

LES INFLUENCES DU DROIT INTERNATIONAL PENAL SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

PAR

Robert KOLB^{*}

A l'instar de toute branche de la connaissance et de la vie humaines et, surtout, en tant que corps reflétant la réalité sociale, le Droit international public, ordre juridique des collectivités publiques relativement indépendantes les unes des autres, a constamment évolué au fil de l'histoire. Il s'est nourri des apports les plus divers, tantôt des analogies de Droit civil, tantôt des constructions doctrinales, tantôt des correspondances diplomatiques, pour croître et pour s'affirmer. Cette évolution par accrétiens multiples et continues s'explique par sa nature même : droit d'une société internationale groupant ensemble des Etats de cultures et de traditions progressivement de plus en plus différentes, il ne pouvait croître autrement que par transfusions et pesées quelque peu disparates, dans un rythme inégal, comme des nuages qui tantôt s'amoncellent et tantôt se dissipent. Un vecteur essentiel de cette évolution tourmentée est le fait qu'un tel corps de droit, pendant longtemps essentiellement non écrit, ne possédait pas la cohérence et la complétude que seul le grand dessein d'un législateur saisi d'un projet mûrement réfléchi peut secréter.

A défaut d'une codification d'ensemble, le droit international est donc toujours resté lacunaire. Il était par conséquent plus que tout autre droit ouvert au complément. Molécule jamais saturée, il appelait et attirait d'autres molécules, ainsi qu'un flot incessant d'électrons libres. Telle une éponge, il absorbait facilement des tendances juridiques dominantes ou importantes à un moment de l'histoire, tout en réalisant une synthèse propre. A cet égard, il ne serait pas dépourvu de sens d'analyser l'histoire du droit international comme une séquence de périodes dominées par l'influence significative de telle ou telle branche du droit sur le corps du droit international général. Ainsi, jusqu'à la période grotienne, le droit romain, lui-même constamment réinterprété, a nourri le corps croissant d'un *jus gentium* s'émancipant progressivement du modèle de l'Antiquité. Dès après le temps grotien, les théories des Lumières et les mouvements constitutionnalistes imprimèrent leur sceau plus ou moins discret sur le corps du droit international, ne fût-ce qu'à travers la différenciation croissante de « l'intérieur » et de « l'extérieur » de l'Etat. Et, au XX^e siècle, le droit des organisations internationales a commencé à infléchir un droit international pensé jusque-là excessivement sous l'angle de la souveraineté. Dans les années 1970 et 1980, le droit de la mer pesait sur le droit international général, lui apportant des illustrations et des exemples. La théorie du droit coutumier commençait à bouger sous le feu de ses projecteurs. Enfin, dès les années 1990, le droit international humanitaire et le droit international pénal, intimement liés, constituent l'étoile émergente du droit international. C'est dire si le sujet du colloque organisé à Paris sur le Droit international pénal s'inscrit dans l'air du temps.

Il n'est pas inutile, dès lors, de promener le regard à travers le corps du droit international pour voir de quelle manière l'étoile aujourd'hui émergente exerce sa force de

^{*} Professeur de Droit international public à l'Université de Genève (Suisse).

^{**} La présente contribution est issue d'une communication faite à Paris lors d'un colloque sur le Droit international pénal organisé à Paris fin mai 2010. Le style oral y est délibérément conservé et l'appareil de notes infrapaginales allégé.

gravitation sur le corps de sa « maison mère ». Du point de vue purement numérique, un signe de l'importance du droit international pénal dans le droit international moderne est déjà constitué simplement par le nombre d'affaires à coloration pénaliste dont la Cour internationale de Justice (CIJ), depuis une quinzaine d'années, se trouve saisie. Avant cette date, la célèbre affaire du *Lotus* (1927) faisait pratiquement office de cavalier seul. Désormais, la CIJ se trouve saisie presque à parts égales d'affaires « pénales » et d'affaires territoriales et maritimes, qui constituent traditionnellement le plus gros contingent de différends soumis à son attention. Il suffira ici d'évoquer l'affaire du *Mandat d'arrêt* de 2000, l'affaire *Djibouti c. France* (2008) ou bien encore l'affaire du *Génocide* (2007), en quelque sorte prolongée à travers l'instance jumelle portée devant la Cour par la Croatie.

L'importance du droit international pénal peut aussi se mesurer par une autre donnée assez apparente. Jadis, avant les années 1990, les professeurs de Droit international public généralistes possédant des connaissances un tant soit peu spécifiques sur le droit international humanitaire et le droit international pénal se comptaient sur les doigts des deux mains. Leurs noms revenaient sans cesse : C. Rousseau, G. Schwarzenberger, G. Abi-Saab, Y. Dinstein, L. Condorelli... Désormais, dans la plus jeune génération d'internationalistes, il n'est plus guère un collègue qui ne se pique, très légitimement d'ailleurs, de connaissances approfondies dans ces deux branches. Celles-là ont cessé d'appartenir essentiellement à des spécialistes ; elles sont devenues du domaine commun de l'internationaliste. Cela aussi explique les ponts de plus en plus nombreux enjambant les deux rives.

Grosso modo, il est possible de classer les influences et pesées du droit international pénal sur le droit international public en deux catégories : les influences sur la structure du droit général et les influences sur les contenus du droit international. Les premières signifient une évolution des charpentes et de l'ossature du système général ; elles portent sur la structure et la structuration. Les secondes portent sur des aspects accidentels, sur tel ou tel contenu, sur telle ou telle modalité, plus ou moins importante. Il va de soi qu'un approfondissement scientifique de la question, qui n'est pas l'objectif de ces lignes, devra et pourra classer la matière en une série de sous-catégories plus précises. Il convient également d'insister ici sur le fait qu'il ne sera possible, à cette place, que d'évoquer divers aspects, sans offrir au lecteur un approfondissement dépassant les limites étroites de l'espace imparti. Enfin, il sied de souligner que les aspects évoqués ne sont nullement exhaustifs.

LES INFLUENCES STRUCTURELLES DU DROIT INTERNATIONAL PENAL SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Parmi les influences ou les pesées structurelles, il faut évoquer surtout les évolutions personnelles et matérielles du droit international dont le droit international pénal est à la fois un emblème et un moteur.

Evolutions rationae personae : la diversification des sujets de droit, le retour de l'individu

Depuis la nuit des temps, l'histoire du Droit international public est comprise dans une oscillation permanente entre des phases de contraction du pouvoir social autour du pôle de l'Etat ou de la collectivité publique et des phases d'éparpillement du pouvoir social vers des acteurs les plus divers, notamment vers des groupements privés. Dans les phases de contraction ou de concentration du pouvoir social, le droit international tend à se rétrécir vers son pôle le plus essentiel, à savoir celui d'un droit régulateur des rapports entre

collectivités mutuellement relativement indépendantes (souveraines). Tel a été le cas dans le droit public européen dès les temps de Grotius, avec la consolidation de l'Etat territorial moderne. Cela aboutit à la doctrine selon laquelle seuls les Etats sont les sujets véritables du droit international : l'individu, de son côté, ne pouvait être que l'objet d'une réglementation, mais non le détenteur de droits subjectifs au plan international. Cette doctrine se doublait de la conception dualiste entre droit interne et droit international. En droit interne, les sujets essentiels étaient les individus ; en droit international, les sujets principaux – sinon exclusifs – étaient les Etats. L'individu ne pouvait dès lors détenir des droits et devoirs qu'en fonction du droit interne. Le droit international, interétatique, pouvait prévoir que les Etats dussent octroyer certains droits ou imposer certains devoirs aux individus, mais c'était alors au droit interne d'exécuter l'injonction internationale en accordant ces droits ou en imposant ces devoirs.

