

# HANS KELSEN, CARL SCHMITT ET LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

## QUELQUES RÉFLEXIONS APRÈS LA PREMIÈRE DÉCENNIE D'EXERCICE DE LA COUR

PAR

PHILIPPE CURRAT (\*)

Lorsque, le 1<sup>er</sup> juillet 2002, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale entrainait en vigueur après le dépôt du soixantième instrument de ratification, la première juridiction internationale pénale à vocation universelle devenait alors réalité. Lorsque, le 14 mars 2012, tombait le premier verdict rendu par la Cour, un verdict de culpabilité au champ somme toute assez restreint, puisqu'il se limitait au crime d'enrôler et de faire effectivement participer aux hostilités des enfants soldats, on se prenait à penser que dix ans pour un seul verdict aussi mince, c'était peut-être beaucoup de bruit pour rien. Lorsque, le 18 décembre 2012, tomba le second verdict, mais cette fois d'acquiescement, l'impression en était renforcée (1).

Pourtant, la Cour pénale internationale a gagné sa place en droit international, au plan juridique comme au plan politique ou diplomatique. Cent vingt et un États sont à ce jour parties au Statut de Rome et si de grandes puissances demeurent encore réticentes à s'engager, l'opposition systématique et bornée des États-Unis ou de la Chine a évolué vers une acceptation de l'existence de la Cour en tant qu'instrument international. Le Conseil de sécurité, qui avait commencé par se montrer soupçonneux, sinon franchement hostile, entame un rôle moteur dans l'activité de la Cour, lui ayant déféré deux des sept situations actuellement pendantes devant elle (Soudan et Libye), non sans créer d'autres difficultés, notamment en ce qui concerne le financement des procédures portant contre des États non parties et n'émargeant en conséquence pas au budget ordinaire de la Cour. Signe de l'effectivité de cette institution nouvelle, des États parties, à savoir l'Ouganda, la République démocratique du Congo et la République centrafricaine et le Mali ont saisi eux-mêmes la Cour d'une situation prévalant sur leur territoire. La Côte d'Ivoire, État non partie, a fait une

(\*) Avocat au Barreau de Genève (Suisse), membre de la Commission des droits de l'homme de l'Ordre des avocats de Genève (Suisse) et secrétaire général du Barreau pénal international (BPI), dont il a été le délégué à la Conférence de révision du Statut de Rome de Kampala et à l'Assemblée des États parties au Statut de Rome.

(1) Cf. ICC-01/04-01/06, « Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo », verdict du 14 mars 2012, et ICC-01/04-02/12, « Le Procureur c. Mathieu Ngujolo Chui », verdict, du 18 décembre 2012.

déclaration de reconnaissance de la juridiction de la Cour pour les faits qui se sont déroulés sur son territoire. Avec le Kenya, il s'agit des deux seules situations dont se soit saisi le Procureur *proprio motu*. En somme, au cours de ces dix premières années d'existence, la Cour a fait l'expérience de tous les modes de saisine prévus par le Statut de Rome.

Les difficultés se sont néanmoins avérées nombreuses et la Chambre de première instance, dans le jugement rendu contre Thomas Lubanga, n'a pas ménagé le Bureau du Procureur, très critiqué pour avoir eu recours à des intermédiaires mal sélectionnés et mal encadrés, qui l'ont conduit à présenter à la Cour de faux témoins (2). C'est effectivement une situation délicate, qui illustre néanmoins que la défense a été en mesure de démontrer l'absence de crédibilité de ces témoins, d'une part, et que la Cour elle-même en a tiré les conséquences qui s'imposaient en rejetant les moyens de preuves ainsi entachés, d'autre part.

Il existe encore de nombreux défis auxquels la Cour doit faire face sur la scène internationale et dans des enquêtes hors normes, qui mettent en scène d'innombrables victimes face à des bourreaux presque aussi nombreux et surtout appellent la démonstration, au-delà de tout doute raisonnable, de la responsabilité pénale de l'accusé concernant un nombre incroyable d'éléments factuels. Quoi, aurait-on sérieusement pensé qu'il pût en aller autrement en matière de génocides, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre commis à grande échelle ou du crime d'agression ? Pour éviter de telles difficultés, inhérentes aux crimes poursuivis, il eût fallu se limiter à poursuivre les voleurs de poules, mais c'eût été nettement moins ambitieux. Le choix premier de porter la compétence matérielle de la Cour sur les crimes de masse les plus graves implique par nature les difficultés rencontrées. Invoquer des contingences purement matérielles pour excuser les obstacles contre lesquels on se heurte n'est en rien convainquant au plan intellectuel, sinon juridique.

Ces difficultés ne sont pas nouvelles et prennent un relief singulier, si on fait l'effort de regarder vers le passé, non pas simplement pour considérer le jugement du Tribunal de Nuremberg comme un précédent incontournable, mais pour reprendre les termes d'un débat qui opposa, sur l'ensemble du droit international, sans doute les deux plus grands penseurs du XX<sup>e</sup> siècle, Carl Schmitt et Hans Kelsen. Dans leurs réflexions respectives se trouvent en germe les difficultés actuelles et sans doute au moins en partie la perspective de certaines réponses. Si on ne peut plus sérieusement douter aujourd'hui de la qualité de précédent du jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg (3), l'évolution du droit ayant pleinement intégré

(2) Cf. ICC-01/04-01/06, « Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo », *op. cit.*

(3) Pour un avis plus nuancé, sinon contraire, sur la qualité de précédent du jugement du TMI de Nuremberg, cf. la thèse non publiée de Valéry PRATT, *Pour une philosophie du droit international : Nuremberg, les droits de l'homme et le cosmopolitisme*, sous la direction du professeur Heinz Wissmann, Ecoles de hautes études en sciences sociales, Paris, 5 mai 2012, Première partie, *Nuremberg : paradigme ou faux départ ?*, pp. 22-225.

tant la notion de responsabilité pénale individuelle que la définition des crimes et le rejet de certains moyens de défense, il est légitime de s'interroger sur la capacité de la Cour pénale internationale à incarner, en terme d'effectivité comme de légitimité, la consécration permanente de la Justice pénale internationale et la vocation universelle de la lutte contre l'impunité, de poser la question en termes que ni l'un ni l'autre n'eût reniés : l'institution de la Cour pénale internationale marque-t-elle la consécration de la juridicité du droit international ou au contraire le constat de son impossibilité durable ?

RETOUR VERS LE PASSÉ : DE GENÈVE A NUREMBERG,  
CARL SCHMITT, HANS KELSEN  
ET L'IDÉE D'UNE JURIDICTION INTERNATIONALE,  
NOTAMMENT PÉNALE

Dès 1934, Hans Kelsen promouvait la création d'une juridiction internationale, dans *The Legal Process and International Order* (4). Comme il le développera ensuite, Kelsen estimait que la période de la guerre sera l'occasion de réaffirmer que les conditions de la paix par le droit ne peuvent être réunies que si la communauté internationale s'organise autour d'un organe judiciaire (5). L'originalité de la position défendue par Kelsen reposait alors dans la justification théorique de la justiciabilité directe des individus en droit international (6).

Dès 1927 pour sa part, Carl Schmitt dégagait un schéma d'analyse général autour de la criminalisation de l'ennemi ou, comme il le formulera en 1938, du « *virage vers le concept discriminatoire de la guerre* » (7). Il y a selon Schmitt un effet pervers à voir l'humanité pacifiée constituée uniquement d'amis, qui tendrait structurellement vers l'exclusion de l'humanité et du droit de tout ennemi potentiel. Il faut donc selon lui réhabiliter le concept de politique. Viendra ensuite la théorie des grands espaces et *Le Nomos de la terre*, le *nomos* étant la constitution concrète de l'ordre politique mondial, par opposition au droit international positif, qui n'en est que la superstructure juridique (8). Schmitt y intègre notamment

(4) HANS KELSEN, *The Legal Process and International Order*, The New Commonwealth Institute Monographs / Constable & Co, Londres, 1934, traduit en français sous le titre « La Technique du droit international et l'organisation de la paix », *Revue de droit international et de législation comparée*, n° 61, 1934, pp. 5-24.

(5) HANS KELSEN, *Law and Peace in International Relations. The Oliver Wendell Holmes Lectures 1940-1941*, Harvard University Press, Cambridge, 1942, puis *Peace through Law*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1944, réimprimé en 2008, The Lawbook Exchange, Ltd.

(6) Cf. HANS KELSEN, « The rule against *ex post facto* law and the prosecution of the axis war criminals », *The Judge Advocate Journal*, n° 3, 1945, pp. 8-12 et p. 46, et « Will the judgement in the Nuremberg Trial constitute a precedent in international law ? », *International Law Quarterly*, vol. I, n° 2, 1947, pp. 153-171.

(7) CARL SCHMITT, *Der Begriff des politischen*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, publié en français sous le titre *La Notion de politique*, Flammarion, Paris, 1992, et « Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff » (1938), in *Deux textes de Carl Schmitt*, traduction de Robert Kolb, Pedone, Paris, 2009.

(8) CARL SCHMITT, *Le Nomos de la terre dans le droit des gens du jus publicum europaeum*, PUF, Paris, 1992.

la consultation juridique, qu'il rédigea en faveur de la défense de Friedrich Flick devant le Tribunal de Nuremberg et selon laquelle le crime d'agression n'avait pas été suffisamment constitué juridiquement entre les deux guerres pour fonder un chef d'accusation sans violer le principe de non-rétroactivité de la loi pénale (9).

Sans qu'il ne soit possible ici de retracer toute la confrontation entre Hans Kelsen et Carl Schmitt – nous renvoyons sur ce point à l'excellent ouvrage d'Emmanuel Pasquier, *De Genève à Nuremberg, Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international* (10) –, qu'il nous soit permis simplement de rappeler que, dans son fameux texte *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Hans Kelsen relevait au sujet de la juridiction constitutionnelle qu'il défendait : « *Si l'essence même de la juridiction devait être non politique, un tribunal international serait donc inconcevable* » (11). Cela nous amène à la question du rôle du politique dans la création, la mise en œuvre et le fonctionnement de la Cour pénale internationale. *Jus ad bellum, in bello* ou *contra bellum*, on en revient toujours, devant la Cour, à des crimes commis peu ou prou dans des situations de conflits armés, même si, formellement, le lien entre crimes contre l'humanité ou génocide et conflit armé n'est plus aujourd'hui constitutif de ces infractions. Or, pour Kelsen, la guerre n'est pas le contraire du droit, comme, en droit interne, le crime et la sanction ne sont guère davantage le contraire du droit. La guerre fait partie de la définition du droit, qu'il s'agisse d'une guerre-délit ou d'une guerre-sanction. Il en découle que la question de la juridicité du droit international est inséparable de la notion de guerre juste, qui se définit *stricto sensu* chez Kelsen comme une guerre légale, ce qui implique que la responsabilité pénale individuelle ne pourra être recherchée qu'hors les cas de guerre juste. Pour Schmitt, le recours à la notion de guerre juste comporte intrinsèquement, dans le contexte de l'époque sans doute autant qu'aujourd'hui encore, quoiqu'en d'autres termes, le risque de servir des politiques hégémoniques ou discriminatoires (12). Somme toute, la question du bilan de la Cour reposerait, en termes schmittiens non sur son existence, mais sur la forme qu'elle peut prendre, les conditions dans lesquelles elle peut efficacement réguler et limiter les rapports de force.

