

UNIVERSITÉ DE BOURGOGNE
Droit – Economie – Gestion

**FORMATION ET DÉVELOPPEMENT
DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL**

RECHERCHE SUR LA NAISSANCE D'UN ORDRE JURIDIQUE

Thèse pour l'obtention du grade de docteur de l'Université de Bourgogne

Discipline : Droit public

Présentée et soutenue publiquement

le 30 septembre 2009 par

Anne-Lise TEANI

Jury :

M. Charalambos APOSTOLIDIS, Professeur à l'Université de Bourgogne, *Directeur*

M. Hervé ASCENSIO, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne, *Rapporteur*

Mme Geneviève BURDEAU, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne

M. Emmanuel DECAUX, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, *Rapporteur*

Mme Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, Directrice de recherche au CNRS

L'Université de Bourgogne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je remercie chaleureusement le Professeur Apostolidis d'avoir accepté de diriger mes recherches. Son soutien constant et ses conseils avisés ont joué un rôle déterminant dans la rédaction de cette thèse.

Je tiens également à remercier mes parents qui, par la confiance qu'ils m'ont témoignée m'ont permis de mener à bien ce passionnant projet.

Mes remerciements les plus sincères s'adressent enfin à Jérémy qui a su, au fil du temps et dans les moments les plus délicats, m'apporter toute son aide.

SOMMAIRE

Introduction

PREMIÈRE PARTIE

L'ÉMERGENCE DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Titre I - L'ancrage du droit pénal international au droit international public

Chapitre I/ L'ancrage institutionnel

Chapitre II/ L'ancrage juridique

Titre II - Le dépassement du droit international public

Chapitre I/ Facteurs d'indépendance du juge pénal international

Chapitre II/ Emergence d'un droit prétorien

SECONDE PARTIE

LA CONSOLIDATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Titre I - La différenciation du droit pénal international par rapport au droit international public

Chapitre I/ Différenciation structurelle

Chapitre II/ Différenciation matérielle

Titre II : L'autonomisation du droit pénal international

Chapitre I/ L'individualisme, vecteur d'une mondialisation du droit pénal

Chapitre II/ Le modèle interne, centre de convergence des intérêts

Conclusion

Bibliographie

Table des matières

LISTE DES ABREVIATIONS

I- Ressources documentaires

A.F.D.I. : Annuaire Français du Droit International
A.F.R.I. : Annuaire Français de Relations Internationales
A.I.D.I. : Annuaire de l'Institut du Droit International
A.J.I.L. : American Journal of International Law
Bull. civ. : Bulletin de la Cour de cassation
B.Y.B.I.L.: British Yearbook of International Law
C.I.J. Rec.: Recueil des arrêts et ordonnances de la Cour internationale de Justice
Cours I.H.E.I. : Cours de l'Institut des Hautes Études Internationales (Paris II)
E.J.I.L. : European Journal of International Law
J.C.P.: Jurisclasseur Périodique
J.D.I.: Journal du Droit International
J.I.C.J. : Journal of International Criminal Justice
Rec. Lebon : Recueil des arrêts du Conseil d'État (Recueil Lebon)
N.Y.I.L.: Netherlands Yearbook of International Law
R.B.D.I. : Revue Belge de Droit International
R.C.A.D.I. : Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
R.D.I. : Revue du Droit International
R.D.I.L.C. : Revue de Droit International et de Législation Comparée
R.D.P. : Revue du Droit Public
Rev. Hell. D.I. : Revue Hellénique de Droit International
R.I.C.R. : Revue Internationale de la Croix-Rouge
R.I.D.C. : Revue Internationale de Droit Comparé
Riv. D.I. : Rivista di Diritto Internazionale
R.G.D.I.P. : Revue Générale de Droit International Public
R.S.C. : Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé

II- Organisations internationales et institutions

Cass. : Cour de cassation

C.D.I. : Commission du Droit International

C.E.D.H. : Cour Européenne des Droits de l'Homme

C.I.A.D.H. : Cour Inter-Américaine des Droits de l'Homme

C.I.C.R. : Comité International de la Croix-Rouge

C.I.J. : Cour internationale de Justice

C.P.I. : Cour Pénale Internationale

C.P.J.I. : Cour permanente de Justice internationale

O.M.C. : Organisation Mondiale du Commerce

O.N.U. : Organisation des Nations Unies

S.D.N. : Société des Nations

T.M.I. : Tribunaux Militaires Internationaux

T.P.I.R. : Tribunal Pénal International pour le Rwanda

T.P.I.Y. : Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie

T.S.L : Tribunal Spécial pour le Liban

T.S.S.L : Tribunal Spécial pour la Sierra Leone

**FORMATION ET DÉVELOPPEMENT
DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL**

RECHERCHE SUR LA NAISSANCE D'UN ORDRE JURIDIQUE

INTRODUCTION

I) D'une violence collective non justiciable à la création de juridictions pénales internationales. La violence humaine se caractérise à la fois par son universalité et par son caractère intemporel. Revêtant différentes formes et divers degré d'intensité, la violence ne sera abordée dans cette étude qu'au travers les phénomènes collectifs que sont les guerres – comprises au sens large – et les crimes de masse. De tous temps, les hommes ont adopté des comportements belliqueux alors même que les guerres préhistoriques sont bien souvent sous-estimées. Mireille Delmas-Marty souligne le caractère ambivalent de la violence qui peut-être tout aussi bien destructrice que fondatrice¹. La guerre relie en effet les hommes et crée des communautés. A cet égard, la non violence n'apparaît pas fondatrice. La violence est donc un phénomène sociologique tout à la fois inévitable et nécessaire. La violence constitue en effet le levier principal de l'histoire. Comme le constate Antoine Garapon, « (l)'histoire est faite de boue et de sang, frappée d'une violence indissociable de la relation politique qui la fonde »². C'est pour cette raison, que les crimes commis au nom de l'histoire n'ont, jusque récemment, pas fait l'objet d'une prise en charge juridique. En effet, « (p)our la philosophie de l'histoire, la violence était un mal nécessaire qui allait accoucher d'un monde nouveau et meilleur ; la révolution était certes dévastatrice, mais elle hâtait l'avènement de la liberté, elle nous rapprochait d'un hypothétique dénouement »³. Napoléon affirmait d'ailleurs que les crimes collectifs n'engageaient personne. Dans la mesure où les guerres et les crimes qui les accompagnent servent la Nation notamment par l'acquisition de nouveaux territoires, il n'est pas logique d'en poursuivre les combattants qui, bien au contraire, sont traités comme des héros dans leurs Etats respectifs. Les événements constitutifs de l'histoire des peuples ont donc, jusque très récemment, revêtu un caractère non justiciable.

L'existence au niveau interne, de tribunaux militaires ne remet pas en cause le caractère injusticiable de la politique des Etats. Compte tenu de son caractère exceptionnel et du

¹ DELMAS MARTY (M.), Cours au Collège de France, *Les interdits fondateurs : le paradoxe pénal*, 29/11/07 (non publié).

² GARAPON (A.), *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, Paris, 2008, p. 9.

³ *Ibid.* p. 9-10.

manque d'objectivité dont elle est souvent entachée⁴, la justice militaire n'a jamais eu ni l'objectif, ni les moyens de juger les responsabilités des combattants. Profondément ancrées dans les ordres juridiques nationaux, les sanctions proposées n'avaient pas pour objet de rendre l'Histoire justiciable.

La violation des règles minimales régissant la conduite des conflits armés n'entraînait donc que rarement des sanctions légales. Dans la mesure où le recours à la force contre une puissance étrangère était autorisé par le droit international, il était inconcevable de sanctionner les individus qui l'avaient commandité. Bien qu'en partie réglementée, la conduite de l'activité guerrière n'était aucunement entravée par le droit. Le droit n'avait donc pas de prise directe sur le déroulement de l'histoire et incitait même les peuples à faire évoluer leurs positions et leurs territoires.

L'interdiction du recours à la force par la Charte des Nations Unies constitue donc un tournant majeur, en ce sens qu'elle fige, en théorie, les frontières des Etats. En dépit des violations enregistrées à ce jour, la prohibition établie en 1945 a eu pour conséquence de modifier le regard traditionnel que l'on pouvait porter sur la guerre. Jusqu'alors considérée comme un fléau inévitable, la guerre n'a plus touché, tout du moins dans sa forme traditionnelle, les grandes puissances occidentales. L'interdiction du recours à la force édictée par la Charte des Nations Unies constitue incontestablement une première tentative d'encadrement de la violence guerrière par le droit.

De plus, le postulat millénaire selon lequel la politique était injusticiable va être remis en cause par l'action combinée d'évènements dramatiques et d'avancées institutionnelles. Non seulement, il n'apparaît plus choquant de juger des chefs d'Etat ou des chefs militaires lorsqu'ils se rendent responsables de crimes définis par le droit international, mais cette démarche apparaît même comme étant tout à fait nécessaire et légitime. L'Histoire devient ainsi « subitement justiciable de la justice des hommes »⁵. Partout désormais, « on gratte, on

⁴ « Prosecution of war crimes, however, was only conducted by national courts, and these were and remain ineffective when responsible for the crimes are still in power and their victim subjugated. Historically, the prosecution of war crimes was generally restricted to the vanquished or to isolated cases of rogue combatants in the victor's army. National justice systems have proven themselves to be incapable of being balanced and impartial in such cases » in SCHABAS (W.), *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2007, p. 1.

⁵ GARAPON (A.), *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, Paris, 2008, p. 10.

frotte et on blanchit, en s'efforçant de digérer un passé qui fait rougir, qui fait honte »⁶.

Le Traité de paix de Versailles de 1919 constitue la première étape de cet important changement de cap. Son article 227 établit en effet une mise en accusation pénale à l'encontre de l'Empereur allemand Guillaume. Même si aucune procédure pénale n'aboutit, le principe de l'injusticiabilité de l'Histoire s'est trouvé ébranlé. Toutefois, l'étape décisive en la matière résulte de la création du Tribunal militaire international de Nuremberg par l'Accord de Londres du 8 août 1945 et du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient créé le 19 janvier 1946. L'ampleur et la cruauté des atrocités constatées lors de la seconde guerre mondiale ont donc affaibli, sans remettre totalement en cause, le caractère non justiciable des acteurs de l'histoire. En effet, au sortir de la seconde guerre mondiale et jusque dans les années 90, les tentatives de pénaliser les événements historiques majeurs, aussi meurtriers soient-ils, n'ont pas abouti. La guerre froide en gelant les conflits étatiques frontaux a naturellement freiné la dynamique enclenchée en 1945.

La fin de la guerre froide coïncide avec la création du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda et marque réellement un changement important dans les rapports qu'entretiennent l'Histoire et le droit : « (l)'histoire n'est plus le tribunal du monde, elle devient subitement justiciable de la justice des hommes »⁷. Selon Pierre Hazan, « une nouvelle utopie était en train de naître dans les années 1990 : celle de domestiquer la violence par le droit international »⁸. Ce sentiment est d'ailleurs renforcé par le fait que les tribunaux pénaux internationaux interviennent presque « en direct »⁹, au moment où le conflit se déroule. Pierre Hazan affirme avoir été « troublé par cette volonté d'imposer un devoir de justice à l'histoire en train de se dérouler sous nos yeux »¹⁰. Il est donc indéniable qu'un ensemble de règles visant à réprimer ce qui était auparavant constitutif de faits historiques, a vu le jour et ce, principalement grâce à la création des juridictions pénales internationales.

Ces juridictions sanctionnent aujourd'hui les individus responsables de crimes de masse,

⁶ HENZELIN (M.), ROTH (R.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, 2002, avant propos p. XV.

⁷ GARAPON (A.), *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, Paris, 2008, p. 10.

⁸ HAZAN (P.), *Juger la guerre, juger l'histoire : Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, PUF, Paris, 2007, p. 4.

⁹ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰ *Ibid.*

c'est-à-dire de génocide, de crime contre l'humanité et de crime de guerre. Ces trois « grands » crimes – ainsi que les nombreux crimes qu'ils renferment - sont les seuls à être actuellement réprimés par les juridictions pénales internationales. Autour de la prohibition et de la répression de ces trois crimes et principalement sous l'impulsion des juridictions pénales internationales, un droit nouveau s'est construit.

Si acquise que soit aujourd'hui l'existence du droit pénal international, il faut souligner à ce stade, l'importance de la dynamique mise en place par les juridictions pénales internationales dans son émergence. En effet, avant la création des Tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda, le cadre normatif était très lacunaire et les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo ont longtemps fait figure d'exception ou bien encore de curiosité historique¹¹.

C'est véritablement lorsque les tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda ont été créés au début des années 1990 que le droit pénal international a commencé de prendre toute son ampleur¹² et a dépassé l'insuffisance des mécanismes internes existants. La création de la Cour pénale internationale en 1998 a conforté cette dynamique.

La répression organisée par les TPI et ensuite par la CPI, est exceptionnelle¹³ et produit d'ailleurs pour cette raison des conséquences juridiques remarquables. La création des TPI a permis de faire émerger une nouvelle branche du droit¹⁴ : le droit pénal international. Si pour certains, cette branche du droit existait bien avant la création de ces juridictions, il faut rappeler que la nouvelle expression de droit pénal international diffère de celle qui est habituellement utilisée en doctrine. Grâce à l'internationalisation de la répression pénale de certains crimes internationaux, une nouvelle branche du droit a vu le jour. Il était en effet difficile de soutenir l'existence d'un droit pénal international en dehors de tout système

¹¹ « Nuremberg n'était plus qu'un souvenir sinon un accident ; il relevait de l'histoire du droit international sans figurer, chez la quasi-totalité des auteurs, parmi les événements fondateurs d'un droit international moderne » *in* MASSE (M.), « La place du droit pénal dans les relations internationales », *RSC* 2000, p. 125.

¹² « Jusqu'aux années 1990, le rôle du droit pénal dans la vie politique internationale n'était pratiquement jamais évoqué » *in ibid.* p. 125.

¹³ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 320 : « C'est cette institutionnalisation de voies de droit spécialisées dans le jugement d'individus pour des actes commis en qualité d'agents de l'Etat, et soustraites à l'ordre interne, qui constitue la véritable innovation juridique (...) ».

¹⁴ « Les juges ont inventé un droit entièrement nouveau en agissant de leur propre initiative » *in* WECKEL (P.), « L'originalité de la pratique des TPI au regard de la théorie des sources du droit international », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 439.

répressif effectif. Il existe par conséquent un lien très fort entre l'existence du droit pénal international et sa sanction internationale.

Ainsi, l'aspect institutionnel a fortement contribué à développer l'aspect matériel du droit pénal international¹⁵. En effet, au-delà de la mise en œuvre effective de sanctions pénales, les juridictions pénales internationales ont développé une jurisprudence importante d'un point de vue procédural, mais également substantiel. L'influence de la juridictionnalisation du droit international sur le développement de ce dernier n'est pas spécifique au droit pénal international. Hélène Ruiz-Fabri remarquait à propos du règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce que « (l)a justiciabilité des règles concourt à leur normativité »¹⁶. En effet, le juge en tant qu'« agent actif de la systématisation du droit »¹⁷ peut renforcer la systématique du droit qui est conçu comme « un caractère du droit, qui lui est attribué parce qu'il remplit les conditions nécessaires à la constitution d'un système, notion définie autour des idées d'ensemble, d'ordre et de structure »¹⁸. C'est reconnaître à des éléments de fait - l'existence d'un juge - des vertus unifiantes pour le droit.

Bien que les tribunaux *ad hoc* ne soient pas des juridictions permanentes, elles ont rendu et continuent actuellement à rendre de nombreuses décisions. Certes, ce n'est pas au volume des décisions rendues que l'on mesure l'apport d'un organe juridictionnel au système global, mais, dans un contexte international souffrant d'une véritable carence en matière juridictionnelle, l'existence de juridictions pénales internationales très actives a indéniablement contribué à l'émergence d'un droit pénal international. Appliquer le droit international de manière quotidienne a nécessairement des conséquences sur l'interprétation du droit qui sera définitivement donnée par la juridiction¹⁹.

¹⁵ Pour une opinion contraire, voir SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, p. : 33 : « Le droit pénal international n'est pas en effet nécessairement institutionnel, mais d'abord matériel ».

¹⁶ RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Litec, 2000, p. 322.

¹⁷ BARTHE (C.), *La mise en évidence de la règle de droit par le juge international, Essai sur la fonction heuristique*, Thèse de doctorat, Toulouse, 2001, p. 88. La systématisation est conçue comme une action de mise en ordre qui permet de faire apparaître la cohérence du système (p 87).

¹⁸ *Ibid.*, p. 87.

¹⁹ « L'expérience judiciaire qui s'annonce semble sans commune mesure avec les précédents des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo en raison de la richesse du droit applicable aujourd'hui et du nombre de procès qui seront vraisemblablement engagés devant le nouveau tribunal international » in WECKEL (P.), « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI* 1993, p. 234.

L'application du droit international humanitaire en dehors d'un contentieux entre Etats souverains donne naissance à des règles nouvelles qui dépassent le champ auquel il était limité auparavant. La fréquence des décisions rendues par les juridictions pénales internationales influence indéniablement le contenu du droit interprété et contribue à son développement ainsi qu'à son individualisation. Nous assistons par conséquent à une « banalisation » de la production des décisions pénales internationales.

II) La controverse conceptuelle. Il n'existe pas de terme unique et consensuel pour désigner le droit appliqué et développé par les juridictions pénales internationales. On parle indistinctement de « droit international pénal » ou de « droit pénal international ». Le choix d'un terme ou d'un autre n'est pas neutre au regard de la problématique retenue dans cette étude. Que désignent ces deux termes et lequel retenir en l'espèce ?

Il est difficile d'apporter une définition consensuelle du terme de droit pénal international. La doctrine est partagée quant à la signification de cette notion. Le droit pénal international en raison de son caractère relativement récent est considéré par certains comme une simple « classification d'origine doctrinale »²⁰, comme s'il n'avait pas atteint le degré de normativité nécessaire à l'obtention de la qualité de discipline juridique ou de branche du droit.

Dès les premières tentatives de définition du droit pénal international, le juriste se trouve confronté à une controverse terminologique non négligeable. La notion de droit pénal international est véritablement concurrencée par celle de droit international pénal.

De manière traditionnelle, on considère que le droit pénal international désigne les « règles juridiques du droit national concernant *l'application des lois pénales dans l'espace* »²¹. L'ancrage de cette discipline dans le droit interne n'est pas contestable ; elle désigne les règles nationales régissant les infractions présentant un élément d'extranéité (meurtre commis à l'étranger sur la personne d'un ressortissant français par exemple). Le droit pénal international « classique » se compose donc de règles destinées à appréhender correctement un élément d'extranéité survenant dans une affaire pénale²². À cet égard très proche du droit international

²⁰ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 391.

²¹ GLASER (S.), *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1970, p. 21.

²² Ida Caracciolo définit le droit pénal international comme « insieme di norme e procedure volte a risolvere situazioni di conflitto tra entità dotate di autonoma giurisdizione in materia penale » in CARACCIOLO (I.), *Dal*

privé, le droit pénal international englobe également des règles et des techniques procédurales interétatiques (extradition, coopération judiciaire, etc.). En effet, comme « chaque système répressif est l'expression d'une souveraineté, la coexistence des souverainetés impose une répartition de la compétence des différents systèmes répressifs »²³.

On considère *a contrario* que le droit international pénal relève de l'ordre juridique international même si l'on admet également ses liens avec le droit pénal, interne par essence²⁴. Cette discipline regroupe l'ensemble du droit applicable aux infractions internationales, c'est-à-dire aux infractions définies par le droit international public, que cette définition résulte d'une convention ou d'une coutume. Le droit international pénal serait donc une ramification du droit international public qui aurait vu le jour au sortir de la seconde guerre mondiale avec la mise en cause des dirigeants allemands et japonais par des Tribunaux militaires internationaux²⁵. Contrairement au droit pénal international qui organise la coexistence des souverainetés étatiques, le droit international pénal tend à leur dépassement, que ce soit au niveau de la définition des infractions ou de leur répression qui pourra désormais se faire à l'échelle internationale. Le droit international public en élaborant et en développant des normes pénales se diversifie et donne naissance à une sous catégorie : le droit international pénal.

Certains auteurs regroupent ces deux catégories de règles sous un vocable unique, celui de droit pénal international. C'est notamment le cas de Claude Lombois qui considère que le droit pénal international se compose à la fois du droit des infractions internationales (le droit international pénal) et du droit pénal extraterritorial (le traditionnel droit pénal international). Les Professeurs Huet et Koering-Joulin adoptent la même attitude et définissent le droit pénal international comme étant « la branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international »²⁶. C'est également le cas du Professeur Salmon qui analyse le droit pénal international comme l'« ensemble des règles gouvernant

diritto penale internazionale al diritto internazionale penale, il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali, Editoriale Scientifica, Naples, 2000, p. 2.

²³ LOMBOIS (C.), *Droit pénal international*, Dalloz, 1979, p. 5.

²⁴ « En ce qui concerne les rapports du droit international pénal, d'une part avec le droit international, et d'autre part avec le droit pénal, il faut constater que le droit international pénal est, par sa nature même, plus étroitement lié au droit international qu'au droit pénal (national) » in GLASER (S.), *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1970, p. 22-23.

²⁵ « (c) e n'est qu'après la seconde guerre mondiale que le droit international pénal est devenu une réalité » in GLASER (S.), *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1970, p. 20.

²⁶ HUET (A.), KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, PUF, Paris, 2005, p. 1.

l'incrimination et la répression des infractions qui soit présentent un élément d'extranéité soit sont d'origine internationale »²⁷. Dans le dictionnaire de droit international public, le terme de droit international pénal fait d'ailleurs l'objet d'un renvoi au terme droit pénal international²⁸. D'autres auteurs au contraire sont attachés à cette distinction et restent fidèles au terme de droit international pénal pour désigner le droit des crimes internationaux ; c'est notamment le cas de Serge Sur²⁹ et de Jean-François Roulot³⁰. Privilégier le terme de droit international pénal, c'est considérer que le droit international public se dote de mécanismes pénaux pour la réalisation de ses objectifs.

Pourtant, la notion de droit pénal international est de plus en plus fréquemment utilisée pour désigner le droit des crimes internationaux. L'origine de ce renversement terminologique est assez obscure.

William Schabas n'hésite pas à parler de droit pénal international pour qualifier le droit mis en œuvre par les tribunaux pénaux internationaux³¹. Il en va de même de nombreux auteurs³².

Le flou terminologique dans lequel nous nous trouvons est bien réel, mais il n'a guère suscité d'études approfondies, comme si la matière en question était propice à la souplesse voire à l'approximation. Certains auteurs utilisent en effet les deux expressions de manière totalement indifférenciée³³. En revanche, il faut constater que l'expression de « justice pénale

²⁷ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 391.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Serge Sur continue à utiliser le terme de « droit international pénal » pour désigner le droit mis en œuvre par les tribunaux pénaux internationaux. Voir également *Les sources du droit international pénal* sous la direction de M. DELMAS MARTY, E.FRONZA et E.LAMBERT-ABDELGAWAD.

³⁰ « (i)l convient d'examiner la jurisprudence relative au crime contre l'humanité (...) au regard du droit international pénal. Ce dernier ne doit pas être confondu avec le droit pénal international. Il permet d'appréhender un crime imputable aux gouvernants et agents d'un Etat dans l'exercice du pouvoir souverain (...) Différemment, le droit pénal international permet d'appréhender l'infraction de particulier lorsque l'un de ses éléments constitutifs dépasse le cadre national ou lorsque cette infraction est définie par une convention internationale » in ROULOT (J.-F.), « La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France, une répression nationale d'un crime international », *RSC* 1999, p. 545.

³¹ SCHABAS (W.), « Droit pénal international et droit international des droits de l'homme : faux frères ? », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Bruxelles, 2002, p. 165-181.

³² Voir notamment, GARIBIAN (S.), « Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept des crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Bruxelles, 2002, p. 29-45.

³³ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 2002, p. 517 : « Du point de vue du *droit pénal international*, l'Accord de Londres du 8 Août 1945 portant statut du TMI introduisait une autre innovation majeure. Jusque-là, en effet, *le droit international pénal* ne concernait que les infractions commises par les individus à titre privé, telles qu'on les a évoquées au paragraphe précédent et non les infractions commises en tant qu'agent étatique, en raison même du jeu des règles d'imputation rappelées ci-dessus ». Voir également HAROUEL-BURELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 19 : « Mais, depuis le début des

internationale » est largement diffusée et bien ancrée dans les mentalités. Les auteurs parlent également volontiers de « normes pénales internationales »³⁴. De plus, si l'on se réfère aux ouvrages anglophones, il n'est question que de « international criminal law »³⁵. De surcroît, les juridictions internationales chargées de juger les crimes internationaux portent les noms suivants: Tribunal *pénal* international pour l'Ex-Yougoslavie, Tribunal *pénal* international pour le Rwanda, Cour *pénale* internationale.

Utiliser l'expression « droit pénal international » pour désigner le corpus juridique prohibant et réprimant les grands crimes internationaux c'est-à-dire le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, paraît donc tout à fait approprié. Nous utiliserons donc le terme de droit pénal international pour désigner le droit appliqué et généré par les juridictions pénales internationales. Il s'agit donc en grande partie d'un droit jurisprudentiel car son existence est liée à la création d'organes répressifs internationaux. Le droit pénal international se compose ainsi des conventions et coutumes internationales dont les juridictions pénales internationales font application ainsi que du contenu de la jurisprudence qu'elles élaborent.

Ainsi, si tous les crimes réprimés par les TPI ou la CPI sont des crimes internationaux, tous les crimes internationaux ne peuvent pas être poursuivis devant ces juridictions. Il était donc insuffisant de décrire le droit pénal international comme le droit chargé de la sanction des crimes internationaux. Si le droit pénal international pouvait dans un premier temps être considéré comme un ensemble de règles destiné à sanctionner les violations du droit international humanitaire, cette vision est aujourd'hui sur le point d'être dépassée.

De plus, la diffusion très large du terme de justice pénale internationale renforce l'idée que le terme de droit pénal international est plus approprié que celui de droit international pénal pour désigner le droit appliqué et développé par les juridictions pénales internationales. La doctrine a en effet largement adopté le terme de justice pénale internationale. Les juridictions pénales

années 1990, grâce à plusieurs ONG et à la prise de conscience par les Etats du caractère monstrueux de certains faits, le *droit pénal international* vient apporter son soutien au droit humanitaire (...) A côté de ce préalable, qui suppose la volonté étatique de faire appliquer le droit humanitaire, l'espoir de son respect se situe dans le développement du *droit international pénal*, qui s'effectue notamment à travers les Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, et la création d'une Cour pénale internationale ».

³⁴ Voir FRONZA (E.), GUILLOU (N.), « Les dynamiques d'élaboration des normes pénales internationales : une analyse à partir de la jurisprudence sur le viol et la participation criminelle », *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milan, 2003, p. 27-53.

³⁵ Voir notamment MUELLER (G.O.W.), WISE (E.M.), *International criminal law*, Sweet and Maxwell Limited, New-York, 1965, 660 p., PAUST (J.J.), BASSIOUNI (C.), WILLIAMS (S.A.), SCHARF (M.), GURULE (J.), ZAGARIS (B.), *International criminal law*, Carolina Academic Press, 1996.

internationales elles-mêmes inscrivent leur action dans le cadre de la justice pénale internationale³⁶. Rappelons que le concept de justice est fondamentalement lié à l'intervention du juge³⁷. Le recours au juge ou à l'arbitre ne revêt pas un caractère obligatoire en droit international. Hervé Ascencio relève d'ailleurs un « amour impossible entre la juridiction et le droit international classique »³⁸.

Pourtant, la mise en place de deux juridictions *ad hoc* couplée à la création de la Cour pénale internationale et des tribunaux hybrides a permis de faire émerger le concept de « justice pénale internationale ». Ce dernier a, dans le langage des juristes internationaux, tendance à se développer pour y englober des affaires à résonance internationale jugées par des juridictions internes comme l'affaire Pinochet³⁹. Par le biais principal de la compétence universelle, les juridictions nationales concourent à la réalisation de cette justice pénale internationale. Les frontières entre les mondes internationaux et internes semblent tomber, un dialogue des juges se met en place avec, pour seul objectif, la lutte contre l'impunité.

Jean Pierre Cot reconnaît que, récemment « la justice internationale a été bousculée par un formidable appétit de droit et de tribunaux »⁴⁰ et que « ce foisonnement de la justice internationale renouvelle la donne du droit des gens »⁴¹. Il note également « le formidable appétit de règlement judiciaire international »⁴². La tendance s'étend au delà du domaine pénal mais il faut bien remarquer, comme le souligne M. Delmas Marty, que l'interdit pénal est le plus fondateur des interdits juridiques⁴³. Par là même, il pourrait permettre de structurer le droit international. Tout se passe comme si le droit international avait enfin gagné ses lettres de noblesse en se dotant de juridictions pénales.

³⁶ « Dans l'intérêt de la justice pénale internationale et de la mission du Tribunal international, il convient d'évaluer à sa juste mesure la coopération apportée par l'accusé » in *Erdemovic*, Chambre de première instance, 5/03/98, § 21.

³⁷ « Le mot justice désigne aussi l'autorité judiciaire ou l'ensemble des juridictions d'un pays donné » in *Termes juridiques*, Lexique Dalloz, 11^{ème} éd., 1998, p. 317.

³⁸ ASCENCIO (H.), « La notion de juridiction internationale en question » in *La juridictionnalisation du droit international, Colloque de la SFDI*, Paris, Pedone, 2003, p. 202.