Il est connu que le droit des droits de l'homme internationaux – à l'actif – et le droit international pénal – au passif – émergent dès la fin de la Seconde Guerre mondiale ont battu en brèche cet écran impénétrable entre l'espace interne et international en octroyant directement des droits et en imposant directement des devoirs à l'individu au plan international. Le dualisme reculait ; droit international et droit interne s'interpénétraient davantage ; l'individu n'était plus un simple sujet du droit interne mais devenait aussi un sujet du droit international. Ce n'est pas le lieu ici de soumettre à une critique cette évolution. Il suffit de noter que l'extension du droit international humanitaire, du droit des droits de l'homme et du droit international pénal, ces dernières années, accentuent cette évolution, bienvenue ou malvenue qu'elle soit. Les évolutions sociales issues de la « privatisation » et « dérégulation » – toute relative d'ailleurs – ont sous-tendu ou accompagné activement ces évolutions. Est-ce un hasard si les notions de combattants non liés à une partie au conflit, de participation directe aux hostilités, de *private contractors* et d'autres du même acabit, tiennent en ce moment le haut du pavé dans le droit international humanitaire ? On se situe ainsi dans une phase centrifuge : le pouvoir n'est plus si étroitement concentré autour des Etats qu'autrefois ; d'autres pôles et acteurs s'affirment. Dès lors, la doctrine des sujets du droit international s'adapte. Dans cette mouvance, le droit international pénal, viscéralement attaché à l'individu – car seule sa responsabilité pénale est évaluée –, est un vecteur de taille. Ne pouvait-on pas encore écrire en 1927 : « *tant que le droit international a été le droit des Etats souverains, il n'a pu avoir un système pénal propre* »¹ – il faudrait dire : tant que le droit international n'a été « que » le droit des Etats souverains... Ainsi, le droit international pénal ne profite pas seulement de l'ouverture croissante du droit international vers l'individu ; il la suppose et a lui-même grandement contribué à la propager.

Evolutions ratione materiae : l'expansion matérielle du droit international public

Au moment où le Droit international public enjambait le pas du XIX^e au XX^e siècle en allant de sa mouture classique vers sa mouture moderne, il se fit l'acteur d'une expansion matérielle considérable. Jadis, dans la tranquille assurance de son armature classique, il couvrait essentiellement un peu de coexistence (souveraineté et affaires intérieures), un peu de prédation (libre utilisation de la force et annexion) et un peu de coopération (combat contre les fléaux, répression de certains crimes, unification du droit, unions administratives et commissions fluviales, etc.). Ce droit international comportait surtout des règles sur la diplomatie, les transactions (traités) et la guerre. Existait-il un problème ? : il fallait un droit des pourparlers. Pouvait-on trouver une solution ? : il fallait un droit des traités permettant de la consolider. N'arrivait-on pas à dégager une solution ? : le différend pouvait être vidé par la guerre.

¹ N. POLITIS, *Les Nouvelles Tendances du droit international*, Paris, 1927, p. 95.

Désormais, dans le fourmillement inquiet de son affairisme moderne, le droit international couvre tous les domaines de l'existence sociale, sans retenue ni exclusion. Il n'est plus guère de matière qui ne serait pas réglementée par un mélange complexe de normes d'origine interne, internationale et transnationale. Le travail (OIT), la propriété intellectuelle (OMPI), le commerce (OMC), les finances (FMI, BM, etc.) et bien d'autres domaines en sont des exemples parlants. Le droit international pénal s'inscrit pleinement dans cette mouvance du droit international moderne : depuis les temps du Traité de Versailles de 1919 et, surtout, depuis les procès d'après la Seconde Guerre mondiale, il participe très activement à ce travail de diversification matérielle du droit international public. Le droit international pénal constitue l'une de ces nouvelles terres conquises par un droit international toujours plus œcuménique, non seulement par rapport aux Etats auxquels il s'adresse, dépassant désormais largement l'orbite restreinte du *jus publicum europaeum* dont il est né, mais encore quant aux matières qu'il régit. En quelque sorte, rien n'échappe plus à son ébranlement. Il se traduit dans ce mouvement des faits et des idées un besoin toujours accru d'une réglementation du moins partiellement commune des matières les plus diverses, reflet des interdépendances significativement accrues du monde moderne. Le revers de la médaille est une perte relative de liberté de décision au niveau national et local. Des mouvements politiques contraires à cette expansion matérielle des disciplines au plan international, ressentie par d'aucuns comme excessive, se forment çà et là, comme par exemple en Suisse, et remportent des succès électoraux dignes d'être notés.

LES INFLUENCES ACCIDENTELLES DU DROIT PENAL INTERNATIONAL SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Il sera ici fait état d'un certain nombre d'évolutions accidentelles, d'importance diverse, dans le désordre. Une simple et brève mention devra tenir lieu de développements plus importants. Enfin, il faut souligner que la liste suivante n'est en rien exhaustive et que toute une série d'autres influences du droit international pénal sur le droit international public pourraient faire l'objet d'une analyse. On s'arrêtera ici sur onze points : un de plus que le *Décatalogue* et deux de moins que ceux du président Wilson.

La notion de « paix et de sécurité » internationales

Il est désormais banal de dire que le Conseil de sécurité inscrit son action en vertu du Chapitre VII de la Charte, sur la base d'une conception élargie de la paix et de la sécurité internationales.

Jadis, pendant des siècles, à travers les alliances défensives et offensives, et encore à l'époque du Pacte de la Société des Nations (SDN), la paix et la sécurité internationales étaient essentiellement la sécurité contre « l'agression extérieure ». Le cœur de la question était constitué par le triptyque guerre interétatique – intégrité territoriale – attaques extérieures. Le Pacte reflétait encore cette notion prédominante à l'époque des irrédentismes de l'entre-deux guerres et du règlement de Versailles. Tel était l'objet de son article 10. Quelles qu'aient été les interprétations débilantes que la pratique aura données à cette disposition-clef du Pacte, elle n'en constituait pas moins l'épicentre du système de la SDN.

