors du cadre des Nations Unies, renforçait la légitimité du TPIY, lequel devenait alors l'outil privilégié de la «communauté internationale» en ex-Yougoslavie. L'inculpation de Milosevic permettait également un gain de légitimité pour l'action militaire occidentale. Jusqu'alors alibi de la passivité, le Tribunal devenait finalement un enjeu majeur (16). L'activité du Tribunal bénéficia enfin du changement de régime politique à Belgrade. De son côté, le TPIR a su s'attirer l'aide de l'Etat rwandais grâce à quelques réformes procédurales facilitant sa collaboration. Longtemps timide dans ses prises de position, le Conseil de sécurité prit des résolutions rappelant l'obligation de coopération de chacun (17). Au surplus, il autorisa l'introduction de juges *ad litem* pour renforcer l'équipe des magistrats déjà en service (18). En 1999, la nomination au poste de Procureur de la Suisse Carla Del Ponte, connue pour son dynamisme et sa rigueur, symbolisait cette nouvelle ère : le rythme des arrestations, des transferts et des jugements augmenta. Au Rwanda, plusieurs responsables régionaux et une dizaine de ministres du régime de 1994 furent inquiétés. En ex-Yougoslavie, Slobodan Milosevic devint donc le premier chef d'Etat en activité mis en accusation par une institution internationale judiciaire. Transféré à La

(15) Cf. notamment Jose E. ALVAREZ, «Crimes of States / Crimes of hate : lessons from Rwanda», *Yale Journal of International Law*, 1999, pp. 385-483; Michael J. KELLY, *Nowhere to Hide. Defeat of the Sovereign Immunity Defense for Crimes of Genocide and the Trials of Slobodan Milosevic and Saddam Hussein*, Peter Lang, New York, 2005, pp. 42 et suiv.

(16) Pierre HAZAN, *La Justice face à la guerre. De Nuremberg à La Haye*, Stock, Paris, 2000, p. 195.

(17) Cf. par exemple S/RES/1 203, 24 oct. 1998; S/RES/1 207, 17 nov. 1998; S/RES/1 244, 10 juin 1999.

(18) Cf. notamment S/RES/1 329, 30 nov. 2000.

Haye le 28 juin 2001, il fut le premier chef d'Etat élu de l'histoire à souffrir d'un procès pour crimes internationaux (19).

Depuis, les deux Tribunaux marquent le pas et leur déclin paraît inexorable. L'état de grâce précédent s'est rapidement effacé au profit d'une ambiance de fin de règne. Certes, les juridictions *ad hoc* sont par nature temporaires. Leur mort semble toutefois prématurée au vu des tâches restant à accomplir. Plusieurs accusés échappent encore aux Tribunaux et les TPI comptent de nombreuses affaires en attente ou en cours de jugement. Cependant, la conjoncture favorable des années précédant le 11 septembre n'est plus : en 2003, le Conseil de sécurité a fixé à 2008 la fin des procès de première instance et à 2010 l'achèvement définitif des travaux. Bref, le temps est à la mise en place d'une stratégie de fin de mandat. Outre la nomination d'un Procureur distinct pour chaque Tribunal, trois grandes mesures ont été prises pour accélérer l'achèvement des travaux : la fusion des cas connexes, l'incitation au plaidoyer de culpabilité et, surtout, la délocalisation des affaires. Celle-là consiste en une délégation de la compétence de jugement normalement exercée par les TPI aux Etats ayant le lien le plus fort avec l'affaire en cause ; cette délocalisation doit toutefois répondre à des critères stricts concernant l'accusation – moindre gravité des faits reprochés – ou l'Etat réceptonnaire – garantie que l'accusé ne sera pas soumis à la peine capitale par exemple.

La révolution est consommée : d'ascensionnelle, la relation entre les Etats et les Tribunaux devient « dégringolante ». S'agissant du TPIR, plus de trente affaires sont susceptibles d'être renvoyées aux juridictions rwandaises. Le TPIY a également renvoyé plus de dix accusés à la Croatie ou à la Bosnie-Herzégovine, laquelle a créé en 2005 une section dédiée aux crimes de guerre au sein de sa Cour d'Etat. On peut néanmoins douter de la conclusion pérenne des travaux des juridictions *ad hoc* au vu de l'engorgement actuel de la Chambre d'appel (20). En tout état de cause, c'est bien l'amertume qui domine parmi les acteurs des deux Tribunaux. Carla del Ponte ne peut que constater et regretter que l'OTAN ou l'UE assouplissent peu à peu la condition d'une coopération optimale de Belgrade avec le Tribunal de La Haye comme préalable à toute négociation d'un accord de stabilisation ou de partenariat. Le concours de la Serbie est recherché sur le dossier brûlant de l'avenir du Kosovo. La Cour internationale de justice (CIJ) a pourtant récemment condamné la Serbie pour manquement aux obligations de prévenir et de punir le génocide à Srebrenica – soit une violation de ses obligations en tant que partie à la Convention sur le génocide –

(19) Cf. entre autres Femke BLANQUAERT, « Le procès de Slobodan Milosevic », *Annuaire français de relations internationales*, 2005, pp. 167-179.