C'est là que resurgit l'antagonisme récurrent entre Schmitt et Kelsen sur les rapports entre légalité et légitimité, la légitimité posant la question de l'incarnation du droit, c'est-à-dire de l'avènement d'un système institutionnel doué d'une autorité qui ne soit pas un simple système de contrainte ou, en d'autres termes, l'opposition entre *potestas* et *auctoritas*, qui va de pair avec celle entre *imperium* et *sacerdotum*. En ce sens, Schmitt estime que

(9) Carl SCHMITT, *Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz « Nullum crimen, nulla poena sine lege »*, repris pour l'essentiel dans la partie IV du *Nomos de la terre*.

(10) Emmanuel PASQUIER, *De Genève à Nuremberg, Carl Schmitt, Hans Kelsen et le droit international*, Classiques Garnier, Paris, 2012.

(11) Hans KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Michel Houdiard éditeur, Paris, 2006.

(12) Cf. Emmanuel PASQUIER, *op. cit.*, p. 246, et les références citées.

la Société des Nations comme, par extension, l'Organisation des Nations Unies ne sont pas en mesure de jouer leur rôle et que l'absence d'une telle distinction en droit les mène à cautionner des guerres où les agresseurs sont, structurellement, juges et parties. C'est ainsi retomber sur la notion de souveraineté – que l'on n'a guère la place ici d'analyser dans tous ses développements, mais, pour en rester à l'opposition Schmitt-Kelsen, que l'on simplifiera en notant que le raisonnement du premier tente de la faire apparaître comme principe de limitation de la guerre, l'affirmation de la personnalité étatique souveraine permettant d'éviter la référence à la *justa causa* et au *bellum justum* pour leur substituer la notion de *jus in bello*, alors que, pour le second, l'Etat dans sa réalité doit être considéré comme l'ordre juridique lui-même et donc, en tant que tel, résolument dépersonnifié, le principe de la souveraineté des Etats se traduisant par un principe d'égalité, *par in parem non habet jurisdictionem*.

Revenant au *Nomos de la terre*, il convient de rappeler que selon Schmitt, la limitation de la guerre n'est ni le produit d'une idéologie pacifiste, ni l'effet immanent d'une structure politique censée garantir un équilibre, mais plutôt l'effet d'une évolution de l'armement, entraînant des changements de stratégie. A la fin de l'ouvrage, comme déjà à la fin de *La Notion de politique*, il souligne que l'apparition d'armes de destruction massive exige d'inventer l'ennemi qu'il faut détruire massivement et qu'il faut pour cela considérer comme un monstre hors de l'humanité. La technicisation de la guerre induit celle de la politique, qui mène à une représentation de la société incapable de reconnaître aucune forme d'altérité, puisque cette société est censée être l'humanité même, sans extranéité possible. Cette dénégation de l'altérité produit la criminalisation de l'ennemi, considéré comme hors du droit et hors de l'humanité même, et mène à la guerre d'extermination. Schmitt revient également sur l'évolution technologique pour observer que la distance inhumaine entre l'avion et le sol abolit la juste proximité éthique entre moi et autrui, observation qui peut sans aucun doute se prolonger aux méthodes de guerre actuelles et à l'emploi, par exemple, de drones pilotés à distance. La guerre moderne se fait ainsi la rencontre entre une décatégorisation juridique de l'ennemi et l'existence de moyens de destruction qui rendent abstraite cette destruction même. La criminalisation de l'ennemi appelle une guerre qui prenne la forme d'un châtement quasi transcendant au nom de l'humanité.

Le modèle judiciaire d'une Cour pénale internationale poursuit celui de toute juridiction internationale. Le modèle schmittien d'équilibre des puissances était une forme de réponse aux questions soulevées par le modèle judiciaire. A la représentation judiciaire proposée par Kelsen, Schmitt oppose une thèse ontologique qui induit qu'il ne saurait y avoir au-dessus des acteurs de la communauté internationale une instance telle qu'une Cour internationale, qui permettrait de réguler les rapports entre les acteurs de cette communauté. Une telle instance est vouée à être un acteur elle-même ou l'instrument de l'un ou de plusieurs d'entre eux dans la lutte qui les

oppose et les définit. Pour Schmitt, la Conférence du Congo ou Conférence de Berlin (15 novembre 1884 - 26 février 1885) est la préfiguration de la Société des Nations et du Traité de Versailles, sinon même, par extension, de l'Organisation des Nations Unies et c'est bien au Congo que la Cour pénale internationale reviendra à divers titres, la République démocratique du Congo ayant été le soixantième Etat à ratifier le Statut de Rome, permettant par là son entrée en vigueur, le premier à voir un de ses ressortissants traduit devant la Cour et le seul dont la situation ait à ce jour fait l'objet de jugements au fond, refermant en quelque sorte le raisonnement de Carl Schmitt sur lui-même.

Schmitt identifie l'émergence d'une conception qui vise à l'intégration de la communauté internationale comme factice et porteuse de danger majeur, en ce qu'elle tend à assimiler une certaine communauté internationale comme l'humanité même, ce qui signifie qu'elle place hors de l'humanité et hors du droit quiconque ne se rend pas à son régime juridique. Elle ouvre ainsi la porte à la guerre discriminatoire qui, menée au nom du droit, place l'ennemi hors du droit et de l'humanité, l'avènement de la conception discriminatoire de la guerre allant de pair avec l'émergence du concept de guerre d'agression. En ce sens, l'article 227 du Traité de Versailles dérogeait-il triplement au droit alors établi, soumettant le vaincu à la justice des vainqueurs, justice qui, au lieu de s'appliquer à l'Etat en tant qu'institution, s'attaquait à un individu criminalisé d'une manière qui n'était pas conforme au strict respect du principe de la légalité des délits et des peines. Dans sa référence à Vattel, Schmitt revenait ainsi à la crainte que « *chacun tirant la justice de son côté s'attribuera tous les droits de la guerre et prétendra que son ennemi n'en a aucun, que ses hostilités sont autant de brigandages, autant d'infractions au droit des gens, dignes d'être punies par toutes les nations* » (13), ce qui nous ramène au principe posé déjà par Erasme : « *Cui non videtur causa sua justa ?* ». C'est Kant qui introduisit la notion d'ennemi injuste, contre lequel le droit de l'Etat n'aurait pas de limite (14), notion que Schmitt développera considérablement dans ses considérations sur la détermination du *justus hostes*. Dans le même sens, la signature du Pacte Briand-Kellog en 1928 est, pour Schmitt, un tour juridique qui consiste, pour pouvoir condamner la guerre, à destituer du statut de guerre les interventions militaires que les tenants du Pacte souhaitent malgré tout juridiquement justifier, ce qui constitue le point d'orgue du basculement dans l'institutionnalisation de la criminalisation de la guerre. Emmanuel Pasquier en arrive à la conclusion que le problème structurel fondamental que dénonce Schmitt est le suivant : d'un côté, les Etats parties au traité se considèrent comme une communauté internationale intégrée et centralisée qui peut s'établir en gardienne du droit international

(13) Emmer de VATEL, *Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, livre III, chap. 12, Londres, 1758, disponible sur le site Internet gallica.bnf.fr.

(14) Emmanuel KANT, *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*, Vrin, Paris, 1971, §60.

et désigner ses ennemis comme des criminels ; de l'autre, ces Etats ne payent pas le prix pour qu'une telle centralisation juridique soit effective, c'est-à-dire qu'ils ne renoncent pas à leur souveraineté (15). C'est l'introuvable communauté internationale, qui ne sait que refléter des intérêts divergents sans parvenir à instituer une unité.

Selon Kelsen, il n'y a de communauté qu'en tant qu'elle est constituée juridiquement. La communauté internationale est celle définie par l'ordre juridique international. Pour lui, le Pacte de la Société des Nations est bien le fondateur de la communauté juridique internationale, comme le sera ensuite la Charte des Nations Unies. Le Pacte Briand-Kellog va cependant plus loin. Toutefois, Kelsen récuse qu'on puisse bâtir une organisation internationale capable d'assurer la sécurité collective tout en maintenant purement et simplement la souveraineté. La Société des Nations est pour lui mieux que rien, alors qu'elle est, à l'inverse, pire que rien pour Schmitt, offrant en effet selon lui une façade juridique égalitaire à des relations fondamentalement dissymétriques, à plusieurs niveaux. C'est sur cette base que Schmitt va développer sa théorie des grands espaces, qui ne sont pas de grands Etats ni l'extension de certains d'entre eux sur des zones non étatiques. Il les pense comme un second niveau de souveraineté, qui redouble et englobe les souverainetés étatiques, lesquelles ne cessent pas pour autant d'exister. Le grand espace n'est pas une abolition de l'Etat, il en est l'*Aufhebung*, à la fois dépassement et conservation, le renvoi à une réalité socio-économique et culturelle, la matière politique. La souveraineté étatique est dépassée car elle est inscrite dans un espace plus vaste, une structure plus large, qui définit les lignes réelles des antagonismes mondiaux. Le dépassement de l'Etat dans le grand espace permet en quelque sorte de rendre invisibles les minorités, restaurant au niveau des grands espaces les symétries perdues au niveau des relations interétatiques. A l'intérieur des grands espaces, les rapports entre les peuples et les Etats se restructurent. Cette notion ouvre ainsi, comme le souligne Emmanuel Pasquier, un niveau d'intelligibilité des relations internationales supérieur à celui des relations interétatiques. Le propos de Schmitt est de faire advenir ce niveau supérieur d'intelligibilité dans la conscience juridique – avec tout le risque que cela comporte puisqu'il s'agit de juridiciser et, donc, de légitimer, en donnant la caution du droit, un régime d'inégalité des Etats entre eux (16).

Pour Kelsen en revanche, la théorie de l'équilibre des puissances est liée à la doctrine du *jus ad bellum*, c'est-à-dire à l'idée que chaque souverain à droit à la guerre. Selon sa célèbre formule, « *Power is not a substance* », « *la puissance n'est pas une substance, pas une chose qui serait différente de l'ordre social et caché derrière cet ordre* » (17). Dans la perspective de Kelsen, la possibilité de la guerre juste atténue les conflits comme le droit

(15) Cf. Emmanuel PASQUIER, *op. cit.*, p. 387.

(16) *Ibid.*, pp. 437-446.