³⁹ En Grande-Bretagne, la Chambre des Lords a en effet décidé en 1998 de lever l'immunité dont bénéficiait le Général Pinochet, permettant ainsi de poser les jalons d'un procès pour les crimes commis lors de la dictature.

⁴⁰ COT (J.P.), « Le monde de la justice internationale », *La juridictionnalisation du droit international, Colloque de la SFDI*, Paris, Pedone, 2003, p. 511.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.* p. 515

⁴³ Voir cours au Collège de France, *Les interdits fondateurs : le paradoxe pénal*, 29/11/06 (non publié).

Les ouvrages consacrés à la justice pénale internationale sont nombreux⁴⁴ et nous incitent à nous interroger sur la signification de cette expression. L'emploi de ce terme n'est pas anodin car il renferme tous les espoirs suscités par la création des juridictions pénales internationales en matière de lutte contre l'impunité. Parler de justice pénale internationale et désigner les travaux des tribunaux *ad hoc*, ceux de la Cour pénale internationale mais également ceux des juridictions internes qui se prononcent sur le fondement de la compétence universelle, c'est véhiculer l'idée que ces diverses juridictions œuvrent dans le même sens et sont virtuellement liées. Elles constitueraient une forme de système, un remède à toutes les formes d'impunité que l'on pourrait rencontrer. Il est rassurant de croire en l'existence d'une telle justice pénale internationale. Pourtant, malgré les avancées indéniables réalisées et notamment la création d'une Cour pénale internationale ayant une compétence large en termes géographiques et temporels, l'idée de justice implique une plénitude, une infaillibilité qui ne semblent pas à l'heure actuelle présents sur la scène internationale⁴⁵.

Les tribunaux pénaux *ad hoc* ont été créés pour permettre de juger les personnes responsables des violations graves du droit humanitaire durant la guerre qui a abouti à la dislocation de la Yougoslavie et durant l'année 1994 au Rwanda. La Cour pénale internationale n'est mise en place quant à elle que pour l'avenir, ce qui signifie que les crimes commis antérieurement à l'entrée en vigueur de son statut en 2002, ne relèvent pas de sa compétence. De plus, la saisine de cette juridiction est subordonnée à la ratification des Etats concernés et nous savons que trop d'Etats puissants ne se sont pas soumis à cette procédure⁴⁶. Par conséquent, il est encore possible pour un criminel de guerre ou contre l'humanité d'échapper à tout jugement et son arrestation constitue plutôt l'exception que la règle. Dans ces conditions, l'expression « justice pénale internationale » correspond davantage à une utopie qu'à une réalité concrète.

⁴⁴ Voir notamment BAZELAIRE (J.P.), CRETIN (T.), *La justice pénale internationale : son évolution, son avenir : de Nuremberg à La Haye*, Paris, PUF, 2000, 261 p., CHIAVARIO (M.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Milan, Dalloz, Giuffrè, 2003, 398 p. , *La giustizia penale internazionale : ieri, oggi, domani : omaggio a Giovanni Conso*, Turin, Giappichelli, 2002, SANDS (P.), *From Nuremberg to the Hague : the future of international criminal justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 192 p. et ZAPPALA (S.), *La justice pénale internationale*, Paris, Montchrestien, 2007, 154 p.

⁴⁵ Il suffit de penser à la multitude des crimes non punis commis par les régimes communistes au cours du XXème siècle pour se convaincre du caractère bien parcellaire des avancées réalisées.

⁴⁶ Même si l'article 13 du Statut prévoit la possibilité pour le Conseil de sécurité de déférer une situation au Procureur en l'absence de ratification de l'Etat concerné – cas du Soudan -, les membres permanents du Conseil de sécurité échapperont toujours à la compétence de la Cour.

L'emploi du terme de « justice pénale internationale » pour désigner l'activité des juridictions pénales internationales si elle semble prématurée, n'en est pas moins significative d'une généralisation de l'utilisation du terme de droit pénal international.

Le droit pénal international est donc souvent présenté comme une branche du droit international public car il protège l'ordre public international⁴⁷. L'ordre public « traduit les exigences fondamentales de la vie d'une société »⁴⁸ et se traduit dans l'ordre juridique international comme « l'ensemble des règles impératives dont dépend le maintien de la coexistence organisée des Etats souverains »⁴⁹. A ce propos, Raphaëlle Maison note que « seule la criminalité étatique ou quasi-étatique a été considérée comme présentant un danger pour l'ordre public du droit des gens »⁵⁰ et que « (l)'infraction effectivement réprimée par les juridictions internationales consiste dans la violation d'une obligation étatique qui porte un trouble grave à l'ordre public du droit des gens »⁵¹.

L'auteur considère pour sa part que le principe de la responsabilité pénale individuelle trouve sa source dans la responsabilité étatique pour crime d'Etat. Elle ancre donc fondamentalement le droit pénal international au droit international public. En effet, « la décision de poursuivre apparaît comme une sanction de l'Etat d'où émane l'activité criminelle qui met en danger l'ordre public du droit des gens »⁵². La source de la responsabilité pénale individuelle se trouve dans « la réaction au crime d'Etat »⁵³. Elle y voit même une forme de réparation de l'illicéité étatique.

Selon Stefan Glaser, le droit pénal international constitue « l'ensemble des règles juridiques, reconnues dans les relations internationales, qui ont pour but de protéger l'ordre juridique ou social international (« la paix sociale internationale ») par la répression des actes qui y portent atteinte ; ou, en d'autres termes, l'ensemble des règles établies pour réprimer les violations des préceptes du droit international public »⁵⁴.

⁴⁷ « La possibilité de désigner certains individus comme individuellement responsables de la violation de normes posées par les Etats dans l'ordre international existe de longue date, à raison de certaines infractions considérées comme attentatoires à l'ordre public international » in DUPUY (P.M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2004, p. 521.

⁴⁸ LOMBOIS (C.), *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 1979, p. 2.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ MAISON (R.), La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en DIP, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 262.

⁵¹ *Ibid.* p. 509.

⁵² *Ibid.* p. 433.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ GLASER (S.), *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1970, p. 16-17.

Si de manière traditionnelle, les Etats ont toujours gardé le monopole dans l'édiction et dans la répression des infractions pénales, cela ne veut pas pour autant exclure d'emblée cette matière du champ du droit international⁵⁵. Le droit pénal international s'insère en réalité parfaitement dans l'ordre juridique international. Le développement du droit pénal international et la création de juridictions chargées d'en sanctionner les violations permet en effet de « dissocier les Etats de leurs dirigeants »⁵⁶ et ainsi de punir les responsables de crimes internationaux sans mettre en cause la responsabilité des Etats⁵⁷. Les tentatives visant à élaborer un régime de responsabilité internationale particulier pour les crimes d'Etats ont échoué. Toute forme de responsabilité pénale de l'Etat est donc exclue.

Les relations entre justice pénale internationale et droit international ne sont pas si simples qu'il n'y paraît. D'une part, le fait de soulager la justice interétatique peut démontrer que la justice pénale internationale fait partie du système international. En effet, servir de palliatif à la justice interétatique peut constituer une marque d'intégration du droit pénal international dans l'ordre juridique international mais peut également l'en tenir à l'écart.

Le droit pénal international entretient donc des liens particuliers avec le droit international public. Les parties contractantes à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 reconnaissent à l'article premier que le génocide est un crime du droit des gens⁵⁸. De plus, le concept de lutte contre l'impunité a connu un développement rapide ces dernières années que ce soit dans le milieu associatif international⁵⁹ ou dans la doctrine⁶⁰. La lutte contre l'impunité ferait partie des finalités du droit international⁶¹. C'est aussi la notion de communauté internationale qui permet de faire le lien entre le droit pénal international et le droit international public. En effet, on considère que les

⁵⁵ « Aucune matière n'est insusceptible de faire l'objet d'obligations internationales, et aucune n'est donc soustraite par nature aux juridictions internationales » in SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 33.

⁵⁶ KARAGIANNIS (S.), « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique », *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 61.

⁵⁷ « En sanctionnant des dirigeants, elle (*la justice pénale internationale*) épargne au droit international d'avoir à sanctionner les Etats » in KARAGIANNIS (S.), p. 61.

⁵⁸ « Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir ».

⁵⁹ Voir notamment les actions menées par Amnesty International, la Fédération internationale des droits de l'homme, la Coalition pour la Cour pénale internationale, Human Rights Watch, etc...

⁶⁰ Cette tendance ainsi que ses dangers sont examinés par le Professeur Koskeniemi dans son ouvrage *La politique du droit international*, Pedone, Collection Doctrine(s), Paris, 2007 dans un chapitre intitulé « Entre impunité et « procès spectacle » », p. 227-262.

⁶¹ Voir sur la question des finalités du droit international : KOSKENIEMI (M.), *La politique du droit international*, Pedone, Collection Doctrine(s), Paris, 2007, chapitre intitulé : « A quoi sert le droit international ? » p. 321-356.

poursuites menées contre les criminels de guerre sont menées dans l'intérêt de la communauté internationale⁶².

III) Le débat sur le rattachement du droit pénal international au droit international public. En 2006, la Commission du droit international adoptait un rapport relatif aux difficultés liées à la diversification et à l'expansion du droit international. A première vue, le nouveau corps de règles développé par les juridictions pénales internationales constitue une manifestation de la diversification et de l'expansion du droit international public. Le droit international public, à la manière de n'importe quel droit interne, aurait vocation à régler des questions et des problématiques toujours plus nombreuses. Il pourrait par conséquent se superposer à l'ensemble des ordres juridiques internes sur de nombreuses matières.

Le développement des instruments conventionnels dans les matières les plus diverses ainsi que la création de multiples organes juridictionnels internationaux a semble t-il bouleversé la structure du droit international. Si dans un premier temps, la problématique retenue cherchait à évaluer l'effet négatif d'une fragmentation conçue comme inéluctable du droit international, l'optique a rapidement évolué pour s'interroger sur le rattachement même du droit pénal international au droit international public.

La doctrine a rarement posé en ces termes la question des rapports entre le droit international public et le droit pénal international. Le fait que le droit pénal international fasse partie du droit international est systématiquement affirmé sans être préalablement débattu. Si certains travaux mettent parfois en lumière les spécificités de cette matière, c'est pour essayer d'y voir les préludes d'un changement plus vaste du droit international dans son ensemble. Cette approche apparaît pourtant, à bien des égards, artificielle lorsque l'on connaît les traits caractéristiques de l'ordre juridique international.

Si le mode de formation des juridictions pénales internationales s'inscrit dans l'ordre juridique international, des réticences étatiques constantes s'opposent au rattachement complet et inconditionnel du droit pénal international au droit international public.

⁶² CASSESE (A.), *International Law*, Oxford University Press, 2001, p. 271.

Il est également fréquent de considérer le droit pénal international comme une matière à cheval entre deux disciplines, et plus particulièrement entre le droit international public et le droit pénal. Le professeur Glaser souligne en effet que le droit pénal international est « intimement lié avec le droit international public d'une part et avec le droit pénal de l'autre »⁶³. Il en va de même en ce qui concerne Stanislaw Plawski⁶⁴. Eric David considère quant à lui que le droit pénal international est « une branche hybride du droit puisqu'elle comprend tant des règles internationales élaborées par les Etats agissant collectivement (le « droit international pénal » *stricto sensu*) que les règles purement internes de droit pénal et de procédure pénale comportant des éléments d'extranéité (le « droit pénal international » *stricto sensu*) »⁶⁵. Selon Anthony Aust, « (t)here is no agreed definition of international criminal law, but the term is a useful way of describing those aspects of public international law and domestic law that are concerned with crimes having an international aspect or dimension »⁶⁶. Le droit pénal international tirerait donc son origine d'une union entre deux branches du droit très diverses appartenant à des ordres juridiques distincts⁶⁷. Ce droit se situerait par conséquent au confluent des divers systèmes juridiques⁶⁸.

Si certains considèrent que le droit pénal international fait partie intégrante du droit international public, d'autres le déclarent inclassable et se bornent à souligner son caractère composite. Cette attitude même si elle semble plus proche de la réalité n'est pas satisfaisante car elle ne procède pas à une véritable analyse du phénomène en question. Or, la discipline juridique est incompatible avec de telles approximations. Si l'ordre de rattachement du droit pénal international n'est pas correctement identifié, celui-ci pourra être remis en cause plus

⁶³ GLASER (S.), *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1954, p. 4. Le même auteur considère également que « (l)e droit international pénal est limitrophe au droit international public d'un côté et au droit pénal de l'autre » in GLASER (S.), *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1970, p. 22.

⁶⁴ « Le droit international pénal a le caractère mixte ; c'est-à-dire qu'il se rapporte au droit international public ainsi qu'au droit pénal interne » in PLAWSKI (S.), *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972, p. 13.

⁶⁵ DAVID (E.), *Code de droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 17.

⁶⁶ AUST (A.), « The Security Council and International Criminal Law », *Netherlands Yearbook of International Law* 2002, p. 24.

⁶⁷ « International criminal law (...) is reflected in the convergence of two disciplines : the penal aspects of international law and the international aspects of national criminal law » in *International criminal law, cases and materials*, Carolina Academic Press, 1996, p. 3. Voir également, BASSIOUNI (C.), *Le fonte e il contenuto del diritto penale internazionale, un quadro teorico*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 1 : « Il diritto penale internazionale è una disciplina giuridica complessa, composta da fonti normative che si sovrappongono e concorrono, e che deriva dal sistema giuridico internazionale e dai sistemi interni ».

⁶⁸ Voir DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), *Les sources du droit international pénal, l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Société de législation comparée, 2004, 488 p.

facilement par des arguments tirés des faiblesses à la fois de l'ordre juridique international et des ordres juridiques internes. Lorsqu'une matière présente des traits originaux, il est plus aisé de déclarer qu'elle relève de plusieurs ordres juridiques, qu'elle emprunte certaines logiques à diverses branches du droit que de lui accorder un espace propre dans lequel elle pourra pleinement se développer.

La prohibition et la répression des crimes de masse revêt une spécificité telle que l'assimiler à un simple mécanisme hybride est trop réducteur.

Cette attitude a pu contribuer à freiner le développement du droit pénal international car lorsqu'une matière relève de deux ordres juridiques différents, elle accumule leurs défauts au même titre que leurs avantages. Le droit pénal international a ainsi vu son développement entravé d'une part, par le caractère lacunaire du système international et d'autre part, par la diversité des systèmes pénaux internes. Cette confusion se trouve également alimentée par la création de juridictions pénales internationalisées ou « hybrides », c'est-à-dire mi internes, mi internationales dans leur composition mais aussi dans leurs références juridiques notamment au Cambodge et en Sierra Leone⁶⁹. Isabelle Moulier considère quant à elle que la compétence universelle est une compétence hybride, en quête d'identité⁷⁰. L'« hybridisme » connaît donc un franc succès en droit pénal international.

La tentative d'identification de l'ordre juridique de référence du droit pénal international nous permettra ainsi de consacrer cette matière en lui accordant la légitimité qu'elle mérite. Identifier l'ordre juridique de rattachement du droit pénal international est une entreprise complexe et il faudra, pour se faire, remettre en question certaines apparences.

Afin de déterminer la nature du droit pénal international, il convient en premier lieu d'accorder une place privilégiée à la manière confuse dont le juge pénal international perçoit le droit pénal international dans le cadre de son activité juridictionnelle, avant de tenter de déterminer la véritable nature du droit pénal international. Au fil de la présente étude, nous verrons le terme de droit pénal mondial se substituer peu à peu à celui de droit pénal international.

⁶⁹ Voir notamment : MARTINEAU (A.-C.), *Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride*, Pedone, Paris, 2007, 300 p.

⁷⁰ MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14/12/06, p. 43.

Le mouvement de création de juridictions pénales internationales initié au début des années 90 a donné naissance à un droit nouveau. C'est la raison pour laquelle, les travaux menés par ces juridictions constitueront le point de départ d'une réflexion plus large sur la nature du droit pénal international. Le discours véhiculé par les juges pénaux internationaux n'est pas linéaire. D'une part, les juges pénaux internationaux souhaitent véritablement ancrer leur action au droit international public en appliquant certaines règles du droit international public et en lui empruntant ses méthodes interprétatives. Pourtant, par l'intermédiaire des juridictions pénales internationales, le droit pénal international revendique également une importante marge d'autonomie vis-à-vis du droit international public. Les juridictions pénales internationales ne sont pas directement soumises à la tutelle étatique et exercent un important pouvoir normatif.

En réalité, il apparaît que le droit pénal international ne peut pas être assimilé au droit international public compte tenu de la diversité de leurs structures et de leurs objectifs. Un regard attentif sera porté aux préoccupations affichées par les Etats dans l'ordre juridique international. Nous verrons que ces derniers ne sont pas enclins à intégrer le droit pénal international à l'ordre juridique international. En revanche, si les Etats ne sont pas prêts à agir dans le cadre du droit international public pur, ils n'hésitent plus à s'associer aux travaux des juridictions pénales internationales dans un espace normatif nouveau à l'échelle mondiale.

Grâce à la création des juridictions pénales internationales, le droit pénal international a pu prendre forme tout à la fois en puisant dans le droit international public les instruments essentiels à son émergence et en dépassant les modèles traditionnels (PREMIÈRE PARTIE). La consolidation du droit pénal international est rendue possible par une véritable différenciation par rapport au droit international public, qui bouleverse le champ d'application du droit pénal international qui devient tout à la fois mondial et local (DEUXIEME PARTIE).

PREMIERE PARTIE

L'EMERGENCE DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

La création de juridictions pénales internationales joue un rôle tout à fait crucial dans l'émergence d'un véritable droit pénal international. La mise en place d'un système répressif effectif permet en effet de dépasser le cadre conventionnel imparfait qui existait jusqu'alors. La création des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et de la Cour pénale internationale est révélatrice de nombreuses ambiguïtés quant aux contours exacts du droit international public. L'existence même des juridictions pénales internationales semble conforter l'idée d'une pénalisation du droit international public, d'autant plus que les juges pénaux internationaux multiplient à souhait les références aux sources du droit international public.

Les juridictions pénales internationales en tant qu'organes de mise en œuvre mais aussi de développement du droit pénal international fournissent des renseignements sur l'éventuel rattachement de ce droit au droit international public. D'un côté, elles semblent rattacher le droit pénal international au droit international public, mais de l'autre, elles s'en détachent souvent, affirmant ainsi leur autonomie par rapport à cette matière. Le juriste se trouve donc confronté à un double discours déstabilisant à bien des égards.

L'émergence du droit pénal international est caractérisée à la fois par un ancrage du droit pénal international au droit international public (Titre I) et par une logique de dépassement de ce même droit international public (Titre II). La présence simultanée d'une volonté d'ancrer le droit pénal international au droit international public et de s'en affranchir crée un contexte extrêmement propice à l'émergence du droit pénal international.

TITRE I

L'ANCRAGE DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Conformément à une opinion dominante en doctrine, le droit pénal international semble constituer une branche du droit international public. Le droit pénal international jouit en effet, par le biais des juridictions pénales internationales, d'un ancrage à la fois institutionnel et juridique au droit international public. C'est tout d'abord le mode de création des juridictions pénales internationales ainsi que les liens qu'elles entretiennent avec l'Organisation des Nations Unies qui permettent de rattacher le droit pénal international au droit international public (Chapitre I). C'est ensuite par l'application de certaines règles et certains concepts internationaux que les juridictions pénales internationales opèrent ledit rattachement (Chapitre II). L'ancrage du droit pénal international au droit international public est donc à la fois institutionnel et juridique.



CHAPITRE I

L'ANCRAGE INSTITUTIONNEL

Les juridictions pénales internationales qui contribuent de manière décisive au développement et à l'affermissement du droit pénal international, sont créées par des instruments internationaux relevant exclusivement du droit international public. De fait, qu'elles soient ou non formellement intégrées à l'Organisation des Nations Unies, elles jouissent toujours à son égard d'une relation privilégiée (Section I). De plus, les juridictions pénales internationales disposent de sources comparables aux sources du droit international public (Section II).

SECTION I : L'INTÉGRATION DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES A L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL PAR LEUR MODE DE CRÉATION

Créées par des instruments internationaux variés (§ 1), les juridictions pénales internationales s'intègrent parfaitement à l'ordre juridique international grâce aux liens privilégiés qu'elles entretiennent avec l'Organisation des Nations Unies (§ 2).

§ 1. Création des juridictions pénales internationales par divers instruments internationaux

Il n'existe pas de modèle unique pour former une juridiction pénale internationale. Les tribunaux pénaux internationaux et la Cour pénale internationale reposent en effet sur des instruments juridiques différents. Alors que les TPI pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda ont été créés par le Conseil de sécurité des Nations Unies (A), la Cour pénale internationale a été créée grâce à un traité international (B).

A. CREATION DES TPI PAR LE CONSEIL DE SECURITE SUR LA BASE DU CHAPITRE VII

Les tribunaux *ad hoc* ont été créés par des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a été créé par la résolution 827 du 25 mai 1993 et le Tribunal pénal international pour le Rwanda par la résolution 955 du 8 novembre 1994. Ces résolutions ont été adoptées sur la base du Chapitre VII relatif à l'action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression sur le fondement de l'article 41. Le Chapitre VII, pièce maîtresse du système de sécurité collective vise les « hypothèses où la paix est immédiatement menacée ou rompue »⁷¹.

Le mode de création des tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda est original. En effet, force est de constater qu'« (i)l n'est nulle part question, dans la Charte des Nations Unies, de la répression des crimes internationaux les plus graves, et encore moins de l'institution, à cette intention, de juridictions pénales internationales »⁷². Comment cette lacune a-t-elle été dépassée ? Pourquoi les juridictions pénales internationales ont-elles été créées dans le cadre du système de sécurité collective⁷³ établi par la Charte ?

La Charte des Nations Unies qui régleme le recours à la force par les Etats a doté le Conseil de Sécurité d'un rôle important en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales permettant à certains auteurs d'y voir « une sorte de gendarme international »⁷⁴.

Pour mettre en œuvre ces mesures, le Conseil de sécurité doit avoir au préalable, en vertu de l'article 39 de la Charte, constaté l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression⁷⁵. La constatation de ces situations de fait permet au Conseil de sécurité d'utiliser le pouvoir de sanction du Chapitre VII de la Charte. Le Conseil de sécurité semble jouir à cette occasion « d'une discrétion illimitée, non seulement dans le fait même de

⁷¹ *Ibid.* souligné dans le texte.

⁷² CONDORELLI (L.), VILLALPANDO (S.), « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, volume I, 3^{ème} édition, Economica, 2005, p. 201.

⁷³ « Sur la base des pratiques actuelles, la définition de la sécurité collective comprend deux composantes. La première est préventive ; elle suppose la solidarité entre tous les Etats et leur accord sur un droit égal à la sécurité pour tous, reposant sur des règles régissant leurs rapports pacifiques, communément acceptées. Le socle en est constitué par la Charte des Nations Unies. La seconde est correctrice ; elle repose l'ensemble des mécanismes internationaux de réaction collective contre la menace ou l'usage de la violence mettant en cause la sécurité et la paix internationales. Ces mécanismes sont au cœur de la Charte des Nations Unies » in SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 2004, p. 432.

⁷⁴ SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 2004, p. 438.

⁷⁵ « Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

qualifier une situation ou de s'en abstenir » ainsi que dans la manière dont il qualifie la situation⁷⁶. L'hypothèse de la menace contre la paix et la sécurité internationales - retenue en l'espèce - est la plus « ouverte » des trois possibilités s'offrant au Conseil de Sécurité.

Plusieurs cas de figure sont susceptibles de constituer une menace à la paix et à la sécurité internationale : prolifération des armes, maintien d'un régime raciste ou d'une politique d'*apartheid*, coup d'Etat anti-démocratique, terrorisme⁷⁷. La prolifération des armes constitue visiblement une menace à la paix et à la sécurité internationale dans la mesure où on peut facilement déduire de la décision d'un Etat d'augmenter son arsenal militaire, une attitude belliqueuse. Le terrorisme est évidemment aussi susceptible de briser la paix ; il suffit à cet égard de se référer aux conséquences des attaques terroristes survenues sur le territoire américain le 11 septembre 2001. Le maintien d'un régime raciste et la survenance d'un coup d'Etat anti-démocratique sont moins immédiatement susceptibles de rompre la paix. Pourtant, le Conseil de sécurité n'hésite pas à les répertorier parmi les menaces à la paix et à la sécurité internationales. Il en va de même pour les conflits internes, les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui sont susceptibles de déstabiliser une région entière notamment en raison des déplacements de réfugiés qu'ils impliquent⁷⁸.

Aux termes de la résolution 827, le Conseil de sécurité a donc qualifié de menace à la paix et à la sécurité internationales « les violations flagrantes et généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'Ex-Yougoslavie et spécialement dans la République de Bosnie-Herzégovine ». Le Conseil vise particulièrement les tueries massives, la détention et le viol massifs, organisés et systématiques des femmes et la pratique du « nettoyage ethnique ». En ce qui concerne le Rwanda, ce sont les actes de génocide et les autres violations flagrantes, généralisées et systématiques du droit international humanitaire qui constituent, selon le Conseil de sécurité, une menace à la paix et à la sécurité internationales.

Une fois la menace à la paix ou une rupture de la paix constatée, comment le Conseil de sécurité a-t-il créé les tribunaux pénaux internationaux ?

⁷⁶ D'ARGENT (P.), D'APRESMONT LYNDEN (J.), DOPAGNE (F.), VAN STEENBERGHE (R.), « Article 39 », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, volume I, 3^{ème} édition, Economica, 2005, p. 1140.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 1157 et suivantes.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1156.

La qualification des violations du droit international humanitaire en Ex-Yougoslavie et au Rwanda en tant que menaces à la paix et à la sécurité internationales permet au Conseil de sécurité d'imposer des sanctions impliquant ou non l'emploi de la force. La création des tribunaux *ad hoc* relève du pouvoir de sanction non militaire du Conseil de sécurité. L'article 41 de la Charte est en effet rédigé comme suit : « Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ». À première vue, il est difficile d'imaginer que ce texte confère au Conseil de sécurité la faculté de créer une juridiction pénale internationale.

L'article 41 établit une liste non exhaustive des mesures à prendre en cas de menace ou de rupture de la paix et la création d'une juridiction pénale internationale n'en fait pas partie. Peut-on tout de même déduire de l'esprit de ce texte qu'une telle création entrerait dans les compétences du Conseil de sécurité ?

L'analyse des mesures énumérées révèle qu'elles visent toutes à isoler l'Etat qui menace la paix et la sécurité internationales. Cet isolement peut toucher le commerce, les communications et la diplomatie. L'objectif de cet article est donc clairement de faire pression sur un Etat afin qu'il cesse de menacer la paix. Ces mesures sont donc supposées s'adresser directement aux Etats. Or, en l'espèce, il est difficile de considérer la création des TPI comme une mesure d'isolement étatique.

Dans un premier temps, il faut reconnaître que la création d'une juridiction pénale internationale, parce qu'elle revêt un aspect répressif permet de stigmatiser un Etat. C'est un moyen de réprimer *a posteriori* les dirigeants étatiques ou si l'on reprend la thèse développée par Raphaëlle Maison⁷⁹, il s'agit de mettre en œuvre d'une manière originale la responsabilité de l'Etat à travers ses organes.

⁷⁹ MAISON (R.), La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en DIP, Bruxelles, Bruylant, 2004, 547 p.

Toute la question est de savoir si l'on considère que réprimer les ressortissants d'un Etat vise à isoler cet Etat. N'est-ce pas plutôt le moyen au contraire, de réintégrer les Etats qui sont indirectement visés et stigmatisés par le travail des TPI, dans la société internationale ? En désignant les coupables et en établissant les responsabilités de chacun, un meilleur départ peut être pris par ces Etats. Juger les criminels de guerre, c'est aussi déculpabiliser le reste de la population et la réhabiliter auprès de la communauté internationale. Par conséquent, la création d'un tribunal pénal international ne semble pas à première vue conforme à l'esprit de l'article 41.

Evelyne Lagrange et Pierre-Michel Eisemann remarquent pourtant que le Conseil de sécurité ne se contente plus, lorsqu'il agit en vertu de cet article, de « l'édiction de décisions auxquelles le destinataire doit se conformer puis de mesures constrictives que les Etats membres sont contraints d'appliquer »⁸⁰. Les résolutions 827 et 955 inaugurent donc une nouvelle gamme de possibilités car les mesures ainsi décidées « sont essentiellement opératoires ou sont exécutées par les Nations Unies elles-mêmes, à la place du débiteur de l'obligation le cas échéant ; ces décisions sont opposées davantage qu'imposées aux Etats membres »⁸¹. Plus question seulement donc de peser directement sur l'Etat car, comme nous l'avons vu précédemment, ce n'est pas nécessairement lui qui menace de manière directe la paix et la sécurité internationales. Lorsqu'un Etat augmente son arsenal militaire ou travaille à la production d'armes de destruction massive, il est nécessaire de le sanctionner directement. Dans la mesure où les violations du droit international humanitaire ou des droits de l'homme ne menacent que de manière indirecte la paix et à la sécurité internationales, il est normal que les réponses apportées par le Conseil de sécurité présentent également un caractère indirect.