(20) Au surplus, l'achèvement des travaux des deux Tribunaux pose de nombreuses questions en matière de ressources humaines – fuite du personnel – ou sur le fond. On peut ainsi citer la question de l'exécution des mandats d'arrestation, de la conservation des documents, de la protection future des témoins ou encore du lieu où seront entendus les appels liés à la présentation de nouveaux éléments de preuve.

et rappelé ainsi son obligation de coopérer avec le TPIY (21). La Serbie a pris acte de l'impuissance grandissante du TPIY et oppose désormais à ses demandes une fin de non-recevoir. Le pouvoir rwandais continue pour sa part à se jouer ouvertement du TPIR, en refusant par exemple à ses ressortissants la possibilité de témoigner devant l'institution dès que celle-là s'éloigne de ses intérêts.

Une œuvre inachevée

La vie mouvementée des TPI a naturellement eu de graves répercussions sur les quatre ambitions majeures de ces deux juridictions pénales internationales. Le credo originel était sans aucun doute élevé, mais l'appréciation finale constitue néanmoins une grande déception pour les partisans du traitement judiciaire des atrocités commises en ex-Yougoslavie et au Rwanda.

Au regard de l'œuvre de justice, le bilan brut est décevant. A l'automne 2007, le TPIY avait mis en accusation 161 personnes pour violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie; seule une centaine de procédures sont closes, dont 48 condamnations et 5 acquittements. Le TPIR n'a quant à lui pu procéder qu'à 72 arrestations; à peine plus d'une trentaine de procédures sont terminées, dont 5 ont conduit à un acquittement et 28 à une condamnation. Si on pèse les jugements au lieu de les compter, le TPIR se rattrape quelque peu, du moins à l'égard des dignitaires du régime hutu en place sous le génocide. Le TPIY s'est davantage concentré sur des exécutants et voit son bilan définitivement altéré par la mort frustrante de Slobodan Milosevic dans sa cellule en mars 2006 et par son incapacité à obtenir la localisation ou l'arrestation et le transfert de Ratko Mladic et Radovan Karadzic. Le premier, chef d'état-major de l'Armée de la République serbe de Bosnie-Herzégovine de 1992 à 1996 est le grand enjeu de la fin de mandat du TPIY, mais il n'est pas impossible que Serge Brammertz ne réussisse à l'avoir, en déployant des trésors de diplomatie et en s'appuyant sur la pression de l'Union européenne et des Etats-Unis (22). En revanche, le second, à l'époque dirigeant politique des Serbes de Bosnie, échappera probablement aux griffes du Tribunal: outre la protection de la Serbie, Radovan Karadzic bénéficie certainement de la bienveillance des Occidentaux, que celle-là soit la conséquence d'un marchandage obtenu lors des négociations de Dayton ou qu'elle soit liée à la crainte des révélations de l'accusé sur la passivité des puissances extérieures au moment du massacre de Srebrenica. En toute

(21) CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, arrêt du 26 février 2007, §§425-450. La Cour a toutefois considéré que la responsabilité de la Serbie ne pouvait être engagée pour commission, incitation, complicité ou encouragement au crime de génocide. Pour un commentaire, cf. notamment les études du vol. 111 de la *RGDIP*, n° 2, pp. 243-332.

(22) Cf. le 14^e Rapport du TPIY au Conseil de sécurité, A/62/172-S/2007/469, 1^{er} août 2007. Cf. également le film de Marcel SCHÜPBACH, *La Liste de Carla*, CAB Productions, 2006, 95 min.

hypothèse, la lenteur du processus et des peines prononcées jugées parfois trop élémentes au regard des chefs d'accusation ont contribué à ce que les victimes ne soient pas satisfaites de l'œuvre de justice (23).

Pour autant, les accusés n'ont guère bénéficié de traitement de faveur. Certainement, le procès de particuliers suspectés de telles atrocités a naturellement tendance à mettre plus l'accent sur le droit des victimes – ou plutôt sur l'action du Procureur – et moins sur les droits de la défense. Devant les TPI, malgré les promesses initiales, la présomption d'innocence ou le droit à un procès équitable n'ont pas toujours été respectés : on pense en premier lieu aux conditions dans lesquelles les accusés furent amenés devant les deux juridictions. Alors que les deux Tribunaux se sont souvent fondés sur la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme pour éclairer leurs jugements, l'utilisation de moyens privés pour capturer les accusés et les transférer devant eux (manœuvres dolosives, enlèvements...), puis le refus de lier la légalité de la détention à la légalité de l'arrestation (*male captus, bene detentus*) constituent néanmoins un net retour à des pratiques aujourd'hui condamnées dans l'Union européenne (24). La licéité de ces moyens est probablement préservée en raison de la singularité juridique des Tribunaux. La légitimité de ces actions peut également se fonder sur la nature des crimes et surtout la nécessité de dépasser l'absence de coopération des États ou de contourner la réticence de certains de leurs organes. Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une régression. Si la pratique concerne davantage le TPIY (25), le TPIR propose également une affaire où on perçoit clairement comment la justice internationale pénale peut être instrumentalisée par le politique. Ainsi, dans l'Affaire *Barayagwiza* (26), la Chambre d'appel a d'abord retiré les charges pesant contre l'accusé, avec arrêt définitif des poursuites et demande de remise en liberté immédiate, en raison d'abus de procédure et de la responsabilité du Procureur dans la violation répétée des droits de l'accusé, avant que le TPIR ne reconsidère sa décision, à la demande du Procureur et sous la pression ouverte du gouvernement rwandais, qui menaçait de cesser toute coopération si l'Affaire en

(23) Biljana Plavsic, une des Présidents en exercice de la République serbe de Bosnie-Herzégovine au printemps 1992, a plaidé coupable et obtenu que le chef de génocide soit retiré de l'accusation. Le Tribunal a ensuite reconnu de larges conditions atténuantes et fait preuve d'une indulgence peut-être excessive en condamnant l'accusée à une peine de dix années d'emprisonnement. Cf. TPIY, *Le Procureur c. Biljana Plavsic*, affaire n° IT-00-39&40/1-S, jugement portant condamnation, 27 fév. 2003. Elle purge actuellement sa peine en Suède.