(17) Hans KELSEN, *Principles of International Law*, The Lawbook Exchange, réédition 2012, p. 106.

pénal atténue le crime, en le prévenant et en y mettant fin. A l'inverse, le *jus ad bellum*, prérogative de la souveraineté, reste fondamentalement impérialiste et à l'origine des conflits. Si on veut qu'il y ait un ordre, il faut qu'il y ait une forme d'autorité qui le garantisse et le problème est en conséquence de s'en donner les moyens en établissant une institution dotée d'une compétence d'interprétation pour établir ce qui est infraction de ce qui est sanction, comme d'une compétence de faire exécuter ses jugements. La « paix par le droit » est centrée sur l'idée d'une Cour de justice internationale (18). Il faut que la Cour soit non seulement une instance autorisée, établie en conformité avec le droit existant, mais également qu'elle apparaisse comme indépendante des instances qui l'ont créée, si on veut que ses jugements fassent autorité et aient une véritable fonction régulatrice. Considérer tout conflit comme justiciable ouvre sur la possibilité que le droit donne des réponses non satisfaisantes aux conflits. Pour Kelsen, l'établissement d'une juridiction obligatoire est donc d'abord et avant tout une question de confiance et beaucoup dépend de la possibilité de trouver une procédure par laquelle peut être formée une Cour vraiment indépendante, capable de remplir sa mission de manière satisfaisante, non seulement d'un point de vue moral, mais aussi et peut-être surtout d'un point de vue technique (19). Une telle Cour est l'instrument d'une évolution politique et juridique. Surtout, il n'y a pas pour Kelsen de justice immanente à la guerre, en opposition à une certaine tradition hégélienne que Schmitt tend à prolonger et qui voit l'histoire du monde en tant que tribunal du monde (20). Néanmoins, pour Kelsen, il est indéniable qu'une Cour doit s'adosser à une force qui est nécessairement politique et qu'elle ne peut ainsi prétendre à une impartialité absolue. On retrouve cette ligne interprétative depuis *Le Gardien de la Constitution* : l'autonomie de l'organe censé être purement judiciaire fait de lui un organe proprement politique, ce que Schmitt désignait comme une aristocratie de robe. Ainsi que le relève Emmanuel Pasquier, la Cour internationale obéit à une logique qui lui est propre pour assurer son autorité et elle s'élève ainsi nécessairement au-dessus du rôle de simple arbitre, pour devenir un pouvoir souverain, qui entrerait alors en rivalité avec les Etats (21).

Pour Hans Kelsen comme pour Carl Schmitt, le Tribunal de Nuremberg va mettre la solution judiciaire à l'épreuve des faits et tous deux seront critiques à son égard. Le Tribunal de Nuremberg pourrait sembler *a priori* consacrer la victoire de Kelsen sur Schmitt, à savoir une avancée décisive de la judiciarisation des conflits internationaux, la victoire du judiciaire sur le politique, qui vient enfin matérialiser l'unification de la communauté internationale autour d'un tribunal international connaissant de la

(18) Hans KELSEN, *Peace Through Law*, *op. cit.*

(19) Hans KELSEN, *Law and Peace in International Relations*, *op. cit.*

(20) Cf. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, PUF, Paris, 1998, rééd. 2003, §340.

(21) Cf. Emmanuel PASQUIER, *op. cit.*, p. 493.

responsabilité pénale des individus, engagée à titre personnel. Schmitt peut quant à lui aussi considérer que le Tribunal de Nuremberg le confirme dans ses vues et illustre son diagnostic du virage vers le concept discriminatoire de guerre. De même, il admet la justiciabilité d'individus devant une juridiction pénale internationale, pour autant qu'ils soient dotés d'un pouvoir de décision politique, le simple citoyen n'ayant pas les moyens de s'opposer à la guerre que mène son gouvernement. Le jugement du Tribunal de Nuremberg reste néanmoins un objet ambivalent, instrumentalisation de la forme judiciaire à des fins politiques dans la critique de Kelsen, incompatible avec le respect du principe de la légalité en ce qui concerne la guerre d'agression dans celle de Schmitt.

Schmitt resserre son propos, dans la défense de Flick, sur la démonstration que la guerre d'agression n'offrait alors pas de précédent, sur le plan juridique, qui fût suffisamment constitué pour fonder en droit des poursuites pénales contre son mandant. En matière pénale c'est particulièrement gênant, car le principe de la légalité est la pierre de touche de tout édifice judiciaire. Sur le plan politique, il s'agit de démontrer que cette apparente judiciarisation n'est pas un progrès car elle n'est qu'apparence, vouée à être une justice de vainqueurs contre des vaincus, qui se pare d'une légitimation judiciaire universaliste sans recours possible. La question ne se pose en ces termes pour Schmitt qu'en ce qui concerne le crime d'agression ou crime contre la paix. Il admet en revanche que les crimes contre l'humanité, qu'il qualifie de *mala in se*, ne nécessitent pas une loi préexistante pour être dignes de châtement, relents d'une hostilité ancienne au positivisme. Il ne perçoit pas le concept de crimes contre l'humanité comme une notion juridique véritable car elle supposerait un sujet constitué qui puisse parler au nom de l'humanité et par voie de conséquence une dangereuse mise à l'écart de ceux qui ne seraient pas reconnus comme y appartenant (22). Quant aux crimes de guerre, auxquels il ramène les camps d'extermination en tant que variante extrême mais pas fondamentalement nouvelle, il les juge également condamnables en soi, sans besoin d'une loi positive préexistante.

Kelsen justifie quant à lui la poursuite des crimes contre l'humanité par le recours à l'opinion publique du monde civilisé. Plus largement, il admet la création du Tribunal de Nuremberg en tant qu'il est basé sur un traité international, auquel il considère que l'Allemagne, à travers les puissances occupantes signataires, du fait de l'état de *debellatio*, est également partie, ce qui n'est pas sans nous entraîner vers l'idée qu'un certain formalisme juridique peut devenir l'instrument de légitimation de la politique de puissance, la forme judiciaire donnée à la victoire pouvant aller de pair avec l'annihilation juridique de l'adversaire.

(22) Carl SCHMITT, *Ethique de l'Etat et Etat pluraliste. Parlementarisme et démocratie*, p. 146, cité in Emmanuel PASQUIER, *op. cit.*, p. 506.

Le même constat d'imperfection face au Tribunal de Nuremberg rassemble donc Schmitt et Kelsen, constat qui peut sans doute aujourd'hui être largement dépassé. Pour répondre à la question posée par Kelsen, oui, le jugement de Nuremberg peut aujourd'hui être considéré comme un précédent. D'une part, il a été confirmé dans les Principes de Nuremberg, adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies et considérés largement aujourd'hui comme des éléments de droit international coutumier ; d'autre part, l'évolution globale du droit international a été considérable après la Seconde Guerre mondiale. Sur le plan de l'effectivité, le jugement de Nuremberg est la source à laquelle toute la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux comme la doctrine reviennent sans cesse, le reconnaissant clairement comme un précédent. Ces évolutions ne permettent cependant pas de simplement considérer les développements de Carl Schmitt ou de Hans Kelsen comme dépassés. Les enjeux demeurent les mêmes et les difficultés constatées dans la mise en œuvre du Statut de Rome et le fonctionnement de la Cour pénale internationale nous renvoient à ces développements, nous montrant qu'ils n'ont pas à ce jour encore trouvé de réponses satisfaisantes et qu'ils sont peut-être simplement inhérents à l'idée de Cour pénale internationale, qui ne saurait s'en détacher sans cesser également d'exister.

SE TOURNER VERS L'AVENIR :  
LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE  
FACE AUX ENJEUX DU DROIT INTERNATIONAL ACTUEL,  
PERSPECTIVES ISSUES DES TRAVAUX  
DE CARL SCHMITT ET HANS KELSEN

Au vu de ce qui précède, on peut isoler certaines thématiques fondamentales qui entourent la Cour pénale internationale depuis sa création, sans évidemment pouvoir ici en épuiser le sujet. En dix ans d'existence sur la scène internationale, la Cour représente sans aucun doute l'instrument d'une évolution politique et juridique. Pour déterminer si elle forme une avancée décisive de la judiciarisation des conflits armés et la victoire du judiciaire sur le politique, donc la victoire de Hans Kelsen, ou, au contraire, si elle ne demeure malgré tout qu'une judiciarisation apparente, expression de la justice des vainqueurs dans la confirmation du diagnostic de concept discriminatoire de guerre, et donc la victoire de Schmitt, on peut analyser les éléments suivants.

***Kelsen : la Cour pénale internationale  
comme condition de la paix par le droit***

La création de la Cour pénale internationale et son fonctionnement effectif depuis dix ans devraient réaliser, dans le sens de Kelsen, les conditions de la paix par le droit, la communauté internationale s'étant organisée

autour non pas d'un, mais de multiples organes judiciaires. La Cour internationale de Justice est l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. Les auteurs du Statut de Rome ont souhaité que la Cour pénale internationale soit indépendante, mais non sans liens avec le système onusien. Elle vient ainsi compléter l'organe judiciaire premier en ayant à connaître de la responsabilité pénale des individus et non plus seulement de la responsabilité de type civile des Etats (23). Cette idée sort renforcée de la lecture du Statut de Rome, qui, dès son Préambule, place très clairement le mandat de la Cour en lien avec le maintien ou la restauration de la paix et de la sécurité internationales, dans une lutte contre l'impunité dont pouvaient bénéficier jusque-là les principaux auteurs des crimes les plus graves (24).

Dans le système de la Charte des Nations Unies, c'est le Conseil de sécurité qui est l'organe principalement compétent en matière de paix et de sécurité internationales. Il est donc assez logique de voir les auteurs du Statut de Rome accorder au Conseil de sécurité un double rôle en lien avec la Cour pénale internationale : il peut suspendre l'action de la Cour s'il estime qu'elle entamerait les chances de succès d'actions concurrentes pour la préservation ou la restauration de la paix et de la sécurité internationales ; mais il peut au contraire saisir la Cour d'une situation qui constitue une atteinte à la paix ou à la sécurité internationale, même – surtout – lorsqu'elle touche des Etats non parties au Statut de Rome, élargissant ainsi aux limites des Etats membres de l'Organisation des Nations Unies le champ de compétence *ratione loci* de la Cour pénale internationale. Si, dans un premier temps, le Conseil de sécurité a adopté des résolutions générales qui se sont vite avérées sans portée pratique, sinon sans fondement juridique, il a, en dix ans, considérablement évolué dans sa perception de la Cour, au point d'en devenir l'un des principaux moteurs (25).

Toutefois, il semble délicat de prétendre qu'en dix ans la Cour pénale internationale ait réellement permis d'instaurer la paix par le droit. Si on peut considérer que son intervention a calmé certains conflits, comme, par exemple et dans un premier temps seulement, dans l'est de la République démocratique du Congo, elle n'a pas apporté de mêmes résultats en Ouganda, les mandats d'arrêts publiés contre les chefs de l'Armée de résistance du Seigneur ayant, dans un premier temps, plutôt enflammé le conflit. Le moins qu'on puisse dire est qu'en République centrafricaine la procédure entamée

(23) Cf. Statut de Rome, Préambule, §7 et art. 2. Cf. la contribution de Xavier Pacreau, in Julian FERNANDEZ / Xavier PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Pedone, Paris, 2012, ad art. 2, pp. 327-338.