Ensuite, en 1945, quand la Charte vint relayer le Pacte, la question de la paix et de la sécurité internationales subit un important infléchissement. Non seulement les pouvoirs du nouveau Conseil sont autrement plus forts, presque majestueux, quand on les compare à ceux de l'ancien Conseil sociétaire, dont la doctrine anglo-saxonne a pu, presque dans un

repentir, souligner à plusieurs reprises le caractère édenté (« *the Council did not have teeth* »). Mais, en outre, l'ancienne notion d'agression (extérieure) subit un déclin relatif et fait place à la notion de « menace contre la paix ». Cette menace faiblement qualifiée constituera désormais la clef de voûte du système de la Charte. Elle reflète les incertitudes politiques et les guerres larvées de la phase de la Guerre froide. Juridiquement, elle se caractérise par le fait d'être nettement plus ample et discrétionnaire que les anciennes notions d'« agression » ou de « rupture des engagements », ouvrant ainsi au Conseil une marge d'action beaucoup plus politiquement que juridiquement orientée. D'où le constat si souvent répété que le maintien de la paix du Pacte était basé essentiellement sur un constat de violation du droit international (agression, rupture du Pacte), alors que le maintien de la paix de la Charte est basé notablement sur une appréciation politique (menace contre la paix).

De plus, la notion de menace contre la paix permet une action préventive par la communauté organisée que représente le Conseil de sécurité. Elle consacre ainsi les expériences importantes que l'article 11 du Pacte avait permis d'assembler quant à l'importance d'une telle action préventive. Dans les premières années des Nations Unies, la menace contre la paix était encore interprétée dans un sens restrictif et traditionnel ; elle subissait l'attraction gravitationnelle du passé. La menace était essentiellement interétatique et s'épuisait dans les préparatifs directs ou indirects de guerre. Vint ensuite la phase dans laquelle, à l'aide de la théorie des *spill over effects* ou de la paix régionale, ce concept malléable permit de s'occuper de guerres civiles. A l'époque de la guerre du Biafra, en 1967, ce mouvement n'était pas encore acquis : plusieurs Etats levèrent le bouclier des affaires intérieures, cela, bien que l'article 2 §7 de la Charte précisât que devant l'action, en vertu du Chapitre VII, cette notion fléchit. Toutefois, le Conseil de sécurité en tint compte en n'osant pas utiliser le Chapitre VII dans un sens trop extensif. C'était une forme d'autocensure.

La guerre civile comme menace contre la paix internationale devait toutefois s'imposer peu à peu. Dès les années 1990, le simple fait de violences internes suffisait à constituer un constat de menace contre la paix. Les destructions, les violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire, les flots de réfugiés et d'autres faits du même type étaient considérés suffisants à cet égard. Ainsi se préparait un changement de paradigme. Le Conseil de sécurité, libéré, passagèrement du moins, de la gangue de la désunion issues de la Guerre froide, s'orienta progressivement, à l'instar d'un gouvernement mondial, dans un activisme fort. Il fit transiter par le Chapitre VII de la Charte toute une série de *world order questions* où une action internationale directive et contraignante semblait à un moment donné nécessaire : armes de destruction massive, terrorisme, énergie nucléaire, respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme, droit international pénal, etc.

Le droit international pénal a été précisément l'un des premiers témoins très actifs de ce phénomène. On sait que les violations massives des droits de la personne humaine lors de la guerre de Bosnie dans les années 1990 furent à l'origine de la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY). Les entrefaites de sa création inaugurent cet élargissement de la notion de la paix et de la sécurité internationales, où se joignent inextricablement la paix positive et la paix négative. Les violations des droits de la personne sont ici qualifiées de menace contre la paix internationale – on est à des abysses de la conception de 1945 – ; ce constat permet de passer par une décision contraignante en vertu du Chapitre VII. Ainsi, l'action d'urgence pour le maintien de la paix, à laquelle le Chapitre VII est vouée, mène, à travers le concept élargi de menace contre la paix, à la création d'une institution internationale, d'un tribunal destiné à fonctionner pendant le longues années. Le Conseil agit ici à la manière d'un législateur. Une institution internationale autonome est créée par une résolution plutôt que par un traité. Je me souviens que ces

évolutions avaient lieu pendant que j'étais étudiant et que mes professeurs les considéraient « révolutionnaires » et d'une légalité pour le moins douteuse. Une quinzaine d'années après, la faculté du Conseil de procéder de la sorte semble presque couler de source. Quel chemin parcouru !

On identifiera toutefois dans ces évolutions inaugurées par le droit international pénal une série d'interrogations qui restent de la plus grande actualité : la question du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité, notamment par la CIJ ; la question de l'excès de pouvoir et des limites des pouvoirs du Conseil de sécurité et, éventuellement, de la nullité de ses actes ; la question de l'action « législative » du Conseil de sécurité... Toutes ces questions proviennent d'un sentiment de trop-plein de pouvoirs concentrés en un point focal autour d'une notion si large et si insaisissable de menace contre la paix, sans *checks and balances*. Cette quasi-toute-puissance du Conseil ne réalise que partiellement les desseins des rédacteurs de 1945. Ceux-là souhaitaient assurément un Conseil musclé, qui devait être affranchi de toute limite « juriste », de peur que ne se répètent les déconvenues de la Société des Nations. Or, il est plus que douteux que les rédacteurs aient à l'époque adhéré à une conception aussi large de la menace contre la paix / gouvernement mondial, ne fût-ce qu'à cause de la résistance des Etats petits et moyens. De surcroît, il est certain que ceux-là n'envisageaient le Chapitre VII que comme moteur de mesures d'urgence, entreprises *modo ambulatoris* à l'instar du pompier et non comme matrice de mesures de structure *modo legislatoris*, comme c'est le cas dans la création d'institutions internationales de grande importance. Ce qui ne signifie pas qu'il faille interpréter aujourd'hui la Charte dans le même sens qu'en 1945... ; seulement que le droit international pénal a été à l'origine de l'ouverture d'une boîte qui ressemble tout de même un peu à celle de Pandore...

La responsabilité internationale pour faits illicites

L'évolution récente du droit international pénal a influé de plusieurs manières sur le corps du droit de la responsabilité internationale. Dans ce corps, il restait traditionnellement une série de zones d'ombre que la Commission du droit international (CDI) s'est évertuée, en un travail herculéen d'une cinquantaine d'années, d'éclaircir et d'alléger. Le droit international pénal a toutefois aussi eu sa part d'influences, notablement plus marginales certes que les apports insignes de la CDI. Il suffira ici de rappeler le ping-pong judiciaire entre la CIJ et le TPIY quant au standard d'attribution d'actes commis par des groupes militaires et paramilitaires à un Etat : le TPIY, dans la célèbre affaire *Tadic* (1997), a favorisé un standard multiple, centré dans le cas de groupements paramilitaires sur l'idée-clef de « contrôle global », ce qui signifie que le soutien régulier logistique, financier et stratégique suffit à nourrir l'attribution des actes et omissions du groupe à l'Etat, du moment que le groupe en question n'aurait autrement pas pu agir ou en tout cas pas pu agir avec l'envergure dont il a fait montre – en somme, il faudra prouver un apport substantiel d'un Etat – ; la CIJ, dans l'affaire du *Génocide* (fond, 2007), a tancé le TPIY pour s'être écarté de la jurisprudence de l'affaire *Nicaragua* de 1986 et a réaffirmé que le standard d'attribution pour des fins de la responsabilité internationale² demeurait celui du « contrôle effectif » – dans le cadre d'une action déterminée – ou de la « dépendance totale » – dans le cadre de la décision si le groupe forme un organe de fait –, ce qui signifie que si l'Etat étranger contrôle à tel point les agissements du groupe que pratiquement il le télécommande ou s'il donne des instructions et contrôle le déroulement d'une opération donnée, l'Etat en répond comme s'il s'agissait de ses propres agissements. Dès lors, pour la CIJ, soit l'Etat étranger ordonne ou, pour le moins, contrôle entièrement une action déterminée, dans le sens qu'il en a la complète

² Distinct potentiellement de celui de l'attribution à d'autres fins, comme celle d'internationaliser un conflit armé.

maîtrise interposée, et alors il y a « contrôle effectif » et attribution ; soit alors l'Etat contrôle plus qu'une action déterminée, il contrôle en réalité complètement le groupe entier et toutes ses actions, et alors tous les actes du groupe lui sont attribuables en vertu du critère de la « dépendance totale ».