(24) Cf. notamment Aparna SRIDHAR, «The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia's response to the problem of transnational abduction», *Stanford Journal of International Law*, été 2006, pp. 343-364.

(25) Trois affaires, entre autres, illustrent cette pratique : le cas *Slavko Dokmanovic* (affaire n° IT-95-13a), *Dragan Nikolic* (affaire n° IT-94-2) et, surtout, *Stevan Todorovic* (affaire n° IT-95-9/1). Dans cette dernière affaire, le TPIY a probablement négocié avec l'accusé le retrait de ses griefs relatifs aux conditions de son arrestation (lesquels impliquaient la SFOR, l'OTAN et le Bureau du Procureur) contre une réduction des chefs d'accusation.

(26) Cf. TPIR, *Jean-Bosco Barayagwiza c. Le Procureur*, affaire n° ICTR-97-19-AR72, 3 nov. 1999.

restait là (27). Les promesses de justice pour les victimes et de garanties procédurales pour les accusés apparaissent donc imparfaites.

Les TPI ont reconnu qu'une de leurs plus hautes missions consistait à œuvrer à la dissuasion, à la prévention du crime et de sa récidive (28). On le sait, la dissuasion judiciaire repose principalement sur la certitude du jugement, la possibilité réelle d'une sanction et accessoirement sur la célérité et la sévérité du traitement judiciaire (29). En raison de leurs compétences territoriales limitées, l'effet utilitaire des Tribunaux ne pouvait s'adresser qu'aux belligérants de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. A l'égard des premiers, force est de constater que le TPIY a échoué à prévenir la montée aux extrêmes sur le terrain régional : le drame de Srebrenica, considéré comme le plus grand massacre sur le sol européen depuis la Seconde Guerre mondiale (et qualifié – peut-être rapidement – de génocide par le TPIY, puis par la CIJ) (30) ou les atrocités commises au Kosovo sont postérieurs à la création du Tribunal; la stabilisation en Bosnie-Herzégovine a davantage été le résultat des accords de paix et de la présence des forces multinationales de l'OTAN que de l'œuvre de la justice de La Haye. A l'égard des seconds, la maîtrise par le gouvernement rwandais du Tribunal d'Arusha a permis d'éviter l'implication des dirigeants du FPR; il n'est pourtant pas déraisonnable de prétendre que ces forces se sont également rendues coupables de crimes de guerre : bref, une des parties a été un peu plus égale que l'autre à l'égard de la justice pénale internationale et les belligérants peuvent donc en conclure que le futur vainqueur d'un éventuel conflit au Rwanda échappera à la dissuasion judiciaire.

La recherche de la vérité sur les événements en ex-Yougoslavie et au Rwanda demeure également incomplète. Il est vrai que cette ambition de la justice pénale est en elle-même difficile : comment éviter que l'on interprète un acquittement comme une approbation des événements en cause ? Les vérités historique ou mémorielle, souvent nuancées, s'éloignent de la vérité judiciaire, parfois catégorique. Or, face à une telle criminalité, les juges peuvent difficilement ignorer le contexte et ne pas tenter, à partir d'actions individuelles, de proposer une interprétation historique générale,

(27) Cf. TPIR, *Jean-Bosco Barayagwiza c. Le Procureur*, affaire n° ICTR-97-19-AR72, arrêt (demande du Procureur en révision ou réexamen), 31 mars 2000. Il s'agit du premier arrêt en révision rendu par les juridictions *ad hoc*.

(28) Cf. par exemple TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, affaire n° IT-95-17/1, jugement de la Chambre de première instance, 10 déc. 1998, §290; TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, sentence, 2 oct. 1998.

(29) Cf. la plaidoirie de Diodotos pour qu'on épargne les hommes de Mytilène, une cité qui n'était pas une sujette d'Athènes, mais qui s'était pourtant révoltée lors de la cinquième année de la guerre du Péloponnèse; Diodotos considérait que les vertus de la sévérité du châtement étaient douteuses, alors que «[j]amais on ne s'est risqué à commettre un forfait, quand, par avance, on n'était sûr de ne pas échapper au châtement» (cf. THUCYDIDE, *La Guerre du Péloponnèse*, Gallimard, Paris, 2004, p. 236). Cf. surtout Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991 (1764), p. 123.