Les Tribunaux *ad hoc* ont eu l'occasion de se prononcer sur les modalités de leur création. Devant le TPIY, l'accusé Tadic a soulevé le 23 juin 1995 une exception préjudicielle d'incompétence. Le TPIY aurait été créé de manière illégale et ne pourrait donc pas procéder à son jugement. Plusieurs arguments ont été avancés à cet égard : le Tribunal aurait dû être établi par un traité international ou tout au moins, l'Assemblée générale des Nations Unies aurait dû être associée à cette création. Selon la Défense, l'étude de la Charte des Nations Unies et plus précisément du Chapitre VII, ne laisse pas penser que la création d'une

⁸⁰ LAGRANGE (E.), EISEMANN (P. M.), « Article 41 », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, volume I, 3^{ème} édition, Economica, 2005, p. 1218.

⁸¹ *Ibid.*

juridiction pénale fasse partie des attributions du Conseil de sécurité. De plus, l'accusé relève une certaine incohérence dans la politique du Conseil de sécurité : alors que des violations comparables du droit international humanitaire se sont déjà produites, il n'a jamais décidé de créer un Tribunal pénal international. De plus, compte tenu de la poursuite du conflit yougoslave, la justification tirée de la nécessité de maintenir la paix et la sécurité internationale perd toute sa pertinence.

La Chambre de première instance va pourtant affirmer la légitimité du processus de création du TPIY. En revanche, elle ne s'estime pas compétente pour apprécier la légalité des décisions du Conseil de sécurité⁸² et l'analyse de la résolution 827 se révèle donc très limitée.

La Chambre d'appel appelée à se prononcer de nouveau sur l'exception d'incompétence fondée sur l'illégalité de la création du Tribunal décide quant à elle de la déclarer recevable⁸³. Elle peut ainsi procéder à une étude approfondie des pouvoirs du Conseil de sécurité. Selon elle, « (i)l ressort clairement de ce texte (l'article 39 de la Charte) que le Conseil de sécurité joue un rôle pivot et exerce un très large pouvoir discrétionnaire aux termes de cet article »⁸⁴. De plus, « le Conseil de sécurité est doté d'un très large pouvoir discrétionnaire pour choisir le type d'action appropriée et pour évaluer le caractère pertinent des mesures choisies ainsi que leur contribution potentielle au rétablissement ou au maintien de la paix »⁸⁵. La Chambre d'appel rejette donc ainsi l'exception d'incompétence soulevée par Tadic.

Malgré cette confirmation juridictionnelle de la légalité des résolutions du Conseil de sécurité, « tous les membres du Conseil de sécurité n'ont pas adhéré pour autant à l'utilisation de la procédure autoritaire des décisions de maintien de la paix »⁸⁶ considérant qu'il s'agissait d'un « détournement de procédure »⁸⁷. De surcroît, comme le remarque Paolo Palchetti, l'intervention du Conseil de sécurité est généralement conçue comme propre à faire cesser la situation qu'il avait déterminé comme une menace à la paix et à la sécurité internationale. La solution de différends internationaux ou la détermination des conséquences juridiques dérivant d'un fait illicite international n'entrent pas dans les compétences attribuées au

⁸² *Tadic*, Chambre de 1^{ère} instance, 10 août 1995, IT-94-1-T. Voir § 23 et 40.

⁸³ *Tadic*, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, IT-94-1-T. Voir § 22.

⁸⁴ § 28.

⁸⁵ § 32.

⁸⁶ WECKEL (P.), « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI* 1993, p. 234.

⁸⁷ *Ibid.*

Conseil par le Chapitre VII de la Charte. Dans cette hypothèse, le Conseil aurait donc dû s'en tenir au Chapitre VI et recommander des procédures ou des méthodes d'ajustement appropriées⁸⁸.

Même si on considère qu'on ait eu recours à un subterfuge, à un habillage juridique pour créer les TPI, le Conseil de sécurité conserve « une capacité d'adaptation indéfinie, dans la mesure même où il maîtrise la qualification des menaces ou atteintes à la paix et à la sécurité internationales, comme les réponses qu'elles appellent »⁸⁹. D'ailleurs, il « ne s'est jamais considéré enfermé dans le libellé étroit d'un article voire d'un chapitre de la Charte, et l'a plutôt prise à son égard comme un bloc »⁹⁰.

La création des tribunaux pénaux internationaux par le biais du Chapitre VII de la Charte même si elle a pu soulever certaines questions ne fait plus aujourd'hui l'objet de controverses. En effet, comme le remarque Paolo Palchetti, l'institution de ces juridictions se justifie par l'acquiescement des Etats membres de l'ONU ; il s'agit d'une forme de reconnaissance tacite de la légitimité des résolutions portant création des juridictions. En l'absence d'un mécanisme de contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité, ce sont les Etats qui évaluent la conformité des résolutions à la Charte⁹¹.

Enfin, il faut remarquer que le Statut de la Cour pénale internationale a officiellement pris note de l'implication du Conseil de sécurité dans le domaine de la justice pénale internationale. L'article 13 b) du Statut prévoit en effet que la Cour est compétente si le Conseil de sécurité défère une situation au Procureur en vertu du Chapitre VII. Le Conseil de sécurité apparaît dès lors aujourd'hui comme un déclencheur privilégié des poursuites en droit pénal international. Par les résolutions 808 et 955, le Conseil de sécurité a acquis un véritable droit de regard sur les crimes internationaux et une capacité inégalée à stigmatiser certaines situations.

⁸⁸ « L'intervento del Consiglio è generalmente ricostruito come diretto ad assicurare solamente la cessazione della situazione che aveva determinato l'esistenza di una minaccia alla pace, violazione della pace o aggressione. La soluzione di controversie internazionali o la determinazione delle conseguenze giuridiche derivanti da un fatto illecito internazionale non rientrerebbero invece tra le competenze attribuite al Consiglio nell'ambito del capitolo VII, in base agli articoli 37, par. 2, e 36, par. 1, il Consiglio potrebbe soltanto raccomandare termini di regolamento o procedure per la soluzione delle controversie » in PALCHETTI (P.), « Il potere del Consiglio di sicurezza di istituire tribunali penali internazionali », *RDI* 1996, vol. 2, p. 420.

⁸⁹ SUR (S.), « Eloge du Conseil de sécurité », *AFRI* 2005, p. 87.

⁹⁰ SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 2004, p. 438-439.

⁹¹ PALCHETTI (P.), « Il potere del Consiglio di sicurezza di istituire tribunali penali internazionali », *RDI* 1996, vol. 2, p. 428-429.

B. CREATION DE LA CPI PAR UN TRAITE INTERNATIONAL

Si la Cour pénale internationale a incontestablement bénéficié de l'expérience des diverses juridictions pénales l'ayant précédée et notamment des tribunaux militaires internationaux et des tribunaux pénaux internationaux, elle aspire à dépasser les modèles proposés jusqu'alors.

La création de la Cour pénale internationale est le résultat d'un long processus ou de manière plus négative d'un « enfantement laborieux »⁹². Le Traité de Versailles de 1919 prévoyait déjà l'instauration d'une juridiction internationale chargée de juger Guillaume II pour crimes de guerre, mais cette initiative n'a pas abouti. Le 16 novembre 1937, un traité prévoyant la création d'une Cour pénale internationale pour juger les auteurs de crimes terroristes fut signé mais faute de ratifications suffisantes, cette Cour ne vit jamais le jour.

La volonté des Nations Unies de créer une Cour pénale internationale est visible dès 1948 lorsque l'Assemblée générale des Nations unies approuve, par la résolution 260, le texte de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Elle constate que ce texte ouvre la question de la création d'un tribunal international compétent pour juger les personnes accusées d'avoir commis le crime de génocide⁹³ et invite la Commission du droit international à « examiner s'il est souhaitable et possible de créer un organe judiciaire international chargé de juger les personnes accusées de crime de génocide ou d'autres crimes qui seraient de la compétence de cet organe en vertu de conventions internationales ».

En 1954 toutefois, l'Assemblée générale des Nations Unies décide de suspendre les travaux relatifs à la création d'une cour criminelle internationale⁹⁴ en l'absence de consensus sur la définition du crime d'agression⁹⁵. C'est ensuite à l'occasion de la rédaction du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité que la question de la création d'une cour

⁹² DAVID (E.), « La Cour pénale internationale », *RCADI* 2005, tome 313, p. 334.

⁹³ C'est notamment l'article 6 de la Convention qui prévoit que les personnes accusées de génocide seront traduites devant les tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis ou devant une cour criminelle internationale.

⁹⁴ Le Professeur David relève d'ailleurs la maladresse des traducteurs des Nations Unies qui ont traduit l'expression anglaise de « International Criminal Court » par celle de Cour criminelle internationale qui fait davantage penser à une cour maffieuse qu'à une juridiction pénale internationale. Voir DAVID (E.), « La Cour pénale internationale », *RCADI* 2005, tome 313, p. 334.

⁹⁵ Voir résolution 898 AGNU, 14 décembre 1954.

criminelle a été relancée⁹⁶. Pourtant, le projet de code n'aboutira pas et la Cour pénale internationale a été mise en place de manière autonome, sans référence à cet instrument. L'inexistence de ce code explique en partie la précision des articles du Statut de la CPI relatifs aux crimes et la rédaction d'un document intitulé « les éléments des crimes » destiné à guider les juges dans leur tâche.

En 1994, la Commission du Droit International achève ses travaux sur le projet de statut et le transmet à l'Assemblée Générale des Nations Unies qui établit un comité *ad hoc* sur l'établissement d'une Cour pénale internationale chargé de rendre un rapport. En 1995, l'Assemblée Générale met en place une commission préparatoire sur l'établissement d'une Cour pénale internationale chargée de préparer un projet de texte en vue de la réunion prochaine d'une conférence diplomatique. En mars 1998, le comité préparatoire transmet à la Conférence de Rome un texte « synthétique mais reflétant encore de très larges divergences de vues entre Etats »⁹⁷.

Lors des travaux de la CDI relatifs à la cour criminelle internationale, certains Etats pensaient que sa création impliquait une modification de la Charte des Nations Unies tandis que pour d'autres, l'adoption de résolutions par le Conseil de sécurité ou par l'Assemblée générale aurait été suffisante⁹⁸. Pourtant, selon le Professeur Arangio-Ruiz, seule la voie conventionnelle est réellement envisageable pour créer une cour criminelle internationale. En effet, il ne faut pas selon lui considérer cette Cour comme un organe de la communauté internationale mais bien comme un organe de la communauté interétatique. Il rappelle que les organes de l'ONU n'exercent pas de fonctions supranationales⁹⁹. En revanche, Alain Pellet regrette que la voie conventionnelle ait été choisie car elle fait de la Cour « un club d'Etats vertueux, alors que c'est l'humanité toute entière qui est concernée par les crimes visés et la communauté internationale dans son ensemble qui est offensée par les auteurs de ces crimes »¹⁰⁰. Le consensualisme caractérisant le Statut est profondément regrettable selon Alain Pellet. Pour le représentant chinois Qizhi He, « (e)u égard à la délicate question de la compétence nationale en matière pénale, tous les Etats doivent pouvoir décider s'ils acceptent

⁹⁶ Certains membres de la Commission comme Alain Pellet contestent cette manière de procéder. En effet, il considère comme dangereux le fait de lier les deux projets (*Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. I. p. 119, § 4 et suivants).

⁹⁷ DOBELLE (J.-F.), « La convention de Rome portant Statut de la Cour pénale internationale », *AFDI* 1998, p. 357.

⁹⁸ *Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. I. p. 32.

⁹⁹ *Ibid.* p. 36, § 29 et 30.

¹⁰⁰ *Ibid.* p. 222, § 4.

ou non le statut et la compétence de la cour »¹⁰¹. La Suisse qui a transmis des observations à la CDI à propos de la création de la cour criminelle internationale en tant qu'Etat non membre des Nations Unies craint qu'en raison du caractère conventionnel du Statut, la Cour soit une juridiction au service des Etats parties et non au service de l'ensemble des Etats membres de l'Organisation¹⁰².

Comme le remarque Gaetano Arangio-Ruiz lors des travaux de la Commission du droit international sur la création d'une cour criminelle internationale, « (l)a juridiction de la cour criminelle internationale affecte les Etats dans le « contrôle » exclusif qu'ils exercent sur leurs ressortissants et plus particulièrement sur leurs hauts fonctionnaires ou leurs dirigeants ». Il note également une rupture du voile de la souveraineté étatique¹⁰³. La barrière de la souveraineté étatique peut être outrepassée¹⁰⁴.

Compte tenu du caractère particulièrement sensible du transfert des compétences pénales à une juridiction internationale, le choix du mode conventionnel a-t-il permis de ménager la souveraineté étatique ?

Le mode de création retenu pour mettre en place la Cour, c'est-à-dire l'adoption d'une convention, semble à même de respecter la souveraineté étatique en raison de son caractère consensuel et traditionnel. Le recours aux mécanismes classiques du droit international public plutôt qu'aux alternatives institutionnelles offertes par l'Organisation des Nations Unies pour créer une juridiction empiétant sur les compétences régaliennes, devait tranquilliser les Etats.

L'article 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités précise qu'« (u)n traité ne crée ni obligations ni droits pour un Etat tiers sans son consentement ». Selon le principe de l'effet relatif des traités qui dérive du principe *pacta sunt servanda* et vise à protéger la souveraineté étatique¹⁰⁵, les règles posées par un traité n'ont force obligatoire qu'à l'égard des parties et

¹⁰¹ *Ibid.* p. 39, § 3.

¹⁰² *Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. II, p. 100, § 4.

¹⁰³ *Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. I, p. 35, § 27.

¹⁰⁴ « The barrier of State sovereignty – imposing the requirement of acceptance by given States of the Court's jurisdiction under Art. 12 – can be by-passed if Security Council « acting under Chapter VII of the Charter » refers to the Prosecutors « a situation in which one or more crimes appear to have been committed » in LATTANZI (F.) « The Rome Statute and State Sovereignty, ICC Competence, Jurisdictional Links, Trigger Mechanism », *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Il Sirente, 1999, p. 60.

¹⁰⁵ Pour une opinion contraire, voir VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 415 : « Contrairement à ce qui est parfois suggéré, la souveraineté est indifférente en cette matière. Il est de l'essence des conventions qu'elles n'aient qu'un effet relatif, peu importe que ceux qui les concluent soient ou

éventuellement à l'égard de leurs ressortissants si l'objet du traité le commande mais « non à l'égard des Etats tiers ou de leurs ressortissants »¹⁰⁶.

Pourtant, le Traité de Rome peut produire des effets à l'égard de ressortissants d'Etats non parties. Selon l'article 12 §2 de son statut, la Cour est compétente pour juger les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide s'ils sont commis soit sur le territoire d'un Etat ayant ratifié le traité de Rome soit par les ressortissants d'un Etat partie au Statut. Il est ainsi tout à fait possible que le ressortissant d'un Etat non partie soit attiré devant la CPI s'il a commis un crime relevant de la compétence de la Cour sur le territoire d'un Etat partie. La compétence de la CPI est assez large et l'absence de ratification du Statut de Rome n'est pas un obstacle à l'exercice de la compétence personnelle de la Cour. Le lien de nationalité unissant l'Etat à son ressortissant n'est plus apte à protéger ce dernier de poursuites internationales.

De surcroît, la possibilité offerte au Conseil de Sécurité par l'article 13 b) du Statut de déférer une situation au Procureur, nonobstant l'absence de ratification de l'Etat sur le territoire duquel les crimes ont eu lieu, indique que les Etats perdent peu à peu le monopole de la justice pénale¹⁰⁷. Leur consentement à la compétence de la Cour n'est pas nécessaire¹⁰⁸ mais les Etats disposant d'un droit de veto au Conseil de sécurité sont protégés d'une telle saisine de la Cour. D'ailleurs, il est intéressant à ce sujet de remarquer que les Etats-Unis se sont concentrés dans leur lutte contre la CPI non pas sur cette base de compétence mais sur celle résultant de la commission d'un crime sur le territoire d'un Etat partie. Pour éviter que la Cour ne soit compétente dans l'hypothèse où l'un de leurs ressortissants commettrait un crime sur le territoire d'un Etat partie, ils ont donc conclu des accords avec certains Etats sur le territoire desquels ils seraient susceptibles d'intervenir.

non réputés souverains. Dès lors que leur force obligatoire repose sur le consentement de ceux qui se sont engagés à en respecter les dispositions, il va de soi que ceux qui n'y ont pas consenti ne peuvent y être obligés ».

¹⁰⁶ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 415.

¹⁰⁷ C'est notamment le cas du Soudan qui n'a pas ratifié le traité de Rome mais qui a vu le Conseil de sécurité déférer la situation du Darfour au Procureur de la CPI. Il faut toutefois souligner que dans cette affaire, le Soudan ne permet pas aux enquêteurs de la CPI d'accéder à son territoire, ce qui les contraint à enquêter en dehors des frontières soudanaises. Le Soudan entrave donc clairement l'activité du Procureur, et par là même celle de la CPI.

¹⁰⁸ Alors même que certains représentants étatiques à la CDI avaient souligné lors des travaux relatifs à la création d'une cour criminelle internationale que : « (l) a cour devra être instituée en vertu d'un statut librement accepté par les Etats, qui ne sera opposable qu'aux seules parties contractantes » (*Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. I. p. 40, §10).

Les articles 12 § 2 a) et 13 b) du Statut contreviennent-ils au principe de l'effet relatif des traités ? Peut-on considérer que ces articles créent des droits et des obligations envers des Etats tiers ?

La doctrine est divisée sur la question de savoir s'il existe des exceptions au principe de l'effet relatif des traités. D'après certains auteurs, il n'existe pas d'exception réelle au principe de l'effet relatif des traités en droit international¹⁰⁹. Selon Jean Combacau et Serge Sur, c'est seulement sur la base du consentement des tiers – qui sont des sujets de droit international –, que le traité peut produire des effets à leur égard. Ce consentement peut être donné par le biais d'un accord collatéral ou par le biais d'une coutume. Pierre-Marie Dupuy considère quant à lui que les « exceptions au principe de l'effet relatif des traités sont presque introuvables »¹¹⁰.

La première hypothèse qui semble contrevénir au principe de l'effet relatif des traités est celle dans laquelle un ressortissant d'un Etat non partie au Statut de la CPI commettant un crime sur le territoire d'un Etat partie serait déféré à la Cour¹¹¹.

Si des exceptions au principe devaient exister comme le suggèrent Patrick Dailler et Alain Pellet¹¹², il faudrait classer la situation de la Cour pénale internationale parmi les régimes conventionnels opposables *erga omnes*. Selon les auteurs, on ne peut plus contester le fait que certains traités produisent des effets à l'égard de l'ensemble des Etats¹¹³. Ils admettent la possibilité qu'un groupe d'Etats fixe dans l'intérêt de la communauté internationale des règles ayant une valeur universelle. La Charte des Nations Unies fait également partie des

¹⁰⁹ Voir notamment CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 86.

¹¹⁰ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 2006, p. 310.

¹¹¹ Il est également possible de considérer que la compétence de la Cour ne porte pas atteinte à la souveraineté étatique car soit le crime déclenchant la compétence de la Cour a été commis sur le territoire d'un Etat partie, soit il a été commis par un ressortissant d'un Etat non partie à l'étranger et plus précisément sur le territoire d'un Etat partie et dans ce cas, on peut considérer qu'en vertu du principe de territorialité de la loi pénale, l'Etat de nationalité du criminel aurait déjà du accepter un chef de compétence concurrent au sien. Par exemple, lorsqu'un crime est commis par un français en Chine, la France est forcée d'admettre que les autorités chinoises aient vocation à juger cette personne, même si la France est également compétente au regard de la compétence personnelle active. Le fait qu'un Etat se trouve dessaisi du jugement de certains de ses nationaux est donc fréquent, c'est d'ailleurs la raison pour laquelle des mécanismes d'extradition et de coopération judiciaire internationale existent. Il n'en résulte pas une atteinte grave à la souveraineté étatique. Si un Etat accepte que l'un de ses nationaux soit jugé par une juridiction étrangère, il devrait a fortiori admettre qu'une juridiction internationale procède au jugement.

¹¹² DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 6è éd., LGDJ, p. 241.

¹¹³ *Ibid.* p. 246.

exceptions au principe de l'effet relatif des traités car elle établit une entité dont l'existence est opposable aux tiers¹¹⁴.

Il convient toutefois d'envisager une dernière possibilité : serait-il possible que le principe de l'effet relatif soit inapplicable aux individus ?

L'article 34 de la Convention de Vienne ne règle pas les effets d'un traité à l'égard des ressortissants étrangers. La notion de tiers au sens de l'article 34 « désigne *d'autres sujets de droit international*, à l'exclusion des personnes qui ne disposent que d'un statut de droit interne – individus et personnes morales »¹¹⁵, les particuliers pourraient donc être exclus du bénéfice de ce principe. L'effet relatif des traités ne protégerait que les Etats, et non pas leurs ressortissants. Mais comment ne pas considérer que lorsqu'un ressortissant d'un Etat non partie au traité de Rome se trouve déféré devant une juridiction pénale internationale, son Etat de nationalité se trouve affecté par une telle procédure ? Cela est encore d'autant plus vrai si la personne accusée par la CPI revêt une qualité officielle ou fait partie de l'armée de cet Etat. De plus, dans le cadre de la CPI, le Procureur enquête non pas sur des cas particuliers et isolés mais bien sur des comportements criminels relatifs à des « situations » englobant de nombreux aspects d'un contexte national troublé. Lorsque le Conseil de sécurité a déféré au Procureur de la CPI la situation au Darfour, le Soudan pouvait aisément y voir une atteinte à sa souveraineté.

Dès lors que les ressortissants d'un Etat non partie au Statut peuvent y être attirés soit parce qu'ils ont commis un crime relevant de la compétence de la Cour sur le territoire d'un Etat partie au Statut, soit parce que le Conseil de sécurité a décidé de déférer la situation au Procureur, le Traité de Rome semble déroger au principe de l'effet relatif des traités.

La création d'une juridiction comme la CPI par un traité est tout à fait exceptionnelle et les conditions d'exercice de sa compétence le prouvent. De plus, parce qu'il a pour objet le jugement de personnes physiques, le Traité de Rome altère le principe de l'effet relatif des traités. La doctrine s'est très peu intéressée à ce sujet et n'a pas envisagé la possibilité que le Statut de Rome déroge au principe énoncé à l'article 34 de la Convention de Vienne. Ce

¹¹⁴ Voir avis consultatif de la CIJ, *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, 11 avril 1949, Rec. 1949, p. 185.

¹¹⁵ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2006, p. 155.

silence témoigne bien de la difficulté d'adapter les principes du droit international public à la justice pénale internationale.

Quoi qu'il en soit, il est difficile d'affirmer que la mise en place de la Cour pénale internationale respecte totalement la souveraineté étatique si l'on considère le maintien de l'emprise pénale sur ses ressortissants comme un attribut essentiel de la souveraineté. Les Etats-Unis par exemple restent particulièrement attachés à une telle conception de la souveraineté. Leur attitude vis-à-vis de la Cour pénale internationale est tout à fait révélatrice. Ils sont en effet parvenus à soustraire leurs nationaux de la compétence de la Cour pénale internationale notamment grâce à la conclusion d'accords bilatéraux avec les Etats parties au Statut de Rome.

Avec le Statut de Rome, l'approche conventionnelle et interétatique caractéristique du droit international se trouve donc mise à mal. La Cour pénale internationale est dès lors envisagée de manière réellement « mondiale » au détriment des relations interétatiques. Nous assistons par conséquent à une réelle dissociation des Etats et des personnes physiques que sont leurs ressortissants car, même si un Etat s'est toujours opposé à la création de la CPI, ses ressortissants peuvent tout de même faire l'objet de poursuites devant elle.

Comme nous avons pu le constater, les juridictions pénales internationales sont créées grâce à de puissants instruments internationaux, qu'il s'agisse de résolutions du Conseil de Sécurité agissant sur la base du Chapitre VII ou d'une convention multilatérale largement ratifiée¹¹⁶.

¹¹⁶ 105 Etats sont actuellement parties au Traité de Rome.

§ 2. L'intégration des juridictions pénales internationales dans l'ordre juridique international

Au-delà de différences structurelles entre les TPI et la CPI, nous pouvons remarquer que ces juridictions entretiennent des rapports étroits avec l'Organisation des Nations Unies. Ce faisant, elles s'intègrent à l'ordre juridique international. Si les TPI sont formellement intégrés au système des Nations Unies (A), la Cour pénale internationale entretient quant à elle, des rapports privilégiés avec l'ONU (B).

A. L'INTEGRATION DES TRIBUNAUX *AD HOC* DANS LE SYSTEME DES NATIONS UNIES

Les TPI qui sont des organes subsidiaires du Conseil de sécurité ont vu le Secrétaire général des Nations Unies jouer un rôle important dans la rédaction de leurs Statuts.

a) Les TPI, organes subsidiaires du Conseil de sécurité

Les tribunaux *ad hoc* sont tous deux des organes subsidiaires du Conseil de sécurité au sens de l'Article 29 de la Charte des Nations Unies¹¹⁷. Cet article a notamment permis la création de groupes d'experts, de groupes d'études, de comités de sanction, de missions de terrain, d'opération de maintien de la paix, etc. Comme le remarque Emmanuel Decaux, « le Conseil de sécurité peut tout faire sur la base de l'article 29 »¹¹⁸ et même créer des juridictions pénales.

Les Tribunaux *ad hoc* sont donc tributaires administrativement et financièrement de l'Organisation des Nations Unies. En revanche, en tant qu'organes judiciaires, ils sont indépendants de tout État et de tout autre organe des Nations Unies. Il en va de même pour la Cour internationale de Justice qui constitue l'organe judiciaire principal des Nations Unies.

Bien que ces deux juridictions soient des organes subsidiaires du Conseil de sécurité au sens de l'Article 29 de la Charte des Nations Unies, ceux-ci ne sont pas assujettis à l'autorité ou à la

¹¹⁷ Article 29 de la Charte : « Le Conseil de sécurité peut créer les organes subsidiaires qu'il juge nécessaires à l'exercice de ses fonctions ».

¹¹⁸ DECAUX (E.), « Article 29 », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Tome II, 3^e éd, Economica, 2005, p. 991.

supervision du Conseil de sécurité en ce qui concerne l'accomplissement de leurs fonctions judiciaires¹¹⁹. En tant qu'organe judiciaire, le TPIY jouit donc d'une grande indépendance dans le déclenchement et le déroulement des poursuites. Il était tout à fait primordial qu'une juridiction créée par l'ONU, jouisse d'une parfaite indépendance vis-à-vis des membres et des organes de l'Organisation. Il en allait évidemment de la crédibilité de l'institution.

Il n'existe pas non plus de dépendance matérielle au droit onusien. En effet, les jugements des TPI se réfèrent très rarement aux résolutions onusiennes. Il est donc impossible de détecter une quelconque promotion par les TPI des résolutions de l'Assemblée générale. En revanche, la dépendance financière est incontestable.

L'étude des Statuts des TPI révèle les liens institutionnels unissant les TPI à l'ONU. Les articles 13 du Statut du TPIY et 12 du Statut du TPIR, prévoient que les juges siégeant aux TPI sont élus par l'Assemblée générale des Nations Unies à partir d'une liste présentée par le Conseil de sécurité. Le Procureur est quant à lui nommé par le Conseil de sécurité sur proposition du Secrétaire général¹²⁰. La nomination du Bureau du Procureur revient au Secrétaire général des Nations Unies sur recommandation du Procureur. Il en va de même pour les Greffiers des TPI après consultation du président du Tribunal¹²¹. La mise en place des équipes de travail des deux tribunaux fait donc intervenir trois des organes principaux des Nations Unies et notamment l'Assemblée générale qui avait été écartée du processus de création des TPI.

De plus, la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies du 13 février 1946 s'applique aux TPI et à leurs personnels¹²². Enfin, les dépenses des TPI sont imputées sur le budget ordinaire de la Charte des Nations Unies¹²³ et mobilisent une part très importante du budget des Nations Unies, de l'ordre de 15 %.

¹¹⁹ L'article 16 du Statut du TPIY et l'article 15 du Statut du TPIR prévoient que le Procureur « ne reçoit d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune autre source ».

¹²⁰ Voir article 16 du Statut du TPIY et article 15 du Statut du TPIR.

¹²¹ Voir article 17 du Statut du TPIY et article 16 du Statut du TPIR.

¹²² Voir article 30 du Statut du TPIY et article 29 du Statut du TPIR.

¹²³ Voir article 32 du Statut du TPIY et article 30 du Statut du TPIR.

Chaque année, les Présidents des TPI doivent présenter un rapport au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale des Nations Unies¹²⁴. Le Procureur des TPI doit également se soumettre à cette formalité devant le Conseil de sécurité.

Enfin, la décision d'instituer le siège du TPIY et de la Cour d'appel commune aux deux TPI à la Haye n'est pas non plus anodine puisqu'il s'agit également du siège de la Cour internationale de Justice, l'organe judiciaire principal des Nations Unies. Avec l'arrivée récente de la Cour pénale internationale, la ville se présente désormais comme le symbole de la justice internationale. Le lien avec le système des Nations Unies s'en trouve donc renforcé.

Les TPI font partie du système des Nations Unies, ils s'ancrent réellement à l'ordre juridique de l'Organisation internationale. Ils sont un produit de l'Organisation et leurs Statuts reflètent également cette parenté.

b) La rédaction des Statuts par le Secrétaire général

Le paragraphe 2 de la résolution 808 du 22 février 1993 prévoyant la création d'un tribunal pénal international pour la Yougoslavie prie le Secrétaire général de « soumettre le plus tôt possible à l'examen du Conseil de sécurité, et si possible au plus tard 60 jours après l'adoption de la résolution, un rapport analysant cette question sous tous ses aspects, comportant des dispositions concrètes et, le cas échéant, des options pour la mise en œuvre efficace et rapide de la décision, compte tenu des suggestions avancées à cet égard par des Etats membres ». Le Secrétaire général des Nations Unies joue par conséquent un rôle clé dans la rédaction des Statuts des Tribunaux *ad hoc*.