Pour le TPIY, l'essentiel consistait en ce qu'un Etat ne puisse pas échapper à sa responsabilité à cause de la difficulté insigne de prouver un contrôle aussi fort que le contrôle effectif ou la dépendance totale dans un monde où ce type de soutien à des groupements paramilitaires ou terroristes à l'étranger se fait de manière plus ou moins clandestine. Cette orientation lui était d'autant facilitée que son but ultime n'était pas de faire valoir réellement la responsabilité d'un Etat mais plutôt d'aboutir, à travers l'attribution, à un conflit armé international dans lequel le droit des conflits armés internationaux s'appliquerait. Pour la CIJ, au contraire, faisant réellement face à des cas de responsabilité internationale, l'essentiel était de sauvegarder le principe fondamental selon lequel un Etat n'est responsable, sauf exceptions à interpréter restrictivement, que de ses propres agissements et non de ceux d'autrui.

Un autre apport intéressant du droit international pénal au droit de la responsabilité internationale est celui d'avoir relancé et nourri la question de la « diligence due ». Ancien concept de droit international, applicable surtout dans le contexte des devoirs de prévention et de répression qu'a l'Etat vis-à-vis d'agissements privés sur son territoire quand ceux-là lèsent les droits d'autres Etats, la CIJ en a proposé des lectures fort intéressantes dans l'affaire du *Génocide* de 2007. Il en est ainsi par exemple dans le contexte de devoirs de prévention quant aux actions et omissions de groupes sur lesquels un Etat possède de l'influence, même quand ceux-là agissent hors de son territoire, notamment face à des crimes internationaux aussi graves que le génocide, dont le caractère *erga omnes* emporte un devoir de vigilance accru.

La collaboration internationale

Le mouvement du droit international pénal et notamment l'adoption du Statut de Rome de la CPI ont accentué, dans le domaine pénal, les devoirs de coopération entre Etats en matière de réglementation, de répression et d'extradition. L'un des apports les plus insignes de la CPI, qui est entièrement basée sur les principes de subsidiarité et de coopération avec les Etats, était celui d'avoir rendu nécessaire une profonde rénovation des droits pénaux internes pour les rendre conformes aux exigences du nouveau droit pénal international. Dans le sillage de cette réforme des droits internes, le volet internationaliste du droit pénal domestique, surtout aussi la coopération avec d'autres Etats et avec la Cour, ont été notablement renforcés. Cette coopération internationale toute sectorielle n'a pas manqué d'avoir un effet bénéfique aussi dans d'autres questions de coopération internationale, tant il est vrai que la confiance créée et les habitudes formées tendant à se propager. C'est un effet particulièrement bienvenu à une époque où, suite à une certaine politique regrettable d'utilisation de la force, la méfiance et les crispations internationales ont été nombreuses et ont grippé toute une série de processus de négociation, qu'il s'agisse d'armements ou d'environnement.

La collaboration initiée et exigée par le droit international pénal moderne ne s'est pas arrêtée aux relations entre Etats ; elle s'est étendue aux relations Etats / tribunaux pénaux internationaux, ainsi qu'aux relations entre tribunaux. On rappellera à cet égard le fait que la CIJ se soit dans une très large mesure fondée sur les preuves relevées par le TPIY pour apprécier les faits dans l'affaire du *Génocide* de 2007. Cela est compréhensible : une preuve ayant passé les exigences très strictes d'un tribunal, qui plus est celles particulièrement

élevées de la preuve pénale, s'offre assez naturellement aussi comme preuve admissible et admise dans le contexte d'une procédure interétatique centrée sur la responsabilité internationale. Le travail d'établissement de la preuve en droit international a ainsi été enrichi d'une modalité nouvelle issue d'un partage de travail inédit. Il reste toutefois possible de se demander ce qu'aurait pu faire la CIJ à défaut du travail de fourmi préalable du TPIY. Comment aurait-elle pu établir les faits ? A la vérité, la réponse se trouve dans le droit procédural. La CIJ ne doit pas établir les faits : la charge de la preuve incombe aux parties. Si ces dernières ne réussissent pas à convaincre la Cour, celle-là estimera qu'un fait n'est pas établi à sa satisfaction. C'est dire que la CIJ fonctionne selon la procédure du droit privé, sous le règne de la *Parteimaxime*, avec comme résultat l'établissement d'une vérité – judiciaire – formelle plutôt que d'une vérité matérielle ; d'où aussi la stricte relativité de la chose jugée par la Cour selon l'article 59 du Statut. Enfin, parmi les « apports » plus douteux issus y compris du développement du droit international pénal et de la multiplication de ses tribunaux, on mentionnera le débat assez peu édifiant relatif à la « prolifération des tribunaux internationaux » et son effet de fragmentation du droit international public. Les termes de ce débat purement doctrinal sont passablement artificiels.

Les droits de l'homme

On connaît la place toujours plus importante que tient le droit des droits de l'homme au sein du droit international moderne, notamment dans celui d'après la chute des murs de 1989. Il faut à cet égard signaler que la pratique judiciaire des tribunaux pénaux internationaux a contribué à étoffer toute une série de ces droits, évidemment avant tout celui des garanties judiciaires. Les règlements intérieurs de ces tribunaux, plusieurs fois modifiés, ont également visé à se mettre en toujours meilleure conformité avec les exigences désormais éminentes des droits de l'homme. Ils représentent un témoignage intéressant des efforts contemporains entrepris dans ces questions tenues pour essentielles du moins en Occident. Il faut également signaler que ces efforts ne se limitent pas à un domaine déterminé, mais qu'ils forment autant de points de repère dans les contextes les plus divers, par exemple dans celui du fonctionnement de tribunaux de l'occupant dans les territoires occupés. C'est dire qu'ils dépassent la seule sphère du « droit des droits de l'homme ».