(30) Cf. TPIY, *Le Procureur c. Radislav Kristic*, jugement, 2 août 2001; CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, *op. cit.*, §§231-376.

dont l'impartialité serait finalement assez douteuse. En dépit de ces réserves, une procédure judiciaire éclairée peut naturellement aider à l'établissement des faits au-delà du doute raisonnable, par exemple sur la planification du génocide rwandais ou sur les massacres de Sarajevo ou de Vukovar. En l'espèce, les traces écrites pouvant servir de base à l'établissement objectif des faits sont d'une grande rareté dans ces deux conflits, contrairement aux données allemandes disponibles à Nuremberg. La vérité repose alors beaucoup sur l'oralité. Or, les témoignages ont souvent été confus ou réduits à de simples outils à la disposition de l'accusation. La pratique régulière du témoignage anonyme (notamment devant le TPIR) a privé les débats de la transparence nécessaire à l'établissement de la vérité. Le dédoublement fonctionnel du Procureur, à la fois chargé de l'accusation et de la représentation des victimes, s'est révélé déficient. La pratique croissante des plaidoyers de culpabilité a fini par achever l'espoir d'une vérité complète en altérant les faits et en privant le débat public par des procès ne statuant que sur la peine applicable. Des magistrats de ces Tribunaux se sont même opposés à la pratique abusive des plaidoyers de culpabilité, que certains ont jugé contraires à la recherche de la paix par la vérité (31).

Enfin, les TPI ont clairement échoué à œuvrer à la réconciliation des peuples déchirés par des atrocités dont les séquelles sont profondes. Le postulat original considérait que, en conduisant des procès équitables, où les victimes et les accusés seraient écoutés, où la loi serait impartiale, où les faits seraient établis, la justice pénale internationale serait un outil important de la réconciliation des peuples déchirés par des guerres intestines. En somme, le procès serait l'occasion d'un « théâtre d'idées », d'une solidarité discursive permettant à chaque communauté de se dissocier des crimes commis par le passé (32). Après tout, le rôle de la justice pénale n'est-il pas, selon la formule de Pierre Legendre, de séparer « *l'innocent de l'assassin, l'assassin de son crime et la victime de sa souffrance* » ? Cependant, ici aussi, la réconciliation, objectif ambitieux, ne peut tolérer trop de renoncements aux valeurs de la justice. Pour les deux Tribunaux, la conquête des soutiens diplomatiques nécessaires à leur activité a produit des dommages collatéraux irréversibles eu égard à l'œuvre de réconciliation. D'une manière générale, le plaider coupable, le peu de cas fait aux victimes ou l'éloignement physique des TPI n'ont pas aidé à la « catharsis » des sociétés visées.

Dans les Balkans, il est vrai que le TPIY ne pouvait prévenir le divorce inéluctable des différentes communautés. Cela étant, le Tribunal a aussi cristallisé les reproches de Belgrade dans sa décision de ne pas engager de

(31) Cf. l'opinion individuelle présentée conjointement par les juges McDonald et Vohrah *in* TPIY, *Le Procureur c. Drazen Erdemovic*, affaire n° IT-96-22, arrêt de la Chambre d'appel, 7 oct. 1997; cf. surtout l'opinion dissidente du juge Schomburg, *in* *Le Procureur c. Miroslav Deronjic*, affaire n° IT-02-61-S, Sentencing judgment, 30 mars 2004.

(32) Sur ce point, cf. Mark OSIEL, *Juger les crimes de masse. La mémoire collective et le droit*, Seuil, Paris, 2006, 453 p.

poursuites concernant la campagne de bombardements de l'OTAN, de refuser l'audition et la déposition de personnalités politiques comme Tony Blair ou Gerhard Schröder. A l'évidence, la quête d'indépendance du Tribunal est limitée par les risques de suicide politique : on ne s'attaque pas à celui qui vous finance. Belgrade a également eu le sentiment plus global que l'accusation a visé de manière discriminatoire les Serbes : autrement dit, la Serbie reproche au Tribunal d'avoir jugé une partie d'après ses buts et une autre d'après les moyens employés. Au Rwanda, le TPIR apparaît presque comme un référent négatif de la reconstruction sociale, malgré sa réussite à qualifier les massacres de génocide et donc à prévenir tout négationnisme. L'institution est ignorée ou méprisée en raison de la justice de luxe qu'elle propose en comparaison avec la justice locale ou compte tenu de sa partialité à l'égard des crimes tutsis et des responsabilités des puissances occidentales. Le Tribunal d'Arusha a constamment refusé de se pencher sur l'origine immédiate du génocide, l'attentat contre le Président Juvénal Habyarimana. Cette situation a rendu difficile la réconciliation diplomatique et suscité une « guerre judiciaire » entre justice française et autorités rwandaises – avec, d'un côté, la production d'un rapport du juge Bruguière accusant Paul Kagamé, l'actuel Président du Rwanda, et, de l'autre, la mise en cause des responsabilités de la France à l'époque et de son soutien au régime de Kigali alors en place. En toute hypothèse, les 1 500 juridictions populaires « gacaca » n'ont pas non plus contribué à la réconciliation, en ne traitant pas des plus hauts responsables et en limitant leurs compétences matérielles. Finalement, pour les deux juridictions, la délocalisation des procédures présentera peut-être un bilan plus positif. Les négociations liées au déclenchement du processus ont par exemple été un facteur important de l'abolition de la peine de mort au Rwanda ou, plus largement, de la reconstruction des infrastructures juridiques de ces régions dévastées.