(24) Cf. Anne-Laure Vaus-Chaumette, « La Cour pénale internationale et le maintien de la paix », et Anna-Lisa CIAMPI, « La Cour pénale internationale et les Nations Unies », in Julian FERNANDEZ / Xavier PACREAU (dir.), *op. cit.*, respectivement pp. 65-75 et 77-90. Cf. les travaux de la Conférence de révision du Statut de Rome, tenue à Kampala, Ouganda, juin 2010, *Peace and justice*, RC/11, annex V(b), Résumé de l'animateur, disponible sur le site Internet [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/RC-11-Annex.V.b-FRA.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-11-Annex.V.b-FRA.pdf).

(25) Cf. la contribution de Hala EL AMINE in Julian FERNANDEZ / Xavier PACREAU (dir.), *op. cit.*, ad art. 16, pp. 669-685.

concernant cette situation n'a pas permis d'apporter de stabilité durable. Dans les pays où elle est intervenue surtout après des violences post électorales, en Côte d'Ivoire et au Kenya, son action reste porteuse de lourdes tensions. Enfin, en Libye, la situation est très certainement celle dans laquelle la Cour est le plus exposée. Par ailleurs, il existe encore un certain nombre de situations auxquelles la Cour est attentive, celle relative aux territoires palestiniens n'étant pas la moins porteuse de risques en tous genres. Il semble en conséquence que la Cour pénale internationale, en dix ans d'existence, n'ait guère permis de progresser sensiblement dans la voie de la paix par le droit.

### ***Schmitt : la criminalisation de l'ennemi devant la Cour pénale internationale***

Dès lors qu'on a construit l'idée que l'humanité prend une dimension globale incluant tous les êtres humains peuplant notre planète et que les crimes contre l'humanité sont au nombre de ceux entrant dans la juridiction matérielle de la Cour pénale internationale, il en découle que cette humanité même est sans extranéité possible. Schmitt considère en conséquence que, sans altérité, la seule solution possible reste la criminalisation de l'ennemi, considéré comme hors du droit et hors de l'humanité même. Comment en effet imaginer qu'un criminel contre l'humanité ou autre génocidaire puisse se maintenir dans une humanité qu'il aurait détruite ?

La création de la Cour pénale internationale peut être replacée dans un mouvement plus général d'évolution du droit pénal qu'on peut observer en de nombreuses législations nationales et sur l'histoire duquel il n'est pas inutile ici de se pencher. Force est en effet de relever l'ambivalence des doctrines pénales modernes. Si Beccaria rompait avec les droits pénaux d'ancien régime pour fonder la première doctrine pénale moderne, le raidissement des doctrines pénales depuis Kant et Bentham, avant que l'Ecole positiviste italienne ne vienne trouver sa consécration, accompagne la remise en cause de la vision de Foucault d'un éternel retour entre des périodes de sévérité et d'indulgence. Beccaria adoptait en effet un calcul utilitariste de la peine, pensant que, pour qu'une peine soit juste, elle devait détourner le criminel de son acte. L'argument de la prévention jouait en faveur de peines sérieuses (26). Pour Bentham, la peine ne peut être douce car elle doit aller en intensité plus loin que le crime commis. Force est en effet de constater que la peine a perdu sa fonction préventive si le crime est effectivement commis et c'est donc à la prévention des crimes futurs qu'elle doit tendre. Bentham nous place ainsi dans un enchaînement continu entre l'aggravation de la peine et la continuation du crime dans toute société,

(26) Cf. Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, 1764, Garnier-Flammarion, Paris, 2006.

ne reconnaissant aucune limite au législateur pour calculer ce surplus de peine nécessaire à la prévention du crime (27).

L'École positiviste estime dans le même sens que si la criminalité continue, c'est que les peines ne sont pas suffisantes et qu'il convient donc de leur ajouter des mesures de sûreté. Les délinquants sont alors perçus comme des hommes anormaux, malades, par tout un climat de réflexion qui nie ainsi toute pertinence à une peine préventive (28). La notion de sûreté est éminemment ambiguë. Pour Beccaria, la sûreté est sacrée et inviolable, mais subsiste la question de déterminer à qui profite ce droit à la sûreté. La valeur suprême de nos sociétés devient ainsi la sûreté publique, universelle, commune, comme objet de police et non plus de droit matériel. C'est en s'engageant dans une logique de guerre contre les dangers publics et les atteintes à la sûreté qu'on glisse vers un réflexe de défense sociale par l'élimination du délinquant, perçu dès Beccaria comme un ennemi (29). Ce « droit pénal de l'ennemi » est toutefois dénoncé dans son principe même par Rossi dès 1829 (30). A la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, l'École positive cherche à trouver une vérité scientifique qui réponde à l'augmentation pressante de la criminalité depuis la révolution industrielle et son corollaire, présenté de manière dramatique comme le grossissement de l'armée du crime. Elle appelle donc un surcroît de peine. La prophylaxie sociale n'arrête toutefois pas le mal et se pose donc la question de savoir comment repérer les criminels dangereux *ex ante*, avant qu'ils ne commettent leur crime. C'est là qu'émerge la proposition, centenaire déjà mais reprise récemment, de chercher à trier les enfants dès l'âge de trois ans (31).

Sous un autre angle, à la lumière de la doctrine de défense sociale nouvelle, les politiques sécuritaires peuvent apparaître comme une critique de la pénalité d'une époque révolue faite de peine de mort, de relégation et de courtes peines d'emprisonnement, pour poser comme sens et fonction de la peine la seule défense de la société. Dès le début des années 1950, l'échec de la pénalité classique est montré du doigt. Fondé sur un humanisme scientifique et l'importance du droit comparé, elle s'appuie sur des mesures de sûretés *ante delictum* pour certaines catégories d'individus. Une place centrale est faite à la notion de traitement comme substitut à la peine, dans une alliance sans précédent du juriste et du psychiatre. Les mesures de sûreté s'inscrivent alors clairement contre certains groupes de délinquants que la science criminelle moderne veut isoler et doit donc définir. La notion de délinquant d'habitude rejoint ensuite celle de délinquant anormal (32). Les personnes considérées comme anormales sont néanmoins jugées

(27) Cf. Jeremy BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, Dalloz, Paris, 2012.

(28) Cf. Cesare LOMBROSO, *L'Homme criminel*, 1876 ; Marc RENEVILLE, « Le Criminel-né : imposture ou réalité ? », *Criminocorpus*, disponible sur le site Internet [criminocorpus.revue.org/127](http://criminocorpus.revue.org/127).

(29) Cf. Marc ANCEL, *La Défense sociale nouvelle*, Cujas, Paris, 1966 (2<sup>e</sup> éd.).

(30) Cf. Pellegrino ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris et Genève, 1829.

(31) Cf. Cesare Lombroso, *op. cit.* ; Marc RENEVILLE, *op. cit.*

(32) Cf. Marc RENEVILLE, *op. cit.*

responsables et doivent rester détenues en fonction de leur dangerosité. On passe alors du dualisme des peines et mesures à l'alternance de la peine ou de la mesure, à l'exemple des Etats-Unis basant des périodes de probation sur des traitements médicaux. Ces doctrines ont néanmoins provoqué l'émergence d'une autre pénalité plus actuelle. Ce qui est à présent nouveau n'est pas de prendre en considération la dangerosité d'une personne mais d'autonomiser cette dangerosité pour la prendre seule en considération. Ce droit pénal émergent de la dangerosité, également mentionné comme un droit pénal de l'ennemi, apparaît comme un droit sur des individus pour ce qu'ils sont et non ce qu'ils ont fait, mettant l'accent davantage sur la dangerosité et le risque que sur la culpabilité. C'est en ce sens que la loi française de 2008 sur la rétention de sûreté a été baptisée « Loi sur les criminels dangereux » ; elle représente une double révolution, qui se répercute assez largement en Europe. La combinaison nécessaire dans la mesure de la peine du juste et de l'utile fait qu'une peine n'est juste que tant que l'acte est reprochable à l'auteur. Il y a là des fonctions rétributives et punitives bien connues, qui reposent sur une communion entre culpabilité et dangerosité. Aujourd'hui, la société semble exiger, au niveau national comme international, qu'on apaise d'abord et surtout la victime et qu'on rassure l'opinion. La dangerosité sans la culpabilité s'autonomise comme concept détaché de l'infraction. C'est envisager là la culpabilité sans imputabilité, c'est-à-dire une forme d'irrécupérabilité du criminel qui, par son acte, se place en quelque sorte définitivement en marge du droit et de l'humanité (33).

L'approche d'un droit pénal de l'ennemi vise tous les individus perçus comme dangereux. La contrainte porte en conséquence sur une dépersonnalisation plus ou moins forte car la culpabilité est réservée aux citoyens susceptibles de s'amender, la dangerosité quant à elle interdisant toute attente de rétribution. Le droit pénal de l'ennemi doit dès lors être perçu comme un droit d'exception, le procès équitable étant un droit du citoyen, pas de l'ennemi de la société. La notion d'ennemi appelle celles de lutte et de guerre, impropres à un processus judiciaire et perturbatrices des garanties fondamentales. Nos sociétés se trouvent ainsi dans une sorte de frénésie sécuritaire, dont les tenants n'aiment évidemment ni les avocats, ni les universitaires, ni les intellectuels en général. Actuel, le discours sécuritaire n'en est pas moins fort ancien car désigner des figures de dangerosité est propre à chaque époque. Les politiques pénales limitées à des objectifs de maintien de l'ordre confondent bien souvent les rôles de la police et de la justice. La peur brouille les frontières entre les réponses

(33) Cf. Paola Varjão CRUZ, *Le Droit pénal de l'ennemi, du phénomène au paradigme*, Editions universitaires européennes, 2011.

aux risques et aux menaces dans ce qui apparaît pour Mireille Delmas-Marty et à juste titre comme une inadéquation des réponses (34).

La création de la Cour pénale internationale se présente donc à une époque où on assiste à une forme de décomposition des principes fondamentaux du droit pénal. Les tribunaux d'exception se sont avérés la règle à toutes les époques depuis la Seconde Guerre mondiale, notamment au cours de la décolonisation et du conflit algérien, et tentent des retours constants *via* Bagram ou Guantanamo, dont les infamies marquent durablement les sociétés. On n'est en conséquence pas seulement face à un « *virage vers le concept discriminatoire de la guerre* » (35), mais vers un concept discriminatoire plus large de toute activité criminelle qui tend, à tous les niveaux, à faire du criminel l'ennemi de la société au plan interne, l'ennemi de l'humanité au plan international.

