

Bilan

B

La page d'accueil du site Internet de la Cour pénale internationale (CPI) présente un sommaire des activités de l'institution. On y trouve deux listes de pays dont la première, intitulée « Examens préliminaires » (voir « Examen préliminaire (Cour pénale internationale) »), est composée de neuf « situations », tandis que la deuxième, intitulée « Situations sous enquêtes », vise neuf États (la République centrafricaine compte deux situations, pour deux périodes différentes). La deuxième liste représente des situations où le procureur a déjà pris une décision de diligenter une enquête (voir « Enquête ») afin d'identifier des suspects précis. Il est évident que la deuxième liste représente des situations plus avancées et, à une exception, celle de l'Ukraine, les chambres préliminaires ont déjà émis des mandats d'arrêt ou des sommations à comparaître. Dans trois des situations sous enquête, des procès sont déjà terminés. Somme toute, plus de vingt États, dont dix-huit États parties au Statut de Rome, s'y trouvent. Il y a onze États africains sur les deux listes soit à peu près la moitié du total.

Il est relativement notoire que les premières activités de la CPI se sont limitées au continent africain. Je ne propose pas de fournir une explication détaillée de ce constat. Il est largement attribuable aux choix faits par le premier procureur dans l'exercice de la discrétion qui lui est accordée par le Statut de Rome. Plutôt qu'une obsession de l'Afrique, l'absence de poursuites (voir « Poursuite ») ailleurs dans le monde est la conséquence de la réticence du procureur d'intervenir dans des régions plus délicates, où les intérêts d'États puissants étaient en jeu. Il a notamment fait preuve d'une certaine déférence envers certains membres permanents du Conseil de sécurité (voir « Organisation des Nations unies »).

Depuis le changement de la garde du bureau du procureur, on peut constater une transformation graduelle des deux listes, en particulier de la première, et un élargissement des champs d'activité de la Cour vers la conduite des États dans d'autres coins du monde et plus particulièrement vers des États puissants. Il y a aussi une évolution dans la nature des « suspects ». Les premières affaires devant la Cour visaient des guerres civiles et les actes de groupes de combattants, surtout des « rebelles », qui étaient relativement peu importants et insignifiants sur le plan global. Depuis un certain temps, la procureure s'intéresse aux conflits proprement internationaux impliquant des forces militaires parmi les plus importantes de la planète.

Ce développement n'est pas nécessairement évident à la lecture de la liste des « Examens préliminaires », à l'exception de la situation en Irak, qu'on a modifiée, mais il y a peu de temps, comme suit : « Irak/Royaume-Uni ». En effet, comme l'Irak n'est pas un État partie du Statut de Rome, l'examen de la procureure a trait aux activités des forces de Sa Majesté sur le territoire de l'Irak puisque la Cour a compétence personnelle sur les ressortissants britanniques. Dans plusieurs déclarations publiques, la procureure a confirmé qu'elle enquêtait sur les activités des forces britanniques et notamment les atteintes aux détenus. Le premier État sur la liste est l'Afghanistan, un État partie au Statut. Cependant, les rapports annuels de la procureure concernant ses examens préliminaires de 2014 et de 2015 indiquent qu'elle s'intéresse aux activités des troupes américaines y compris des violences aux détenus. Et au bout de la liste se trouvent « Palestine » et « Ukraine ». Dans les deux cas, les forces armées d'un État voisin font partie de l'examen préliminaire. D'ailleurs, la Russie (voir « Russie ») est déjà visée dans la situation en Géorgie, où la procureure est au stade le plus avancé des « Situations sous enquête ».

Que les activités à l'étranger des forces armées du Royaume-Uni, des États-Unis (voir « États-Unis »), de la Russie et d'Israël fassent l'objet des travaux inquisitoires d'un tribunal pénal international est sans précédent. C'est conforme au Statut de Rome, en ce sens que les critères juridictionnels semblent être satisfaits. Dans le projet original du Statut de Rome, adopté par la Commission de droit international en 1994, le choix des « situations sous enquête » était assujéti à la surveillance du Conseil de sécurité. Sans aucun doute, si cette approche avait été maintenue dans la version finale du Statut de Rome, les activités militaires du Royaume-Uni, des États-Unis, de la Russie et d'Israël seraient à l'abri de la Cour. Mais les rédacteurs du Statut se sont ralliés à une vision progressiste d'une Cour indépendante de tout contrôle par un organe politique sur ses priorités et ses choix de « situations ». Afin d'apprécier à quel point ces développements récents sont révolutionnaires, un bref survol de l'histoire de la justice pénale internationale est requis.