L'ACTION MÉDIATE DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX

Les enseignements liés à la vie et à l'œuvre mouvementées de ces deux juridictions pénales internationales dans la politique juridique de la « communauté internationale » sont pluriels. En tant qu'outil juridique, les Tribunaux constituent potentiellement un puissant vecteur du développement du droit international pénal et un référent normatif précieux. Cependant, en tant qu'outil politique, l'avenir de cette aventure paraît compromis : les TPI n'auront été qu'un stade rapidement dépassé de l'institutionnalisation du droit international. Surtout, l'« âge d'or » de la justice pénale internationale appartient pour le moment au passé : la réponse judiciaire n'est à ce jour plus une priorité de l'ordre international lorsque celui-ci est confronté à des crises majeures.

Un référent juridique utile

Le premier mérite des Tribunaux pénaux internationaux tient à leur existence légale. Malgré les doutes soulevés quant à leur qualité de juridictions pénales internationales, leur licéité doit être reconnue (33). Les TPI constituent un outil à la disposition de la société internationale institutionnelle et de l'action du Conseil de sécurité en cas de menace à la paix et à la sécurité internationales. Le second mérite de ces Tribunaux est consécutif à leur pratique judiciaire : l'immense majorité des questions juridiques soulevées devant eux étaient liées au droit international, qu'il soit général ou conventionnel, «classique» ou spécifique (droits de l'homme, droit pénal, droit humanitaire...). Le corpus juridique initial incluait surtout les maigres statuts et la pratique des Tribunaux militaires internationaux (Nuremberg, 1945, et Tokyo, 1946), la Convention sur le génocide (1948), les Conventions de Genève sur le droit humanitaire (1949) ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966)... En somme, si un socle normatif minimal existait bien, les problématiques liées à la mise en œuvre judiciaire n'avaient, pour cause, jamais été appréciées par un Tribunal international. La force de ces deux Tribunaux a été de proposer, de façon complémentaire, un modèle concret de procédure pénale internationale et une mise en application judiciaire du droit humanitaire.

L'originalité de la méthode retenue pour la création des TPI a suscité de nombreuses réactions. En effet, on attendait davantage la voie conventionnelle que l'institutionnelle : la «normalité» aurait été de conclure un accord international par lequel les Etats parties établiraient un Tribunal. Deux difficultés principales ont été avancées pour justifier l'utilisation d'une autre méthode : l'urgence de la situation et la question de l'autorité d'un Tribunal conventionnel à l'égard des Etats pour lesquels il ne serait pas opposable. Ainsi, le choix de la rapidité de réaction et d'une autorité immédiate ont conduit à privilégier une création par décision du Conseil de sécurité prise sur la base du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. On le sait, ce dernier permet l'adoption de mesures contraignantes qui peuvent inclure une ingérence non consentie dans les affaires intérieures d'un Etat si la situation l'exige, si la paix et la sécurité internationales sont rompues ou menacées. La Charte donne toute latitude au Conseil pour apprécier l'existence d'une menace et pour créer les organes subsidiaires qu'il estime alors nécessaires. En l'absence de restrictions précises aux pouvoirs qui relèvent dans ce cadre du Conseil de sécurité, celui-là a certainement fait preuve en l'espèce d'innovation, mais n'a pas violé la lettre ou l'esprit de la Charte des

(33) Cf. Hervé ASCENSIO, «La notion de juridiction internationale en question», in Société française de droit international, *La Juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, pp. 163-202. Sur l'appartenance discutable des TPI au monde singulier des juridictions pénales internationales, cf. Carlo SANTULLI, «Qu'est-ce qu'une juridiction internationale? Des organes répressifs internationaux à l'ORD», *AFDI*, 2000, pp. 58-81.

Nations Unies. La constitution des Tribunaux relève donc d'un procédé exorbitant du droit commun, mais licite. Ce droit d'exception se retrouve dans les compétences limitées dans le temps et dans l'espace des juridictions *ad hoc*. Si ces dernières n'ont pas été créées par la loi, elles n'en respectent pas moins les principes de légalité des délits et des peines, en se fondant sur le droit international humanitaire général et en renvoyant, le cas échéant, au droit pénal interne des Etats ciblés. Cette dernière caractéristique en fait peut-être des juridictions internationales imparfaites en raison de décisions qui ne sont pas rendues exclusivement en application du droit international. C'est toutefois sans fondement que Slobodan Milosevic a pu, comme un écho à la défense du roi Charles, 350 ans auparavant, adopter une «stratégie de rupture» en contestant notamment la licéité de la création du Tribunal (34).

Les deux Tribunaux ont exploré et interprété la plupart des recoins du droit international pour mettre à jour tout un régime de règles et de principes applicables dans le jeu de la responsabilité pénale internationale. S'agissant des règles de procédures d'abord, les TPI proposent tout un régime de normes aux enquêtes, aux poursuites et à la conduite du procès international pénal. Parmi la myriade des problématiques liées à la procédure, on peut retenir quelques situations marquantes : les juridictions se sont ainsi prononcées sur l'indépendance de son personnel et notamment du Procureur dans la maîtrise de ses enquêtes; elles ont également régulé le suivi des mandats d'arrêts et confirmé l'absence d'immunité des chefs d'Etat quant aux crimes relevant de leur compétence. Les TPI ont su adapter la procédure aux circonstances, particulièrement à la nécessaire protection des témoins sensibles – en raison de la nature de l'information révélée ou des risques de représailles. L'équilibre proposé entre les droits de la défense et de l'accusation, conçu comme une égalité de droits plutôt qu'une égalité de ressources, est certainement imparfait, mais il se situe au-dessus de nombre de droits internes. Certains des droits reconnus aux accusés, comme la possibilité d'assurer soi-même sa défense, ne sont toutefois pas allés sans provoquer de grandes difficultés (incompréhensions réelles ou provoquées, manœuvres dilatoires...). Les juridictions ont aussi posé des critè-