Lorsqu'on analyse les différentes situations actuellement pendantes devant la Cour pénale internationale, un constat s'impose, celui qu'on poursuit essentiellement des chefs de guerre rebelles. En effet, la situation en Ouganda est essentiellement axée sur la poursuite des dirigeants de l'Armée de résistance du Seigneur, lesquels sont visés par des mandats d'arrêt (36). Quiconque a entendu comme nous le discours du président Yoweri Museveni à l'ouverture de la Conférence de révision du Statut de Rome à Kampala, venu dire à quel point la coopération des autorités nationales avec la Cour était complète, garde à l'esprit que cette coopération serait sans doute nettement moins enthousiaste, dût la Cour étendre ses investigations aux forces armées gouvernementales (37).

Dans le cadre de la situation en République démocratique du Congo, Thomas Lubanga Dyilo a été condamné pour avoir enrôlé et fait participer aux combats des enfants soldats dans les Forces patriotiques pour la libération du Congo (FPLC) (38). Germain Katanga est présenté comme le présumé commandant de la Force de résistance patriotique en Ituri (FRPI) (39). Mathieu Ngudjolo Chui, acquitté le 12 décembre 2012, était présenté comme ancien dirigeant du Front des nationalistes et intégrationnistes (FNI) (40). Bosco Ntaganda fait l'objet d'un mandat d'arrêt en tant que présumé ancien chef adjoint de l'état-major général des Forces

(34) Cf. le séminaire organisé au Collège de France sous la direction de Mireille Delmas-Marty, « Les politiques sécuritaires à la lumière de la doctrine pénale des 19<sup>e</sup> et 20<sup>e</sup> siècles », 8 juin 2009. Cf. également le séminaire « Doctrines pénales et politiques criminelles en France au XIX<sup>e</sup> siècle », Institut rhône-alpin de sciences criminelles, disponible sur le site Internet [irasc.upmf-grenoble.fr/doctrines-penales-et-politiques-criminelles-en-france-au-xixe-siecle-158431.htm](http://irasc.upmf-grenoble.fr/doctrines-penales-et-politiques-criminelles-en-france-au-xixe-siecle-158431.htm).

(35) Carl SCHMITT, *Der Begriff des politischen*, en français *La Notion de politique*, *op. cit.* ; Robert KOLB, *Deux textes de Carl Schmitt*, *op. cit.*

(36) Cf. ICC-02/04-01/05, « Le Procureur c. Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen ».

(37) Disponible sur le site Internet [www.icc-epi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-statements-Museveni-ENG.pdf](http://www.icc-epi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/Statements/ICC-RC-statements-Museveni-ENG.pdf).

(38) Cf. ICC-01/04-01/06, « Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo ».

(39) Cf. ICC-01/04-01/07, « Le Procureur c. Germain Katanga ».

(40) Cf. ICC-01/04-02/12, « Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui ».

patriotiques pour la libération du Congo (FPLC) et présumé chef actuel d'état-major du Congrès national pour la défense du peuple (CNDP), un groupe armé en activité dans la région du Nord Kivu (41). Callixte Mbarushimana, contre lequel la Cour a refusé de confirmer les charges présentées par le Bureau du Procureur, était considéré comme secrétaire exécutif des Forces démocratiques pour la libération du Rwanda – Forces combattantes Abacunguzi (FDLR-FCA, FDLR) (42). Enfin, Sylvestre Mudacumura serait le commandant suprême des Forces démocratiques de libération du Rwanda (43). Seuls des chefs de guerre de groupes armés rebelles sont donc poursuivis dans le cadre de cette situation.

Concernant la situation au Darfour, Bahar Idriss Abu Garda était poursuivi comme Président et coordinateur général des opérations du Front uni de résistance, mais les charges présentées contre lui n'ont pas été confirmées par la Cour (44). Abdallah Banda Abakaer Nourain est considéré comme le commandant en chef du Mouvement pour la justice ou l'égalité – direction collective (MJE-DC), l'une des composantes du Front uni de résistance, et Saleh Mohammed Jerbo Jamus comme l'ancien chef d'état-major de l'ALS, actuellement intégré au Mouvement pour la justice ou l'égalité (45). Enfin, Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (« Ali Kushayb ») est considéré comme le dirigeant de miliciens Janjaouid (46).

De même, dans la situation en République centrafricaine, Jean-Pierre Bemba Gombo est actuellement jugé en tant que Président et commandant en chef présumé du Mouvement de libération du Congo (MLC) (47).

Il est clair, en toute hypothèse, que le pouvoir en place a tout intérêt à criminaliser l'ennemi que représentent pour lui ces divers groupes armés. En les inscrivant dans l'illégalité, d'une part il se pose en contrepartie comme le garant du respect de la légalité, d'autre part il les discrédite dans le jeu politique national ou régional, ce qui a pour effet de les écarter de toute solution négociée. La création de la Cour pénale internationale s'inscrivant dans une évolution générale du droit pénal qui tend à considérer le criminel comme l'ennemi, on en vient somme toute assez logiquement à considérer l'ennemi comme le criminel. On ne saurait toutefois méconnaître que les poursuites ouverte dans le cadre de la situation au Darfour, Soudan, contre le président Omar Hassan Ahmad Al Bashir, contre Ahmad Muhammad Harun (« Ahmad Harun »), ex-ministre d'Etat chargé de l'Intérieur et actuellement ministre d'Etat chargé des Affaires humanitaires, ainsi que contre Abdel Raheem Muhammad Hussein, ministre de la Défense,

(41) Cf. ICC-01/04-02/06, « Le Procureur c. Bosco Ntaganda ».

(42) Cf. ICC-01/04-01/10, « Le Procureur c. Callixte Mbarushimana ».

(43) Cf. ICC-01/04-01/12, « Le Procureur c. Sylvestre Mudacumura ».

(44) Cf. ICC-02/05-02/09, « Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda ».

(45) Cf. ICC-02/05-03/09, « Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus ».

(46) Cf. ICC-02/05-01/07, « Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb") ».

(47) Cf. ICC-01/05-01/08, « Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo ».

n'épargnent pas le gouvernement (48), comme la situation au Kenya, qui vise d'anciens membres du gouvernement (49), celle en Côte d'Ivoire, l'ancien président Laurent Gbagbo, mais également son épouse (50), et celle en Libye, des membres de l'ancien régime (51). Considérer qu'il y a là un contre-pied à l'argument développé par Schmitt serait ignorer que, au préalable, on a pris soin de désigner chacun d'eux comme l'ennemi dans le cadre du conflit concerné. En conséquence, il apparaît bien qu'on puisse retenir que la criminalisation de l'ennemi devant la Cour pénale internationale s'inscrive dans la ligne tracée par Carl Schmitt, celle d'un certain caractère discriminatoire.

### *Schmitt : la juridiction de la Cour pénale internationale comme grand espace*

Lorsque Carl Schmitt développe sa théorie des grands espaces, nous l'avons vu, c'est comme dépassement et conservation de l'Etat, inscrivant la souveraineté étatique dans un espace plus vaste. Il demeure illusoire de penser que les Etats puissent renoncer à leur souveraineté et que disparaît la divergence de leurs intérêts respectifs. Notre participation régulière aux assemblées des Etats parties depuis plusieurs années nous le démontre constamment. En outre, il est indéniable que la communauté internationale s'est structurée depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale d'une manière totalement inconnue des périodes antérieures. Il existe un nombre très important d'organisations internationales régionales ou universelles, présentant des degrés d'intégration divers en fonction de leur but et de leur ampleur. Octroyer à un organe commun des pouvoirs supérieurs à ceux de chaque Etat pris individuellement n'est non seulement plus tabou, mais une réalité dans le monde actuel. Le développement des organes judiciaires au niveau international est également révélateur d'un changement d'opinion des Etats qui acceptent de se soumettre à la sanction de juges indépendants, à des niveaux très divers concernant le respect des traités, des droits de l'homme ou en d'autres matières encore. L'émergence du juge pénal international n'est que la continuation logique de celle du juge des droits de l'homme, la justiciabilité de l'individu la contrepartie pénale de celle de l'Etat au plan civil – au sens le plus large.

(48) Cf. respectivement ICC-02/05-01/09, « Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir » ; ICC-02/05-01/07, « Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun ("Ahmad Harun") et Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman ("Ali Kushayb") » ; ICC-02/05-01/12, « Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein ».

(49) Cf. ICC-01/09-01/11, « Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang », ancien ministre de l'Enseignement supérieur, des sciences et des technologies de la République du Kenya ; ICC-01/09-02/11, « Le Procureur c. Francis Kirimi Muthaura et Uhuru Muigai Kenyatta », respectivement ancien directeur de la fonction publique et Secrétaire général du gouvernement et vice-Premier ministre et ancien ministre des Finances de la République du Kenya.

(50) Cf. ICC-02/11-01/11, « Le Procureur c. Laurent Gbagbo » et ICC-02/11-01/12, « Le Procureur c. Simone Gbagbo ».

(51) Cf. ICC-01/11-01/11, « Le Procureur c. Saïf Al-Islam Gaddafi et Abdullah Al-Senoussi ».

Qu'est-ce que la Cour pénale internationale, sinon un grand espace ? Le sens premier de juridiction désigne le territoire sur lequel s'exerce un pouvoir de justice donné. Tout tribunal ne peut connaître que des actes relevant de sa compétence matérielle intervenus dans les limites de l'espace sur lequel s'exerce sa juridiction. Il en va ainsi pour un tribunal pénal national, dont la juridiction est limitée aux frontières de l'Etat dont il relève, même si on considère les développement du droit pénal international, branche du droit qui traite de l'application du droit interne à des situations présentant certains éléments d'extranéité et portant essentiellement sur des règles de nature administrative d'entraide internationale en matière pénale, y compris en matière d'extradition, ou ceux en matière de compétence universelle, un critère de rattachement au territoire de l'Etat demeurant le plus souvent exigé, en règle générale au moins la présence de la personne mise en cause sur ce territoire. Il en va de même pour la Cour pénale internationale, dont la juridiction est limitée aux territoires des Etats parties à son Statut, à ceux qui reconnaissent sa compétence ou dont la situation lui est déférée par le Conseil de sécurité.

Dans son principe, la Cour pénale internationale est pensée comme devant être complémentaire de la justice nationale des Etats parties. Le Préambule du Statut de Rome est ainsi très claire, rappelant qu'il est du devoir de chaque Etat de soumettre prioritairement à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux et que ce n'est que lorsque cet Etat n'a pas la capacité ou pas la volonté de le faire que la Cour pénale internationale peut alors être compétente (52). Dans cette optique, la Cour pénale internationale s'inscrit comme un second niveau de souveraineté, qui redouble et englobe les souverainetés étatiques, lesquelles ne cessent pas pour autant d'exister, cela, dans un domaine régalien par excellence, celui de la justice pénale. En ce sens, la Cour pénale internationale n'est pas la négation de la justice pénale nationale, mais elle en est une forme de dépassement et de conservation, d'*Aufhebung* pour reprendre le terme de Schmitt. Dépassement, car elle peut intervenir lorsque l'Etat concerné n'a pas la capacité ou la volonté de le faire, conservation, car c'est à chaque Etat que demeure la responsabilité première de la justice pénale, quel que soit le niveau de criminalité en cause, en mettant en œuvre dans sa législation nationale les lois et règlements nécessaires au respect de ses obligations découlant du Statut de Rome.