De Versailles à Rome

Des auteurs nous fournissent quelques exemples de procès « internationaux » qui datent du Moyen Âge. Mais le système

moderne, tel qu'on le connaît, a commencé à la fin de la Grande Guerre, à Paris, en 1919. C'est à la conférence préparatoire convoquée à Paris en janvier 1919 que des participants, y compris le gouvernement français, ont proposé des projets en matière de justice pénale afin de contribuer au processus de rédaction des traités de paix. Le Traité de Versailles et les autres traités de paix font état d'une internationalisation de la justice pénale et même la promesse de la création d'une cour pénale proprement internationale chargée de juger l'ex-Empereur allemand « pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ». Cette infraction correspond en termes généraux au crime d'agression maintenant punissable par la Cour pénale internationale. Mais le tribunal international proposé par l'article 227 du Traité de Versailles n'a jamais vu le jour, une conséquence du refus du gouvernement néerlandais à coopérer dans l'extradition de Guillaume II, à qui on avait accordé un asile politique.

Le débat au sujet de l'établissement d'une cour pénale internationale a été renouvelé à Londres, pendant la Seconde Guerre mondiale, devant les instances telles la *London International Assembly* et la Commission des Nations unies sur les crimes de guerre. En octobre 1944, cette dernière a adopté un projet de statut d'une cour permanente où les juges et le procureur seraient choisis par un genre d'assemblée d'États participants. Mais l'idée n'a pas reçu l'aval des « grandes puissances » qui ont opté pour un tribunal dit « militaire », dans lequel les petits et moyens États ne participent pas. Le Tribunal militaire international (voir « Nuremberg (procès, Tribunal militaire international) ») et son jumeau, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (voir « Tokyo (procès, Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient) »), représentent un pas énorme dans le développement de la justice internationale. Toutefois, le Tribunal de Nuremberg était l'œuvre de seulement quatre États, le Royaume-Uni, la France, les États-Unis et l'Union soviétique. Ces États ont retenu un monopole sur le choix de ceux à être jugés. Pour cette raison, ils n'ont pas échappé au reproche d'une « justice des vainqueurs ».

Ce défaut n'est corrigé qu'en partie lors de l'établissement des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (voir « Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (création et structure) ») et le Rwanda (voir « Tribunal pénal international pour le Rwanda (création et structure) ») par le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations unies (ONU) en 1993 et 1994. Selon leurs statuts, le procureur était indépendant de

tout contrôle extérieur. Néanmoins, le choix de la « situation » n'était pas du ressort du procureur mais plutôt de l'organe politique responsable pour le Tribunal, comme à Nuremberg. Le procureur des tribunaux *ad hoc* pouvait exercer une discrétion entière dans le choix des suspects, mais uniquement dans la mesure où ses activités se limitent aux territoires visés par le Conseil de sécurité. Et pour toutes fins pratiques, le Conseil de sécurité est sous le joug des mêmes « grandes puissances » qui ont géré le Tribunal de Nuremberg un demi-siècle auparavant.

Mais lors des négociations du Statut de Rome, un caucus dynamique d'États *like-minded*, épaulé par une société civile dynamique, a réussi à imposer la vision différente d'un tribunal où le rôle du Conseil de sécurité était diminué même s'il n'était pas totalement éliminé. À cet égard, lorsque la Cour a commencé ses activités en 2003, certains continuaient à croire qu'elle ne serait pas capable de fonctionner sans le concours du Conseil de sécurité. Mais les deux renvois par le Conseil de sécurité, qui d'ailleurs n'ont pas respecté les dispositions du Statut, se sont avérés être une grande déception. En 2014, la procureure Bensouda a informé le Conseil de sécurité qu'elle gelait les enquêtes sur la situation au Darfour, faute de son soutien actif. Quant à la « situation en Libye », elle est pratiquement close. En même temps, la volonté de la procureure de cibler les forces militaires de membres permanents du Conseil ainsi que leurs amis se manifeste de plus en plus ouvertement.