Le droit international humanitaire

Si le droit des droits de l'homme est devenu toujours plus important et son imbrication avec le droit international général de plus en plus insigne, il faut en dire de même du droit international humanitaire. Ce droit a reçu un véritable coup de fouet, qui lui a été administré par les soins attentionnés du droit international pénal. A l'orée des années 1990, au moment où commençait la grande épopée pénaliste, le droit international humanitaire était en mal de développement et se morfondait dans son habitat de plus en plus exigu. Il présentait de graves lacunes de protection, surtout dans le domaine des conflits armés non internationaux. Il en était ainsi parce que, traditionnellement, le droit international de la guerre, des conflits armés ou humanitaire s'adressait aux armées professionnelles et donc aux Etats. C'est dans ce contexte qu'il avait des chances d'être respecté. La discipline militaire des armées professionnelles et le sens du devoir de l'Etat lié en fonction de sa ratification ou adhésion aux textes étaient censés en former l'ossature exécutive. Il en allait autrement dans les guerres civiles, où prévalait l'image du désordre ; de rebelles non formés au métier des armes et ne connaissant pas les textes internationaux ; des chefs de guerre peu ou prou criminels n'ayant souvent aucun intérêt à respecter des règles de droit humanitaire ; enfin l'aversion de l'Etat à se lier à des règles pour les conflits intestins qu'il ressent comme une intervention dans ses affaires intérieures. Ces faits parmi d'autres expliquent l'état encore assez embryonnaire du droit des conflits armés non internationaux.

Or, voici que les choses changent du tout au tout sous la pression de la jurisprudence pénale, avec comme figure de proue l'affaire *Tadic* (1995-1999). Dès l'arrêt de la Chambre d'appel de 1995, on trouve deux affirmations-clefs : en premier lieu, que les conventions et les textes ne sont pas tout, qu'il existe un droit humanitaire coutumier liant tous les Etats indépendamment de leur participation à tel ou tel texte ; en second lieu, qu'il existe des crimes de guerre aussi dans les conflits armés non internationaux. Ces deux affirmations relativisent radicalement les lacunes du droit humanitaire traditionnel. En effet, ces lacunes des textes en matière de conflits armés non internationaux ne sont plus décisives comme on l'avait cru, car il y a un droit coutumier, malléable, évolutif, dont le constat oraculaire incombe ici à la seule sagesse du juge. De plus, les crimes de guerre peuvent être sanctionnés aussi dans des conflits armés non internationaux.

En somme, l'affirmation judiciaire de l'existence d'un crime aura l'effet collatéral de postuler l'existence parallèle d'une règle de droit international humanitaire, tant il est vrai que la sanction crée l'obligation. Normalement, le droit international pénal est accessoire au droit international humanitaire. Ce dernier est le droit primaire, posant les normes ; le droit pénal est secondaire, car sa mission est d'exécuter les normes humanitaires préexistantes. Ici, les choses s'inversent : l'affirmation d'un crime de guerre devient le droit primaire, rétroagissant sur le droit humanitaire secondaire et comblant ainsi une lacune par la sécrétion d'une nouvelle norme primaire. Faut-il rappeler que le postulat de l'existence de crimes de guerre dans les conflits armés non internationaux était en 1995 à peu près inouï, pour ne pas dire révolutionnaire ? Et que penser de la fameuse phrase dans le §119 de cet arrêt de 1995, selon lequel, dans le contexte des armes, « *ce qui est inhumain dans un conflit armé international ne peut être qu'inhumain dans un conflit armé non international* » ? De là à dire que ce qui est interdit, parce qu'inhumain, dans un conflit armé international, ne peut être qu'interdit, parce qu'inhumain, dans un conflit armé non international, il n'y a vraiment plus qu'un pas sur une terre assez lisse qu'aucun fossé ne partage plus. Comment ne pas voir la forte dose législative de ces affirmations ? Certes, il ne suffira pas d'affirmer, il faudra encore assurer. Il est beau d'affirmer l'existence d'un droit international coutumier qui lie automatiquement aussi les rebelles dans un conflit armé interne. Encore faudra-t-il qu'on le leur fasse connaître si l'on veut avoir des chances qu'il soit appliqué et respecté.

Ce n'est pas uniquement dans le droit des conflits armés non internationaux que la jurisprudence pénale aura promené ses projecteurs. Un autre exemple est celui du droit de l'occupation. L'article 42 du Règlement de La Haye ne tranche pas les subtiles questions que soulève la détermination du moment précis auquel commence et auquel prend fin l'occupation. C'est manifestement une question cruciale, car le droit matériel de l'occupation ne s'applique *de jure* que si le territoire est occupé, c'est-à-dire si l'occupation a commencé et ne s'est pas terminée. De plus, il doit s'agir d'une occupation de guerre, d'une *belligerent occupation*, et non pas d'une occupation pacifique avec l'accord sur souverain territorial. Sans avoir exploré tous les recoins de cette question complexe, la jurisprudence internationale pénale aura néanmoins projeté d'utiles lumières vers le réduit où elle se blottissait, par exemple dans l'affaire *Naletilic* (2003).

La revitalisation des principes généraux de droit³

Le droit international pénal issu des procès d'après la Seconde Guerre mondiale était une mosaïque des plus disparates, où s'entremêlaient les divers droits internes, continentaux

³ A cet égard, cf. notamment L. GRANDONI, « L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux », in E. FRONZA / S. MANACORDA (dir.), *La Justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Milan, 2003, pp. 10 et suiv.

et anglo-saxons, sans la cohérence qu'aurait pu offrir un corps de règles articulé, développé d'emblée au plan international au regard de ses besoins propres. Les tribunaux des années 1990 ont donc dû s'atteler à la tâche titanesque de développer et d'étoffer un véritable droit international pénal, tant du point de vue de la procédure que du point de vue du fond. Faut-il rappeler que la première application du crime de génocide au plan international eut lieu en 1998, au sein du TPIR, en l'affaire *Akayesu* ? Dans le champ de bataille, voire dans la boîte à Lego, que constituait alors le droit international pénal, on comprend aisément que le juge fût souvent confronté à des lacunes ou à des incertitudes. Il aurait pu les combler de toutes pièces, en postulant la règle qu'il aurait adoptée comme législateur, à l'instar de la célèbre injonction de l'article 1 du Code civil suisse. Il pouvait aussi tempérer quelque peu son inventivité propre en s'inspirant par analogie des solutions déjà connues et déjà pratiquées dans les ordres juridiques internes, avec leur expérience plusieurs fois séculaire. En effet, les exemples en ce sens abondent. Il suffira ici d'en mentionner deux, qui ont comme trait commun de ne pas proposer des « grands principes » auxquels on pense toujours spontanément, mais plutôt des constructions ponctuelles, particulières, presque intimes. Cela permet de rappeler ainsi au passage que les principes généraux de droit reposent, dans leur acception retenue ici – il y en a d'autres –, sur une technique de droit comparé par analogie et non sur une norme dont la substance serait particulièrement importante ou éminente.

Premier exemple : dans l'affaire *Furundžija* (TPIY, 1998, aux §§174ss), le TPIY devait déterminer ce que constitue exactement un viol punissable comme crime international (crime de guerre). Aucune définition n'en avait jamais été donnée au plan international. Dès lors, les juges se tournèrent vers les définitions des droits pénaux internes. Cette approche avait de plus l'avantage de pouvoir tenir compte – bien que cela compliquât la tâche – des nouvelles tendances des droits pénaux internes. La notion de viol n'est en effet pas aussi simple qu'il peut paraître : on peut par exemple s'interroger sur le point de savoir si l'introduction d'une bouteille dans l'anus constitue un viol (au contraire peut-être d'une bouteille dans la bouche) ; si l'insertion d'un membre viril dans la bouche est constitutif de l'infraction ; ou encore si un homme peut juridiquement faire l'objet d'un viol.