1) Attributions du Secrétaire général des Nations Unies

Le Secrétaire général, en tant qu'administrateur des Nations Unies, remplit une mission à la fois organisationnelle, financière et technique, mais il joue également un rôle incontournable en matière de maintien de la paix et de respect du droit international¹²⁵.

¹²⁴ Voir article 34 du Statut du TPIY et article 32 du Statut du TPIR.

¹²⁵ VAURS-CHAUMETTE (A.L.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Tome II, 3^e éd, Economica, 2005, p. 2035-2050.

L'article 97 de la Charte des Nations Unies fait de lui, le plus haut fonctionnaire de l'Organisation et il est, en cette qualité, conduit à « préparer et à exécuter le budget, à diriger le personnel, à administrer les biens et représenter l'Organisation à l'égard des agents, des organismes privés ou publics extérieurs aux Nations Unies »¹²⁶. Selon l'article 98 de la Charte des Nations Unies, il « agit en cette qualité à toutes les réunions de l'Assemblée générale, du Conseil de sécurité, du Conseil économique et social et du Conseil de tutelle. *Il remplit toutes autres fonctions dont il est chargé par ces organes*¹²⁷. Il présente à l'Assemblée générale un rapport annuel sur l'activité de l'Organisation ». C'est donc en vertu de cette disposition et plus précisément du passage en italique, que le Secrétaire Général tient la mission qui lui a été confiée.

Pour Benedetto Conforti, « the most important power of the Secretary-General in the area of maintenance of the peace (as in every other field of UN activity) is drawn from Article 98, under which the Secretary performs the functions that are « entrusted » to him by the General Assembly or the Security Council »¹²⁸. Cette délégation de pouvoirs n'est soumise à aucune condition ni à aucune ligne directrice et c'est la raison pour laquelle le Conseil de sécurité a confié une tâche de nature juridique à un organe remplissant des fonctions administratives et politiques.

Divers rapports étatiques ont permis au Secrétaire général d'orienter son travail¹²⁹. Les travaux d'une commission d'experts constituée en application de la résolution 780 (1992), les suggestions et propositions formulées officiellement ou officieusement par divers Etats et les observations de la Croix-Rouge, ont également été pris en compte par le Secrétaire Général.

Le rapport, d'une cinquantaine de pages, propose en effet 34 articles qui forment à présent le Statut du TPIY, ainsi qu'une explication relativement détaillée de leur contenu. Les Etats membres ont certes apporté leur soutien à la rédaction du Statut¹³⁰, mais celui-ci se présente comme l'œuvre personnelle de l'Organisation. Le Secrétaire Général souligne d'ailleurs dans son rapport l'originalité de la création du Statut de la juridiction internationale : « La méthode

¹²⁶ BETTATI (M.), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Tome II, 3^e éd, Economica, 2005, p. 2033.

¹²⁷ Souligné par nous.

¹²⁸ CONFORTI (B.), *The Law and Practice of the United Nations*, Kluwer Law International, 2000, p. 220.

¹²⁹ Rapport du Comité de juristes français présenté par la France (S/25266), rapport présenté par l'Italie (S/25300), rapport présenté par la Suède au nom de la Présidence en exercice de la CSCE (S/25307).

¹³⁰ En 1993, la Suisse qui n'était pas membre des Nations Unies avait également présenté des suggestions et des propositions en vue de la création du TPIY.

normalement utilisée pour créer un tribunal international consisterait à conclure un traité par lequel les Etats parties établiraient un tribunal et approuveraient son statut »¹³¹. En effet, cette voie permettrait « un examen détaillé et approfondi de toutes les questions ayant trait à la création du tribunal international »¹³².

Même si certains Etats ont rédigé des rapports qui ont certainement inspiré le Secrétaire Général, ils n'ont pas participé directement à la négociation de chacun des articles finalement retenus dans le Statut. Par manque de temps, une telle procédure était impossible à mettre en place. Elle aurait pourtant permis aux Etats, comme le reconnaît lui-même le Secrétaire Général, d'exercer pleinement leur souveraineté.

Le Statut du TPIR a quant à lui été largement calqué sur celui du TPIR mais le rapport rédigé par le Secrétaire général des Nations Unies¹³³ en relation avec la résolution 955 du 8 novembre 1994 portant création du Tribunal pénal pour le Rwanda est d'une nature bien différente.

Le Conseil de sécurité lui a en effet « seulement » donné mission de mettre en œuvre d'urgence la résolution 955 et de prendre des dispositions pratiques pour que le Tribunal international puisse fonctionner effectivement le plus tôt possible. Il lui a également demandé de soumettre des recommandations quant aux lieux où le siège du Tribunal international pourrait être établi et de lui présenter des rapports périodiques.

Le rapport analyse dans un premier temps le fondement juridique de la création du Tribunal avant de passer à une analyse rapide des principales dispositions du statut du Tribunal. Le rapport intervient donc cette fois après la rédaction effective du Statut. Il s'agit plutôt ici d'un commentaire : « Il convient de noter que, dans le Statut du Tribunal international pour le Rwanda, le Conseil de sécurité est allé plus loin que dans celui du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie dans le choix du droit applicable (...) »¹³⁴. De même, le Secrétaire Général constate qu'« en étendant ainsi la compétence territoriale du Tribunal, le Conseil avait à l'esprit essentiellement les camps de réfugiés situés au Zaïre et dans d'autres pays voisins

¹³¹ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité du 3 mai 1993 (S/ 25704) p. 8.

¹³² *Ibid.*

¹³³ Rapport présenté par le Secrétaire Général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité du 13 février 1995 (S/1995/134).

¹³⁴ *Ibid.* p. 3-4.

dans lesquels de graves violations du droit international humanitaire auraient été commises dans le cadre du conflit rwandais »¹³⁵. Le rôle du Secrétaire Général est donc nettement plus passif qu'il ne l'a été en 1993 lors de la rédaction du rapport sur la création du TPIY¹³⁶.

Ces deux rapports n'ont par conséquent pas la même valeur. Tandis que l'un sert réellement de base juridique à la rédaction et à la mise en forme du Statut du Tribunal, l'autre apparaît comme un commentaire rapide de dispositions déjà entérinées par le Conseil de sécurité. Le Statut du TPIY a toutefois fourni un solide support à la rédaction du Statut de son homologue africain¹³⁷.

2) Un Conseil de sécurité « législateur » ?

Quel est le rôle exact dévolu au Secrétaire général par le Conseil de sécurité ? Celui-ci a-t-il fait œuvre de législateur ?

Selon Philippe Weckel, le Secrétaire général remplit dans cette affaire « une fonction de simple exécutant » car il ne dispose pas de tous les éléments techniques du dossier¹³⁸. En rédigeant le Statut du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, puis celui du Tribunal pénal international pour le Rwanda, le Conseil de sécurité a exercé une compétence normative de large envergure.

Comme le remarque Serge Sur, le Conseil de Sécurité est « une institution internationale et non un simple groupement de fait entre Etats et entre certains Etats singuliers »¹³⁹, il jouit dès lors d'une légitimité importante. Il n'est pas question de se prononcer de manière ponctuelle sur la légalité de telle ou telle intervention armée ou de proposer des mesures techniques visant à maintenir la paix et la sécurité internationales. Serge Sur relève d'autres exemples dans lesquels le Conseil de sécurité a exercé une compétence normative en sus de ses

¹³⁵ *Ibid.* p. 4.

¹³⁶ À cet égard, le rapport de 1995 comprend 11 pages alors que celui de 1993 en comprenait 49.

¹³⁷ « Fort de l'expérience tirée de la création du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie qui s'était faite en deux étapes sur le fondement de deux résolutions du Conseil de sécurité (résolution 808 (1993) et 827 (1993)), le Conseil a décidé de simplifier le processus et d'adopter une seule résolution portant création du Tribunal pour le Rwanda » *in* Rapport présenté par le Secrétaire Général (*op.cit.*), p. 3.

¹³⁸ WECKEL (P.), « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI* 1993, p. 261.

¹³⁹ SUR (S.), « Eloge du Conseil de sécurité », *AFRI* 2005, p. 78. Dans cet article, l'auteur désigne le Conseil de sécurité par le simple terme de « Conseil » renforçant ainsi l'idée que cette institution ne s'occupe pas seulement du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

capacités opérationnelles : la résolution 1540 (04) du 27 janvier 2005 relative à la non-prolifération des armes de destruction massive. Dans cette hypothèse, le Conseil exerce des « capacités normatives », lorsqu'il « pose que la prolifération des ADM est en elle-même une menace pour la sécurité internationale ou impose aux Etats membres d'adapter leur législation pénale afin de déterminer les poursuites contre les activités terroristes ou contribuant à la prolifération »¹⁴⁰.

La rédaction du Statut d'une juridiction internationale semble pourtant être l'instrument le plus « juridique » jamais élaboré par le Conseil de sécurité. Le Statut du TPIY s'apparente à un code pénal international embryonnaire et permet de condamner des individus à des peines de réclusion. Les dispositions du Statut, si elles étaient destinées à permettre le jugement d'une certaine catégorie d'individus, ont pourtant acquis une valeur juridique propre et autonome. Elles sont en effet à l'origine de l'essor d'une jurisprudence riche qui servira, plus tard, de support à l'élaboration du Statut de la Cour pénale internationale. La création de juridictions pénales internationales par l'ONU fait ainsi figure d'exception dans la pratique de l'Organisation et témoigne ainsi de sa souplesse et de son adaptabilité¹⁴¹.

Faut-il pour autant qualifier le Conseil de sécurité d'organe législatif ? La doctrine est divisée sur ce point. Selon Serge Sur, le Conseil de sécurité ne serait pas un organe législatif car il ne pose pas de normes permanentes et ne peut pas les rendre directement applicables dans les droits internes des Etats membres¹⁴². En revanche, Philippe Weckel n'hésite pas à parler d'un « Conseil de Sécurité législateur »¹⁴³ lorsqu'il aborde la création de la création du TPIY.

Dans l'affaire Akayesu, la Chambre d'appel du TPIR considère qu'elle doit statuer « sur la manière dont le législateur (en l'occurrence, le Conseil de sécurité) entendait que l'article 3 du Statut soit compris »¹⁴⁴.

Le Secrétaire général lui-même rejette cette idée en affirmant qu' « en confiant au tribunal international la tâche de juger les personnes présumées responsables de violations graves du

¹⁴⁰ *Ibid.* p. 85.

¹⁴¹ Caractéristiques relevées par Serge Sur dans son article intitulé « Eloge du Conseil de sécurité », *AFRI* 2005, p. 83.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ WECKEL (P.), « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI* 1993, p.261.

¹⁴⁴ Affaire No. ICTR-96-4-A, 1/06/01, § 463.

droit international humanitaire, le Conseil de sécurité ne créerait pas ce droit ni ne prétendrait « légiférer » à cet égard. C'est le droit international humanitaire existant que le tribunal international aurait pour tâche d'appliquer »¹⁴⁵. Les normes dont le non-respect est sanctionné par le Tribunal ont été élaborées par les Etats, principalement par le biais de la coutume. Les normes prohibant les crimes de guerre ou le crime contre l'humanité préexistent aux résolutions du Conseil de sécurité. En revanche, il est innovant de créer une juridiction ayant pour but de les sanctionner et d'imposer aux Etats l'obligation de coopérer avec ce Tribunal¹⁴⁶.

En créant les TPI, le Conseil de sécurité a structuré un droit international humanitaire dense et diffus qu'il a habillé avec les règles procédurales adéquates. Les résolutions 827 et 955 contribuent donc à structurer le droit international humanitaire et donc le droit international public. Alors que la violation des règles du droit international humanitaire n'entraînait pas de sanctions internationales concrètes, le Conseil de sécurité a remédié à cette faiblesse en instituant un Tribunal international doté d'un Statut lui permettant de mener à bien cette tâche. Pour Theodor Meron, la promulgation des statuts des TPI par le Conseil de sécurité est un « major legal development »¹⁴⁷.

Il convient donc de souligner le caractère exceptionnel des résolutions 827 et 955 ainsi que la valorisation du Secrétaire général des Nations Unies dans le processus de rédaction des Statuts. Toutefois, il faut noter que par la suite les Tribunaux *ad hoc* se sont parfois écartés de ces rapports notamment sur la question de savoir si tous les crimes contre l'humanité devaient revêtir un aspect discriminatoire : « The interpretation suggested so far is not in keeping with the Report of the Secretary-General and the statements made by three members of the Security Council before the Tribunal's Statute was adopted by the Council. The Appeals Chamber is nevertheless of the view that these two interpretative sources do not suffice to establish that all crimes against humanity need be committed with a discriminatory intent »¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité du 3 mai 1993 (S/ 25704), p. 9.

¹⁴⁶ Voir article 29 du Statut du TPIY : « 1. Les Etats collaborent avec le Tribunal à la recherche et au jugement des personnes accusées d'avoir commis des violations graves du droit international humanitaire.
2. Les Etats répondent sans retard à toute demande d'assistance ou à toute ordonnance émanant d'une Chambre de première instance (...) ».

¹⁴⁷ MERON (T.), « International Criminalization or Internal Atrocities », *AJIL* 1995, n° 89, p. 554.

¹⁴⁸ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 293.

Selon la Chambre d'appel du TPIY, « the Secretary-General's Report has not the same legal standing as the Statute »¹⁴⁹.

La CPI, qui n'est pas formellement rattachée à l'ONU, entretient à son égard des rapports bien différents.

B. LA COUR PENALE INTERNATIONALE

Contrairement aux Tribunaux *ad hoc* institués par une résolution du Conseil de sécurité, la Cour pénale internationale ne fait pas partie du système des Nations Unies. Toutefois, l'ONU a pesé tant sur la création de la Cour que sur son mode de fonctionnement futur.

a) La CPI en tant qu'organisation internationale entretient des liens étroits avec l'ONU

La Cour pénale internationale se trouve intégrée à l'ordre juridique international dans la mesure où elle constitue elle-même une organisation internationale.

Est une organisation internationale toute «(a)ssociation d'Etats établie par voie conventionnelle, qui poursuit des objectifs communs au moyen d'organes permanents qui lui sont propres et possède une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres »¹⁵⁰.

En l'espèce, l'article 4 du Statut de Rome confère à la Cour la personnalité juridique internationale ainsi que « la capacité juridique qui lui est nécessaire pour exercer ses fonctions et accomplir sa mission ». Le but commun poursuivi par les Etats est la poursuite des crimes les plus graves touchant l'ensemble de la communauté internationale et ils se sont dans cette optique dotés d'institutions permanentes¹⁵¹.

C'est l'assemblée des Etats parties qui joue le rôle d'organe délibérant de l'Organisation internationale que constitue la CPI. En vertu de l'article 112, chaque Etat ayant ratifié le Statut de Rome y dispose d'un représentant. En tant que continuatrice de la conférence diplomatique qui a permis l'adoption du Statut, elle possède d'importants pouvoirs pouvant

¹⁴⁹ *Ibid.* § 295.

¹⁵⁰ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 793.

¹⁵¹ Voir l'article premier du Statut de la CPI : « Il est créé une Cour pénale internationale (« la Cour ») en tant qu'*institution permanente* (souligné par nous), qui peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, au sens du présent Statut ».

l'assimiler à un organe législatif¹⁵². Tout d'abord, l'Assemblée des Etats parties approuve en vertu de l'article 2 du Statut, l'accord régissant les relations entre l'ONU et la CPI et l'accord de siège liant la CPI aux Pays-Bas. D'un point de vue plus substantiel, l'Assemblée des Etats parties adopte et amende à la majorité des deux tiers les éléments des crimes qui aident la Cour à interpréter et à appliquer les dispositions du Statut relatives aux crimes de guerres, aux crimes contre l'humanité et au génocide¹⁵³. Elle adopte et amende selon la même procédure le Règlement de procédure et de preuve¹⁵⁴. L'Assemblée des Etats Parties remplit également des fonctions plus techniques relatives à la nomination des juges et au budget de la Cour. À cet égard, elle exerce donc des fonctions comparables à celles de l'Assemblée générale des Nations Unies vis-à-vis des TPI.

La Cour pénale internationale est pourtant rarement présentée comme une organisation internationale, comme si une telle qualification pouvait affaiblir son rôle. Tout en évitant d'accentuer cette caractéristique, les défenseurs de cette institution véhiculent au contraire l'idée d'une filiation étroite entre la CPI et l'ONU assurément plus propice à lutter contre l'impunité.

La CPI a été instituée le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale. Quels liens unissent la Cour pénale internationale à l'ONU ?

La Cour pénale internationale créée par un traité international, n'est pas un organe de l'ONU¹⁵⁵. Il s'agit d'une organisation internationale indépendante mais l'article 2 du Statut de la CPI précise que la Cour est liée aux Nations Unies par un accord approuvé par l'Assemblée des Etats Parties. C'est d'ailleurs dans le cadre onusien que les discussions relatives à la création d'une Cour criminelle internationale ont été menées. Lors des travaux de la Commission du droit international sur le projet de Statut d'une Cour criminelle internationale, la nécessité d'établir un lien étroit entre l'Organisation et la Cour avait été particulièrement

¹⁵² BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 284.

¹⁵³ Voir article 9 du Statut.

¹⁵⁴ Voir article 51 du Statut.

¹⁵⁵ Voir le préambule de l'accord négocié régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'Organisation des Nations Unies du 2 octobre 2004 : « Ayant à l'esprit que, conformément au Statut de Rome, la Cour pénale internationale est créée en tant qu'institution permanente indépendante liée aux Nations Unies »

soulignée¹⁵⁶. Ce lien est en effet à même de garantir le caractère international de la juridiction et de lui conférer une autorité morale indéniable.

L’empreinte onusienne est également visible à la lecture du Statut de la CPI qui entretient des liens étroits avec l’Organisation. Le Secrétaire général des Nations Unies est d’ailleurs le dépositaire du Statut de Rome. Le choix de la ville de La Haye, siège de la CIJ et du TPIY pour accueillir la Cour pénale internationale n’est pas insignifiant à cet égard et révèle une volonté d’intégrer la CPI aux organes de la justice internationale que l’on ne saurait bien évidemment isoler du système des Nations Unies.

L’article 5 du Statut relatif aux crimes relevant de la compétence de la Cour prévoit dans son paragraphe 2 que la Cour exercera sa compétence à l’égard du crime d’agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123 afin de définir ce crime et de fixer les conditions de l’exercice de la compétence de la Cour à son égard. Il est toutefois précisé que cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies. L’ONU entend développer ses relations avec la CPI mais en retour, la Cour ne doit pas définir le crime d’agression d’une manière incompatible avec la Charte. Une certaine cohérence doit ainsi être respectée dans ce domaine.

Il convient de souligner l’existence d’un accord régissant les relations entre la CPI et les Nations Unies en date du 2 octobre 2004 dont le préambule rappelle que le Statut de Rome réaffirme les buts et principes de la Charte des Nations Unies. La CPI s’inscrit donc dans la lignée de l’ONU puisqu’elle partage les mêmes desseins. Par l’article 3 de cet accord, l’Organisation des Nations Unies et la CPI conviennent, en vue de faciliter l’exercice effectif de leurs responsabilités respectives, de collaborer étroitement et d’organiser des consultations sur les questions d’intérêt mutuel. L’article 4 institutionnalise certains mécanismes de représentation entre les deux entités : le Secrétaire général de l’ONU est invité en permanence à assister aux audiences publiques des chambres de la Cour ayant trait à des affaires qui intéressent l’Organisation et à toutes les réunions publiques de la Cour. En contrepartie, la Cour peut quant à elle assister et participer aux travaux de l’Assemblée générale des Nations Unies en qualité d’observateur. Lorsque le Conseil de sécurité examine des questions ayant trait aux activités de la Cour, le Président ou le Procureur de la Cour peuvent, à l’invitation du

¹⁵⁶ *Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. I. p. 23.

Conseil prendre la parole pour lui prêter assistance à propos de questions relevant de la compétence de la Cour. Cet accord prévoit aussi un programme d'échange d'information et de remise de rapports. Le personnel et les installations font également l'objet d'une attention particulière afin d'éviter les double emplois. Les articles 15 à 18 de l'accord détaillent les modalités de coopération entre la Cour, le Conseil de sécurité, le Procureur et les fonctionnaires de l'ONU.

L'Organisation des Nations Unies s'engage formellement à coopérer avec la Cour et à lui fournir toutes informations ou tous les documents que celle-ci pourra demander conformément à l'article 87, paragraphe 6 du Statut. L'Organisation des Nations Unies ou ses programmes, fonds et bureaux concernés peuvent convenir de faire bénéficier la Cour d'autres formes de coopération et d'assistance compatibles avec les dispositions de la Charte et du Statut.

Conscients de la possibilité que des fonctionnaires des Nations Unies disposent d'informations pertinentes sur une situation, les parties à l'accord ont prévu les modalités de témoignage d'un fonctionnaire de l'ONU ou d'un de ses programmes, fonds ou bureaux. L'Organisation peut si nécessaire lever l'obligation de confidentialité pesant sur cette personne. L'Organisation des Nations Unies s'engage plus précisément à coopérer avec le Procureur et à conclure avec lui des arrangements. Si le Procureur demande à l'Organisation des informations supplémentaires, cette dernière lui fournit.

D'un point de vue financier enfin, les dépenses de la CPI et de l'Assemblée des États Parties sont financées par les contributions des États Parties et par les ressources financières fournies par l'Organisation des Nations Unies, sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale¹⁵⁷. De plus, les contributions des États Parties sont calculées selon un barème de quotes-parts fondé sur le barème adopté par l'Organisation des Nations Unies pour son budget ordinaire¹⁵⁸.

Bien que la CPI ne fasse pas à proprement parler partie du système des Nations Unies, elle jouit vis-à-vis de l'Organisation d'une position privilégiée. Conformément à l'article 6 de l'Accord régissant les relations entre la Cour pénale internationale et l'ONU, la CPI présente

¹⁵⁷ Voir article 115 du Statut de la CPI.

¹⁵⁸ Voir article 117 du Statut de la CPI.

chaque année un rapport rendant compte de ses activités à l'Assemblée générale des Nations Unies. A l'occasion de son quatrième rapport, la CPI affirme d'ailleurs que : « (l) a Cour est indépendante mais a des liens historiques, juridiques et opérationnels étroits avec l'Organisation des Nations Unies »¹⁵⁹.

D'un point de vue plus substantiel, les négociations actuellement menées au sein de l'Assemblée des Etats parties relatives à la définition du crime d'agression prévoient de se référer à la résolution 3314 du 14 décembre 1974 de l'Assemblée générale des Nations Unies, indiquant ainsi la volonté de respecter le cadre juridique préexistant¹⁶⁰.

b) Le rôle particulier joué par le Conseil de sécurité

Le Conseil de sécurité des Nations Unies peut être amené à jouer un rôle actif dans le déclenchement et dans le gel des poursuites engagées par la Cour, c'est pourquoi il convient de s'interroger sur le fondement de cette emprise.

1) Influence du Conseil de sécurité sur le déroulement des poursuites

Le Conseil de sécurité des Nations Unies, plus que n'importe quel autre organe de l'Organisation est apte à influencer les travaux de la CPI. Il faut noter à cet égard que les pouvoirs conférés au Conseil de sécurité par le traité de Rome sont plus importants que ceux qui lui sont reconnus dans les Statuts des TPI. Les Procureurs des tribunaux *ad hoc* jouissent en effet d'une grande liberté d'action vis-à-vis du Conseil en raison du caractère géographiquement et temporairement limité de leur tâche¹⁶¹.

Compte tenu de l'amplitude géographique de la compétence de la Cour pénale internationale, il est logique que le Conseil de sécurité soit amené à jouer un rôle à la fois d'impulsion et d'arbitrage du travail du Procureur.

Aux termes de l'article 13 du Statut, la Cour est compétente à l'égard d'un crime visé à

¹⁵⁹ Rapport de la Cour pénale internationale à l'AGNU du 22/08/2008, A/66/323, p. 6.

¹⁶⁰ http://www.icc-cpi.int/library/asp/OR_French_2007_PART_Annexes.pdf, § 14 et suivants.

¹⁶¹ Dans le cadre des TPI, le Conseil de sécurité a déjà procédé à une délimitation des travaux des tribunaux. Il n'a donc plus à intervenir. La décision de poursuivre les crimes commis au Kosovo en 1999 n'a pas été prise par le Conseil de sécurité mais par le TPIY lui-même.

l'article 5, si un Etat partie au Statut défère au Procureur une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis, si le Procureur ouvre une enquête de sa propre initiative ou si une situation lui est déférée par le Conseil de sécurité agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Dans ce contexte, la voie utilisée en ce qui concerne les crimes commis au Darfour est bien différente. Elle illustre le pouvoir détenu par le Conseil de sécurité de déférer au Procureur une situation. Contrairement aux deux autres hypothèses – saisine par un Etat ou auto saisine du Procureur – il n'est pas nécessaire que l'Etat sur le territoire duquel les crimes a eu lieu ou que l'Etat de la personne accusée aient ratifié le Statut de Rome.

Le 31 mars 2005, le Conseil de sécurité des Nations Unies a en effet décidé, aux termes de la résolution 1593, de déférer au Procureur de la Cour pénale internationale la situation au Darfour depuis le 1^{er} juillet 2002.

A contrario, l'article 16 du Statut permet au Conseil de sécurité de bloquer l'action de la Cour : « Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions ». L'article 16 attribue cette fois au Conseil de sécurité une fonction négative ; celle de bloquer l'activité de la Cour pour une durée d'un an renouvelable.

Cette disposition qui autorise l'intervention d'un organe politique dans le processus judiciaire a fait l'objet de vives critiques. Pour Luigi Condorelli et Santiago Villalpando, se trouve ainsi « codifiée une possibilité d'ingérence politique dans l'activité judiciaire qui constitue l'un des éléments de loin les plus discutables du Statut »¹⁶² ; il s'agit donc d'une « exception manifeste au principe de l'indépendance de la Cour »¹⁶³. Selon Eric David, l'article 16 porte atteinte au principe de l'indépendance de la magistrature et est contraire au droit au procès équitable¹⁶⁴.

La Cour pénale internationale a en effet été conçue et présentée comme un rempart à

¹⁶² CONDORELLI (L.), VILLALPANDO (S.), « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, volume I, 3^{ème} édition, Economica, 2005, p. 230.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ DAVID (E.), « La Cour pénale internationale », *RCADI* 2005, tome 313, p. 352.

l'impunité¹⁶⁵ et dans la mesure où ce sont souvent les organes politiques qui favorisent l'impunité au niveau national, il apparaît d'autant plus paradoxal de légitimer une telle faculté de blocage du Conseil de sécurité.

William Bourdon et Emmanuelle Duverger constatent quant à eux que la CPI « restera sous la menace d'une véritable épée de Damoclès, puisque à tout moment une décision du politique, c'est-à-dire du Conseil de sécurité, pourra geler son action » et auraient préféré qu'en cas d'articulation difficile entre les exigences de la paix et celles de la justice, des mécanismes de dialogue et de concertation soient privilégiés¹⁶⁶.

Aussi contestable que puisse sembler cette référence au Conseil de sécurité, il convient à présent d'éclaircir le fondement des prérogatives qui lui sont reconnues.

2) Un pouvoir préexistant au Statut de Rome

Selon les articles 13 b) et 16 du Statut, le Conseil de sécurité joue un rôle important en matière de déclenchement ou de gel des poursuites. Il convient de s'interroger sur les fondements d'un tel pouvoir : le Traité de Rome peut-il conférer de telles attributions au Conseil de sécurité ?

C'est pourtant bien la Charte des Nations Unies, le traité constitutif de l'Organisation qui détermine les fonctions et les attributions de ses organes dont le Conseil de sécurité fait partie. Le traité de Rome ne revêt pas la forme d'un acte interne à l'Organisation. De plus, comme il n'a pas été ratifié par l'ensemble des membres des Nations Unies, il est d'autant plus difficile d'admettre qu'il puisse attribuer un quelconque pouvoir au Conseil de sécurité.

Si le Traité de Rome est impropre à conférer des droits au Conseil de sécurité, comment expliquer que celui-ci ait déjà fait une utilisation de l'article 13 b) en déférant la situation du Darfour au Procureur de la Cour pénale internationale ?

¹⁶⁵ Voir le préambule du Statut de Rome : « *Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes* ».

¹⁶⁶ BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 33.

C'est naturellement de la Charte qu'il faut déduire de telles prérogatives. Bien évidemment, aucune disposition de la Charte des Nations Unies ne prévoit la possibilité pour le Conseil de sécurité de déférer une situation au Procureur d'une juridiction pénale internationale. Une telle disposition n'aurait eu aucun sens en 1945 en l'absence d'une juridiction semblable. Pourtant, le silence du texte constitutif sur ce sujet ne doit pas être interprété comme excluant cette possibilité. La création des tribunaux *ad hoc* par le Conseil de sécurité dans les années 90 constitue une excellente illustration de la théorie des pouvoirs implicites du Conseil de sécurité en matière de justice pénale internationale.

Ainsi, il semble donc que ces pouvoirs aient été inhérents au Conseil de sécurité et que le Statut de Rome n'ait fait qu'en prendre note. Le précédent constitué par la création des tribunaux *ad hoc* joue dans cette interprétation des pouvoirs du Conseil de sécurité un rôle fondamental.