(34) A la suite de la première révolution anglaise, le roi Charles fut mis aux arrêts, jugé puis condamné à mort pour trahison, meurtre et tyrannie. Il sera décapité le 30 janvier 1649. Lors de son procès, ses premiers mots furent les suivants : «*there are many unlawful authorities in the world [...]. Therefore, let me know by what lawful authority I am seated here and I shall not be unwilling to answer*», cité par David LAGOMARSINO/Charles J. WOOD (dir.), *The Trial of Charles I : a Documentary History*, University Press of New England, 1989, p. 64. La stratégie de rupture consiste pour un accusé à utiliser son droit à la parole, nécessaire à la légitimité d'un procès, comme une tribune pour attaquer la philosophie même de la juridiction qui prétend le juger. Pour Jacques VERGÈS, «*la rupture bouleverse toute la structure du procès. Les faits passent au deuxième plan ainsi que les circonstances de l'action; au premier plan apparaît soudain la contestation brutale de l'ordre public*», cité par Martti KOSKENNIEMI, *La Politique du droit international*, Pedone, Paris, 2007, p. 253. En l'espèce, l'auteur affirme que «*au cours de son procès, Milosevic a mené sa défense, non pas tant pour prouver son innocence que pour rendre publique sa version des faits en Serbie et de l'histoire en général*» (p. 245).

res de validité au plaider de culpabilité. Elles ont enfin cherché à se tenir aux standards les plus élevés du procès équitable et se sont même prononcées sur la situation presque cocasse de l'endormissement d'un juge. Toute une palette de situations a donc été évoquée, éclairée.

Les développements relatifs au droit humanitaire apparaissent considérables. Sur le fond, les trois incriminations fondamentales – génocide, crime contre l'humanité et violations des lois ou coutumes de la guerre (crime de guerre) – ont grandement bénéficié de la jurisprudence des juridictions *ad hoc*. La première a été principalement enrichie par le TPIR, la seconde par les deux Tribunaux (avec parfois quelques dissonances) et la dernière par le TPIY. Le Tribunal d'Arusha a proposé un décryptage méticuleux du processus génocidaire, y compris sur le rôle des médias (35); il a utilement précisé le «*crime des crimes*» (36) en considérant notamment que les critères classiques de discrimination n'étaient pas exhaustifs ou en discutant l'«*intention de détruire en tout ou partie un groupe*» (37). S'agissant du crime contre l'humanité, le statut des TPI et leurs jurisprudences respectives ont d'abord confirmé que le droit international coutumier n'exige pas de connexité impérative entre cette incrimination et l'existence d'un conflit (38). Les juridictions ont ensuite discuté le régime des persécutions, précisé ce qu'il fallait entendre par «*actes inhumains*», confirmé l'interdiction universelle de la torture ou incriminé spécifiquement le viol et les crimes sexuels (la moitié des accusés devant le TPIY a fait l'objet de poursuites pour violences sexuelles) (39)... Les questions relatives à l'élément politique de cette incrimination ont été plus délicates et une différence est apparue entre les statuts et les jurisprudences des deux Tribunaux quant à l'exigence d'une intention discriminatoire pour qualifier un acte (et pas seulement la persécution) de crime contre l'humanité (40). Au regard des crimes de guerre, le Tribunal de La Haye a reconnu les crimes de guerre commis lors d'un conflit interne et, entre autres, traité des nécessités militaires (41). Enfin, les deux juridictions se sont penchées sur la question de la responsabilité pénale individuelle, des circonstances atténuantes et des peines applicables.

(35) Cf. l'affaire, actuellement en appel devant le TPIR, *Le Procureur c. Ferdinand Nahimana*, affaire n° ICTR-99-52-I.

(36) TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Sentence, *op. cit.*

(37) Cf. par exemple TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4-T, jugement, 2 sept. 1998.

(38) TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias «Dule»*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *op. cit.*, §141.

(39) TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Jugement, *op. cit.*, §512; TPIR, *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, affaire n° ICTR-95-I, jugement, 21 mai 1999, §154; TPIY, *Le Procureur c. Zejnül Delalic et consorts (Camp de Celibici)*, affaire n° IT-96-21, jugement, 16 nov. 1998, §454; TPIY, *Le Procureur c. Anto Furundzija*, jugement, *op. cit.*, §186.

(40) Cf. par exemple TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias «Dule»*, affaire n° IT-94-1, arrêt de la Chambre d'appel, 15 juil. 1999, §283; *contra* TPIR, *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, jugement, *op. cit.*, §§583-592.

(41) TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic alias «Dule»*, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *op. cit.*

Une hiérarchie des crimes a semblé se dessiner avec dans l'ordre des plus lourdement sanctionnés : le génocide, le crime contre l'humanité puis le crime de guerre.

Finalement, l'ensemble participe peut-être à la démocratisation, à la propagation des droits de l'homme, par un effet miroir sur les régimes internes. Les juridictions *ad hoc* représentent un ensemble normatif salutaire dont on peut espérer qu'il continuera à s'enrichir par son internalisation ou sa reprise dans d'autres juridictions internationales. La CIJ s'est d'ailleurs appuyée sur les méthodes et les conclusions du TPIY pour trancher du différend entre la Serbie et la Bosnie-Herzégovine (42). Enfin, le réseau de praticiens spécialisés (procureurs, juges, conseillers, juristes, avocats...) que les TPI ont contribué à faire émerger constitue également une promesse pour le développement du droit international.