Second exemple : dans l'affaire *Kupreskic* (TPIY, 2000, aux §§728ss), la question posée relevait du droit de la procédure pénale. La voici : jusqu'à quel moment le procureur peut-il modifier la qualification des faits en concluant qu'un crime différent de celui retenu initialement dans l'acte d'accusation a été commis ? La question est donc celle de savoir à quelles conditions des faits peuvent être juridiquement requalifiés comme crime différent. Ni le Statut, ni le Règlement du Tribunal ne contiennent de règle pertinente. Le Tribunal recourt dès lors aux principes généraux de droit ; il cherche à voir s'il y a un principe commun qui se dégage des ordres juridiques internes sur ce point. Comme ce n'est pas le cas, en l'espèce, le Tribunal décide de recourir à un principe général de justice qui soit « *consonant with the fundamental features and the basic requirements of international criminal justice* ». Il reconnaît qu'il s'engage dans une activité législative consistant essentiellement à mettre en balance, d'un côté, les intérêts de la défense de connaître le plus vite possible la qualification du crime retenue et, de l'autre, la capacité d'exercer efficacement et de manière matériellement correcte les attributions judiciaires. Cela amène les juges à une distinction rationnelle. Si la requalification va d'un crime plus sérieux – passible d'une peine plus lourde – vers un crime plus léger, la requalification est toujours possible, car elle est en faveur de l'accusé. Si, en revanche, la requalification va d'un crime plus léger vers un crime plus sérieux, une modification formelle de l'acte d'accusation est nécessaire afin de préserver tous les droits de défense. Ce procédé est un exemple particulièrement impressionnant d'un comblement de lacune entrepris *modo legislatoris*.

La vision des sources du droit international

La question des sources du droit n'est pas simplement une modalité technique concernant les lieux où on trouve les normes juridiques. C'est le processus de création du droit et, donc, la distribution fondamentale du pouvoir au sein d'une société que cette branche aux allures d'une neutralité lénitive apparente renferme et manifeste. L'apport du droit international pénal pendant la dernière quinzaine d'années a été en la matière de dynamiser et de flexibiliser encore plus la manière de concevoir le droit international coutumier. Non pas, certes, qu'il existerait un seul type de droit international coutumier et que la lentille déformante du droit international pénal aurait atteint tout le phénomène dans son ensemble. Or, à côté du droit international coutumier traditionnel, à croissance plutôt lente et perché prétendument sur le socle solide d'une pratique étatique accompagnée d'une *opinio juris*, la faim de normes de la société internationale moderne a fini par placer un droit international coutumier nouvelle mouture, à croissance éruptive, car érigé essentiellement sur une fonction législative ou quasi législative du juge international. Celui-là affirme le caractère coutumier d'une norme ou l'invente à partir d'un matériau existant mais insuffisant. La balle est alors renvoyée dans le camp des Etats. Si ceux-là s'opposent fermement à la prétention du juge, la norme postulée sera avortée ; le juge sera censé s'être trompé dans ses affirmations. Alternativement, on dira que le droit a encore évolué par une nouvelle pratique subséquente des Etats face à aux prétentions judiciaires. En revanche, si les Etats n'opposent pas une telle résistance, la norme nouvelle s'imposera. Le droit coutumier cesse ici d'être la simple photographie d'un état social donné ; il devient une fonction créatrice où des besoins sociaux, moraux et politiques se frayent un chemin vers le monde du droit. Il s'agira dès lors initialement d'une espèce de coutume postulée ou de quasi-coutume, dont le sort dépendra, comme il a été dit, de la réception qui lui sera faite. On observera en tout cas que la fonction de législation est ainsi partiellement soustraite aux seuls Etats – trop lents, aux intérêts trop disparates, pas assez assidus et capillaires dans leurs velléités législatives – et redistribuée vers d'autres entités internationales. On perçoit aisément le caractère inéluctable d'un tel enrichissement du processus législatif face aux urgents besoins de la société moderne, mais aussi les insignes problèmes juridiques et politiques qu'un tel processus de création du droit à plusieurs mains ne manque pas de susciter. La section précédente sur les principes généraux de droit nous a déjà confrontés à une telle pratique quasi législative des tribunaux.

Un autre exemple célèbre, méritant d'être rappelé, se trouve dans l'affaire *Kupreskic* (TPIY, 2000, aux §§511ss et 527ss) relativement aux représailles de guerre. Les Etats occidentaux ont traditionnellement été favorables aux représailles. Leur argument principal était qu'il s'agissait du seul moyen réaliste de sanctionner les violations du droit des conflits armés et, dès lors, de les prévenir. Les Etats socialistes et du Tiers-Monde s'y sont montrés opposés, les derniers parce qu'ils étaient souvent victimes de telles mesures, notamment lors des guerres de décolonisation. Leur argument principal sur le plan juridique était qu'il s'agissait d'un moyen barbare et primitif, frappant des innocents. Cette division d'opinion explique qu'aucune disposition interdisant généralement les représailles ne soit introduite dans le Protocole additionnel I de 1977, bien que la conjonction de dispositions existantes permette de dire que les représailles contre les personnes protégées soit à peu près complètement exclue. Toutefois, le Tribunal, dans l'affaire qui nous intéresse, a postulé l'existence d'une telle règle au sens le plus général. Le Tribunal commence par affirmer que les protections du droit international humanitaire sont absolues et qu'elles ne font pas place à la réciprocité : « [one must stress] *the irrelevance of reciprocity, particularly in relation to obligations found within international humanitarian law which have an absolute and non-derogable character. It thus follows that the tu quoque defence has no place in contemporary international humanitarian law* »⁴. De

⁴ *Ibid.*, § 511.

même, les représailles contre les civils sont absolument prohibées⁵. Le Tribunal affirme alors que ce type de défense pénale (représailles) a été rejeté par la jurisprudence de l'après-Seconde Guerre mondiale, dans les Nuremberg *follow-up trials* ; il omet toutefois de dire que cette jurisprudence n'a pas rejeté l'argument en général, mais a seulement affirmé qu'il était inapplicable à des situations particulières, comme les personnes dont un belligérant a la garde (notamment les prisonniers de guerre). Le Tribunal enchaîne en affirmant que l'idée de représailles est incompatible avec l'idée même de droit humanitaire, qui n'est pas basé sur un équilibre bilatéral de prestations entre Etats mais sur des obligations absolues et inconditionnelles au bénéfice d'individus⁶. Il y aurait là une « humanisation » progressive du droit des conflits armés, centré désormais autour de la personne humaine en une espèce de droit des droits de l'homme en période de conflit armé. Les obligations en cause, absolues, répondent dès lors désormais à l'idée d'impératif catégorique kantien, continue la Chambre ; et il s'agit donc d'obligations *erga omnes* du type de *jus cogens*⁷.