Le *ratione materiae* de la justice pénale internationale

La Charte du Tribunal militaire international a établi une triade d'infractions dont la terminologie a été arrêtée pendant les derniers jours de la conférence de Londres en juillet et août 1945. La catégorie d'infractions la plus ancienne, celle des « crimes de guerre », a été basée sur le rapport de la Commission des responsabilités de 1919 (l'article 228 du Traité de Versailles parlait d'« actes contraires aux lois et coutumes de la guerre »). Robert Jackson (voir « Jackson (Robert H.) ») a proposé la désignation de « crimes contre l'humanité » (voir « Crime contre l'humanité ») plutôt que « atrocités, persecutions and deportations », en ajoutant que cette expression avait été proposée par un « savant éminent de droit international » qui était nul autre que Hersch Lauterpacht (voir « Lauterpacht (Hersch) »), titulaire de la chaire en droit international à l'université de Cambridge. Le but de cette nouvelle catégorie était de couvrir des crimes

dont les victimes étaient des ressortissants allemands, exclus de la protection traditionnelle du droit international. Le précédent était une déclaration de la France, du Royaume-Uni et de la Russie de mai 1915 comprenant une menace de punir les dirigeants ottomans pour les « nouveaux crimes de la Turquie contre l'humanité », ainsi qu'une disposition dans le traité de Sèvres créant une juridiction afin de juger des « massacres » commis par ce même régime. Enfin, c'était le Lord Chancellor, le président de la séance de la conférence de Londres de 1945, qui a suggéré l'expression « crimes contre la paix » au lieu de « crime de guerre », citant à l'appui son emploi par l'expert soviétique, le Pr A. N. Traïnin. Cette deuxième innovation a établi la responsabilité pour le fait d'avoir initié une guerre d'agression. C'était une formulation beaucoup plus précise que celle du Traité de Versailles dont l'empereur allemand était accusé. Dans son jugement final, le Tribunal militaire international a qualifié le crime contre la paix comme « le crime international suprême ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous ».

Aujourd'hui, ces trois catégories, dont les origines remontent à Paris en 1919, à Londres en 1945, et à Nuremberg en 1946, représentent toujours le noyau dur de la justice pénale internationale. La CPI exerce sa compétence à l'égard du crime de génocide (voir « Génocide »), qui au fond n'est qu'une catégorie de crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, et du crime d'agression (voir « Crime d'agression »). Toutefois, à l'exception du crime de génocide, des évolutions importantes apparaissent dans les définitions de ces catégories de crimes internationaux (voir « Crimes internationaux »). Les modifications les plus significatives sont l'extension de la catégorie de crimes contre l'humanité aux actes commis en temps de paix, ainsi que l'élargissement des crimes de guerre afin de couvrir les conflits non internationaux. Ce développement vers une qualification beaucoup plus large n'est confirmé que pendant les années 1990, d'abord dans la jurisprudence du TPIY et par la suite dans le texte même du Statut de Rome. La codification du crime d'agression, qui est la désignation moderne pour l'infraction désignée à Nuremberg comme crime contre la paix, a été la plus vexante. La difficulté n'était pas attribuable à la définition comme telle mais plutôt à la résistance des membres permanents du Conseil de sécurité, qui souhaitent garder un monopole sur la détermination de l'existence d'un acte d'agression. Selon le compromis adopté à la conférence de Kampala en 2010, par

exception, la Cour ne peut exercer sa compétence qu'à l'égard d'une personne ayant la nationalité d'un État partie.