Les articles 13 b) et 16 du Statut ne font ici que recenser une potentialité offerte par la Charte des Nations Unies au Conseil de sécurité. Le Statut de Rome ne confère pas au Conseil de sécurité le droit de déférer au Procureur de la CPI une situation ou de geler des poursuites. Le Statut ne fait qu'anticiper les décisions que le Conseil de sécurité aurait potentiellement pu adopter.

Toutefois, en matérialisant par écrit une telle potentialité, les rédacteurs du statut de Rome ont incontestablement poussé le Conseil de sécurité à développer une pratique qui n'était jusqu'alors que virtuelle. Le Statut encourage ainsi le Conseil de sécurité à faire usage de ses prérogatives en matière pénale internationale. Selon Flavia Lattanzi, une telle intervention reste soumise à certaines procédures et notamment à la constatation d'une menace à la paix et à la sécurité internationale au sens de l'article 39 de la Charte¹⁶⁷. C'est tout à fait logique dans la mesure où les pouvoirs du Conseil de sécurité en matière de justice pénale internationale se sont développés comme le confirme la création des TPI, dans le cadre du Chapitre VII de la Charte.

Les articles 13 b) et 16 du Statut apparaissent donc superflus dès lors qu'en vertu de la Charte, le Conseil de sécurité jouit de larges prérogatives. Il faut remarquer à cet égard que la

¹⁶⁷ LATTANZI (F.) « The Rome Statute and State Sovereignty, ICC Competence, Jurisdictional Links, Trigger Mechanism », *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Il Sirente, 1999, p. 62.

résolution 1593 du 31 mars 2005 par laquelle le Conseil de sécurité a décidé de déférer au Procureur la situation au Darfour ne mentionne pas l'article 13 du Statut¹⁶⁸.

Si l'article 13 b) ne fait que formaliser la possibilité pour le Conseil de sécurité de déférer une situation au Procureur et permet ainsi au Conseil de sécurité d'exercer sa liberté, l'article 16 tend au contraire à réduire l'impact des pouvoirs du Conseil de sécurité. Le pouvoir d'obstruction du Conseil de sécurité sur les enquêtes et les poursuites est soumis à l'adoption d'une résolution en vertu du Chapitre VII. Comme nous l'avons souligné précédemment, il est logique qu'une telle demande intervienne dans le cadre du Chapitre VII mais il est intéressant de noter que l'article 16 limite la capacité d'obstruction du Conseil à un délai de douze mois renouvelable. Il s'agit donc d'une première tentative d'encadrement des pouvoirs du Conseil de sécurité lorsque celui-ci agit en vertu du Chapitre VII. Compte tenu de l'inaptitude du traité de Rome à limiter les pouvoirs du Conseil de sécurité, il sera tout à fait intéressant d'observer le cas échéant l'attitude du Conseil : se soumettra-t-il aux conditions énumérées à l'article 16 et particulièrement au délai d'un an renouvelable ?

Le 12 juillet 2002, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1422 et s'est expressément référé à l'article 16 du Statut de Rome pour décider que « s'il survenait une affaire concernant des responsables ou des personnels en activité ou d'anciens responsables ou personnels d'un État contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome à raison d'actes ou d'omissions liés à des opérations établies ou autorisées par l'Organisation des Nations Unies, la Cour pénale internationale, pendant une période de 12 mois commençant le 1er juillet 2002, n'engage ni ne mène aucune enquête ou aucune poursuite, sauf si le Conseil de sécurité en décide autrement ».

Cette résolution initiée par les Etats-Unis a pour but, d'éviter que des soldats américains ne soient attirés devant la CPI. Elle a été renouvelée le 1^{er} juillet 2003 par la résolution 1487. Depuis lors toutefois, le Conseil de sécurité n'a plus utilisé cette possibilité. Il faut mentionner qu'entre temps, les Etats-Unis ont signé un nombre important d'accords bilatéraux avec des Etats parties au traité de Rome afin de soustraire leurs ressortissants à la compétence de la CPI¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Sur ce point, voir notamment : CONDORELLI (L.), CIAMPI (A.), « Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfour to the ICC », *JICJ* 2005, vol. 3, p. 592.

¹⁶⁹ Une centaine d'accords de ce type avaient été conclus en 2009.

Comme nous avons pu le constater, les juridictions pénales internationales sans être toutes formellement intégrées au système des Nations Unies ont tendance à y être assimilées.

Une bonne incorporation dans le système onusien est-elle suffisante pour garantir l'intégration des juridictions pénales internationales dans l'ordre juridique international ? L'intégration des juridictions pénales internationales au système des Nations Unies est-elle synonyme d'une intégration parfaite dans l'ordre juridique international ?

Pour Serge Sur, le droit international et le droit des organisations internationales – la société relationnelle et la société institutionnelle selon la distinction de René-Jean Dupuy¹⁷⁰ – « tendent de plus en plus à se rapprocher »¹⁷¹. Nous pouvons ainsi considérer l'intégration des juridictions pénales internationales au système onusien comme la preuve d'un rattachement plus large à l'ordre juridique international.

Structurellement, le droit pénal international se situe donc dans la sphère du droit international public. En effet, les juridictions qui développent et affermissent cette matière entretiennent des relations privilégiées avec l'Organisation des Nations Unies. La mise en place des TPI et de la CPI révèle leur important ancrage à l'ordre juridique international, mais il apparaît rapidement à la lecture de leurs Statuts que ces juridictions devront également appliquer les mêmes sources que la CIJ, renforçant ainsi la thèse selon laquelle le droit pénal international fait partie intégrante du droit international public.

¹⁷⁰ DUPUY (R.J.), *Le droit international*, PUF, Collection Que sais-je ? n° 1060, 1963.

¹⁷¹ SUR (S.), *L'interprétation en droit international public*, Bibliothèque de droit international, Paris, 1974, p. 107.

SECTION II : SIMILITUDE DES SOURCES

Les juges pénaux internationaux vont devoir, pour mener à bien leur mission, utiliser des normes issues du droit international public. Comme le constate Stefan Glaser qui utilise le terme de droit international pénal, « tout comme le droit international, le droit international pénal est encore un droit coutumier et non pas un droit écrit ou codifié. Il a le même fondement et ses règles ont également les mêmes sources que celles du droit international (...) C'est ainsi qu'en réalité le droit international pénal fait partie du droit international »¹⁷². Le droit pénal international du fait de ses similitudes structurelles avec le droit international public y serait ainsi rattaché. Les sources du droit international et du droit pénal international sont en effet communes : traités, coutume et principes généraux de droit en sont les principales. Les sources du droit international public (§ 1) se voient offrir une place de choix dans les Statuts des juridictions pénales internationales (§ 2).

§1. Les sources du droit international public

En dépit de la difficulté de définir la notion de source du droit en droit international public (A), l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice procure un panorama assez complet des sources internationales (B).

A. LA NOTION DE SOURCE DU DROIT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Le terme de source du droit international, bien que largement usité, n'est pas à l'heure actuelle défini de manière satisfaisante. Il s'agirait des « forces d'où surgit le droit (objectif) ; ce qui l'engendre »¹⁷³. Bien sûr, des comparaisons métaphoriques intéressantes existent¹⁷⁴ mais sur

¹⁷² GLASER (S.), *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1970, p. 23.

¹⁷³ *Vocabulaire juridique Capitant*.

¹⁷⁴ « La réflexion recourt à un vocabulaire imagé puisqu'elle utilise le terme de source, lequel rend compte à la fois de l'idée de naissance, de celle de mouvement, de celle d'orientation d'une certaine substance selon un certain cours, qui, après jaillissement, s'apaise et éventuellement s'ordonne en grossissant, quitte à connaître des remous ou des tourbillons au gré des contacts avec l'environnement ou de la confluence de plusieurs sources » in *Les sources du droit international pénal*, Préface d'Hélène Ruiz Fabri, Société de législation comparée, Paris, 2004, p. 13.

un plan tout à fait théorique, des incertitudes demeurent et conduisent parfois au rejet de ce terme¹⁷⁵.

On distingue habituellement les sources formelles des sources matérielles. Les sources formelles sont des procédés prévus au sein d'un ordre juridique donné pour la création et la modification des normes appartenant à cet ordre¹⁷⁶. Les sources matérielles renvoient quant à elles aux raisons pour lesquelles une norme a été adoptée, qu'il s'agisse de raisons éthiques, économiques, politiques, historiques, technologiques, culturelles ou encore sociales. Les deux types de sources sont donc clairement distinctes et, comme le constate Hélène Ruiz Fabri¹⁷⁷, le juriste a tendance à focaliser son attention sur les sources formelles au détriment de ses sources matérielles¹⁷⁸.

Malgré les incertitudes entourant la notion de source du droit, il existe un certain consensus à propos de l'utilité fonctionnelle des sources du droit: elles permettent de révéler le fondement de la règle de droit et de repérer les prescriptions juridiques au sein des normes sociales¹⁷⁹. Comme l'énonce Hélène Ruiz Fabri, « c'est en effet avant tout à sa forme qu'on reconnaît le droit » et les processus ou procédés qui la sanctionnent lui confèrent la juridicité¹⁸⁰.

La sphère internationale et plus précisément la pratique protocolaire regorgent en effet de comportements qui, bien que fréquemment réitérés, ne se voient pas conférer le statut de règle de droit. C'est en effet parce que certains actes de la vie internationale revêtent une forme particulière qui se détache des simples usages et de la courtoisie qu'ils peuvent, à ce titre, être qualifiés de règle de droit international.

¹⁷⁵ « La doctrine utilise fréquemment le terme de « sources » du droit international. La notion est obscure et doit en définitive être rejetée (...). L'expression est elle-même de *caractère doctrinal*, quoiqu'elle fasse image davantage qu'elle n'explique voire simplement ne décrive une origine ou un processus de formation des règles » in COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 5^{ème} édition, Paris, Montchrestien, p. 42.

¹⁷⁶ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

¹⁷⁷ *Les sources du droit international pénal*, Préface d'Hélène Ruiz Fabri, p. 13, Société de législation comparée, Paris, 2004.

¹⁷⁸ Les sources formelles parce qu'elle relèvent de la technique juridique pure présentent en effet davantage d'intérêt aux yeux du juriste.

¹⁷⁹ ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, p. 1101.

¹⁸⁰ *Les sources du droit international pénal*, Préface d'Hélène Ruiz Fabri, p. 13, Société de législation comparée, Paris, 2004.

En droit international public, l'étude des sources formelles présente une importance fondamentale compte tenu de la structure de la société internationale¹⁸¹. Ainsi, le droit international largement tributaire du consentement des Etats serait par nature fragmenté. Il n'existerait non pas un seul droit international mais une multitude de droits internationaux puisque chaque traité créerait du droit international, c'est-à-dire des règles de droit applicables à certains sujets de droit international. La maîtrise des modes de formation qui s'analysent comme des variations autour du mode unique que constitue le consentement¹⁸² est donc indispensable à la compréhension et à l'articulation de ces règles particulières, mais aussi du droit international général.

Contrairement à de nombreux droits internes et plus particulièrement au droit français qui a par exemple bénéficié pendant une période assez longue du légicentrisme, la société internationale connaît de longue date au moins deux instruments d'édition des normes, à savoir le traité et la coutume. Le droit international étant largement tributaire du consentement de l'Etat, il est indispensable d'étudier précisément la manière dont celui-ci se manifeste. En droit interne, la volonté de l'Etat de créer des règles de droit ne rencontre pas réellement d'entrave¹⁸³.

A contrario, la place des Etats dans la production du droit international est plus relative. Ces derniers doivent composer avec leurs pairs pour donner naissance à des règles de droit. Le respect de la souveraineté étatique implique en effet une stricte égalité juridique entre les membres de la société internationale. Il est d'autant plus intéressant de se pencher sur cette question que les processus de formation du droit international sont en perpétuelle évolution et recèlent de grandes potentialités normatives.

B. L'ARTICLE 38 DU STATUT DE LA CIJ

¹⁸¹ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 5^{ème} édition, Paris, Montchrestien, p. 41 : « La formation du droit international n'obéit pas à la logique centralisée, unilatérale et hiérarchisée qui est celle des ordres juridiques internes. Elle suppose à l'inverse la rencontre de volontés égales et indépendantes. Plus profondément, la notion d'engagement international de l'Etat y occupe une place centrale ».

¹⁸² ALLAND (D.), *Droit international public*, Paris, PUF, p. 213.

¹⁸³ Certes, l'édition du droit se fait selon certaines formes que des organes spécialisés comme le Conseil Constitutionnel en France sont chargés de contrôler et la production normative est soumise à des procédures rigides mais au sommet de l'Etat, lorsque la volonté de créer du droit est présente, les entraves de même niveau sont absentes.

Les sources formelles du droit international public sont en partie énumérées à l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice. Les conventions internationales, la coutume internationale et les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées occupent une place de choix au sein de cette liste. Suivent ensuite comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations. Les actes unilatéraux sont quant à eux passés sous silence bien qu'ils constituent également, selon la doctrine dominante¹⁸⁴, une source du droit international.

Cet article qui reprend largement un article du Statut de la Cour Permanente de Justice Internationale est actuellement considéré comme « une énumération universellement acceptée des sources formelles du droit international »¹⁸⁵. Pourtant, il convient de garder à l'esprit le fait que « cette disposition présente en elle-même un caractère étroitement fonctionnel »¹⁸⁶, elle a en effet pour objet de faciliter le travail du juge international en lui fournissant une liste d'instruments sur lesquels il pourra fonder ses décisions. L'article 38 « se présente comme le point de départ du raisonnement judiciaire »¹⁸⁷.

L'article 38 du Statut de la CIJ offre une place de choix aux conventions internationales générales ou spéciales au sein de son énumération des sources formelles du droit international notamment pour permettre à la CIJ d'écarter les contestations relatives à l'inexistence du consentement à la règle de droit¹⁸⁸. Il est vrai que la recherche du consentement de l'Etat se révèle bien souvent plus facile lorsque celui-ci est lié par un traité que par une coutume.

Le droit international est en grande partie le fruit de la conclusion de conventions internationales¹⁸⁹, mettant à jour sa nature profondément contractuelle. Chaque traité créant

¹⁸⁴ « Bien que l'article 38 du Statut de la CIJ n'en fasse pas mention, l'existence d'actes par lesquels un Etat, agissant seul, exprime sa volonté, et qui produisent des effets en droit international est indiscutable » *in* DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, Paris, 2002, p. 360.

¹⁸⁵ DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 7^{ème} édition, Paris, 2002, p.114.

¹⁸⁶ DUPUY (P.M.), *Droit international public*, Dalloz, 6^{ème} édition, Paris, 2002, p. 252.

¹⁸⁷ BERANGER (A.-H.), « La relecture de l'article 38 du Statut par la Cour internationale de justice », *Les arrêts de la Cour internationale de Justice, textes rassemblés par Charalambos Apostolidis*, Editions universitaires de Dijon, 2005, p. 109.

¹⁸⁸ DUPUY (P.M.), *Droit international public*, Dalloz, 6^{ème} édition, Paris, 2002, p. 252.

¹⁸⁹ Voir notamment le préambule de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 : « Considérant le rôle fondamental des traités dans l'histoire des relations internationales, Reconnaissant l'importance de plus en plus grande des traités en tant que source du droit international et en tant que moyen de développer la coopération pacifique entre les nations, quels que soient leurs régimes constitutionnels et sociaux, etc».

un ensemble juridique à lui seul, il est fondamental d'approfondir la question de la formation de cet instrument privilégié. Aux termes de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, « (l)'expression « traité » s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière »¹⁹⁰ ; la source conventionnelle trouverait donc sa quintessence dans cette formule.

La coutume comme preuve d'une pratique générale et acceptée comme étant le droit constitue avec les traités, l'une des deux sources principales du droit international si ce n'est la principale¹⁹¹. Elle contient un nombre important de règles essentielles au fonctionnement du droit international public¹⁹² à commencer par *pacta sunt servanda*. De plus, elle « fait partie du *droit international général*, c'est-à-dire du droit composé des normes applicables à l'ensemble des sujets de l'ordre juridique international »¹⁹³. La généralité caractérise donc la coutume et ce, malgré l'existence de coutumes régionales ou locales qui s'apparentent davantage à des traités tacites.

La généralité de la coutume décuple son potentiel structurant pour la société internationale. Les normes d'origine coutumière, dès lors qu'elles s'appliquent à l'ensemble des Etats permettent à la société internationale de se doter de règles uniformes, rapprochant ainsi le système international des divers systèmes internes modernes et démocratiques où la loi est la même à l'égard de tous. Le potentiel structurant de la source coutumière¹⁹⁴ n'a pas échappé aux juges des tribunaux pénaux internationaux qui utilisent de manière préférentielle cette source sur les autres.

L'article 38 fait également référence en troisième lieu aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Une fois de plus, il est difficile de savoir précisément ce

¹⁹⁰ Article 2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969.

¹⁹¹ « La coutume a joué un rôle primordial dans la formation du droit international et l'on peut affirmer que celui-ci a eu très longtemps un caractère essentiellement coutumier » in BARBERIS (J.), « Réflexions sur la coutume internationale », *AFDI* 1990, p. 10.

¹⁹² SUR (S.), *La coutume internationale*, Litec, Paris, 1990, p. 4.

¹⁹³ DUPUY (P.M.), *Droit international public*, Dalloz, 6^{ème} édition, Paris, 2002, p. 314.

¹⁹⁴ « Ce qui devient important dans cette « société de l'arme nucléaire », c'est de trouver le moyen juridique d'imposer aux Etats certaines obligations ressenties comme étant essentielles et indispensables, et de faire de surcroît en sorte de les verrouiller contre la tentative des Etats de s'en échapper par un subterfuge ou par un autre. D'où le progrès considérable du droit coutumier comme vecteur de normes générales imposables à tous (...) » in KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 688.

que recouvre cette notion car à l'instar de la source coutumière, elle n'est pas formalisée. En l'absence d'écrit, comment distinguer un principe général de droit d'une règle coutumière ? C'est cette parenté avec la coutume qui a pendant longtemps empêché les principes généraux de droit d'être reconnus comme une source à part entière du droit international.

Concernant la formation des principes généraux de droit, il n'existe pas de processus précis de création contrairement à ce que prévoit la Convention de Vienne sur le droit des traités. De même contrairement à la source coutumière qui fait l'objet d'une définition succincte à l'article 38 b) comme étant une pratique générale acceptée comme étant le droit, les principes généraux de droit sont seulement « reconnus par les nations civilisées ». Cette reconnaissance serait donc la seule indication relative au processus de création des principes généraux de droit et « il semble établi que ces principes sont transposés de divers droits internes »¹⁹⁵.

Les principes généraux de droit concernent en premier lieu les aspects procéduraux du contentieux international tels que l'autorité de la chose jugée et l'égalité des parties. Ils ont également trait au droit de la responsabilité notamment en ce qui concerne la réparation du préjudice subi. Cette source du droit apparaît comme « une source « transitoire » et « récessive » du droit international » dans la mesure où « leur mise en œuvre répétée les transforme en norme coutumière »¹⁹⁶. Des doutes persistent donc encore à propos de l'autonomie des principes généraux de droit en tant que source du droit international.

Les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations sont aux termes de l'article 38 d) des moyens auxiliaires de détermination des règles de droit.

Même en l'absence de hiérarchie entre les sources du droit international, il est possible d'identifier les deux sources principales du droit international public comme étant la coutume et la convention. Le recours des Etats à ces deux types de sources varie et en fonction des époques, c'est tantôt la source conventionnelle qui est privilégiée et tantôt la source coutumière.

Après un tour d'horizon des différentes sources internationales, il faut à présent s'interroger sur la conformité du droit pénal international à ce schéma. Selon Hervé Ascensio, « (i)l est

¹⁹⁵ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 5^{ème} édition, Paris, 2001, p. 106.

¹⁹⁶ DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 6^{ème} édition, p. 353.

évident que les sources formelles du droit utilisées par les Tribunaux Pénaux Internationaux sont exactement les mêmes que celles du droit international général »¹⁹⁷. L'étude des Statuts des juridictions pénales internationales nous permettra de vérifier la véracité de cette affirmation.

§2. Les sources du droit international dans les Statuts des juridictions pénales internationales

Si la source coutumière se trouve au centre des préoccupations ayant conduit à l'adoption des Statuts des TPI (A), les rédacteurs du Statut de Rome ont au contraire cherché à diversifier les sources de droit applicables (B).

A. PREPONDERANCE DE LA SOURCE COUTUMIERE DANS LES STATUTS DES TPI

Lors de la rédaction des Statuts des tribunaux *ad hoc*, un soin particulier a été apporté à la mise en balance des sources du droit international compte tenu du mode autoritaire de création de ces juridictions. Le Conseil de sécurité des Nations Unies qui a imposé à la communauté internationale la création des TPI a voulu faire preuve d'une attitude irréprochable en ce qui concerne les règles de droit applicables et éviter toute contestation qui leur serait relative. Dans cet objectif, la source coutumière s'est imposée d'elle-même.

a) La coutume, source incontournable des règles applicables par le TPIY

Le Secrétaire général dans son rapport sur la création du TPIY considère que « l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige que le Tribunal international applique des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier, de manière que le problème résultant du fait que certains Etats, mais non la totalité d'entre eux, adhèrent à des conventions spécifiques ne se pose pas »¹⁹⁸. Ce rapport tend donc à instaurer, dans le Statut du TPIY, une prépondérance de la source coutumière sur les autres sources du droit international.

¹⁹⁷ ASCENSIO (H.), « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 409.

¹⁹⁸ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité du 3 mai 1993 (S/ 25704), p. 10.

Même si le Secrétaire général constate que le « droit applicable se présente sous forme de règles du droit conventionnel et de règles du droit coutumier »¹⁹⁹, il précise immédiatement qu' « une partie des grands principes du droit humanitaire conventionnel fait partie du droit international coutumier »²⁰⁰ comme pour limiter la portée de sa propre référence au droit conventionnel. Le droit conventionnel fait partie du droit applicable mais seulement dans la mesure où il est également coutumier. La coutume engloberait donc alors la source conventionnelle afin de rendre ses manifestations statutaires acceptables.

Cette tendance englobante de la source coutumière se manifeste également à l'égard du droit interne. Le Tribunal pourrait éventuellement selon certaines suggestions, appliquer le droit interne « dans la mesure où les règles du droit international humanitaire coutumier y sont incorporées »²⁰¹. L'existence de la norme coutumière apparaît une fois encore comme absolument essentielle.

Dans son rapport relatif à la création du TPIY, le Secrétaire général constate que « la partie du droit international humanitaire conventionnel qui est sans aucun doute devenue partie du droit international coutumier est le droit applicable aux conflits armés qui fait l'objet des instruments suivants : les Conventions de Genève du 12 août 1949 pour la protection des victimes de la guerre, etc. »²⁰². L'article 2 du Statut du TPIY fournit une parfaite illustration d'un droit qui est à la fois conventionnel et coutumier puisqu'il s'intitule « Infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 ». De même l'article 4 du Statut relatif au génocide et intitulé « Génocide » reproduit les dispositions pertinentes de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide car cette convention « est considérée aujourd'hui comme faisant partie du droit international coutumier »²⁰³. La CIJ a en effet reconnu le caractère coutumier de cette convention dans son avis consultatif sur les réserves qui y avaient été formulées.

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ *Ibid.* p. 11.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.* p. 13.

Le droit coutumier irrigue donc les articles relatifs à la compétence *ratione materiae* du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie. Déjà en 1992, Prosper Weil notait que la source coutumière connaissait « un regain de vitalité, une nouvelle jeunesse, un second souffle »²⁰⁴.

Dans l'affaire Tadic, la Chambre d'appel du TPIY considère ainsi qu'en ce qui concerne le Statut, « it must be presumed that the Security Council, where it did not explicitly or implicitly depart from general rules of international law, intended to remain within the confines of such rules »²⁰⁵.

Nous constatons toutefois qu'il existe des cas où le statut s'écarte du droit coutumier. Par exemple l'article 5 du statut du TPIY relatif au crime contre l'humanité énonce que « (l) Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants *lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne*, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit etc. (...) » alors que le droit international coutumier n'exige pas que le crime en question ait été commis lors d'un conflit armé²⁰⁶.

Pourtant, il est apparu assez rapidement que les articles des Statuts relatifs aux crimes allaient se révéler insuffisants pour mener à bien la mission des tribunaux. S'il fait une large place à la source coutumière, le Statut du TPIY renferme également des références au droit conventionnel.

L'article 2 du Statut du TPIY donne compétence au Tribunal pour poursuivre les personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre des infractions graves aux conventions de Genève du 12 août 1949. La doctrine était à l'époque divisée à propos de la mention des conventions de Genève dans les statuts des TPI. Cette question a été largement abordée lors des réunions du comité de réflexion sur la création d'un Tribunal Pénal International appelé à juger des crimes commis dans l'Ex-Yougoslavie.

²⁰⁴ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité », *RCADI* 1992 VI, tome 237, p. 161.

²⁰⁵ *Tadic*, 15/07/99, Chambre d'appel, § 287.

²⁰⁶ « As stated above, it is open to the Security Council - subject to respect for peremptory norms of international law (*jus cogens*) - to adopt definitions of crimes in the Statute which deviate from customary international law », *Tadic*, 15/07/99, Chambre d'appel, § 298. « Les crimes contre l'humanité sont dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit et sont interdits qu'ils aient ou non été commis au cours d'un conflit armé de caractère international ou de caractère interne » in Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité du 3 mai 1993 (S/ 25704) p.14.

L'insertion explicite des Conventions de Genève dans le Statut du TPIY permettait de légitimer l'incrimination des crimes de guerre : « Le renvoi explicite à certaines conventions ajouterait à la simple énumération des crimes un élément supplémentaire de légitimité en ce sens que les plus importantes d'entre elles sont largement ratifiées »²⁰⁷. En se référant expressément aux Conventions de Genève, qui ont une valeur coutumière, les rédacteurs du Statut faisaient preuve d'une grande transparence vis-à-vis des Etats. On ne pouvait pas reprocher au Statut de créer des incriminations nouvelles. De plus, en agissant de la sorte, on préservait également une règle fondamentale du droit pénal : *nullum crimen sine lege*.

Alain Pellet, s'il ne conteste pas le caractère coutumier des conventions de Genève, s'opposait quant à lui à l'introduction d'une référence explicite aux Conventions de Genève dans le Statut du TPIY. Le fait d'opérer un renvoi à des conventions préexistantes « risque d'occulter le fait, fondamental, que les crimes dont il s'agit sont punissables indépendamment de la ratification par les Etats concernés de la convention en cause »²⁰⁸. Pour l'auteur, en visant les Conventions de Genève « on affaiblit le caractère universel de l'infraction en laissant entendre que le traité crée le crime ; la conséquence logique en est que, sans convention, pas de crime »²⁰⁹. La « conventionalisation » de l'incrimination constituerait dès lors un précédent dangereux en faisant dépendre la poursuite des criminels de la ratification de tel ou de tel traité par l'Etat dont ils sont ressortissants. De plus, l'article 2 du statut du TPIY constituerait une régression par rapport à l'Accord de Londres de 1949 et à la proclamation de Tokyo de 1946 qui ne faisaient référence à aucun texte particulier.

Malgré l'ensemble de ces critiques, mention des conventions de Genève a bien été faite au sein des statuts des deux tribunaux pénaux internationaux créés par le Conseil de sécurité.

Le rapport du Secrétaire général réintroduit également du droit conventionnel en ce qui concerne les droits de l'accusé²¹⁰ et la possibilité de faire appel d'une condamnation²¹¹ alors

²⁰⁷ Rapport de la commission Truche, p.17-18.

²⁰⁸ PELLET (A.), « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie. Pouvra-t-il être décisif ? » *RGDIP* 1994, p. 23.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ « Il va sans dire que le Tribunal international doit respecter pleinement les normes internationalement reconnues touchant les droits de l'accusé à toutes les phases de l'instance. De l'avis du Secrétaire général, les normes internationalement reconnues sont notamment énumérées à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *Ibid.* p. 28.

²¹¹ « C'est un élément fondamental des droits civils et politiques qui a, notamment, été consacré par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. C'est pourquoi le Secrétaire général propose d'organiser une Chambre de deuxième instance », *Ibid.* p. 31.

que le Secrétaire général y était particulièrement hostile comme nous l'avons vu plus haut à propos de la détermination des crimes entrant dans la compétence du Tribunal. Le droit conventionnel se voit donc accorder un rôle qui n'est pas négligeable dans les Statuts des TPI.

L'article 15 du Statut en tant qu'il prévoit que « les juges du Tribunal international adopteront un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées » consacre le pouvoir des juges de créer le règlement auquel ils seront soumis. Les juges pénaux internationaux élaborent donc au fil des affaires qui leur sont soumises les règles de preuve et de procédure auxquelles ils devront se soumettre. Le Règlement de procédure et de preuve n'est donc pas un document figé, il est soumis à des perpétuelles modifications qui peuvent dans une certaine mesure, porter atteinte au principe de sécurité juridique.

Les juges sont donc, selon cet article, une source de droit. Les juges du TPIR jouissent comme ceux du TPIY d'un pouvoir normatif mais il semble plus réduit dès lors qu'en vertu de l'article 14 du Statut du TPIR, « (l)es juges du Tribunal international pour le Rwanda adopteront, aux fins de la procédure du Tribunal pour le Rwanda, le règlement du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie ». Ils conservent toutefois la possibilité d'y apporter des modifications.