Quelle est la base juridique de ces affirmations générales ? Selon la Chambre, c'est le droit coutumier. Comme la définition traditionnelle du droit coutumier, basée sur un concours de pratique effective et d'*opinio iuris*, est de nature à embarrasser la Chambre, étant donné que la pratique ne confirme guère avec la netteté nécessaire ses dires, les juges recourent à l'idée que dans des matières humanitaires, comme en droit humanitaire, l'établissement de la coutume peut reposer davantage sur l'élément subjectif de l'*opinio iuris* que sur l'élément objectif de la pratique. Pour fonder cette affirmation, la Chambre se réfère à la Clause de Martens⁸. Les représailles étant des moyens barbares, elles contreviennent par voie de simple conséquence aux exigences de la Clause de Martens. De plus, l'article 50, lettre d, du Projet de la Commission du droit international sur la responsabilité internationale de l'Etat (1996)⁹ prohibe des contre-mesures (représailles) contre des obligations de caractère humanitaire « excluant les représailles ». En outre, les représailles ne sont plus, comme autrefois, nécessaires pour assurer l'efficacité du droit des conflits armés, car il y a désormais d'autres moyens pour l'assurer, notamment les poursuites pénales au niveau national et international contre les auteurs de violations du droit des conflits armés¹⁰. Où trouver l'*opinio juris*, si importante en la matière ? Le Tribunal répond¹¹ en citant des sources telles que : les manuels militaires nationaux, limitant les représailles aux forces armées ennemies ; des Résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ; l'absence de revendications récentes en faveur de l'admissibilité de représailles contre des civils (à l'exception de l'Iraq ou du Royaume-Uni) ; le Projet de la CDI en matière de responsabilité internationale ; l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949 applicable *a fortiori* dans un conflit armé international ; et la Clause Martens. Enfin, si les représailles étaient tenues pour licites dans certains cas (*quod non*), il faudrait qu'elles soient limitées par les principes suivants : elles devraient être le seul moyen pour assurer le respect de la norme violée ; des précautions spéciales devraient être prises, notamment en assurant que la décision de les lancer soit adoptée au plus haut niveau politique et militaire ; la proportionnalité s'appliquerait ; les

⁵ *Ibid.*, § 513.

⁶ *Ibid.*, § 517-8.

⁷ *Ibid.*, § 519-520.

⁸ Cette clause se lit comme suit : « *en attendant qu'un code plus complet des lois de la guerre puisse être édicté [...] les populations et les belligérants restent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique* ». Cet énoncé a été suggéré par le délégué russe (et professeur de droit international) F. de Martens à la Conférence de la Paix en 1899 et inséré dans le Préambule des Conventions II (1899) et IV (1907) relatives aux lois et coutumes de la guerre sur terre.

⁹ Désormais l'article 50 (1)(d) du Projet 2001 de la CDI.

¹⁰ Arrêt du 14 janvier 2000, précité, § 530. L'argument est faible, car ces poursuites, outre que rares, n'ont bien entendu pas le même effet d'inhibition que la peur immédiate de représailles.

¹¹ Arrêt du 14 janvier 2000, précité, § 531ss.

considérations élémentaires d'humanité devraient toujours opérer comme limite¹². La panoplie argumentative est impressionnante. L'aspect législatif – y compris dans la liste des conditions de licéité de représailles au cas où... – n'est pas moins marquant. L'ancienne *opinio juris* s'y transmue ostensiblement en une nouvelle *opinio necessitatis* fondée sur un impératif moral.

Un avatar de plus du jus cogens

L'évolution fulgurante du *jus cogens* depuis les temps de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 n'a pas ici à être retracée. Elle est considérable et ne laisse d'éberluer¹³. On ne s'étonnera pas que le droit international pénal, matière d'ordre public et d'intérêts communautaires propres à l'humanité tout entière, ait tendu à secréter des développements *sub specie juris cogentis* dans les ombres chatoyantes de ses pousses appesanties par des bouquets de fleurs très chargées. Il suffira ici de rappeler les développements quasi doctrinaux du TPIY en l'affaire *Furundzija* (TPIY, 1998, aux §§ 134ss) relativement à la torture. L'interdiction y afférente est analysée par les juges sous toutes ses moutures et les effets de son caractère impératif sont élucidés avec un certain luxe de détail, y compris, par exemple, du point de vue de la validité – ou pour le moins de l'opposabilité internationale) d'une loi d'amnistie du droit interne. On rappellera également l'affaire *Kurpeskic* précitée en matière de représailles de guerre.

Recul des immunités

Sous la pression du droit international pénal, dès la célèbre affaire *Pinochet* (1997-1999), les immunités du droit international général reculent et refluent. Elles n'ont plus la cote et sont perçues comme des exemptions scandaleuses. De fil en aiguille, non seulement les immunités personnelles face aux poursuites pénales, mais aussi toutes les autres formes d'immunité tendent à se rétrécir. Le droit international pénal a été ici le cheval de Troie grignotant les immunités soumises de tous les côtés à sa corrosion. J'ai pu m'apercevoir moi-même, dans ma pratique de consultant, à quel point ces immunités sont actuellement en souffrance. Le droit international pénal, avec son aversion des immunités vis-à-vis de crimes internationaux les plus graves commis par des organes de l'Etat, a ici manifestement influé sur le droit international général. Si le mouvement de houle est en ce moment défavorable aux immunités, il n'est évidemment pas dit que celles-là ne fêteront pas un certain retour dans l'avenir, tant elles constituent dans certains contextes une nécessité de la vie internationale.

Le feu follet de la compétence universelle

Avec le renforcement du droit international pénal, la compétence répressive universelle a refait surface et a tenu une place non négligeable dans les relations internationales, notamment de certains pays, comme la Belgique. La compétence universelle est à sa base un simple titre de compétence pénale. C'est toutefois le plus intensément « internationaliste » d'entre eux, car il touche à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la « communauté internationale ». C'est dire qu'il entretient des liens de famille avec le *jus cogens*, les obligations *erga omnes* et ce qu'on appelait autrefois les crimes internationaux de l'Etat. Face aux crimes internationaux les plus graves, comme le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, il pouvait être alléchant de postuler une compétence répressive de tous les Etats du monde, même sans que ceux-là possèdent un lien particulier avec le crime. Et, dans

¹² *Ibid.*, § 535.

¹³ Cf. R. KOLB, « Observations sur l'évolution du concept de *jus cogens* », *Revue générale de droit international public*, vol. CXIII, 2009, pp. 837 et suiv.

certain cas, il pouvait être intéressant de défendre non pas une simple faculté de poursuivre, mais encore une obligation de le faire, à l'instar du modèle des Conventions de Genève de 1949 avec les « infractions graves ». De telles tendances ont été fortement soutenues par une variété d'ONG luttant contre l'impunité. Elles ont influencé certains procureurs, comme le juge espagnol B. Garzón dans le contexte de l'affaire *Pinochet* – où il existait, pour certains crimes, d'autres titres de compétence, notamment la personnalité passive. La Belgique, à travers une législation plusieurs fois modifiée et peaufinée¹⁴, a tenté d'ériger un système de répression universel qui, pendant certaines années, en a fait la plaque tournante du *forum shopping* (ou plutôt du for imposé) anti-impunité *in re* crimes internationaux. L'expérience était sans doute trop forcée pour qu'elle puisse porter les fruits très mûrs et presque miraculeux qu'on s'en promettait.