La codification adoptée à Rome en 1998 et complétée à Kampala en 2010 confirme un consensus quasi universel. Le texte des articles 6, 7, 8 et 8 *bis* du Statut de Rome constitue un dénominateur commun plutôt qu'une définition exhaustive. D'ailleurs, ceci est affirmé expressément par l'article 10 du Statut : « Aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut. » À ce titre, on cite le renvoi dans le Préambule et dans l'article 5 aux crimes contre l'humanité « définis par le droit international » en prétendant qu'il existe une notion plus large du crime contre l'humanité de disparition forcée que celui prévu à l'article 7-1-i du Statut. Au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), les juges ont refusé de suivre le texte de l'article 7 du Statut de Rome étant donné la limitation qu'il impose sur les crimes contre l'humanité, qui doivent être commis « en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ». Chose certaine, il existe des lacunes dans les définitions du Statut de Rome. Par exemple, l'article 8 prévoit le crime de guerre « d'employer les armes, projectiles, matériels et méthodes de combat de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à agir sans discrimination », un texte inspiré par un avis consultatif de la Cour internationale de justice. Mais la disposition ajoute que de telles armes doivent être inscrites dans une annexe au Statut. Hélas, il n'y a pas d'annexe. Dans les préparations de la conférence de Kampala, la Belgique avait proposé un texte afin d'ajouter l'annexe mentionnée dans l'article 8 du Statut mais elle a vite abandonné l'effort faute d'appuis suffisants. Quant aux campagnes visant à ajouter de nouvelles catégories à la liste, tels les crimes de terrorisme (voir « Terrorisme ») et de trafic de stupéfiants, l'absence de soutien significatif laisse présumer de leur exclusion de la catégorie des « crimes les plus graves ayant une portée internationale ».

Vers une procédure internationale

Les projets de ceux qui ont envisagé des poursuites à la fin de la Première Guerre mondiale n'ont pas été suffisamment élaborés pour qu'on discute sérieusement de la procédure pénale à suivre devant les tribunaux

B

internationaux envisagés. En revanche, à la conférence de Londres en juin et juillet 1945, les négociateurs ont consacré un certain temps à cet aspect de la justice internationale. « What is meant in the English by "cross-examination"? », a demandé le représentant soviétique, vers la fin des débats, sans doute curieux quant au sens de cette expression peu familière aux juristes de traditions continentales. Lord Jowitt, le Lord Chancellor, a répondu avec une explication plus que sommaire, d'une seule phrase, mais qui semble avoir donné satisfaction aux représentants soviétiques et français. Enfin, le procès de Nuremberg avait des éléments hybrides, par exemple l'utilisation généralisée de documents y compris de nombreuses déclarations solennelles de témoins qui n'étaient pas présents à l'audience, preuves normalement jugées inadmissibles à titre de *hearsay evidence* par des tribunaux anglo-saxons.

Les tribunaux modernes manifestent une grande diversité sur le plan de la procédure. Par exemple, le TPIY, dont le personnel du bureau du procureur était dominé par des avocats américains pendant les premières années de son existence, a nettement penché vers le système contradictoire anglo-américain. En revanche, le Tribunal spécial pour le Liban a adopté une approche très française, avec un juge de la mise en état ainsi que la possibilité de procès par défaut (voir « *In Absentia* »). En règle générale, les détails de procédure et de preuve relèvent des juges. Ainsi, la tendance est de répliquer le système avec lequel les juges sont familiers.

Le régime procédural de la CPI est assez particulier en ce sens qu'il essaie de ménager la chèvre et le chou. Par contraste avec les tribunaux *ad hoc* ou temporaires, les rédacteurs du Statut de Rome ont insisté sur un très haut niveau de codification des règles de procédure et de preuve. Le résultat est un mélange parfois incohérent, conséquence de négociations diplomatiques où l'on recherchait une « ambiguïté constructive ». Souvent, selon le président du Comité de rédaction à la conférence de Rome, Cherif Bassiouni, le résultat était une « mule diplomatique ». Par exemple, il n'est pas évident de déterminer si la responsabilité de formuler les actes reprochés à l'accusé incombe au procureur, comme dans un système accusatoire, ou aux juges, comme dans un système inquisitoire. Après une décennie d'activités judiciaires, la jurisprudence n'a pas encore clarifié cette question. Il est impossible de clarifier l'interprétation lorsque les juges ne sont pas sur la même longueur d'onde.