Dans son rapport, le Secrétaire général des Nations Unies considère que « le principe non bis in idem veut que nul ne soit jugé deux fois pour la même infraction »²¹². Nous trouvons donc la première référence à une autre source du droit international public : les principes généraux de droit. Les articles relatifs à la procédure préparatoire, au procès et à la procédure postérieure au procès renferment eux aussi des principes de ce genre. Le Secrétaire général considère en effet que le droit de faire appel est « un élément fondamental des droits civils et politiques »²¹³, c'est-à-dire un principe commun à l'ensemble des droits nationaux. En tout état de cause, le principe général de droit *nullum crimen sine lege* irrigue l'ensemble du Statut.

²¹² *Ibid.* p. 18.

²¹³ *Ibid.* p. 31.

b) Fin de l'orientation coutumière dans le Statut du TPIR

Dans le rapport relatif au statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, la question des sources du droit international n'est pas abordée de la même manière par le Secrétaire général.

Tout d'abord, le Secrétaire général note que « dans le statut du Tribunal international pour le Rwanda, le Conseil de sécurité est allé plus loin que dans celui du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie dans le choix du droit applicable et a inclus dans la compétence *ratione materiae des instruments qui n'étaient pas nécessairement considérés comme faisant partie du droit international coutumier* ou dont la violation n'était pas nécessairement généralement considérée comme engageant la responsabilité pénale individuelle de son auteur »²¹⁴. Le Conseil de sécurité s'est donc, dans une certaine mesure, affranchi du droit coutumier.

En effet, le second Protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif aux conflits armés internes qui n'est pas universellement ratifié et dont on peut douter qu'il revête un quelconque effet obligatoire vis-à-vis des Etats qui n'y sont pas parties, est au nombre des dispositions dont le Tribunal aura à sanctionner les violations²¹⁵. De même, les violations de l'article 3 commun sont érigées pour la première fois en crimes. Theodor Meron considère que l'introduction des violations du Protocole II et la criminalisation des violations de l'article 3 commun revêtent une importance normative considérable²¹⁶.

Passant d'une volonté très forte de ne se référer qu'au droit coutumier à une attitude beaucoup plus souple, le Conseil de sécurité permet ainsi de faire entrer dans la compétence du TPIR des instruments conventionnels « simples » c'est-à-dire ne jouissant pas concurremment d'une valeur coutumière. La nécessité de faire respecter le principe *nullum crimen sine lege* a-t-elle disparu ?

Compte tenu de la nature interne du conflit et du fait que le Rwanda ait ratifié en 1984 les protocoles additionnels aux Conventions de Genève, il est apparu que ce principe ne pouvait

²¹⁴ Rapport présenté par le Secrétaire Général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité du 13 février 1995 (S/1995/134), p. 3-4.

²¹⁵ Voir article 4 du Statut du TPIR.

²¹⁶ MERON (T.), « International Criminalization or Internal Atrocities », *AJIL* 1995, n° 89, p. 559.

pas être violé par l'introduction du Protocole II de 1977 dans le Statut du Tribunal²¹⁷. Tel était pourtant également le cas de la Yougoslavie qui était à la fois partie aux Conventions de Genève et à leurs protocoles additionnels. Pourtant, dans son rapport de 1993, le Secrétaire général considérait, sans réellement expliquer sa position, que le Tribunal devait respecter le principe de légalité car cela semblait « particulièrement important dans le cas d'un tribunal international jugeant des personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire »²¹⁸. C'est la nature internationale du Tribunal qui impliquait que l'on ait recours à une grille des infractions acceptable pour l'ensemble des Etats. Si le Tribunal est international, les crimes qu'il réprime doivent être considérés par l'ensemble des Etats comme tels. Le recours au droit coutumier apparaissait dès lors nécessaire pour s'assurer de la diffusion de la prohibition.

Si c'est réellement la volonté de réprimer des infractions unanimement reconnues qui a dicté le large recours au droit coutumier dans le Statut du TPIY, on comprend difficilement pourquoi cette attitude n'a pas été suivie en ce qui concerne le TPIR. Ce tribunal est tout à fait comparable à son homologue yougoslave ; il a été créé de la même manière et a lui aussi pour mission de juger des personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire. Le fait que les autorités rwandaises elles-mêmes aient sollicité la création d'une juridiction internationale pourrait expliquer en partie ce changement de position du Conseil de sécurité.

En 1993 lors de la création du TPIY, le Secrétaire général soutenait la nécessité d'utiliser les « règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier » afin de respecter le principe *nullum crimen sine lege*. C'est donc dans cette optique la nécessité de respecter un principe général de droit tiré de la convergence des droits nationaux qui impliquait que l'on ait recours au droit coutumier plutôt qu'au droit conventionnel. Une considération de nature pénale - la nécessité que les personnes condamnées aient pu prévoir les conséquences de leurs actes - imposait donc au Conseil de sécurité de préférer la source coutumière. Le Secrétaire général a donc été dans un premier temps guidé par une volonté de protéger les droits des accusés. Il a donc élaboré autour de cet

²¹⁷ « Because Rwanda is a party to both the Geneva Conventions and the Additional Protocols, the customary law character of common Article 3, which has been explicitly recognized by the International Court of Justice, and Protocol II is not an issue here » in MERON (T.), « International Criminalization or Internal Atrocities », *AJIL* 1995, n° 89, p. 561.

²¹⁸ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité du 3 mai 1993 (S/ 25704), p.10.

objectif protecteur et conforme à de nombreux standards nationaux, un ordre de préférence entre les sources internationales. Un individu ne pourra ainsi pas être jugé pour une infraction qui n'est pas reconnue comme telle par l'ensemble des Etats.

Pourtant, en 1995, le Secrétaire général dans son rapport concernant la création du TPIR, ne semble plus suivre le même raisonnement. Son angle d'approche a changé. Alors qu'auparavant, il protégeait les garanties fondamentales grâce à la coutume internationale, il décide en 1995 de totalement évacuer ce type de considérations. Il faut bien admettre que faire respecter le principe de légalité par l'intermédiaire de normes coutumières n'était pas sans ambiguïtés du fait du caractère non écrit de la coutume internationale et partant, du lot d'incertitudes qu'elle véhicule²¹⁹. Les pénalistes sont en général défavorables à l'utilisation de la coutume pour incriminer certains comportements précisément parce qu'elle apparaît comme un support normatif instable et fluctuant difficilement conciliable avec les exigences inhérentes à un procès pénal.

Le Secrétaire général constate comme un progrès le fait de faire référence dans le Statut du TPIR, en plus des prohibitions fermement établies en droit coutumier (génocide et crimes contre l'humanité), aux violations d'instruments purement conventionnels²²⁰. En agissant ainsi, le Conseil de sécurité a, dans un premier temps, momentanément diminué la priorité du droit coutumier en admettant qu'il n'était plus nécessaire de se référer exclusivement à lui, avant de la renforcer. En effet, en érigeant les violations de certains instruments conventionnels en infractions internationales²²¹ le Conseil de sécurité contribue à développer le droit international humanitaire coutumier. Il est aujourd'hui admis que les violations du protocole II font partie du droit coutumier.

Dans son rapport sur le Statut du TPIR, le Secrétaire général ne fait plus allusion au principe de légalité et se place ainsi dans une optique plus internationale. L'objectif du Conseil de

²¹⁹ « Dans le domaine du droit international pénal, la coutume perturbe l'esprit des juristes encore davantage. Allusion est ici faite à l'épineux problème de l'aménagement, voire de la compatibilité, du principe de légalité avec les incertitudes et obscurités qui entourent la « découverte » des règles coutumières » in GRADONI (L.), « L'attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie « régularités » et « règles » », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 25.

²²⁰ « Il convient de noter que, dans le statut du Tribunal international pour le Rwanda, le Conseil de sécurité est allé plus loin que dans celui du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie dans le choix du droit applicable (...) » in Rapport du Secrétaire général de 1995, p. 4.

²²¹ MERON (T.), « International Criminalization or Internal Atrocities », *AJIL* 1995, n° 89, p. 560.

sécurité n'est plus d'utiliser la théorie des sources pour permettre de faire respecter le principe *nullum crimen sine lege* mais pour faire avancer le contenu des prohibitions admises en droit international humanitaire. Le Conseil de sécurité agit alors de manière militante et met la théorie des sources au service du droit international humanitaire. En rééquilibrant la donne, c'est-à-dire en introduisant du droit conventionnel dans le Statut du TPIR, le Conseil de sécurité fait indéniablement évoluer les mécanismes de répression des violations du droit humanitaire commises lors d'un conflit armé non international. Malgré tout, cette correction des forces en puissance ne sera que temporaire dès lors qu'en introduisant le second Protocole additionnel aux Conventions de Genève dans le Statut et en permettant ainsi au tribunal d'en sanctionner concrètement les violations, le Conseil de sécurité lui permet d'acquérir une reconnaissance quasiment universelle qui servira par la suite de fondement à la reconnaissance de son caractère coutumier.

Les travaux ayant permis la rédaction des Statuts des Tribunaux *ad hoc* ainsi que les Statuts eux-mêmes sont donc empreints de références aux sources du droit international. Ils renferment des indications précieuses quant au poids à accorder à chaque source du droit international. Dans le Statut du TPIY, la coutume jouit d'une position privilégiée vis-à-vis des traités internationaux. Cette source a été préférée à d'autres pour permettre au tribunal de mener à bien la tâche qui lui a été confiée. La coutume, de par son aptitude à lier l'ensemble des Etats, présente en effet d'indéniables avantages pour qui voudrait harmoniser une partie du droit international. Il est par conséquent aisé de comprendre que la source coutumière jouisse d'un traitement particulier dans ce Statut. Cette prééminence n'est que momentanément remise en question par l'introduction des violations du Protocole II dans le Statut du TPIR.

Comme nous venons de le constater, le Secrétaire général des Nations unies, lorsqu'il a travaillé à la rédaction du Statut du TPIY a insisté sur la nécessité de respecter le droit international coutumier. Cette exigence n'a pas réellement été suivie concernant le Statut du TPIR qui contient une référence au Protocole additionnel de 1977. Pourtant, il est intéressant de constater que le TPIR, bien qu'il doive poursuivre les personnes responsables des violations de cet instrument s'interroge néanmoins sur sa nature coutumière : « Bien que le Conseil de sécurité ait décidé d'adopter, s'agissant du droit applicable par le Tribunal de céans, une solution nettement plus extensive, que dans le choix de la loi applicable par le TPIY, en y incluant des instruments internationaux, abstraction faite de la question de savoir si lesdits

instruments faisaient partie du droit international coutumier ou si, en droit coutumier, elles engageaient la responsabilité pénale individuelle de l'auteur du crime, de l'avis de la Chambre, il est bon à ce stade de répondre à la question de savoir si l'article 4 du Statut renferme des règles qui, à l'époque où les crimes allégués dans l'Acte d'accusation ont été commis, ne faisaient pas partie du droit international coutumier existant »²²².

Le TPIR décide donc de vérifier que les dispositions du Protocole II qu'il a à appliquer avaient bien une valeur coutumière en 1994, date à laquelle elles ont été violées. Le TPIR conclut que même si le Protocole II n'a pas dans son ensemble valeur coutumière, les dispositions dont il doit faire application ne sont qu'une reprise des dispositions de l'article 3 commun aux Conventions de Genève ayant elles-mêmes valeur coutumière.

En agissant de la sorte, le TPIR affirme son autonomie envers le Statut qui le gouverne ainsi qu'à l'égard du rapport du Secrétaire général qui en constitue une interprétation officielle. La Chambre se réfère en revanche au rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'une juridiction en Ex-Yougoslavie rappelant ainsi l'importance du principe de légalité²²³. La Chambre se sentirait donc davantage liée par le rapport du SGNU sur la création du TPIY que par celui relatif à la création du TPIR.

Ce n'est pas parce que le Conseil de sécurité a décidé d'inclure les violations du second protocole additionnel dans la compétence du Tribunal que ce dernier ne doit pas en apprécier lui-même le caractère coutumier. La nature coutumière des normes appliquées par le Tribunal doit être attestée alors même que le Conseil de sécurité s'en est délibérément affranchi. Concrètement, la Chambre admet que le Protocole dans son ensemble ne fait pas partie du droit coutumier sans que cela ne prive l'article 4 du Statut de toute assise coutumière. En effet, les dispositions du Protocole visées par l'article 4 du Statut reprennent et complètent les garanties fournies par l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ce qui a pour conséquence de conférer aux dispositions du Protocole pertinentes une valeur coutumière par ricochet. Comme l'article 3 commun aux Conventions de Genève a une valeur coutumière et que les dispositions du Protocole II qui entrent dans la compétence *ratione materiae* du TPIR ne font que le détailler, elles présentent les mêmes qualités²²⁴.

²²² Affaire *Akayesu*, Chambre de première instance I, jugement 2/09/1998, § 605.

²²³ Affaire No. ICTR-96-4-A, 2 septembre 1998, Chambre de première instance I, § 605.

²²⁴ *Ibid.* § 610.

Le TPIR lorsqu'il se prononce sur des chefs d'accusation reposant sur des instruments dont il n'est pas certain qu'ils fassent partie du droit coutumier, se détache de son Statut. Le juge refuse d'être le simple exécutant de la politique élaborée par le Conseil de sécurité. Si les dispositions de son article 4 n'avaient pas été issues de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et n'avaient pas ainsi bénéficié de leur valeur coutumière, le juge aurait refusé de prononcer une condamnation sur leur fondement. Le juge affirme de cette manière son autonomie vis-à-vis du Conseil de sécurité.

B. DIVERSITE DES SOURCES INTERNATIONALES DANS LE STATUT DE ROME

Contrairement aux Statuts des Tribunaux *ad hoc*, le traité de Rome contient une disposition relative au droit applicable et qui mentionne diverses sources internationales ; il s'agit de l'article 21.

Joe Verhoeven conteste l'utilité de l'insertion d'une telle clause dans le traité instituant la Cour dans la mesure où elle est censée connaître les règles de droit applicables aux affaires qui lui seront soumises. Il remarque à cet égard que les Statuts de la CJCE, de la CEDH et des TPI ne renferment pas de disposition comparable²²⁵. De plus, les sources du droit international public sont suffisamment connues à l'heure actuelle pour ne pas avoir à s'y référer de nouveau, à moins que l'on souhaite sciemment en écarter certaines²²⁶.

Selon le a) du premier paragraphe de cet article, la Cour doit appliquer en premier lieu son Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve. Ce sont donc le Statut et les autres instruments élaborés à destination des juges qui constituent le socle du droit applicable par la juridiction. Si ces instruments ne permettaient pas aux juges de remplir leur mission, viennent ensuite en b) les « traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés » et à défaut en c) « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime, si ces principes ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les

²²⁵ VERHOEVEN (J.), « Article 21 of the Rome Statute and the ambiguities of applicable law », *Netherlands Yearbook of International Law*, 2002, p. 15.

²²⁶ *Ibid.* p. 21.

règles et normes internationales reconnues ».

Ce sont ces deux derniers passages de l'article 21 qui s'apparentent le plus à l'article 38 du Statut de la CIJ car ils renvoient à plusieurs sources internationales au premier rang desquels figurent les traités « applicables ». Cette référence à la source conventionnelle semble logique dès lors qu'elle a longtemps été considérée comme « la source par excellence du droit international »²²⁷. Rappelons aussi que le Statut de la Cour pénale internationale repose sur un traité international à l'opposé de ceux des TPI. Il est par conséquent logique de rencontrer des références au droit conventionnel plus soutenues dans le Statut de la CPI que dans ceux des TPI. Les différences dans le processus de création des TPI et de la CPI expliquent en partie ce retour en force du modèle conventionnel.

Le Statut se réfère ensuite « aux principes et règles du droit internationaly compris les principes établis du droit international des conflits armés ». Quelle est donc la deuxième source évoquée à l'article 21 ?

La lecture du reste de l'article semble indiquer que les principes visés au b) ne sont pas les principes généraux de droit qui sont quant à eux expressément visés au c). Si ces principes et règles du droit international ne sont pas des principes généraux de droit, peut-il s'agir de la source coutumière ? Pourquoi dans un tel cas ne pas avoir expressément fait référence au droit coutumier ?

Selon Joe Verhoeven, cette rédaction pourrait s'expliquer par une mauvaise habitude de langage dès lors qu'il n'y a pas de doute que les « principes établis du droit international des conflits armés » visent bien des normes coutumières²²⁸. Cette absence de référence directe à la coutume peut être perçue comme une volonté des rédacteurs du Statut de rééquilibrer l'importance à accorder à chaque source du droit international. En ne nommant pas expressément la coutume et en donnant une place d'honneur au droit conventionnel, l'article 21 bouleverse l'ordre de priorité à la source coutumière que les TPI avaient établi.

À défaut d'avoir pu appliquer son Statut, les éléments de crimes, le RPP, les traités

²²⁷ WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité », *RCADI* 1992 VI, tome 237, p. 160.

²²⁸ VERHOEVEN (J.), « Article 21 of the Rome Statute and the ambiguities of applicable law », *Netherlands Yearbook of International Law*, 2002, p. 8.

applicables ou les principes et règles du droit international, l'article 21 §1, c) prévoit que le juge applique les « principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des Etats sous la juridiction desquels tomberaient normalement le crime ». Le Statut introduit donc la possibilité pour les juges de se fonder sur la loi nationale qui aurait été applicable si la CPI n'avait pas exercé sa compétence, pour connaître du crime afin de dégager les principes généraux du droit qu'il pourra appliquer par la suite. Cette disposition permet d'apporter de la flexibilité au contenu des principes généraux du droit et de les ajuster au cas d'espèce. Il semble en effet tout à fait essentiel qu'une juridiction à vocation mondiale puisse, dans une certaine mesure, prendre en compte les particularismes nationaux.

L'article 8 du Statut de la CPI fait comme les Statuts des Tribunaux *ad hoc* expressément référence aux Conventions de Genève. Cet article relatif aux crimes de guerre qui donne compétence à la Cour propose, après avoir formellement fait mention des infractions graves aux conventions de Genève et aux violations graves de l'article 3 commun²²⁹, une définition « par liste » du crime de guerre. Cette manière de procéder a fait l'objet de vives critiques : l'énumération des crimes affaiblirait la notion de crime de guerre et serait susceptible de réduire la compétence de la Cour. La prétention de l'article 8 à l'exhaustivité pourrait empêcher la juridiction de juger un crime s'il n'est pas prévu au sein de cette liste.

Pourtant, force est de constater que le crime de guerre n'est pas une notion uniforme et peut difficilement être défini. C'est par l'exemple que l'on définit le crime de guerre. Pourquoi critiquer l'utilisation d'un système de liste alors même que les conventions de Genève et leurs protocoles additionnels procèdent de la sorte ? Le crime de guerre n'est pas une notion abstraite à vocation générale comme pourrait l'être le crime de génocide. On ne peut pas aborder la question du crime de guerre sans se référer aux conventions de Genève et à leurs protocoles additionnels. Ils établissent une sorte de code pénal, l'aspect répressif en moins. Ils listent des comportements à suivre (environ 600) qui, *a contrario*, fournissent une base de compétence pour juger les personnes qui les enfreignent. L'article 8 incrimine également en cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international les violations graves de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. En revanche, les violations du second

²²⁹ Mais pas des protocoles additionnels.

Protocole additionnel qui étaient visées dans le Statut du TPIR ne sont pas sanctionnées à l'article 8.

Le Statut de la CPI comprend aussi certaines références aux actes unilatéraux de l'ONU et plus particulièrement aux décisions du Conseil de sécurité prises en vertu du Chapitre VII. L'article 13 b) prévoit en effet que la Cour peut exercer sa compétence à l'égard d'un crime si une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis a été déférée au Procureur par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII. L'article 16 du Statut fait également référence à une décision de ce genre concernant le sursis à enquêter ou à poursuivre.

En comparaison au pouvoir normatif dont les juges des TPI disposaient à l'égard de leur Règlement de procédure et de preuve, celui des juges de la CPI se trouve largement amoindri. En effet, aux termes de l'article 51 du Statut de Rome, ce ne sont plus les juges eux-mêmes qui adoptent le RPP mais bien l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome. Certes, les juges conservent la possibilité de proposer des amendements au RPP mais d'une part, ces amendements doivent ensuite être adoptés à la majorité des deux tiers de l'Assemblée des Etats parties et d'autre part, les juges sont désormais concurrencés dans cette prérogative d'amendement par tout Etat partie et surtout par le Procureur. L'article 14 préserve néanmoins la possibilité pour les juges d'établir des règles provisoires « dans les cas urgents où la situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement ». Ces règles s'appliqueront jusqu'à ce que l'Assemblée des Etats Parties les adopte, les modifie ou les rejette.

En revanche, en vertu de l'article 52 du Statut de Rome, les juges adoptent à la majorité absolue le Règlement de la CPI, document dont les Tribunaux *ad hoc* n'étaient pas dotés. Le Règlement de la Cour comprend un certain nombre de normes relatives à la composition et à l'administration de la Cour, à la procédure devant la Cour, à la détention, à la participation des victimes ainsi qu'à leur réparation, à la coopération, etc. Par ce biais, les juges de la CPI exercent un certain pouvoir normatif, même s'il est incomparable avec celui dont les TPI jouissent.

Il est également intéressant de constater que le Statut de la CPI ne fait pas seulement référence aux sources du droit international public. En effet, le Statut comprend un chapitre III intitulé :

« Principes généraux du droit pénal » comprenant 12 articles respectivement relatifs au principe *nullum crimen sine lege*, à *nulla poena sine lege*, au principe de non rétroactivité, à la responsabilité pénale individuelle, à l'incompétence de la Cour vis-à-vis des mineurs de 18 ans, au défaut de pertinence de la qualité officielle, à la responsabilité des chefs militaires et autres supérieurs hiérarchiques, à l'imprescriptibilité, à l'état psychologique de l'accusé, aux motifs d'exonération de la responsabilité pénale, à l'erreur de fait ou de droit et enfin à l'ordre hiérarchique. Le principe *ne bis in idem* est quant à lui étrangement exclu du chapitre III pour intégrer le Chapitre II intitulé : « Compétence, recevabilité et droit applicable ».

Quelle est la portée de cette référence inédite aux principes généraux de droit pénal ? Cette référence n'est-elle pas susceptible d'écarter le juge de la CPI du champ droit international public ? Ce dernier n'est plus amené à utiliser uniquement les sources du droit international mais également les sources du droit pénal. La Cour pénale internationale s'affirme davantage que les TPI comme une juridiction pénale. Toutefois, il ne faut pas surestimer cette référence aux principes généraux du droit pénal car par l'intermédiaire des principes généraux de droit, les TPI avaient également introduit dans leurs standards de référence des principes pénaux issus des divers droits internes.

Il ressort donc clairement de l'étude des Statuts des juridictions pénales internationales que le droit pénal international et le droit international public partagent les mêmes sources. D'ailleurs, dans l'affaire Kupreskic, la Chambre de première instance du TPIY déclare : « International par nature et appliquant le droit international *principaliter*, le Tribunal ne peut que se fonder sur les sources bien établies de droit international »²³⁰. De même, dans l'affaire Aleksovski, la Chambre d'appel se réfère aux « sources usuelles » du droit international²³¹. Le TPIY a donc clairement pris note de la volonté des rédacteurs du Statut de fonder le droit pénal international à partir des sources du droit international public.

Si d'un point de vue structurel les juridictions pénales internationales semblent faire partie intégrante de l'ordre juridique international, il convient à présent d'étudier les rapports directs qu'elles entretiennent avec le droit international public. Ces juridictions cherchent-elles à ancrer leur raisonnement dans le droit international public ?

²³⁰ Affaire *Kupreskic*, Chambre de première instance, 14/01/2000, § 540.

²³¹ Affaire *Aleksovski*, Chambre d'appel, 30/05/2001, Arrêt relatif à l'appel de la décision portant condamnation pour outrage au tribunal interjeté par Anto Nobile, §30.

CHAPITRE II

L'ANCRAGE JURIDIQUE

Après avoir pris conscience du rôle fondamental joué par le droit international public dans la création des juridictions pénales internationales, nous constatons également que le juge pénal international exerce sa mission dans le respect des règles internationales. Voici en effet la manière dont le juge Cassese conçoit la mission du TPIY : « Ce Tribunal international a pour mission d'appliquer le droit international et notamment notre Statut, ainsi que les principes et les règles du droit international humanitaire et du droit pénal international. Notre Tribunal international est une Cour de justice ; il n'est tenu que par le droit international »²³². Ce passage manifeste une volonté évidente de la part des juges du TPIY d'inscrire leur mission dans le cadre du droit international public.

Il convient à présent d'examiner la manière dont le juge pénal international insère son raisonnement dans l'ordre juridique international. Par diverses techniques, les juridictions pénales internationales vont afficher leur attachement au droit international public. C'est notamment en utilisant des concepts de droit international public que le juge pénal international semble mettre en œuvre ce dernier. Parce qu'il applique des règles directement issues du droit international public, le juge pénal international affirme son appartenance à l'ordre juridique international.

Comme le juge pénal international applique certaines règles internationales pour mener à bien sa mission, notamment les règles relatives au droit des conflits armés, toute son activité semble naturellement se rapporter à l'application du droit international public (Section I). Il étaye également son raisonnement en utilisant des méthodes et des concepts propres au droit international public (Section II).

²³² Affaire *Erdemovic*, Chambre d'appel, opinion individuelle et dissidente de Mr le Juge Cassese, 7/10/1997, § 11.

SECTION I : LE JUGE APPLIQUE CERTAINES RÈGLES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

C'est en premier lieu par le droit qu'il applique que le juge pénal international affirme son appartenance à l'ordre juridique international. En effet, comme le constate Hervé Ascensio, les TPI se « sentent investis d'une mission bien davantage liée au droit international général qu'à une branche du droit spécialisée et close sur elle-même »²³³. À cet égard, ils ne craignent d'ailleurs pas « de se placer au même niveau que la CIJ »²³⁴.

Le juge pénal international applique donc le droit international public pour mener à bien sa mission. Il est fréquemment conduit à se prononcer sur des concepts et questions clés du droit international public (A) ainsi que sur des questions plus particulières liées à la conduite des hostilités (B).

§ 1. Les règles de droit international public à caractère général

En vertu de leur mode de création, les juridictions pénales internationales sont autorisées à appliquer le droit international public. Elles se prononcent donc sur des notions fondamentales du droit international public au nombre desquelles la souveraineté des Etats (A). Le droit de la responsabilité internationale fait également l'objet d'une certaine application par les juridictions pénales internationales (B).

A. LE CONCEPT DE SOUVERAINETE ETATIQUE

Le juge pénal international dans sa volonté d'ancrer le droit pénal international au droit international public, détermine les actes pouvant ou non porter atteinte à la souveraineté étatique avant de se livrer à des observations plus générales sur ce concept.

²³³ ASCENSIO (H.), « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 407.

²³⁴ *Ibid.*

a) Atteintes possibles à la souveraineté

Le TPIY a eu l'occasion d'aborder sous divers angles cette question fondamentale du droit des relations interétatiques. En s'interrogeant sur les contours de la souveraineté étatique et sur ce qui en constitue ou non une violation, le TPIY affiche son intention d'appliquer le droit international public.

Le respect de la souveraineté étatique constitue une règle fondamentale du droit international public. Le droit international public repose en effet entièrement sur le fait que les Etats sont également souverains. L'article 2 § 1 de la Charte des Nations unies précise en effet que l'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres. L'ensemble du droit international est construit autour du principe de l'égalité souveraine des Etats. Même s'il est très difficile de définir le concept de souveraineté étatique, la doctrine s'accorde sur le fait que sur la scène internationale, la souveraineté signifie l'indépendance. D'un point de vue interne, l'indépendance signifie que l'Etat exerce l'ensemble des compétences territoriales et personnelles et que chaque Etat est ainsi libre de choisir son organisation politique, économique et sociale. L'indépendance sur la scène interne et internationale constitue donc le cœur de la souveraineté. A ce titre, les Etats ne sont soumis à aucune autorité internationale et ne peuvent se voir imposer des règles de droit auxquelles ils n'auraient pas consenti. Le principe de la souveraineté étatique n'empêche pas la création d'un droit international dont les règles sont le fruit de la volonté des acteurs étatiques. C'est la nécessité de respecter la souveraineté des Etats qui a façonné la théorie des sources internationales et donc, les modalités de conclusion des traités internationaux et de constatation des règles coutumières.

En se positionnant sur des questions relatives à la souveraineté des Etats, le TPIY affirme son appartenance à l'ordre juridique international. Lors de l'examen de sa toute première affaire, le TPIY a immédiatement dû répondre à une question de droit international public pur : quels sont les titulaires du droit d'invoquer une violation du droit international public ?

La Défense avait choisi de se situer sur le terrain du droit international public pour soutenir l'incompétence du tribunal. Selon Dusko Tadic, la primauté de compétence attribuée au TPIY était illégale car, selon lui, aucun Etat ne peut s'attribuer la compétence de poursuivre des crimes commis sur le territoire d'un autre Etat, à moins d'un intérêt universel « justifié par un

traité ou le droit international coutumier ou une *opinio juris* sur la question »²³⁵. Dusko Tadic soutenait que le TPIY s’immisçait dans un domaine relevant essentiellement de la compétence interne des Etats.

La Chambre de première instance ne fait pas droit aux arguments de l’accusé sur ce point estimant que « l’accusé n’étant pas un Etat, manque de locus standi pour soulever la question de la primauté » car il s’agit d’ « un argument que seul un Etat peut invoquer ou auquel il peut seul renoncer et un droit dans le cadre duquel, clairement, l’accusé ne peut pas se substituer à l’Etat »²³⁶. Le TPIY a donc refusé à l’accusé, en première instance, le droit d’invoquer une violation du droit international public car seuls les sujets de droit international jouissent de cette faculté.