Les premières années d'existence de la Cour montrent ainsi parfaitement l'étendue de son pouvoir comme ses limites. La coopération des Etats n'est pas pour chacun d'eux aussi exemplaire qu'elle le devrait et on observe même le besoin pour les Etats parties d'en aborder officiellement la

(52) Cf. les travaux de la Conférence de révision du Statut de Rome, tenue à Kampala, Ouganda, juin 2010, Complémentarité, RC/11, annex V(e), Résumé officieux des points focaux, et autres documents liés, disponible sur le site Internet [www.icc-epi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/RC-11-Annex.V.c-FRA.pdf](http://www.icc-epi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-11-Annex.V.c-FRA.pdf). Cf. également les Rapports du Bureau et du Secrétariat de l'Assemblée des Etats parties sur la complémentarité, présentés à la 11<sup>e</sup> session de l'Assemblée, La Haye, Pays-Bas, 14-22 nov. 2011, respectivement ICC-ASP/11/24 et 25.

problématique (53). Ainsi, par exemple, dans le cadre de l'exécution des mandats d'arrêts délivrés contre le Président du Soudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir, on a pu observer des frictions importantes entre la Cour pénale internationale et l'Union africaine, les Etats parties aux deux institutions se trouvant écartelés entre des obligations contradictoires. Comprendre tant la Cour pénale internationale que l'Union africaine comme de grands espaces concurrents à l'intérieur desquels les rapports entre les peuples et les Etats se restructurent à un niveau d'intelligibilité supérieur permet de prendre la mesure de la juridicité grandissante du droit international tout en gardant un œil attentif à la situation de chacun des Etats concernés afin de ne pas légitimer par la caution du droit la poursuite de l'impunité.

### ***Kelsen : l'indépendance et le caractère politique de la Cour pénale internationale***

L'une des critiques les plus récurrentes qui vise la Cour pénale internationale tient à son caractère politique, très prégnant, notamment dans les Etats de situation. Sans doute pourrions-nous dès à présent reprendre la citation de Kelsen relative à la juridiction constitutionnelle citée plus haut, selon laquelle si l'essence même de cette juridiction devait être non politique, la Cour serait inconcevable (54). Comme le soulignait Schmitt, la Cour pénale internationale est vouée à être un acteur de la communauté internationale ou l'instrument d'un autre acteur. Le bilan de ses dix premières années d'existence en fait l'un et l'autre. Acteur, elle l'est pleinement sur la scène internationale et elle a gagné sans doute un caractère incontournable. Il n'est pas aujourd'hui de conflit qui ne s'analyse, à un moment ou un autre, comme pouvant relever de la compétence de la Cour. Le cas de la Syrie est ainsi emblématique, les références à une saisine de la Cour se faisant toujours plus pressantes au fur et à mesure que s'enlisent les combats et s'additionnent les victimes. Le fait que le Procureur se soit saisi *proprio motu* de la situation au Kenya ou en Côte d'Ivoire démontre en outre que la Cour est prête à assumer ce rôle d'acteur au sein de la communauté internationale.

Acteur elle-même, elle n'échappe pourtant pas au fait d'être un instrument d'autres acteurs de la même scène. Dans quatre des sept situations actuellement pendantes devant elle, c'est l'Etat concerné qui l'a saisie, dans deux autres, la saisine vient du Conseil de sécurité. L'Ouganda, la République

(53) Cf. les travaux de la Conférence de révision du Statut de Rome, Kampala, Ouganda, juin 2010, Coopération, RC/11, annex V(d), Compte rendu de la discussion en table ronde, et les documents liés, notamment RC/Decl.2, Déclaration sur la coopération, adoptée par consensus à la neuvième séance plénière, 8 juin 2010, disponibles sur le site Internet [www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/RC2010/RC-11-Annex.V.d-FRA.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/RC2010/RC-11-Annex.V.d-FRA.pdf) et [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Decl.2-FRA.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Decl.2-FRA.pdf). Cf. également le Rapport du Bureau de l'Assemblée des Etats parties sur la coopération, présenté à la 11<sup>e</sup> session de l'Assemblée, La Haye, Pays-Bas, 14-22 nov. 2011, ICC-ASP/11/28, et celui relatif au défaut de coopération, ICC-ASP/11/29.

(54) Hans KELSEN, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*

démocratique du Congo, la République centrafricaine et le Mali, en tant qu'Etats, sont les acteurs premiers de la communauté internationale. S'ils ont saisi la Cour, c'est que son action leur permettait d'atteindre certains buts politiques, parmi lesquels on peut citer, outre la criminalisation de l'ennemi et sa disqualification du jeu politique interne, une volonté de circonscrire les zones de conflits et de gagner en crédibilité sur la scène internationale. Lorsque le Conseil de sécurité, organe politique s'il en est, en vient à saisir, par deux fois, la Cour pénale internationale, c'est également qu'il en fait l'instrument d'une politique de rétablissement de la paix et de la sécurité internationale, entrant pleinement dans ses attributions.

En toute hypothèse, on ne saurait nier la part du politique dans la création et le fonctionnement de la Cour. Convoquer une conférence internationale à Rome, à l'issue de travaux préparatoires complexes, pour adopter le Statut de la Cour pénale internationale, cela relève du politique. Lorsqu'un Etat ou le Conseil de sécurité saisit la Cour d'une situation, c'est une décision politique. Lorsque le Bureau du Procureur décide de requérir la délivrance d'un mandat d'arrêt contre telle ou telle personne, c'est également une décision politique – au moins l'expression d'une politique criminelle –, de même que le choix du moment dans lequel le mandat d'arrêt peut être rendu public. Lorsque des accusés tels que Jean-Pierre Bemba Gombo ou Laurent Gbagbo sont remis à la Cour, respectivement par la Belgique et la Côte d'Ivoire, ce sont là des décisions politiques. Lorsque Bosko Ntaganda peut échapper à son arrestation, c'est aussi grâce à des décisions politiques. Ce n'est que lorsque les juges siègent en audience que sort le politique, non seulement parce qu'il n'a dès lors plus sa place dans un processus devenu judiciaire et se devant en conséquence d'être indépendant, mais aussi parce qu'il a épuisé son rôle dans la mise en œuvre de l'organe.

Faire ainsi pencher le bilan de la Cour pénale internationale vers Schmitt n'interdit pas de le contrebalancer en observant qu'on peut également suivre Kelsen dans ses développements. La Cour est incontestablement une instance autorisée, établie par traité international multilatéral, en conformité avec le droit existant, droit qui a largement évolué depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale pour évacuer désormais toutes les questions relatives au respect du principe de non-rétroactivité : d'une part, la Cour n'est compétente qu'à l'égard des actes commis après l'entrée en vigueur de son Statut, le 1<sup>er</sup> juillet 2002, d'autre part, sa compétence matérielle porte sur des crimes dont la définition en droit international est largement antérieure à l'adoption de leur définition dans le Statut de Rome, même si des nouveautés apparaissent dans les définitions des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre. La Cour est aujourd'hui dotée d'une autorité judiciaire qui lui vient de l'exercice de sa compétence d'interprétation pour établir ce qui est infraction et ce qui est sanction, comme d'une compétence de faire exécuter ses jugements. Encore faut-il que la Cour apparaisse comme indépendante des instances qui l'ont créée, si on veut, avec Kelsen, que ses jugements fassent autorité et possèdent une véritable fonction

régulatrice. Si, *a priori*, la reconnaissance du rôle du politique dans la création et les modes de saisine de la Cour peuvent nous éloigner de ces considérations-là, il faut souligner qu'il n'y a cependant pas d'incompatibilité fondamentale à être d'une part un acteur ou l'instrument d'un acteur politique de la scène internationale, tout en garantissant son indépendance d'autre part. En effet, l'indépendance de la Cour est inscrite dans son texte fondateur. Les juges qui la composent sont élus par les Etats parties en tant que juges indépendants et ne reçoivent nulle instruction de quiconque. Les juges ont d'ailleurs déjà démontré à maintes reprises qu'ils tenaient à cette indépendance, en refusant dans un premier temps de délivrer contre Omar Hassan Ahmad Al Bashir un mandat d'arrêt pour génocide, en refusant de confirmer les charges contre Bahar Idriss Abu Garda ou Callixte Mbarushimana, partiellement contre Mathieu Ngudjolo Chui et en acquittant finalement ce dernier. Il en va de même du Procureur, également élu par les Etats parties et également indépendant, qui peut se saisir *proprio motu* d'une situation, même contre la volonté de l'Etat partie concerné, comme il l'a fait, nous l'avons mentionné, concernant le Kenya.

Néanmoins et comme le soulignait Kelsen, cette indépendance de la Cour ne doit pas faire oublier qu'elle doit nécessairement s'adosser à une force politique pour l'exécution de ses décisions. Dépourvue de forces de police ou de moyens militaires, elle ne peut que s'en remettre aux Etats parties pour l'exécution de ses décisions, qu'il s'agisse de la possibilité matérielle pour les parties d'enquêter sur le terrain, de l'exécution de mandats d'arrêts ou de toute autre décision, finale ou interlocutoire. Force est de constater qu'il demeure encore de nombreuses failles dans cette coopération nécessaire des Etats avec la Cour (55). Si on peut se réjouir que le Statut de Rome compte aujourd'hui cent vingt et un Etats parties, il serait illusoire de penser qu'ils partagent tous les mêmes intérêts dans la lutte contre l'impunité. Lorsque c'est le Conseil de sécurité qui a déféré une situation à la Cour, cette obligation de coopérer s'élargit alors à tous les Etats membres des Nations Unies, y compris ceux qui ne sont pas parties au Statut de Rome. Le cas du président Omar Hassan Ahmad Al Bashir en est révélateur : alors que tous les Etats membre des Nations Unies comme tous les Etats parties au Statut de Rome ont l'obligation d'exécuter les mandats d'arrêt délivré à son encontre, il demeure libre, près de quatre ans après la délivrance du premier d'entre eux. Les prises de positions des Etats africains sont variables, jusqu'à et y compris dans le cadre de l'Union africaine, alors, qu'ils sont, d'une part, tous membres des Nations Unies et, d'autre part, la plupart parties au Statut de Rome. Le débat entre les tenants de l'arrestation et leurs opposants ne sera par définition clos que lorsque les premiers auront obtenu gain de cause, ce qui peut advenir à tout moment.

(55) Nous l'avons mentionné *supra* avec les travaux de l'Assemblée des Etats parties sur la coopération et la complémentarité.