Un précédent politique dépassé

Les Tribunaux pénaux internationaux sont ainsi apparus comme une précieuse référence juridique (43). Toutefois, la société institutionnelle a rapidement mis fin à l'utilisation de ce modèle judiciaire dans la régulation d'une crise. Les deux TPI ont d'abord été dépassés « par le haut » – avec la création de la Cour pénale internationale, première juridiction permanente à vocation universelle –, avant d'être ensuite contournés « par le bas » – avec l'émergence des Tribunaux pénaux internalisés ou juridictions mixtes (44). Les juridictions *ad hoc* ont pu servir d'étalon à la pratique de ces deux autres modèles de l'institutionnalisation de la justice pénale internationale. Cependant, des difficultés politiques comparables à celles qui avaient perturbé et nuancé le bilan des TPI se sont posées à l'égard des autres expériences. Finalement, les différents âges de la justice pénale internationale se retrouvent aujourd'hui dans l'indifférence qui leur est désormais accordée. La « communauté internationale » préfère maintenant une approche sécuritaire à une approche judiciaire.

Si les juridictions *ad hoc* avaient notamment été créées pour masquer l'inaction des puissances et la faillite des systèmes de sécurité, elles ont pourtant pleinement participé à l'avènement de la Cour pénale internationale (CPI). Celle-là fut créée en 1998, après plusieurs décennies d'attente et de préparation, et entra en vigueur le 1^{er} juillet 2002. La création de la CPI symbolise alors le zénith de la volonté d'une ère de la paix par la justice

(42) CIJ, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro)*, op. cit., §§202-230. La référence à la jurisprudence du TPIY a été décisive dans le jugement de cette affaire (cf. *opinion dissidente* du Juge *ad hoc* Mahiou).

(43) Voir notamment AKSAR (Yusuf), *Implementing International Humanitarian law, From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, New York, Routledge, 2004, 314 p.

(44) Cf. par exemple Hervé ASCENSIO/Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD/Jean-Marc SOREL, *Les Juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Société de législation comparée, Paris, 2006, 383 p. Cf. également, dans ce même volume, la contribution de Patrycja GRZEBYK.

internationale pénale, de l'ambition d'une « culture de la responsabilité », de la dissuasion judiciaire sans discrimination. Dans la gestation de cette juridiction permanente, les TPI ont joué un rôle de *leadership* positif. Le statut de la juridiction permanente s'inspire de leurs dynamiques (procédurales, jurisprudentielles...) et dépasse certaines de leurs failles (avec la consécration du principe de complémentarité et un rôle supérieur reconnu aux victimes notamment...). La création des Tribunaux mixtes relève d'une logique fort différente. Ce retour vers le local est une des conséquences des difficultés des deux Tribunaux qui ont ici représenté un *leadership* négatif. L'ampleur des coûts des TPI, la question de leur éloignement du terrain et le besoin conséquent d'impliquer davantage les protagonistes pour espérer tendre vers la réconciliation ont été décisifs dans l'apparition de plusieurs juridictions mixtes, hybrides. Celles-là voient leur mode de création, leur composition ou le droit applicable mélanger droit national et droit international. Plusieurs expériences de tribunaux internalisés ou même de chambres spéciales au sein de juridictions nationales ont été lancées en Sierra Léone, au Cambodge, au Timor Leste, en Bosnie ou au Kosovo.

Les difficultés n'ont pas épargné les deux autres stades de développement de la justice pénale internationale. La Cour pénale internationale a rencontré l'hostilité affirmée des Etats-Unis – ces derniers réclamant le privilège d'une protection contre cette institution judiciaire – et l'appui mesuré sinon purement formel des autres grandes puissances. Aujourd'hui, la CPI dirige seulement son premier procès (45). Les juridictions hybrides proposent également des bilans très contrastés. La pureté de la création de chacune d'entre elles est discutable et, qu'il s'agisse des Chambres extraordinaires des Cours cambodgiennes, du Tribunal spécial pour la Sierra Leone ou du Tribunal spécial pour le Liban, elles ont souvent représenté un pion diplomatique que certains Etats (Etats-Unis, France, Japon, Royaume-Uni...) ont probablement avancé sans en assumer toutes les conséquences. Ainsi, toutes ces juridictions hybrides ont connu d'importantes difficultés financières et un fonctionnement au mieux partiel. Par exemple, le Tribunal spécial pour la Sierra Leone a dû faire face à de graves problèmes de coopération avec d'autres institutions locales comme la Commission vérité et réconciliation et aborder la délicate question des amnisties originellement prévues par les Accords de Lomé en 1999. S'agissant du Cambodge également, en dépit de certains progrès dans les négociations portant sur la recevabilité des preuves ou la protection des témoins devant l'institution spéciale, on ignore toujours quand se tiendront les premiers procès des dix anciens dirigeants khmers rouges encore vivants; surtout, l'organisation

(45) Ce sont aujourd'hui trois situations africaines qui ont été déferées au Procureur par les Etats parties (la République démocratique du Congo, l'Ouganda et la République centrafricaine) et une situation (le Darfour) déferée à la Cour par le Conseil de sécurité. La CPI a tenu sa première « audience de confirmation des charges » le 9 novembre 2006, conformément à l'article 6 du Statut de Rome, à l'occasion de l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* (RDC).

cambodgienne des Chambres extraordinaires a été sérieusement mise en cause par des rapports d'experts ou du PNUD (46). Enfin, les autorités indonésiennes sont également parvenues à enrayer le processus de justice attendu par le Timor Leste.