■ 130

Paix et justice

Depuis un peu plus de vingt ans, le contribuable international a consacré plus de 5 Md€ aux institutions principales de la justice internationale, c'est-à-dire les différents tribunaux *ad hoc* et la CPI. Cette dernière, dont le budget annuel s'élève à 150 M€, a pris dix ans pour terminer six procès, dont trois ayant conduit à condamnations, en d'autres termes avec un score de 50 %. Évidemment, la justice internationale est très dispendieuse. On se demande si l'investissement vaut le coût. Mais pour répondre à cette question, il est nécessaire de clarifier nos attentes.

Le Préambule du Statut de Rome propose des justifications diverses. Parmi ces invocations, la Cour est censée « mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes » et « concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes ». On affirme donc une finalité de dissuasion. Mais le Statut présente également un message de rétribution, notamment dans la place qu'il accorde aux victimes des crimes. Enfin, on signale que « des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde ». Il n'est pas évident de concilier ces objectifs parfois divergents ou d'établir un équilibre entre eux.

Dans son rapport au Conseil de sécurité de 2004 au sujet du rétablissement de l'état de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, le secrétaire général a décrit la création de la CPI comme « la plus importante des récentes avancées dans la longue lutte de la communauté internationale pour promouvoir la cause de la justice et de la légalité ». En même temps, il a reconnu que « l'administration de la justice transitoire exige bien plus que la mise en place de cours et de tribunaux. Les difficultés propres aux situations d'après conflit obligent à concilier divers objectifs, notamment la recherche des responsabilités et de la vérité, l'indemnisation des victimes, la préservation de la paix et le renforcement de la démocratie et de l'état de droit ».

Nécessairement, les institutions de la justice pénale internationale doivent comprendre qu'elles ne sont pas une fin en soi mais plutôt qu'elles apportent une contribution à un processus plus large. Pourtant, les activités de la CPI témoignent d'une certaine difficulté à mettre en œuvre les rapports complexes entre justice, paix et réconciliation sociale. Par exemple, en 2005 les premiers mandats d'arrêt émis envers les dirigeants de l'« Armée de résistance du Seigneur », en Ouganda, ont provoqué des négociations fructueuses et l'adoption d'un projet d'accord de paix mettant fin à une

guerre civile qui a duré presque vingt ans. Mais lorsque les chefs rebelles ont demandé un sursis aux poursuites en échange d'une renonciation à la lutte armée, demande avec laquelle le Président ougandais était d'accord, le procureur de la Cour a réagi par une fin de non-recevoir. Le refus du procureur a été suivi de la reprise des combats. Une approche plus flexible semble avoir animé la procureure de la Cour une décennie plus tard, lorsqu'elle a participé aux négociations de paix en Colombie. Elle semble avoir donné sa bénédiction à un accord entre les parties qui prévoit la poursuite de personnes responsables de crimes internationaux mais selon un régime de sanction pénale relativement clément. Il s'agit d'une expérience noble, un compromis audacieux par lequel on accepte une justice restreinte afin d'encourager la paix.

Dans le passé, on a très souvent eu recours à l'amnistie comme élément de la justice transitoire. Son acceptation générale est même confirmée par une disposition du Protocole additionnel II aux conventions de Genève. Mais depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome, les parties à un conflit ne peuvent plus convenir de l'impunité. Un processus de transition comme celui de l'Afrique du Sud, où personne n'a été jugé ou puni pour le crime contre l'humanité d'apartheid, ne semble plus envisageable. En revanche, la justice ne peut pas être indifférente aux aspects pratiques d'une négociation dont le but est de mettre fin au conflit armé ou de le prévenir et non seulement d'établir la responsabilité pour des crimes atroces. Des solutions nuancées sont nécessaires face à cette tension incontournable entre justice et paix.

William SCHABAS

B

MOTS-CLÉS

Conseil de sécurité • Cour pénale internationale • **Crime d'agression** • **Crime contre l'humanité** • **Crimes de guerre** • **Examen préliminaire (Cour pénale internationale)** • Génocide • **Justice transitionnelle** • **Procureur** • Statut de Rome • Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie • **Tribunal spécial pour le Liban**

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

W. A. SCHABAS, *Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 4^e éd., 2011 ; *The Cambridge Companion to International Criminal Law*, Cambridge University Press, 2016.