S'il existe encore des doutes, qui nous semblent effectivement subsister aujourd'hui, sur la capacité de la Cour à remplir sa mission de manière satisfaisante, non seulement d'un point de vue moral mais aussi et peut-être surtout d'un point de vue technique, ce n'est pas seulement parce qu'on n'a pas encore trouvé une procédure qui permette d'affronter efficacement toutes les questions posées par ces procès hors normes (56). C'est peut-être surtout que sa mission même reste peu claire dans l'esprit des Etats. En tant qu'instance judiciaire, la Cour ne saurait avoir pour autre mission que de dire le droit, sur la base de sa libre appréciation des éléments de preuve qui lui auront été soumis durant le procès, et de prononcer, le cas échéant, les sanctions prévues par le Statut de Rome. Pourtant, forte est la volonté d'en faire un instrument de maintien de l'ordre, de restauration de la paix et de la sécurité internationales. Ce sont là des missions de police dans lesquelles le juge n'a rien à faire, sinon se perdre, et où il se heurterait de plein fouet à la rivalité des Etats. Les conditions de l'intervention de la Cour en Libye, qui y est arrivée dans les bagages de l'OTAN, accusant, dans un premier temps du moins, les dirigeants d'un camp seulement, sur la base d'allégations provenant uniquement de l'autre camp, ne respectent pas l'essence d'un tribunal et relèvent d'une erreur grossière, d'une forme de précipitation où le judiciaire l'a inopportunément cédé au politique. Il y a dans la situation libyenne de quoi durablement entacher la crédibilité de la Cour, dans une dimension dont on n'a sans doute pas encore pris toute la mesure.

En conclusion sur ce point, l'autonomie acquise par la Cour pénale internationale, en tant qu'organe censé purement judiciaire, fait de la Cour un organe proprement politique qu'il faut accepter comme tel au risque de le mal comprendre et, en lui attribuant des missions qui ne peuvent être les siennes, le détruire en le voulant parachever. Le bilan de la Cour après dix ans comme la réalisation durable de son caractère permanent et de sa vocation universelle sont, comme le relevait Kelsen, d'abord et avant tout une question de confiance.

### ***Kelsen et Schmitt : guerre et ennemi justes devant la Cour pénale internationale***

« *Cui non videtur causa sua justa ?* » Dans quelle mesure l'instauration de la Cour pénale internationale participe-t-elle au débat sur la notion de guerre juste ou d'ennemi juste, de *justus hostes* au sens schmittien du terme ? La compétence matérielle de la Cour porte sur le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, notamment commis à grande échelle, et le crime d'agression. S'il n'y a plus de lien constitutif formel entre les deux

(56) L'Assemblée des Etats parties est sensible à l'amélioration des règles de procédure, notamment dans l'idée d'accélérer le déroulement des procédures ; cf. le Rapport de la Cour sur sa structure organisationnelle, ICC-ASP/11/6 ; le 7<sup>e</sup> Rapport sur les progrès de la Cour en matière de gains d'efficacité, ICC-ASP/11/9 ; le Rapport du Groupe de travail sur les amendements, ICC-ASP/11/36.

premiers et l'existence d'un conflit armé, tant le génocide que les crimes contre l'humanité pouvant être commis en temps de paix également, il n'en demeure pas moins que, le plus souvent, c'est en cours de conflits armés, internes ou internationaux, qu'ils sont commis. Tel est le cas dans toutes les situations actuellement pendantes devant la Cour pénale internationale. Si on peut aujourd'hui sans difficulté retenir que la guerre fait partie du droit, que ce soit en tant que guerre délit, guerre sanction ou guerre juste, la criminalisation de l'ennemi que nous avons relevée comme miroir à l'inimicalisation du criminel tend à démontrer avec Kelsen que la question de la juridicité du droit international est inséparable de la notion de guerre juste ou, en tous les cas, d'une certaine vision de la guerre juste. En nous limitant aux situations actuellement pendantes devant la Cour pénale internationale, on y observera la prévalence de chefs rebelles, qui ont toujours et par nature été en marge de la légalité, que ce soit dans le cadre du *Jus ad bellum*, *in bello* ou *contra bellum*. La rébellion armée n'est ainsi pas une guerre légale au sens où l'entend Kelsen, ce n'est pas ainsi une guerre juste et cela justifie qu'on recherche la responsabilité pénale individuelle de ses auteurs. D'un autre côté, la manière dont la Cour est intervenue en Libye, sur saisine du Conseil de sécurité, tend à rejoindre les craintes exprimées par Schmitt quant au risque de voir le recours à la notion de guerre juste servir des politiques hégémoniques ou discriminatoires, en d'autres termes de voir les Nations Unies cautionner des guerres où les agresseurs restent, structurellement, juges et parties. En quoi l'intervention du Conseil de sécurité lorsqu'il autorise l'emploi de la force se distingue-t-elle d'un recours à une forme moderne de *justa causa* et, par voie de conséquence, au *bellum justum* ? Les travaux de la Conférence de révision de Kampala, en 2010, lors de laquelle la définition du crime d'agression a été adoptée sont ainsi particulièrement parlants. Pour qui y était, comme nous, il apparaissait assez clairement que la difficulté, somme toute, ne résidait guère dans la définition du crime d'agression (57). Ce n'est pas là un concept particulièrement complexe à comprendre et la consécration finale de la définition bien connue adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1974 démontre un consensus sur ce point (58).

Plus complexe s'est avérée la réglementation de l'exercice de sa compétence par la Cour pénale internationale. Si on replace la lecture des articles 15*bis* et 15*ter* du Statut, tels qu'adoptés à Kampala, dans le contexte des discussions qui se tenaient alors entre les Etats parties, on retiendra l'impression qu'on a confié à la Cour une compétence et que, dans le même mouvement, on a tout fait pour qu'elle ne soit jamais en mesure de l'exercer. N'est-ce pas là retomber sur les observations de Schmitt quant à l'adoption du Pacte Briand-Kellog, considérer l'adoption de la définition du crime

(57) Cf. Maurice KAMTO, *L'Aggression en droit international*, Pédone, Paris, 2010 ; cf. également les travaux du Groupe de travail spécial sur le crime d'agression, disponibles sur le site Internet [www.icc-cpi.int/fr\\_menus/asp/crime\\_of\\_aggression/Pages/special\\_working\\_group\\_on\\_the\\_crime\\_of\\_aggression.aspx](http://www.icc-cpi.int/fr_menus/asp/crime_of_aggression/Pages/special_working_group_on_the_crime_of_aggression.aspx).

(58) Cf. la résolution 3 314 (XXIX), de l'Assemblée générale des Nations Unies, 14 déc. 1974.

d'agression comme un tour juridique qui consiste, pour pouvoir condamner l'agresseur, à destituer du statut d'agression les interventions militaires que les membres permanents du Conseil de sécurité les premiers souhaitent malgré tout juridiquement justifier, ce qui constitue sans doute en ce sens un nouveau point d'orgue dans l'institutionnalisation de la criminalisation de la guerre ?

On en reste en somme au problème structurel fondamental que dénonce Schmitt : d'un côté, les Etats parties au Traité se considèrent comme une communauté internationale intégrée et centralisée qui peut s'établir en gardienne du droit international et désigner ses ennemis comme des criminels ; de l'autre, ces Etats ne paient pas le prix pour qu'une telle centralisation juridique soit effective, c'est-à-dire qu'ils ne renoncent pas à leur souveraineté (59). C'est l'introuvable communauté internationale, qui ne sait que refléter des intérêts divergents sans parvenir à instituer une unité et dans laquelle, malgré tout, il est à craindre que « *chacun tirant la justice de son côté s'attribuera tous les droits de la guerre et prétendra que son ennemi n'en a aucun, que ses hostilités sont autant de brigandages, autant d'infractions au droit des gens, dignes d'être punies par toutes les Nations* » (60)...

***Kelsen et Schmitt : la Cour pénale internationale  
comme dépassement de la justice  
de vainqueurs contre des vaincus***

Dans sa critique du Tribunal de Nuremberg, nous l'avons dit, Schmitt considérait que la judiciarisation de la communauté internationale n'était qu'apparente et que l'instauration du Tribunal de Nuremberg n'était pas un progrès, qu'une apparence destinée à parer d'une légitimation universaliste, sans recours possible, la justice des vainqueurs contre des vaincus. Il est vrai que, selon Schmitt, la question ne pouvait se poser en ces termes qu'en ce qui concernait le crime d'agression ou crime contre la paix, mais non en matière de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité, car il considérait les premiers, nous l'avons vu, comme suffisamment constitués en droit et les seconds comme *mala in se*, ne justifiant pas de loi préétablie pour relever des juridictions pénales. Nous avons toutefois observé que, peu ou prou, les crimes entrant dans la compétence matérielle de la Cour sont commis dans le cadre de situations de conflits armés, internes ou internationaux. Cette critique ne résiste pas à l'examen pour plusieurs raisons. Premièrement, on ne voit pas en quoi, dans l'hypothèse où on n'aurait, à Nuremberg, jugé que des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité, cela aurait changé quelque chose au rôle de vaincus des accusés présents dans le box, face aux juges. N'est-ce somme

(59) Cf. Emmanuel PASQUIER, *op. cit.*, p. 387.

(60) Emmer DE VATTEL, *op. cit.*, Livre III, chap. 12.

toute pas parce que l'Allemagne nazie et ses dirigeants avaient mené non pas seulement des guerres d'agression, mais surtout des guerres totales, d'extermination, des guerres contre l'humanité, qu'ils se trouvaient traduits devant le Tribunal ? D'un autre côté, on sent Kelsen davantage gêné face à cette question, lui qui tente d'expliquer de manière assez controuvée que l'Allemagne, du fait de la débilitation, se trouvait partie à l'Accord de Londres qui créait le Tribunal de Nuremberg. Quoi qu'il en fût, nous avons bien, d'un côté, des juges américains, britanniques, russes et français, des procureurs de même et, de l'autre, des accusés allemands. Les camps de la guerre se trouvaient bien figés dans les rangs de la justice.

Qu'en est-il aujourd'hui ? Le Statut de Rome est un traité international multilatéral. Il a été signé à Rome, dans une situation qui ne faisait pas suite à une conflagration générale, de celle qui provoqua les grandes avancées du droit international public, la guerre de Trente ans et les Traités de Westphalie de 1648, les guerres de successions d'Espagne et le Traité d'Utrecht de 1713, les guerres napoléoniennes et le Traité de Vienne de 1814, la Première Guerre mondiale et le Traité de Versailles de 1919 ou la Seconde et l'Accord de Londres et la Charte des Nations Unies de 1945. On était à Rome dans une situation où la communauté internationale avait pris conscience, après l'effondrement de l'ex-Yougoslavie et le génocide au Rwanda, qu'un tel niveau de criminalité ne pouvait être davantage supporté. Il a donc été décidé, en dehors de tout conflit particulier, de créer une Cour pénale internationale permanente, indépendante et à vocation universelle, qui ne pourrait connaître que des actes entrant dans sa juridiction, commis après l'entrée en vigueur de son Statut. Elle peut donc juger toutes les parties aux conflits, indépendamment de la tournure strictement militaire des événements en cause, tant les vainqueurs que les vaincus. Dans sa communication, la Cour – le Bureau du Procureur en particulier – a toujours veillé à souligner que tous les camps en présence pouvaient avoir à répondre devant elle d'actes criminels. Il semble par ailleurs acquis dans l'esprit de tout un chacun que, dans le cadre des conflits actuels, bien différents dans leur nature des conflits connus jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, des atrocités sont commises le plus souvent de part et d'autres. L'actualité en Syrie comme la situation en Libye le démontrent particulièrement.