Les relations internationales sont aujourd'hui marquées par l'empreinte de la lutte contre le terrorisme qui substitue à la logique de la coopération judiciaire une logique de coercition institutionnelle ou unilatérale. Finalement, l'ambition même de la justice pénale internationale a été nuancée en raison de la confirmation de ses rapports complexes avec le maintien de la paix (47). Les difficultés de la mise en place d'un tribunal mixte qui aurait en charge de juger les responsables de l'attentat dont a été victime en 2005 le Premier ministre libanais Rafic Hariri confirment, avec les difficultés de la CPI en Ouganda, que la problématique entre paix et justice n'a pas encore trouvé une réponse appropriée. Les négociations doivent peut-être avant tout porter sur l'apaisement, quitte à faire des compromis avec les tyrans du présent pour préserver la concorde future. Le juge doit prendre en compte le politique. Le diplomate, s'il s'autorise à être concerné, doit pouvoir le précéder. En toute hypothèse, l'évolution actuelle tend au règne d'une justice «transitionnelle» optionnelle, c'est-à-dire un outil non plus prioritaire, mais un moyen parmi d'autres (éducation, prospérité économique, démocratisation...), laissé à la disposition de la société intéressée, de parfaire un processus de réconciliation (48).

En définitive, l'expérience des Tribunaux pénaux internationaux contribue à relativiser les potentialités absolues de la justice pénale lorsqu'elle s'intéresse aux «massacres administratifs». Surtout, dans le contexte inter-

(46) Le recrutement local aurait ainsi souffert d'une mauvaise gestion, d'un manque de transparence, de procédures douteuses de nature à remettre en cause la crédibilité même du processus, dont la viabilité future réclamerait désormais une plus grande implication des Nations Unies. Cf. UNDV, *Audit of Human Resources Management at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)*, Rapport n° RCM0172, 4 juin 2007.

(47) Savoir si le temps de la justice doit obligatoirement précéder le temps de la réconciliation ou si parfois la paix demande d'écarter les sanctions et de privilégier les mesures de clémence (grâces, amnesties...) est une question éternelle. «*Targeting violators of human rights and bringing them to justice is essential. Accusation, however, comes more easily than making peace. The quest for justice for yesterday's victims of atrocities should not be pursued in such a manner that it makes today's living the dead of tomorrow. [...] Unfortunately, a perfect peace can rarely be attained in the aftermath of bloody conflict. The pursuit of criminals is one thing. Making peace is another*», in ANONYMOUS, «Human rights in peace negotiations», *Human Rights Quarterly*, 1996, pp. 249-258, p. 258. On retrouve déjà dans la pensée de Carl Schmitt une critique sévère de la «judiciarisation» des conflits. Peter Haggemacher, qui présente la traduction française du *Nomos*, estime que, pour Carl Schmitt, la «paix» de Versailles et sa volonté de qualifier et sanctionner l'«agresseur» aboutit à un changement de perception sans précédent : «[...] de la guerre internationale on passe à la guerre intestine, dont la fin logique n'est pas une paix négociée, mais la reddition inconditionnelle (à l'instar de la guerre de Sécession, où cette expression fut forgée) et le châtiement des rebelles vaincus. [...] A vouloir introduire la guerre sanction entre Etats souverains, on transforme leurs conflits armés en guerres civiles internationales» (Carl Schmitt, *Le Nomos de la Terre*, PUF, Paris, 2001, pp. 40-41).

(48) Sur ce point, cf. Eric STOVER/Harvey M.; WEINSTEIN (dir.), *My Neighbour, My Enemy: Justice and Community in the Aftermath of Mass Atrocity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, 349 p.; Jane E. STROMSETH, *Accountability for Atrocities: National and International Responses*, Transnational Publishers, New York, 2003, 500 p. Cf. également Barbara CASSIN/Olivier CAYLA/Philippe-Joseph SALAZAR, *Vérité, réconciliation, réparation*, Seuil, Paris, 2004, 365 p.

étatique, le processus d'institutionnalisation de la justice pénale internationale dépend toujours des «raisons d'Etat». Ces dernières contrôlent alternativement l'aboutissement, la vie ou la mort des projets d'institutions pénales et maîtrisent le «quand» et le «comment».

La sélectivité et la superficialité du processus ne mettent-elles pas en cause son intérêt même? Il n'est pas certain que les compromis nécessaires à l'existence réelle de juridictions pénales internationales puissent être compatibles avec les ambitions originelles de la justice. A l'évidence, la postérité de toute quête de justice pénale internationale dépend du soutien total des Etats intéressés, plus particulièrement du *leadership* des grandes puissances. Cependant, parce que ces dernières sont sensibles à la défense de leurs intérêts et aux gains relatifs proposés par leurs créatures, elles ne sont probablement prêtes à concéder aux idéaux et à la pression de l'«opinion publique» ou de la «société civile» qu'une justice Potemkine.