La Chambre d’appel va pourtant infirmer cette solution quelques mois plus tard afin de garantir à l’accusé le droit à « une défense totale »²³⁷ au nom d’une mutation du concept de la souveraineté internationale. En autorisant de simples personnes physiques à invoquer une violation de la souveraineté étatique, le juge pénal international affirme sa capacité à interpréter et à appliquer le droit international public.

Pourtant, même si Dusko Tadic peut invoquer une violation de la souveraineté étatique, il ne parvient pas à démontrer en quoi cette violation est caractérisée par l’instauration d’un principe de primauté au profit du Tribunal international. Cette affaire a conduit le TPIY à s’interroger sur le fait que sa création ait pu violer la souveraineté de la Bosnie-Herzégovine. La Cour d’appel rappelle que le TPIY a été créé par le Conseil de sécurité des Nations Unies sur la base du Chapitre VII et que ce type de résolutions s’impose à l’ensemble des Etats membres de la Communauté internationale. De plus, la Chambre constate que la République de Bosnie-Herzégovine n’a pas contesté la compétence du Tribunal international et qu’elle en a même à diverses reprises approuvé la création. Le Président de la République de Bosnie-Herzégovine a adressé une lettre au Secrétaire Général des Nations Unies le 10 août 1992 et la Bosnie-Herzégovine a adopté, à la demande du TPIY, un décret-loi sur le déferrement. La Chambre d’appel prend également soin de préciser que la République fédérale d’Allemagne

²³⁵ Mémoire de la Défense en première instance, par. 6.2.

²³⁶ Affaire *Tadic*, Chambre de première instance, Décision relative à l’exception préjudicielle d’incompétence soulevée par la Défense, 10/08/1995, § 41.

²³⁷ Affaire *Tadic*, Chambre d’appel, Arrêt relatif à l’appel de la Défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, 2/10/1995, § 55.

qui a procédé à l'arrestation de l'accusé, coopère également avec le TPIY. En affirmant que cet Etat coopère de manière publique avec lui, le TPIY affirme indirectement ne pas porter atteinte à sa souveraineté.

De manière plus ponctuelle, le TPIY est également appelé à se prononcer sur des éventuelles atteintes à la souveraineté étatique. Dans l'affaire Nikolic, le TPIY a déclaré que « la participation manifeste d'un État à un enlèvement forcé peut soulever de graves questions quant au respect de la souveraineté de l'État lésé »²³⁸. Ce sera particulièrement le cas si les deux Etats étaient liés par des traités d'extradition et que l'État lésé proteste et demande le retransfèrement de la personne enlevée. Dans cette affaire, l'accusé avait été enlevé par des personnes privées avant d'être remis à la SFOR puis transféré au Tribunal. Il soulevait donc une exception d'incompétence du Tribunal à son égard en raison d'une violation de la souveraineté de la RFY. Cette violation de la souveraineté de la RFY justifierait que le TPIY refuse d'exercer sa compétence *ratione personae*. Toutefois, la Chambre de première instance ne considère pas qu'en l'espèce la souveraineté de l'Etat ait été violée. En effet, ce qui pouvait être perçu comme une atteinte à la souveraineté entre deux Etats juridiquement égaux et souverains cesse de l'être en présence d'une juridiction internationale qui obéit, non pas à un Etat, mais à la Communauté internationale.

Le TPIY s'est également prononcé sur la question de savoir si la RFY possédait la qualité de membre des Nations Unies entre 1992 et 2000. Cette question purement internationale a été tranchée de manière positive dans l'affaire Milutinovic²³⁹.

Au delà de ces exemples bien précis, le TPIY s'est également livré à des observations de nature plus générale sur le concept de souveraineté.

b) Discussion générale sur le thème de la souveraineté

Toujours dans l'affaire Tadic relative à l'exception d'incompétence, la Chambre d'appel constate que le caractère des crimes reprochés à l'accusé « ne touchent pas les intérêts d'un

²³⁸ Affaire Nikolic, Décision relative à l'exception d'incompétence du tribunal soulevée par la défense, Chambre de première instance II, 9/10/2002, § 99.

²³⁹ Affaire Milutinovic et consorts, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre de première instance, 6/05/2003.

seul Etat mais heurtent la conscience universelle »²⁴⁰. Ce type d'argument vise à dépasser la souveraineté étatique comme mode d'organisation de la société internationale. En plaçant la conscience universelle au centre de son raisonnement, le juge minimise l'atteinte qui pourrait être portée à la souveraineté étatique. Cette attitude n'est pas anodine lorsque l'on analyse les rapports qu'entretient le juge pénal international à l'égard du droit international public.

Particulièrement confiant quant à son aptitude à appliquer le droit international public, le TPIY se livre même à des réflexions de nature générale sur le concept de souveraineté internationale. Dans l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel du TPIY considère en effet que « (l)a souveraineté était autrefois un attribut sacro-saint et inattaquable de l'Etat mais ce concept a récemment souffert d'une érosion progressive sous l'influence des forces plus libérales actives dans les sociétés démocratiques, en particulier dans le domaine des droits de l'homme »²⁴¹. De plus, « (c)e serait une parodie du droit et une trahison du besoin universel de justice si le concept de la souveraineté de l'Etat pouvait être soulevé avec succès à l'encontre des droits de l'homme »²⁴². Toujours dans la même affaire la Chambre d'appel du TPIY remarque que « (u)ne approche axée sur la souveraineté de l'Etat a été progressivement supplantée par une approche axée sur les droits de l'homme »²⁴³.

Le juge pénal international adopte une vision très progressiste de la notion de souveraineté qui lui permettra, par la suite, de développer les règles du droit pénal international. En affirmant que le concept de souveraineté est en pleine mutation, le juge amorce en réalité un raisonnement qui lui permettra de faire évoluer le droit international. Se prononcer de la sorte sur des évolutions en cours, c'est aussi, d'une certaine manière, tenter d'influencer la perception qui s'en dégage effectivement. Le juge pénal international fournit donc une lecture des transformations de la société internationale. Cette lecture qui semble proposée de manière tout à fait objective n'est pourtant pas dénuée d'arrière-pensées. C'est en façonnant une vision évolutive de la souveraineté étatique et du droit international en général que le juge pénal international pourra par la suite, tenter de modifier et de développer certaines notions.

²⁴⁰ *Ibid.*, § 57.

²⁴¹ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2/10/1995, § 55.

²⁴² *Ibid.*, § 58.

²⁴³ *Ibid.*, § 99. Nous ne partageons pas cette analyse de la mutation du concept de souveraineté, voire de sa disparition au profit de l'idéologie des droits de l'homme. Les droits de l'homme se sont construits et ont avant tout prospéré au sein d'Etats exerçant une souveraineté, interne et internationale. La consécration des droits de l'homme au niveau international ne peut pas remplacer la notion de souveraineté. Les droits de l'homme progressent et se développent au sein des Etats qui sont et demeurent souverains.

À travers ces exemples, nous voyons que le TPIY n'hésite pas à se prononcer sur des questions de droit international public « général ». Décrivant les évolutions du concept de souveraineté et identifiant même certaines des atteintes qui pourraient lui être portées, le Tribunal s'affirme comme un véritable juge international, apte à se prononcer sur des questions fondamentales du droit international public. C'est également en poursuivant cet objectif que le TPIY met en œuvre certaines règles du droit de la responsabilité étatique.

B. APPLICATION VARIABLE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE ETATIQUE

S'il se réfère au droit de la responsabilité étatique dans l'affaire Tadic, le TPIY s'écarte néanmoins de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice sur la question. Le TPIR ne semble quant à lui pas réellement enclin à appliquer des notions de droit international général.

a) Modification du critère d'imputabilité établi par la CIJ

C'est à l'occasion de l'affaire Tadic que le TPIY a fait une autre application remarquée d'un autre concept du droit international public : celui de la responsabilité internationale. Afin d'identifier les règles pertinentes du droit international humanitaire applicables aux victimes des serbes de Bosnie, le TPIY a dû déterminer la nature du conflit armé qui a secoué la région. Ce conflit était-il interne ou international ?

Les actes pour lesquels Dusko Tadic était inculpé se sont déroulés lors du conflit en République de Bosnie-Herzégovine. Les victimes dans les camps d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje étaient au pouvoir des forces armées et des autorités de la *Republika Srpska* (la République des serbes de Bosnie), mais pouvait-on considérer qu'elles étaient des personnes protégées au sens de la Convention de Genève ? Pour se faire, il faudrait que les forces armées de la *Republika Srpska* soient considérées comme des organes ou des agents *de facto* du Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (RFY).

Selon le TPIY, « (l) a qualité de "personnes protégées" de ces victimes dépend de la date à laquelle elles sont tombées au pouvoir des forces occupantes. Le moment exact auquel une

personne ou une région tombe au pouvoir d'une partie à un conflit dépend du fait que cette partie exerce un contrôle effectif sur un territoire »²⁴⁴.

Un problème de droit international pur devait donc être tranché par le TPIY : la RFY pouvait-elle se voir imputer les actes des serbes de Bosnie ?

En droit international public, les Etats ne sont pas responsables du fait des particuliers, sauf si ces derniers bénéficient du statut d'organe de l'Etat. Le TPIY remarque pourtant qu' « en droit international coutumier, les actes des personnes, groupes ou organisations peuvent être imputés à un État lorsqu'ils agissent en tant qu'organes ou agents *de facto* de cet État »²⁴⁵. Le TPIY se trouve donc face à un « problème particulier de l'application des principes généraux du droit international relatifs à la responsabilité de l'État pour des organes ou agents *de facto* aux circonstances spécifiques de forces rebelles menant un combat en apparence interne contre le gouvernement reconnu d'un État, mais dépendant du soutien d'une puissance étrangère dans la continuation de ce conflit »²⁴⁶.

Consciente du caractère général de la question posée, la Chambre de première instance du TPIY se réfère immédiatement à l'arrêt des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci rendu par la Cour internationale de justice en 1986 relatif à la responsabilité de l'Etat. Ne pouvant retenir en vertu du critère développé dans cet arrêt l'imputabilité des actes des forces armées de la *RepublikaSrpska* à la RFY, la Chambre acquitte l'accusé des charges pesant contre lui au titre de l'article 2 du Statut du TPIY.

En appel, le Procureur conteste la validité de ce raisonnement et invite la Chambre d'appel à ne pas baser son raisonnement uniquement sur l'affaire Nicaragua. La Chambre d'appel du TPIY va donc procéder à une analyse détaillée et approfondie des critères d'imputabilité de la responsabilité internationale et en dernier lieu, refuser d'appliquer le critère établi par la CIJ. Il est tout à fait intéressant de noter que sur ce point de droit international public « pur », la Chambre d'appel n'a pas hésité à invalider le raisonnement de la Chambre de première instance. En effet, selon la Chambre d'appel, « (i)n the case at issue, given that the Bosnian Serb armed forces constituted a "military organization", the control of the FRY authorities

²⁴⁴ Affaire Tadic, 1^{ère} instance, 7 mai 1997, § 580.

²⁴⁵ *Ibid.* § 584.

²⁴⁶ *Ibid.* § 585.

over these armed forces required by international law for considering the armed conflict to be international was *overall control* going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of military operations. By contrast, international rules do not require that such control should extend to the issuance of specific orders or instructions relating to single military actions, whether or not such actions were contrary to international humanitarian law »²⁴⁷.

Non seulement le juge pénal international applique des règles considérées comme des règles de droit international « pur » mais lorsqu'il le fait, il n'hésite pas à s'écarter des solutions élaborées par la CIJ. Le juge pénal international affirme par conséquent sa capacité et sa légitimité à appliquer des règles de droit international général. Tout en recourant à des concepts propres au droit international général, le TPIY affirme sa capacité à raisonner en dehors des prescriptions de la CIJ.

Dans l'affaire Nikolic²⁴⁸, la Chambre de première instance utilise le projet d'articles de la Commission du droit international sur la question de la « Responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite » pour déterminer si l'enlèvement par des personnes privées de l'accusé Nikolic pouvait être imputable à la SFOR qui l'a ensuite transféré au TPIY. Même si la Chambre reconnaît expressément que l'application de cet instrument à une force multinationale n'est pas tout à fait pertinente, il est intéressant de noter que le TPIY cherche à se référer au droit de la responsabilité étatique et donc au droit international public pour trancher cette question.

Le TPIY agit donc de manière quelque peu contradictoire : lorsqu'une question d'imputation des actes d'entités paramilitaires à un Etat se pose, il modifie le critère dégagé par la CIJ mais lorsque a priori, aucune règle internationale ne le lie dans l'hypothèse de la SFOR, il décide de recourir à un document formalisant des règles coutumières internationales.

En tout état de cause, même lorsque le TPIY décide de ne pas appliquer le critère dégagé par la CIJ, il ne s'écarte pas du droit international public mais de la lecture qu'en donne l'organe

²⁴⁷ Le Procureur c/ Dusko Tadic, affaire n° IT-94-1-A, Arrêt, 15 juillet 1999, § 145.

²⁴⁸ Affaire Nikolic, Décision relative à l'exception d'incompétence du tribunal soulevée par la défense, Chambre de première instance II, 9/10/2002, § 60.

judiciaire principal des Nations Unies. Dans les deux cas, la volonté de se référer au droit international public est finalement évidente, ce qui n'est pas forcément le cas du TPIR.

b) Attitude différenciée du TPIR

En ce qui concerne l'application des règles générales du droit international public, nous pouvons constater certaines différences entre le TPIY et le TPIR. Alors que le TPIY met fréquemment en œuvre des règles internationales à caractère général, le TPIR semble moins actif dans cette démarche, comme s'il cherchait avant tout à se concentrer sur son activité pénale. Les jugements et arrêts du TPIY paraissent en effet souvent plus empreints de références au droit international que ceux du TPIR. Ces derniers présentent en effet un aspect plus technique.

C'est sans doute le caractère interne du conflit rwandais qui explique que le TPIR recoure moins que le TPIY aux notions fondamentales du droit international public. En effet, le génocide qui a provoqué la création du TPIR s'est exclusivement déroulé sur le territoire rwandais, sans que le pays ne connaisse de phénomène de dislocation. Malgré l'existence de deux communautés fortement clivées au Rwanda – les hutus et les tutsis – aucune tentative de sécession n'a été entreprise et les frontières de l'Etat rwandais sont demeurées stables tout au long de la période de trouble. De plus, ce sont les autorités rwandaises elles-mêmes qui ont sollicité la création d'un tribunal pénal international pour réprimer les auteurs du génocide. Le caractère volontaire de cette démarche a donc naturellement limité les contestations basées sur une violation de la souveraineté étatique rwandaise. La stabilité des institutions rwandaises ainsi que leur volonté d'accueillir un tribunal international ont donc contribué à désamorcer les questions internationales d'ordre général qui se sont posées lors de la création du TPIY.

Contrairement à l'article 1 du Statut du TPIY qui donne compétence au Tribunal pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, l'article premier du Statut du TPIR habilite le Tribunal à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994.

La compétence du TPIR est plus réduite que celle du TPIY et limite donc l'apparition de questions liées au respect de la souveraineté étatique ou à la mise en jeu de la responsabilité internationale d'un Etat. Tout d'abord, la compétence *ratione temporis* du TPIR est extrêmement succincte – une année - par rapport à celle du TPIY, totalement ouverte à partir de 1991²⁴⁹. De plus, le Statut du TPIR limite la poursuite des auteurs de violations graves du droit international humanitaire hors des frontières rwandaises, aux seuls ressortissants de nationalité rwandaise, désamorçant ainsi de manière anticipée toute exception d'incompétence du Tribunal. *A contrario*, aucune limitation liée à la nationalité des responsables ne figure dans le Statut du TPIY. Sans réelle dimension internationale, le conflit rwandais ne se prêtait donc pas à des développements sur les fonctions et les concepts essentiels du droit international.

Le TPIR s'avère par conséquent moins disposé que le TPIY à ancrer son raisonnement dans le droit international public. Pour l'heure, il est encore trop tôt pour dresser un bilan de la pratique de la CPI dans ce domaine. Le caractère extrêmement ouvert de sa compétence pourrait favoriser à première vue les questionnements relatifs au droit international public « pur ». Pourtant, comme nous le verrons plus avant, la Cour pénale internationale se distinguera sur ce point des juridictions qui l'ont précédée en se focalisant avant tout sur sa dominante pénale. Dans la mesure où la Cour pénale internationale est susceptible de juger des individus liés à de très nombreux conflits armés internes et internationaux, elle se transformerait en juge mondial si elle se prononçait sur des questions liées à la souveraineté des Etats impliqués dans ces conflits. Or, tel n'est absolument pas l'objectif poursuivi par les créateurs de la CPI qui ont exclusivement souhaité mettre en place une juridiction de nature pénale. Pour préserver sa crédibilité mais également pour que les Etats coopèrent avec elle dans la poursuite des criminels, la CPI se doit de rester en retrait sur les questions de droit international général qui pourraient surgir lors de la poursuite d'un individu.

Même si seul le TPIY applique des règles générales du droit international public, les juridictions pénales internationales dans leur ensemble appliquent les règles issues du droit des conflits armés.

²⁴⁹ C'est l'absence de limite temporelle dans le Statut du TPIY qui a permis au Tribunal de poursuivre certains individus pour des faits liés à la guerre du Kosovo.

§ 2. Le droit international humanitaire

En appliquant le droit international humanitaire, le juge pénal international, et tout particulièrement le TPIY, affirme sa capacité à interpréter et à appliquer le droit international (A). La répression des violations du droit international humanitaire inscrit ainsi le juge pénal international dans l'ordre juridique international (B).

A. IMPORTANCE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE DANS LA MISSION DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES

Le droit international humanitaire constitue la branche du droit international public autour de laquelle la mission des juridictions pénales *ad hoc* s'articule. L'étendue exacte du droit international humanitaire devra toutefois être précisée compte tenu de la présence dans les Statuts des juridictions pénales internationales d'infractions telles que le crime contre l'humanité ou le génocide.

a) Caractère profondément international du droit humanitaire

Admis jusque récemment, le recours à la force est apparu pendant des siècles comme un attribut fondamental de la souveraineté étatique et donc comme une prérogative essentielle du droit des gens. En effet, « (l) a relation belliqueuse étant l'une des plus naturelles entre les peuples, l'idée d'en réglementer les conditions d'exercice est très ancienne »²⁵⁰. C'est pourquoi les Etats se sont dotés d'un corps de règles adapté à ces situations, le *jus in bello* ou encore droit de la guerre. Ce corps de droit vise à réglementer la manière dont deux ou plusieurs Etats vont mener leur conflit. Les guerres civiles n'étaient pas soumises à ce corps de règles car la théorie de la souveraineté de l'Etat s'y opposait.

Il s'agit donc de l'une des branches les plus anciennes du droit international public et comme le remarque le Professeur Dupuy, « le droit international s'est longtemps partiellement confondu avec le droit de la guerre »²⁵¹. En effet, en raison de son caractère archaïque, le système international s'est donc longtemps limité à réglementer des questions d'une grande

²⁵⁰ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2002, p. 608.

²⁵¹ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 2006, p. 650.

envergure.

Un droit applicable aux opérations militaires a donc vu le jour avant de tendre vers un objectif global de limitation de l'impact humain. D'un point de vue terminologique, « (o)n est ainsi passé du droit de la guerre à celui des conflits armés, lui-même indissociable de l'affermissement et du développement du droit humanitaire »²⁵². En dépit de l'interdiction générale du recours à la force, les conflits armés n'ont pas pour autant disparu, justifiant ainsi le maintien et le développement des règles protectrices.

Le droit international humanitaire dont les juges pénaux internationaux doivent sanctionner les violations dérive donc clairement du droit de la guerre qui a constitué pendant une très longue période la partie la plus fondamentale du droit international public. Selon Geoffrey Best, le droit international public serait même plus connu sous le nom de droit international de la paix, de la guerre et de la neutralité²⁵³.

Le droit international humanitaire désigne « les normes destinées à la protection de l'être humain en période de conflit armé, normes qui se décomposent en règles sur la licéité des méthodes et moyens de la guerre et en règles portant sur le traitement et la protection des personnes affectées par les combats »²⁵⁴. On désigne par droit de la Haye la première catégorie de règles et par droit de Genève, la seconde mais « (c)es deux branches du droit applicable dans les conflits armés ont développé des rapports si étroits qu'elles sont regardées comme ayant fondé graduellement un seul système complexe, qu'on appelle aujourd'hui droit international humanitaire. Les dispositions des protocoles additionnels de 1977 expriment et attestent l'unité et la complexité de ce droit »²⁵⁵.

Le droit international humanitaire est défini par le Comité international de la Croix-Rouge comme un ensemble de règles qui, pour des raisons humanitaires, cherche à limiter les effets des conflits armés en protégeant les personnes qui ne participent pas ou plus aux combats et en restreignant les moyens et méthodes de guerre²⁵⁶. Cette branche du droit vise « à la

²⁵² DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 2006, p. 651.

²⁵³ BEST (G.), *War and Law since 1945*, Clarendon Press, 1994, p. 9.

²⁵⁴ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 385.

²⁵⁵ CIJ, avis consultatif, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juillet 1996, § 75, Rec. CIJ p. 256.

²⁵⁶ « Ce terme a d'abord été promu par le CICR dans les années 1950. C'était compréhensible, car le Comité avait à veiller à l'application des Conventions de Genève qui, par leur optique de protection des victimes des

protection de la personne humaine en tant que victime potentielle d'une situation de violence surgissant d'un conflit armé, international ou interne »²⁵⁷. Ce droit se compose de diverses conventions internationales dont les principales sont les quatre Conventions de Genève de 1949 relatives respectivement à l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées de campagne, à l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, au traitement des prisonniers de guerre et à protection des personnes civiles en temps de guerre. Ces conventions ont été complétées en 1977 par deux protocoles additionnels protégeant les victimes des conflits armés internationaux et internes. S'y ajoutent également les conventions de droit de la Haye, relatives aux méthodes licites de recours à la force armée.

Les Statuts des juridictions *ad hoc* réservent une place très importante à la branche du droit international public que constitue le droit international humanitaire. Les Statuts de TPI offrent en effet d'importantes références textuelles au droit international humanitaire.

L'article premier du Statut du TPIY habilite le Tribunal à juger « les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ». L'article premier du statut du TPIR prévoit quant à lui que le Tribunal est « habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de telles violations commises sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 ». Ces deux tribunaux ont donc pour mission générale de juger les personnes qui violent le droit international humanitaire. Les Statuts contiennent également des références explicites aux instruments du droit international humanitaire. L'article 2 du Statut du TPIY se réfère aux infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et son article 3 aux violations des lois et coutumes de la guerre. Le Statut du TPIR se réfère pour sa part aux violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II. Pourtant, les Statuts se réfèrent expressément

conflits armés, sont à proprement parler des conventions « humanitaires ». Dès les années 1980, à cause de son « *sex-appeal* » incontesté, le terme s'est imposé généralement, tendant, sauf dans quelques cercles de spécialistes, à phagocyter tous les autres (...) Lorsqu'il est ainsi utilisé, le terme couvre en fait l'ensemble du droit des conflits armés » in KOLB (R.), *Ius in bello, le droit international des conflits armés*, Bruylant, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, p. 11.

²⁵⁷ LATTANZI (F.), « La frontière entre droit international humanitaire et droits de l'homme », *From Human Rights to International Criminal Law*, MNP, 2007, p. 519.

également au génocide et au crime contre l'humanité. Faut-il les considérer également comme des violations du droit international humanitaire ?

b) Etendue exacte du droit international humanitaire

Selon le Comité International de la Croix-Rouge, le droit international humanitaire est un ensemble de règles qui, pour des raisons humanitaires, cherche à limiter les effets des conflits armés en protégeant les personnes qui ne participent pas ou plus aux combats et en restreignant les moyens et méthodes de guerre²⁵⁸. Le CICR prend donc soin de distinguer le droit international humanitaire de la prohibition du génocide et du crime contre l'humanité. Selon le CICR, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 constitue ainsi un instrument universel de protection des droits de l'homme²⁵⁹. La prohibition du crime contre l'humanité ne figure pas dans cette liste dès lors que ce crime international est uniquement défini par l'article 6 (c) de l'accord de Londres. Le CICR conserve donc une définition axée sur la protection des personnes en temps de guerre et adopte une vision du droit international humanitaire centrée sur le respect des Conventions de Genève. L'étude récente du CICR sur le droit international humanitaire coutumier ne traite d'ailleurs ni du crime contre l'humanité ni du génocide²⁶⁰.

Pourtant, le Conseil de sécurité, lorsqu'il crée les Tribunaux *ad hoc* emploie un vocabulaire équivoque. La résolution 771 du Conseil de sécurité du 13 août 1992 condamne en effet « toutes les violations du droit international humanitaire, y compris celle qu'implique la pratique de l' « épuration ethnique » » et exige que les parties au conflit mettent fin à toutes violations du droit international humanitaire. Le droit international humanitaire s'il englobe bien en premier lieu les Conventions de Genève, ne semble donc pas, dans l'esprit du Conseil de sécurité, s'y limiter. Le Conseil de sécurité emploie alors le terme de « violations généralisées du droit international humanitaire »²⁶¹ pour y inclure semble-t-il le crime contre l'humanité et le génocide. Dans son rapport relatif à la création du TPIY, le Secrétaire général considère également que « c'est le droit international humanitaire existant que le tribunal international aurait pour tâche d'appliquer »²⁶².

²⁵⁸ Voir le site Internet : www.icrc.org

²⁵⁹ Voir : [http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/p0703/\\$File/ICRC_001_0703.PDF](http://www.icrc.org/Web/fre/sitefre0.nsf/html/p0703/$File/ICRC_001_0703.PDF)

²⁶⁰ HENCKAERTS (J.-M.), DOSWALD-BECK (L.), *Droit international humanitaire coutumier. Volume I. Règles*, CICR, Bruylant, 2006, 878 p.

²⁶¹ Voir résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité.

²⁶² Rapport du Secrétaire général du 3 mai 1993, S/ 25704, p. 9.

Les statuts des tribunaux pénaux internationaux renferment eux aussi des éléments confirmant la position du Conseil de sécurité. Le TPIY s'intitule « le Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 » et le TPIR, « le Tribunal criminel international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 ». Les crimes contre l'humanité et le génocide qui font partie de la compétence *ratione materiae* de ces deux juridictions sont donc considérés comme faisant partie du droit international humanitaire. La commission d'un crime contre l'humanité ou d'un génocide constitue donc selon des Statuts, une violation grave du droit international humanitaire. L'intitulé des tribunaux *ad hoc* confirme bien l'idée d'un élargissement de la notion de droit international humanitaire.

Les TPI ont eu diverses occasions de confirmer cette idée. Dans l'affaire Krstic, la Chambre d'appel a en effet considéré que l'accusé en tant que coupable du crime de génocide était responsable de violations très graves du droit international humanitaire²⁶³. Le TPIY établit donc une gradation au sein des violations du droit international humanitaire entre les violations « simples » et les violations « très graves ».

Une étude rapide des positions doctrinales confirme le glissement d'un droit humanitaire exclusivement axé sur les Conventions de Genève à un droit humanitaire élargi à la prohibition des crimes contre l'humanité et du génocide. Certains auteurs choisissent d'étudier la notion de crime contre l'humanité et de génocide sous le vocable de droit international humanitaire²⁶⁴. La seconde partie de l'étude de Raphaëlle Maison et d'Hervé Ascensio intitulée « Application du droit international humanitaire » contient une première sous partie dédiée à « l'application limitée de l'article 2 du Statut », ce qui est tout à fait conforme à la définition donnée par le CICR puisque l'article 2 en question renvoie explicitement aux Conventions de Genève. Cette étude contient également deux sous parties intitulées « le crime contre l'humanité » et « condamnations et peines ». Les règles tendant à

²⁶³ Krstic, Chambre d'appel, affaire n° : IT-98-33-A, 19 avril 2004, § 275 : « La Chambre d'appel conclut que Radislav Krstic est responsable de violations très graves du droit international humanitaire ».

²⁶⁴ ASCENSIO (H.), MAISON (R.), « L'activité des tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie (1995-1997) et pour le Rwanda (1994-1997), *AFDI* 1997, p. 368-402.

la répression du crime contre l'humanité et les condamnations et les peines font donc partie, selon ces auteurs, du droit international humanitaire. Le même schéma sera suivi par ces auteurs dans leurs articles ultérieurs où l'on trouve toujours deux grandes parties relatives l'une à la procédure internationale pénale, et l'autre, à l'application du droit humanitaire²⁶⁵. Dans l'article relatif à la jurisprudence rendue en 1998, la partie relative à l'application du droit humanitaire comprend quatre sous parties intitulées successivement : les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité, le génocide et la responsabilité pénale individuelle. Le même plan est également adopté en ce qui concerne la chronique jurisprudentielle de l'année 1999. Cette assimilation du crime contre l'humanité et du génocide à une violation du droit international humanitaire n'est pas isolée. Stéphane Bourgon²⁶⁶ considère également que le crime de génocide et les crimes contre l'humanité constituent des violations graves du droit international humanitaire.