Néanmoins, la question ne saurait être si rapidement et généralement évacuée sans tenir compte d'un risque qui demeure de voir la Cour s'enliser dans une justice de vainqueurs. Dans les différentes affaires actuellement pendantes devant elle, elle ne juge à ce jour que des chefs de groupes armés rebelles ou un ancien chef d'Etat écarté du pouvoir. Que sont-ils sinon des vaincus ? A chaque fois que la Cour a tenté de viser ceux qui tiennent encore le pouvoir en leurs mains, elle n'est pas parvenue à faire exécuter ses décisions. La situation au Darfour et les mandats d'arrêts demeurant encore non exécutés contre le président du Soudan Omar Hassan Ahmad Al Bashir tend à démontrer que les vainqueurs restent hors d'atteinte. Même

la situation en Ouganda, dans le cadre de laquelle la Cour a toujours pris bien soin de signifier que ses investigations porteraient sur tous les actes commis, par quelque camp que ce soit, nous démontre les limites de ce type de position. La Cour, depuis dix ans qu'elle est présente en Ouganda, n'a rien visé d'autre que l'Armée de résistance du Seigneur. Elle a évidemment besoin de l'appui et de la coopération des autorités nationales pour assurer sa présence sur le terrain, sa sécurité et sa capacité à mener les actes d'enquêtes – au demeurant légitimes au vu des atrocités alléguées – contre les dirigeants de l'Armée de résistance du Seigneur. N'est-ce pas là se concentrer sur le plus faible, le seul accessible, le vaincu ? La situation en Côte d'Ivoire peut également être lue comme le résultat de la traduction en justice des vaincus, les époux Laurent et Simone Gbagbo, au profit des vainqueurs qui occupent actuellement le pouvoir. La situation en Libye demeure la plus explosive sur ce point car les mandats d'arrêts ne visent que les vaincus, les trois têtes déchuées d'un pouvoir renversé, dont seules deux sont toujours en vie, alors que de nombreuses sources tendent maintenant à démontrer que les différents groupes ayant pris part à la révolution ne sont pas exempts de toute responsabilité dans des atrocités commises de leur côté. Encore une fois, la situation en Libye apparaît bien explosive pour la Cour et pourrait générer des critiques fondamentales dont elle pourrait bien avoir du mal à se relever.

Est-ce à dire que toute justice pénale internationale demeure vouée, par sa nature même, à n'être qu'une forme de justice de vainqueurs contre des vaincus ? Dans un certain sens oui, comme d'ailleurs toute forme de justice pénale. Le criminel arrêté et poursuivi a perdu la partie et est, en somme, toujours une forme de vaincu. Lorsque le criminel sort vainqueur de sa confrontation avec les forces de l'ordre, il demeure inconnu ou impuni. Au niveau international, la nature des relations entre les Etats renforce encore l'idée que seuls pourront être poursuivis ceux dont la traduction en justice ne heurtera pas de plein fouet les intérêts politiques supérieurs des puissants. La Fontaine déjà nous signalait que, selon que l'on soit riche ou pauvre, la justice des hommes pouvait ne pas être la même, sans qu'il faille par là même renoncer à toute idée de justice. Ce qui fait que la Cour pénale internationale dépasse la problématique d'une justice de vainqueurs, c'est son caractère permanent. Pour la première fois, un tribunal pénal international n'est pas limité dans son existence à un lieu, une période, des responsables donnés. De plus, le temps de la justice pénale internationale est un temps long et lent. Les crimes entrant dans la compétence matérielle de la Cour pénale internationale sont imprescriptibles et peuvent être jugés sans limitation de temps. Seule la mort de l'accusé met un obstacle définitif, mais limité, à sa personne, à l'action pénale. Comme il n'y a rien de plus changeant que les intérêts politiques, on peut penser que ceux qui sont puissants aujourd'hui pourront, demain, ayant perdu leur superbe, être traduits devant une justice qui les rattrapera, comme ce fut le cas, par exemple des Milosevic, Mladic ou Karadzic, qu'on a dépeints longtemps

comme inaccessibles. Que seront-ils d'autres alors, ces vainqueurs d'aujourd'hui, que les vaincus de demain ?

CONCLUSION AVEC KELSEN ET SCHMITT :  
LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE  
COMME ORGANISATION INTERNATIONALE

Selon Kelsen, nous l'avons vu, il n'y a de communauté qu'en tant qu'elle est constituée juridiquement, définie par l'ordre juridique international. En ce sens, il est important de noter les termes du Préambule du Statut de Rome, qui mentionne que les crimes les plus graves touchent l'ensemble de la communauté internationale et portent atteinte à la paix et à la sécurité du monde. Les auteurs du Statut, en quelque sorte, constatent par là même l'existence de cette communauté internationale au nom de laquelle ils créent la Cour pénale internationale. Cette Cour n'est pas seulement un tribunal, c'est une véritable organisation internationale, dotée d'organes permanents, qui sont l'Assemblée des Etats parties, la Présidence et le Secrétariat. Ces organes, dans leur nature, leur composition et leur fonctionnement, sont clairement distincts des organes de la Cour, qui sont la Présidence, les Chambres, le Greffe et le Bureau du Procureur. Ce faisant, les Etats parties n'ont certes pas, il est vrai, renoncé à leur souveraineté. Ils n'ont cependant pas manqué d'adosser la Cour ainsi créée à une force politique qui se veut capable d'assurer son indépendance et son effectivité, ce qui passe nécessairement par une acceptation de principe de ses décisions, lesquelles pourraient ne pas aller dans le sens des intérêts politiques de tel ou tel Etat partie à un moment donné, mais également, à travers l'obligation, pour les Etats parties d'endosser de coopérer avec la Cour, d'exécuter ses décisions. Même si on a souligné à quel point on peut voir dans ces dix premières années que la coopération des Etats avec la Cour n'a pas été exemplaire, loin s'en faut, il apparaît néanmoins que la Cour est définitivement plus qu'une façade juridique égalitaire à des relations fondamentalement dissymétriques que dénonçait Carl Schmitt.

Après dix ans d'existence, la Cour pénale internationale est à un tournant et les Etats parties ont bien saisi l'importance du bilan nécessaire que cette période appelle. L'Assemblée des Etats parties a ainsi, dans sa dixième session de 2011, clairement montré la volonté de contrôler les coûts de la justice pénale internationale, ce qui a généré de nombreuses réactions, notamment de la défense, qui voyait ses moyens diminués drastiquement. En toute hypothèse, les difficultés rencontrées par la Cour ne pouvaient être réduites à de simples considérations budgétaires et il fallut bien dépasser la dimension un peu mesquine que ces questions revêtent toujours. La volonté de mettre en discussion, de manière régulière et suivie, des questions aussi fondamentales que la complémentarité, dite aujourd'hui active, et la coopération des Etats montre le souhait de rendre plus effectif et, partant,

plus légitime cet instrument incontournable qu'est devenue la Cour pénale internationale.

Le principal danger pour elle nous semble reposer sur les craintes déjà formulées par Schmitt et Kelsen, dans les différents titres ici analysés. Si on pouvait avoir du Tribunal de Nuremberg une vision ambivalente, sans doute peut-on la garder de la Cour pénale internationale. Les avancées sont là, incontestables. Les difficultés aussi, bien réelles. Les enjeux, nombreux, ne nous conduisent qu'à constater que, aujourd'hui comme hier, les Etats n'ont pas voulu se donner tous les moyens de permettre à la Cour les chances d'un plein succès, surtout en ce qui concerne la mise en œuvre de sa juridiction en matière de crime d'agression. Ainsi demeurent la souveraineté des Etats – sans doute dans une définition qui n'est plus exactement la même que celle qui prévalait au sortir de la Seconde Guerre mondiale –, comme la divergence des intérêts derrière une unité affichée de mettre un terme à l'impunité pour les auteurs des crimes les plus graves. Cette unité n'est pas seulement de façade, comme le démontre l'évolution des positions politiques de certains Etats, les Etats-Unis ou la Chine par exemple, d'une opposition systématique et bornée à une prise en compte de la Cour comme instrument des relations internationales, au point que certains n'hésitent pas à parler de ces pays-là, désormais, comme des « Etats parties de fait ». Si la locution n'a guère de sens juridique, elle dénote une réalité politique. En revanche, ce dont la Cour doit réellement se garder, c'est de cette tendance qu'elle peut avoir à vouloir écrire l'histoire. Non, un jugement de la Cour pénale internationale n'est pas l'écriture d'une page d'histoire. Il est la démonstration de l'intime conviction à laquelle les juges parviennent dans l'analyse de la responsabilité pénale individuelle de celui qu'on accuse devant eux d'avoir commis les crimes les plus graves. Il faut résolument abandonner cet idéal schmitto-hégélien d'une Cour pénale internationale qui écrirait l'histoire, cette histoire du monde qui serait en soi le « tribunal du monde ». Le jugement des historiens sur une société donnée à un moment donné ne saurait être celui du juge sur la responsabilité pénale d'un homme face à des accusations données. Vouloir écrire l'histoire n'est jamais pour le juge qu'une forme de *non licet* inacceptable

Alors, après ces dix années qui ne sont guère que les premières d'une institution durable, on se doit, pour être impartial, de conclure à une forme d'ambivalence. La Cour pénale internationale est sans doute une avancée décisive dans la judiciarisation des conflits armés, c'est une victoire d'étape du judiciaire sur le politique, la possibilité d'atténuer les conflits comme le crime, en les prévenant et en y mettant fin, qui pourrait satisfaire Kelsen. Dans le même temps, comment ignorer que cette judiciarisation demeure en partie une façade et que subsiste un concept discriminatoire qui envoie les uns, mais les uns seulement, devant le juge au titre de la lutte contre l'impunité, châtement quasi transcendant au nom de l'humanité, alors que, si on ne saurait encore vouloir garantir l'impunité aux autres – ce qui serait admettre leurs crimes –, on en est bien encore à vouloir maintenir pour

eux l'apparence de la légalité d'un comportement par ailleurs criminel, à destituer de sa nature illicite l'acte qu'on souhaite encore pouvoir se permettre sans pour autant avoir à quitter le plus sûr chemin de la légalité. S'il est sans doute dans la nature de la justice pénale, internationale peut-être plus encore que nationale, de n'être à jamais qu'une forme de justice de vainqueurs sur des vaincus, elle est davantage que cela par son caractère permanent et sa vocation universelle, détachés de tout conflit particulier. L'institution de la Cour pénale internationale marque ainsi un progrès sensible de la juridicité du droit international, tout en constatant la durable impossibilité de son perfectionnement total.