Déjà auparavant, la compétence universelle n'avait au fond été que peu exercée. Les Etats n'aiment pas se mêler de crimes politiques avec lesquels ils n'ont pas de liens et où leurs intérêts directs ne sont pas en cause. C'est la raison pour laquelle dans la majorité de cas où une compétence universelle était exercée, il existait d'autres liens plus apparents avec le crime. Un exemple évocateur est le procès de J. Eichmann à Jérusalem, au début des années 1960. Non pas que de tels procès, sur la base d'une compétence universelle, n'aient pas eu lieu avec succès, comme le prouvent les poursuites suisses contre certaines personnes ayant participé au génocide rwandais et condamnées par le tribunal militaire sis à Lausanne. Toutefois, deux ordres de problèmes ont été rencontrés : l'un technique, l'autre substantiel. Le problème technique était lié aux conditions pour l'exercice de la compétence universelle. Les ONGistes et certains journalistes s'imaginaient sans doute que cette modalité de poursuite est vraiment très simple et toujours disponible, tant l'idée généreuse d'une compétence pouvant être exercée par tout Etat à tout moment suggère l'illimitation d'une utilisation à la carte et fondamentalement discrétionnaire. Or, toute une série de questions restaient à régler et seul le juriste pouvait les éclairer : l'interdiction de procès *in absentia* ; le fait que le titre de compétence universel n'écarte par les immunités pénales devant les tribunaux internes ; la priorité éventuelle du for plus convenable – basé sur des liens plus directs avec le crime –... Toutes ces questions restaient à régler.

La compétence universelle était pour d'aucuns une fausse idée claire. La mesure de leur déception devant les obstacles a été à la hauteur de leur enthousiasme initial un peu béat. Le problème substantiel a trait au fait que l'exercice d'une compétence universelle trop agressive tend à poser de graves problèmes de politique étrangère à l'Etat qui s'en prévaut, car elle multiplie pour lui les relations internationales conflictuelles. L'expérience de la Belgique est instructive à cet égard. Elle a fini par se mettre à dos son puissant allié américain, qui avait horreur à l'idée que ses dirigeants ou soldats – après la fin de leurs immunités – pussent être mis en cause par leurs adversaires politiques devant les juridictions belges. D'où la pression qu'ils exercèrent pour que la loi belge fût modifiée. La compétence universelle pose aussi des problèmes de justice. Un tribunal potentiellement très lointain est-il le mieux placé pour juger de tels crimes ? Ne risque-t-on pas de créer des situations néo-coloniales et de favoriser des ingérences excessives dans les affaires intérieures d'Etats cibles dont on peut prédire qu'ils se situeront plus aisément dans le tiers que dans le premier monde ? Ets-il possible d'administrer bien la justice à une telle distance, sans connaissance intime de la société où les infractions se sont déroulées et où même l'audition des témoins présente d'insignes difficultés ? Problèmes certes non insolubles, mais manifestement non légers. Il est donc possible de dire que le développement du droit international pénal avec son prolongement rocheux de la compétence universelle a suscité toute une série de problèmes et d'interrogations situés dans le corps de la maison mère, dans le droit international public.

¹⁴ Cf. A. BAILLEUX, *La Compétence universelle au carrefour de la pyramide et du réseau*, Bruxelles, 2005.

L'agression

Depuis que l'article 10 du Pacte de la SDN. centrait l'effort de l'organisation mondiale de la paix sur la protection de l'intégrité territoriale de chaque membre, c'est-à-dire sur l'interdiction et la sanction de l'agression, les efforts de définir cette notion quelque peu fuyante ont lourdement sollicité les lumières des meilleurs juristes internationalistes. Deux tendances se faisaient face : il y avait d'un côté ceux qui voulaient une définition rigide codifiée dans une liste, de manière à rendre la notion vraiment opérative et non vague au point d'inextricablement la mêler aux appréciations politiques ; et il y avait de l'autre côté ceux qui voulaient laisser plus de flexibilité, car l'appréciation d'un acte en soi et pour soi hors de son contexte peut induire de graves erreurs. Dès lors, un organe politique comme le Conseil de la SDN. ou plus tard le Conseil de sécurité devait apprécier la situation concrète. Les adeptes de la première conception se fondaient essentiellement sur l'idée que l'Etat qui ferait le premier tel ou tel acte serait l'agresseur ; les adeptes de la seconde voulaient écarter une telle présomption et apprécier les situations au cas par cas, *in full context*. Les débats ont continué pendant plus qu'un demi-siècle avant d'aboutir dans le compromis de la Résolution 3 314 de 1974. Cette Résolution ne règle d'ailleurs pas entièrement la question, bien qu'elle accomplisse un grand pas en avant.

Or, avec l'article 5 du Statut de Rome de la CPI (comprenant le crime d'agression), il s'ouvre une nouvelle dialectique entre la notion d'agression du droit international général et la notion d'agression de la responsabilité pénale individuelle. Avec la définition du crime d'agression dans la Conférence de Kampala en 2010, cette interaction entre les deux branches sera accélérée. La Résolution 3 314 risque ainsi de subir l'attraction gravitationnelle du Statut, si bien que l'agression pour les fins du maintien de la paix pourra se développer par les apports actifs que secrètera la branche croissante du droit international pénal, y compris par sa jurisprudence – qui ne risque toutefois guère d'être nourrie, car il faudra l'accord de l'Etat agresseur pour que les poursuites puissent avoir lieu, ce qui signifie qu'elles n'auront leur chance que dans les cas d'un changement de gouvernement au sein de l'Etat agresseur.

* *

*

Dans les lignes précédentes, certaines pesées et influences du droit international pénal sur le droit international public, dont il est une branche, ont été rapidement esquissées. On retiendra la vivacité et le dynamisme des relations réciproques, le mouvement de va-et-vient continu entre les deux, si nourri en l'instant présent. Les gravitations ne vont pas dans un seul sens. Le droit international public impose et a imposé aussi ses pesées et ses influences au droit international pénal, que ce soit par la nature de ses sources (traités, coutume, principes généraux), par la liberté traditionnelle plus importante quant aux exigences du principe *nullum crimen sine lege* – imposés par le fait d'être traditionnellement un droit non écrit –, par l'intervention du Conseil de sécurité des Nations Unies au bénéfice des tribunaux pénaux et de la CPI, etc. Les deux corps ne peuvent en effet que s'interpénétrer, étant donné qu'ils forment des contenus d'un seul et même ordre juridique. Ces relations articulées et riches sont une image fidèle de la nature même du droit international public, matière toujours renouvelée, comme la mer, sensible et toute mozartienne dans sa capacité d'absorber et de synthétiser de manière toujours originale les apports les plus divers d'un

environnement social des plus complexes et des plus mouvants, à savoir l'environnement de la société internationale universelle.