Dès lors que la compétence des juridictions pénales internationales comprend la répression des crimes de guerre, du crime contre l'humanité et du génocide, il est en effet tentant d'englober sous un même vocable ces diverses violations du droit international. Certains, à l'instar de Raphaëlle Maison ou d'Hervé Ascensio, considèrent que le droit international humanitaire est composé de règles protectrices envers les victimes de la guerre ainsi que de règles prohibitives telles que l'interdiction du crime contre l'humanité ou du génocide. L'objectif poursuivi par les rédacteurs de la Convention sur l'interdiction du crime de génocide n'est pas très éloigné de celui des rédacteurs des Conventions de Genève et de leurs protocoles. L'ensemble de ces instruments vise à protéger la personne humaine. D'ailleurs, Antonio Cassese reconnaît que le crime contre l'humanité constitue pour le Tribunal de Nuremberg, une extension de la notion de crime de guerre, ce qui conduit à y voir ses origines profondes dans le droit international humanitaire.

En revanche, d'autres auteurs s'en tiennent, lorsqu'ils abordent la question des violations du droit international humanitaire, à une conception stricte de cette branche du droit, excluant ainsi le crime contre l'humanité et le génocide de leur étude dans la mesure où ils peuvent être

²⁶⁵ ASCENSIO (H.), MAISON (R.), « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1998), *AFDI* 1998, p. 370-411.

²⁶⁶ BOURGON (S.), « Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie : avancées jurisprudentielles significatives », *La répression pénale internationale : l'expérience des Tribunaux ad hoc*, Bruylant, 2001, p. 101-149

commis en l'absence de conflit armé²⁶⁷. Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a en effet indiqué dans l'affaire Tadic que « le droit international coutumier n'exige plus de lien entre les crimes contre l'humanité et le conflit armé »²⁶⁸. Il en va de même pour Véronique Harouel-Bureloup²⁶⁹ qui limite le champ du droit humanitaire au droit de Genève et au droit de la Haye. Cette opinion est également partagée par J.F. Roulot²⁷⁰ pour qui le crime contre l'humanité relève fondamentalement du droit international des droits de l'homme²⁷¹.

L'engouement pour une conception extensive de la notion de droit international humanitaire est pourtant réel notamment en raison de la politique adoptée par le Conseil de Sécurité. Cette redéfinition du droit international humanitaire s'explique par une volonté d'ancrer la mission des juridictions pénales internationales au droit international public. Pourtant, à bien y penser ce sont les comportements discriminatoires que l'on a pu constater en ex-Yougoslavie et au Rwanda, plus encore que le non respect des lois de la guerre qui ont justifié la création des juridictions pénales internationales.

Les juridictions pénales internationales inscrivent donc leur mission dans le droit international public lorsqu'elles sanctionnent les violations du droit international humanitaire car il constitue l'une des plus anciennes branches du droit des gens²⁷². Ainsi, comme les juridictions pénales internationales constituent un moyen de mettre en œuvre le droit international humanitaire, leur activité relèverait du droit international public. Le fait de qualifier d'atteinte au droit international humanitaire un crime contre l'humanité ou un génocide permet indirectement d'ancrer le droit pénal international au droit international public. Le droit international humanitaire a constitué pour le Conseil de sécurité un moyen très efficace pour rattacher la nouvelle matière que constitue le droit pénal international au droit international public. Considérer l'ensemble de l'activité répressive menée par les tribunaux *ad hoc* comme

²⁶⁷ ZAPALLA (S.), « Le droit international humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations Unies pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda », *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruylant, 2003, p. 89-116.

²⁶⁸ *Tadic*, 2/09/1995, §78.

²⁶⁹ HAROUEL-BURELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, PUF, 556 pages

²⁷⁰ ROULOT (J.F.), *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, 2002, p. 346

²⁷¹ *Ibid.* p. 415.

²⁷² « Le droit international humanitaire est une branche du droit international public. Il a pour origine directe le droit de Genève, issu des propositions formulées par Henry Dunant en 1862. La deuxième source du droit international humanitaire est le droit dit de La Haye, qui a vu le jour lors de la conférence réunie en 1868 par le tsar Alexandre II à Saint-Petersbourg (...) Le droit international humanitaire existe depuis 1864, année de la rédaction de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne » in HAROUEL – BURELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 15.

une sanction au non-respect du droit international humanitaire traduit donc la volonté de certains acteurs internationaux d'élargir le champ du droit international public. Le droit international humanitaire constitue un canal incontestable permettant d'analyser le droit pénal international comme une partie intégrante du droit international public.

Utiliser le canal des droits de l'homme pour arriver au même résultat n'était pas réellement envisageable en l'espèce. En effet, et contrairement à l'analyse proposée par le CICR, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide même si elle relève de manière générale d'une philosophie humaniste ne peut pas être strictement considérée comme un instrument du droit international des droits de l'homme²⁷³, aucun droit n'étant directement conféré aux individus. De plus, l'aspect pénal qui se dégage de ce traité interdit un quelconque rattachement à cette branche du droit. Le fait que la Convention de 1948 soit applicable contrairement aux Conventions de Genève, en temps de guerre comme en temps de paix, ne nous paraît pas faire tomber automatiquement la prohibition établie par cette convention dans le domaine du droit international des droits de l'homme. Cette convention vise indéniablement à protéger la personne humaine mais elle ne saurait être comparée à des instruments tels que le Pacte international pour les droits civils et politiques pour n'en citer qu'un. Il en va de même en ce qui concerne la prohibition du crime contre l'humanité qui revêt une forme coutumière.

De plus, il est également intéressant de constater que le TPIY a interprété de manière extensive l'article 3 de son Statut relatif aux violations des lois et coutumes de la guerre : « l'article 3 confère au Tribunal international compétence sur toute violation grave du droit international humanitaire qui n'est pas couverte par les articles 2, 4 ou 5 »²⁷⁴. Ainsi, cet article « opère comme une clause supplétive visant à garantir qu'aucune violation grave du droit international humanitaire n'échappe à la compétence du Tribunal international »²⁷⁵. Le TPIY a donc considérablement élargi ses possibilités de sanctionner les violations du droit international humanitaire. Le TPIY a donc multiplié les occasions de se prononcer sur les obligations des parties impliquées dans un conflit armé et donc sur les obligations des Etats en la matière.

²⁷³ Pour une opinion contraire, voir ZAPALLA (S.), « Le droit international humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations Unies pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda », *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, 2003, p. 91.

²⁷⁴ Affaire *Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Chambre d'appel, 2/10/1995, § 91.

²⁷⁵ *Ibid.*

Tout à fait réceptif aux dispositions de son Statut, le TPIY réprime tout particulièrement les violations du droit international humanitaire.

B. RÉPRESSION DES VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

N'adhérant pas réellement à l'inclusion de la prohibition du génocide et du crime contre l'humanité dans le domaine du droit international humanitaire, nous focaliserons notre attention sur la mise en œuvre concrète par le juge pénal international du droit international humanitaire au sens strict. Après avoir déterminé les conditions générales d'application du droit international humanitaire, les juridictions pénales internationales procèdent à la répression concrète de ses violations.

a) Conditions générales d'application du droit international humanitaire

Compte tenu de leur mission, les juridictions pénales internationales font une application importante des règles du droit international humanitaire. Le juge pénal international, qui doit se prononcer sur la culpabilité d'individus, explore de manière conséquente les règles du droit des conflits armés. En effet, que ce soit devant le TPIY ou devant le TPIR, les crimes commis ont été commis alors qu'un conflit armé se déroulait.

Pour déterminer si un individu est responsable d'un crime de guerre, le juge doit, au préalable, déterminer s'il existait bien un conflit armé au moment des faits qui lui sont reprochés et si son acte s'inscrivait dans ce contexte. Il serait en effet inconcevable de raisonner en termes de violation du droit international humanitaire si l'acte en question relevait de motifs purement personnels. Le juge doit également se prononcer sur la nature interne ou internationale du conflit armé afin de déterminer avec exactitude la portée des règles applicables.

Les juridictions pénales internationales doivent donc déterminer le champ d'application du droit international humanitaire. La jurisprudence des TPI fournit diverses indications à ce sujet. En effet, « le champ temporel et géographique des conflits armés internationaux et

internes s'étend au-delà de la date et du lieu exacts des hostilités »²⁷⁶. De plus, « (l)es Conventions de Genève restent silencieuses sur le champ géographique des "conflits armés" internationaux mais les dispositions suggèrent qu'au moins certaines des clauses desdites Conventions s'appliquent à l'ensemble du territoire des Parties au conflit et pas simplement au voisinage des hostilités effectives »²⁷⁷. La Chambre d'appel du TPIY estime « qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat »²⁷⁸.

Le juge pénal international en répondant à la question de savoir si un conflit armé s'est déroulé en Ex-Yougoslavie à partir de 1991 procède à une véritable analyse et à une application du droit international public. Il procède également à une qualification de la nature du conflit : « Les conflits dans l'ex-Yougoslavie revêtent les caractères de conflits à la fois internes et internationaux, que les Membres du Conseil de sécurité avaient clairement les deux aspects à l'esprit quand ils ont adopté le Statut du Tribunal international et qu'ils avaient l'intention de l'habiliter à juger des violations du droit humanitaire commises dans les deux contextes »²⁷⁹.

Le TPIY s'est également prononcé sur une notion bien connue du droit international public : celle de l'occupation. Dans l'affaire *Naletilic*, la Chambre de première instance estime « qu'il existe une différence fondamentale entre établir l'existence d'un état d'occupation et prouver celle d'un conflit armé international, auquel le critère du contrôle global est applicable. Un degré supplémentaire de contrôle est requis pour établir l'occupation, qui se définit comme la période de transition entre l'invasion et la conclusion d'un accord sur la cessation des hostilités. En raison de cette différence, les obligations d'une puissance occupante sont bien plus lourdes que celles d'une partie à un conflit armé international »²⁸⁰.

Le TPIY se prononce donc sur des questions tout à fait centrales du droit des relations entre Etats. Le TPIY développe en effet des critères permettant de déterminer si l'autorité de la

²⁷⁶ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2/10/1995, § 67.

²⁷⁷ *Ibid.* § 68.

²⁷⁸ *Ibid.* § 70.

²⁷⁹ *Ibid.* § 77.

²⁸⁰ Affaire *Naletilic et Martinovic*, jugement, Chambre de première instance, 31/03/2003, § 214.

puissance occupante est établie dans les faits²⁸¹ : la puissance occupante est-elle en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée qui est désormais incapable de fonctionner publiquement ? Les forces ennemies se sont-elles rendues, ont-elles été vaincues ou se sont-elles retirées ? La puissance occupante dispose-t-elle sur place de suffisamment de forces pour imposer son autorité ? Une administration provisoire a-t-elle été établie sur le territoire ? La puissance occupante a-t-elle donné des ordres à la population civile et si oui, a-t-elle pu les faire exécuter ? Ces critères ont pour but de constater l'existence d'un état d'occupation qui constitue une question de droit international public pur.

Le soin avec lequel le juge pénal international détermine le champ d'application du droit international humanitaire prouve bien le caractère limité de ce corps de droit qui ne peut pas s'appliquer à tous et en tous lieux. L'appellation droit international humanitaire ne devrait donc pas inclure la prohibition du génocide et du crime contre l'humanité.

Après avoir déterminé le champ d'application du droit international humanitaire, le TPIY vérifie le respect, par les accusés, des lois et coutumes de la guerre.

b) Mise en œuvre de la responsabilité pour violation du droit international humanitaire

Les Tribunaux pénaux internationaux mettent fréquemment en œuvre la responsabilité d'individus qui se sont rendus responsables de violations du droit international humanitaire. Comme nous l'avons constaté précédemment, le droit international humanitaire se compose de deux grandes séries de textes qui visent d'une part, à limiter les moyens de recourir à la force armée et d'autre part, à protéger les victimes de la guerre.

C'est encore une fois le TPIY qui s'est le plus attaché à réprimer les violations des lois et coutumes de la guerre. L'article 3 du Statut relatif aux violations des lois et coutumes de la guerre a d'ailleurs été interprété par le Tribunal comme une clause supplétive, permettant ainsi de sanctionner les violations du droit international humanitaire qui n'étaient pas mentionnées dans le Statut.

²⁸¹ *Ibid.*, § 217.

Des circonstances de fait expliquent également que le TPIR aient moins sanctionné les violations du droit international humanitaire. Si l'existence d'un conflit armé qu'il soit international ou interne n'a jamais fait de doute au sujet de l'ex-Yougoslavie à partir de 1991, tel n'est pas le cas au Rwanda. Il semble que ce soit bien davantage la politique génocidaire menée par les hutus à l'encontre de la communauté tutsie qui a justifié la création du TPIR, et non le conflit armé larvé qui existait et continue à exister. En revanche, comme le constatait William Bourdon dans la presse, c'est la vision des camps de prisonniers et l'indignation qu'elle a soulevé qui a justifié la création du TPIY. Comme la communauté internationale a créé le TPIY en réaction aux excès commis dans les conflits liés à la dislocation de l'ex-Yougoslavie, il est tout à fait logique que ce Tribunal se concentre en premier lieu sur les comportements criminels associés à ce phénomène international.

Le TPIY qui ne s'interroge pas sur la légalité du recours à la force contrôle en revanche la manière dont les parties au conflit font usage de la force. En effet, le droit international humanitaire limite les moyens de recourir à la force armée. Dans l'affaire Kupreskic, lorsque la Défense laisse entendre que les attaques dirigées contre la population musulmane de la vallée de la Lašva étaient en quelque sorte justifiables car les Musulmans se seraient livrés à des attaques similaires contre la population croate, la Chambre de première instance n'hésite pas à prendre position sur une question relevant du droit des conflits armés : « La Chambre de première instance tient à souligner à cet égard que la réciprocité n'est pas une excuse pertinente, s'agissant surtout d'obligations de droit international humanitaire, qui sont par nature absolues et auxquelles on ne saurait déroger. Il s'ensuit que le moyen de défense du *tu quoque* n'a pas sa place en droit international humanitaire contemporain, puisque celui-ci se caractérise au contraire par l'obligation de respecter ses grands principes, quelle que soit la conduite des combattants ennemis »²⁸².

Dans l'affaire Galic, le TPIY a été appelé à se prononcer sur la manière dont Sarajevo a été bombardée. Le TPIY reconnaît alors l'accusé coupable de violations des lois ou coutumes de la guerre et plus particulièrement d'actes de violence dont le but principal était de répandre la terreur parmi la population civile, prohibition inscrite à l'article 51 du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949 et sanctionnée par l'article 3 du Statut du TPIY. Des responsables militaires sont donc condamnés en raison de la manière dont ils ont mené

²⁸² Affaire *Kupreskic*, Chambre de première instance, 14/ 01/2000, § 511.

certaines attaques. Dans cette affaire, le TPIY reconnaît explicitement que « la population civile de Sarajevo a été en butte à des attaques tombant sous le coup de l'article 3 du Statut »²⁸³.

Dans l'affaire *Krstic*, le TPIY a pu se prononcer sur la possibilité offerte à une partie au conflit, par la quatrième Convention de Genève et par l'article 17 du Protocole additionnel II, d'évacuer les populations civiles. La Défense invoquait ces dispositions pour justifier le déplacement de la population musulmane de l'enclave. Selon les dispositions du droit de Genève, il est possible d'évacuer totalement ou partiellement une population pour des raisons de sécurité ou encore si d'impérieuses raisons militaires l'exigent. A la cessation des hostilités, la population doit être ramenée dans ses foyers. Le TPIY constate que dans cette affaire ces conditions n'étaient pas satisfaites. En effet, lorsque la population de Srebrenica a été évacuée de la ville en autocar, les combats qui auraient éventuellement permis de justifier l'évacuation avaient déjà cessé. La population musulmane de l'enclave n'a pas été évacuée pour assurer sa sécurité mais bien au contraire pour permettre aux unités en place de perpétrer un massacre. Comme le constate le TPIY, « (l)'évacuation était le but même de l'opération, qui ne se justifiait ni par la protection des civils ni par des impératifs militaires »²⁸⁴.

Dans l'affaire *Tadic*, le TPIY a considérablement élargi les règles applicables aux conflits armés internes en les calquant sur les règles applicables aux conflits armés internationaux. Hervé Ascensio et Alain Pellet soulignent les développements du TPIY dans l'affaire *Tadic* car ils « constituent un apport remarquable à l'étude et à l'élaboration du droit international humanitaire des conflits armés internes (...) (c)eci concerne également les règles régissant la conduite des hostilités : les principales règles applicables aux conflits armés internationaux sont étendues aux conflits internes »²⁸⁵.

Le TPIY s'est également attaché à sanctionner le non respect des règles applicables au traitement des prisonniers de guerre. Dans l'affaire *Sikira*²⁸⁶, le TPIY étudie de manière approfondie les conditions de détention des prisonniers dans le camp de Keraterm situé dans le nord-ouest de la Bosnie-Herzégovine durant l'été 1992. La Chambre de première instance

²⁸³ Affaire *Galic*, jugement et opinion, Chambre de première instance I, 5/12/2003, § 596.

²⁸⁴ Affaire *Krstic*, Chambre de première instance, 2/08/2001, §

²⁸⁵ ASCENSIO (H.), PELLET (A.), « L'activité du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (1993-1995) », *AFDI* 1995, p. 131- 132.

²⁸⁶ Affaire *Sikira*, Chambre de première instance, 13/11/2001.

constate que le camp était surpeuplé et que les prisonniers étaient souvent maltraités. La pièce 1 du camp qui mesurait 6 à 10 mètres de large sur 15 à 20 mètres de long accueillait entre 200 et 350 prisonniers. Les autres pièces du camp de détention présentaient le même niveau de surpeuplement. Les prisonniers ne disposaient d'aucun matériel de couchage et l'accès aux toilettes n'était pas assuré, contraignant les prisonniers à recourir à des tonneaux placés dans leur pièce de détention. Ils n'étaient pas autorisés à se laver ni à laver leurs vêtements. Les prisonniers ne disposaient pas de nourriture en quantité suffisante ; ils recevaient au maximum un repas par jour composé d'une soupe peu nutritive et éventuellement d'une petite quantité de pain. Les prisonniers ont en moyenne perdu une vingtaine de kilos et l'absence d'accès satisfaisant à l'eau potable a provoqué de nombreuses maladies. Les prisonniers se voyaient également refuser l'accès aux soins médicaux. A ces conditions de vie déplorables, il faut également ajouter que les prisonniers étaient par ailleurs victimes de sévices et de mauvais traitements.

Dans cette affaire, les coaccusés ont conclu un accord sur le plaidoyer avec l'Accusation empêchant ainsi le TPIY de qualifier les conditions de vie des prisonniers au regard de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre. Pourtant, l'analyse des conditions de détention au camp de Keraterm s'effectue incontestablement au regard de cet instrument juridique. En s'attachant à décrire précisément les conditions de détention dans le camp de Keraterm, le TPIY affiche sa volonté de sanctionner les violations du droit international humanitaire.

En appliquant les règles du droit international public qu'elles soient générales ou plus particulières, les tribunaux *ad hoc* affirment clairement leur volonté d'inscrire leur mission dans l'ordre juridique international. Ils y parviennent également de manière plus subtile, en utilisant des techniques et des concepts propres au droit international public.

SECTION II : LE JUGE APPLIQUE LES MÉTHODES ET LES CONCEPTS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Même lorsqu'il n'applique pas une norme internationale substantielle, le juge pénal international prend toujours le soin de placer son raisonnement dans le champ du droit international public. Le juge pénal international, en recourant à de nombreux instruments et concepts du droit international public, rattache le droit pénal international au droit international public. Le juge pénal international procède à l'application systématique des méthodes d'interprétation énoncées dans la Convention de Vienne sur le droit des traités (§ 1) avant de s'approprier les concepts internationaux les plus contemporains (§ 2).

§1. Des méthodes interprétatives empruntées au droit international public

Que ce soit pour interpréter des conventions internationales (A) ou des dispositions statutaires (B), les juges pénaux internationaux recourent de manière systématique aux prescriptions de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

A. L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX

Les juridictions pénales internationales, en se référant de manière constante aux dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités affichent leur volonté de se conformer aux pratiques interprétatives internationales. A ce titre, l'interprétation téléologique est particulièrement appréciée par les juges pénaux internationaux.

a) Volonté de respecter les standards internationaux en matière d'interprétation

On peut définir l'interprétation d'une manière générale comme « un processus qui consiste à déterminer le sens et la portée juridiques d'une règle de droit »²⁸⁷. Le juge pénal international, est appelé à interpréter des normes juridiques pour remplir à bien sa mission car, comme toute

²⁸⁷ SUR (S.), *L'interprétation en droit international public*, Bibliothèque de droit international, Paris, 1974, p. 85 : « Interpréter un texte, un comportement donné des Etats ou des organes compétents pour agir dans l'ordre international, c'est transformer une volonté, une activité, une situation d'origine politique en un comportement juridique et, vice versa, tirer d'éléments juridiques la possibilité, le cadre d'une action politique par une nouvelle transposition ».

règle de droit, la norme internationale présente un certain degré d'abstraction et de généralité qui rend nécessaire l'intervention d'un interprète pour l'appliquer²⁸⁸. Une juridiction, quelle qu'elle soit, a pour mission de déterminer si les règles de droit ont été respectées ou violées. Pour se faire, elle doit s'interroger sur le contenu exact de la règle de droit visée et voir si la situation qui lui est déférée y est conforme. C'est ce processus que l'on vise par le terme d'interprétation.

Dans le cas d'une règle de droit pénal international, le travail interprétatif semble parfois plus intense dans la mesure où les règles restent édictées par des Etats souverains mais sont destinées à être appliquées à des individus. Une règle internationale est censée trouver une application dans le cadre interétatique. *A contrario*, une règle interne doit s'appliquer à des individus. Dans le cadre d'une norme pénale internationale, la règle se trouve toujours élaborée par plusieurs Etats mais doit s'appliquer à des individus. Dans ce sens, le travail interprétatif à réaliser apparaît complexe car la norme est élaborée à un stade différent de celui auquel il sera concrètement appliqué.

La Convention de Vienne de 1969 relative au droit des traités fournit d'importants guides en ce qui concerne l'interprétation des conventions internationales. L'article 31 de cette convention fournit une « règle générale d'interprétation » et l'article suivant des « moyens complémentaires d'interprétation ». Aux termes de l'article 31 §1, « (u)n traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». L'article 32 fournit quant à lui des moyens complémentaires d'interprétation ; il s'agit des travaux préparatoires et des circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

Concernant l'interprétation des traités, les tribunaux pénaux internationaux comme la Cour internationale de Justice se réfèrent tout particulièrement à l'article 31. Dans une affaire opposant la Libye au Tchad, la CIJ a eu l'occasion de rappeler que « selon le droit international coutumier qui a trouvé son expression dans l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, un traité doit être interprété de bonne foi suivant le

²⁸⁸ En droit interne, c'est par le canal législatif qu'apparaissent la plupart des normes. Certes, il n'existe pas de législateur en droit international et ses processus de formation sont fragmentés mais la généralité et l'abstraction qui s'attachent à une règle de droit interne sont comparables à celles de la règle de droit international. Même si deux Etats seulement sont liés par une règle de droit, celle-ci présentera en toute hypothèse un certain degré de généralité, d'abstraction et de permanence. La norme internationale a vocation à régir des situations futures et hypothétiques et dans ce sens, elle est comparable à toute autre norme.

sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »²⁸⁹.

Le TPIY lorsqu'il est confronté à la nécessité d'interpréter la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide se réfère aux « règles générales d'interprétation des traités énoncées aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités »²⁹⁰. En effet, l'article 4 du Statut du TPIY reprend les dispositions de la Convention de 1948, ce qui rendait nécessaire l'interprétation de cet instrument. Dans l'affaire *Delalic*, la Chambre d'appel estime également que « la Convention de Vienne sert de référence en matière d'interprétation, en particulier son article 31, qui énonce la règle générale à appliquer pour interpréter les traités »²⁹¹.

Le juge pénal international affirme donc clairement se reporter à la règle générale d'interprétation des traités fournie à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ainsi qu'éventuellement aux moyens complémentaires d'interprétation visés à l'article 32 de la même convention. Dans l'affaire *Krstic*, la Chambre de première instance affirme avoir tenu compte « non seulement du sens ordinaire des termes » employés dans la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, « mais aussi de l'objet et du but de la Convention »²⁹². De plus, elle a également « pris en considération les travaux préparatoires et les circonstances qui ont présidé à son élaboration »²⁹³. Lors de l'interprétation de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, les juges du TPIY ont déclaré qu'il serait « contraire aux règles d'interprétation d'altérer le sens ordinaire des termes employés dans la Convention en ayant recours à des travaux préparatoires qui manquent de clarté »²⁹⁴. La primauté est donc confiée, conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, au texte même du traité. Toutefois, les juridictions pénales internationales n'hésitent pas à s'écarter du texte même du traité afin d'en interpréter les dispositions « à la lumière de son objet et de son but ».

²⁸⁹ Affaire du différend territorial opposant la Jamahiriya Arabe Libyenne au Tchad, arrêt du 3/02/1994, p. 21-22, § 41.

²⁹⁰ Affaire *Krstic*, Chambre de première instance I, 2/08/2001, § 541.

²⁹¹ Affaire *Delalic*, Chambre d'appel, 20/02/2001, § 67.

²⁹² Affaire *Krstic*, Chambre de première instance I, 2/08/2001, § 541.

²⁹³ *Ibid.*, § 541.

²⁹⁴ *Ibid.*, § 584.

b) Préférence pour l'interprétation téléologique

En droit pénal international, les juges recourent de manière accrue à l'interprétation téléologique, c'est-à-dire qu'ils interprètent le texte qui leur est soumis en fonction de son objet et de son but. Pour illustrer cette tendance, nous nous focaliserons sur l'interprétation de l'article 4 de la quatrième Convention de Genève de 1949.

Selon l'article 2 de son Statut, le TPIY est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, etc... à l'encontre des personnes protégées par les Conventions de Genève. Selon l'article 4 de la quatrième Convention de Genève, « (s)ont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes ». Une interprétation purement littérale de cet article ne permet pas de considérer comme une personne protégée la victime qui possède la même nationalité que son agresseur. La Chambre de première instance avait d'ailleurs dans l'affaire Tadic refusé de prononcer une condamnation pour crime de guerre au motif qu'aucune des victimes bosniaques de l'armée de la *Republika Srpska* n'était au pouvoir d'une partie au conflit dont elle n'était pas un ressortissant²⁹⁵. Pourtant en combinant le recours aux travaux préparatoires et l'interprétation téléologique, la Chambre d'appel du TPIY va pouvoir condamner Dusko Tadic sur le fondement de l'article 2 de son Statut.

La Chambre d'appel constate qu'entre 1949, date à laquelle les Conventions de Genève ont été adoptées et les années 90, les conflits armés ne présentent plus les mêmes caractéristiques. Les règles du droit international humanitaire élaborées en 1949 étaient destinées à s'appliquer majoritairement à des conflits interétatiques de type traditionnel. Or, la guerre froide a profondément bouleversé les schémas classiques associés à la guerre de sorte que, la plupart des conflits revêtent dorénavant un caractère interne.

La communauté internationale a pris conscience de la nature de ces changements comme en témoigne l'adoption en 1977 du second protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux. Malgré tout, et contrairement au TPIR, le TPIY ne jouit pas de la possibilité de sanctionner les violations de

²⁹⁵ Affaire *Tadic*, Chambre de première instance, 7/05/1997, § 608.

cet instrument. Pourtant, compte tenu de l'éclatement de la fédération yougoslave, ce conflit revêt indéniablement un aspect interne. Le TPIY ne peut connaître que des infractions graves aux Conventions de Genève, or ces dernières ne dispensent leurs effets protecteurs qu'à l'égard de certaines personnes qualifiées de « personnes protégées ». Techniquement les victimes de Dusko Tadic n'étaient donc pas des personnes protégées au sens de l'article 4 de la quatrième Convention de Genève car elles possédaient la même nationalité que lui.

C'est à cet instant que la nécessité de procéder à une interprétation téléologique de l'article 4 est apparue au juge pénal international. Le juge va donc s'interroger sur l'objet et sur le but de la Convention de Genève pour développer une interprétation qui y soit conforme. Les rédacteurs entendaient-ils réellement laisser sans protection une telle catégorie de victimes ? Il est très difficile de répondre à cette question dans la mesure où, comme nous venons de le constater, les rédacteurs n'avaient pas envisagé l'apparition massive des conflits armés ne présentant pas un caractère international. Les Conventions de Genève sont-elles inadaptées aux conflits modernes ? Bien que conclue en 1949, la Convention avait pour vocation à régir des conduites futures. Pendant combien de temps peut-on appliquer le traité de manière inchangée ? Que se passe-t-il lorsque des évolutions entravent l'application logique du traité ?

Pour répondre à ces questions, le TPIY a d'abord recours aux travaux préparatoires conformément à l'article 32 de la Convention de Vienne²⁹⁶. Il ressort de ces travaux que les rédacteurs souhaitaient étendre le statut de personne protégée aux personnes expulsées ou encore aux personnes ayant fui volontairement leur Etat et se trouvant ensuite dans un Etat tiers occupé par l'Etat dont ils possèdent la nationalité. Ainsi, ces personnes en dépit du fait qu'elles possédaient la nationalité de l'Etat occupant pouvaient néanmoins jouir du statut de personne protégée. La Chambre d'appel donne l'exemple des juifs allemands qui avaient fui le régime nazi pour la France avant 1940 et qui se sont par la suite sous l'occupation, retrouvés aux mains des allemands. La Chambre d'appel en déduit que déjà en 1949, l'exigence de ne pas avoir la nationalité de l'Etat aux mains duquel la victime se trouve n'était pas absolue.

²⁹⁶ « In addition, as is apparent from the preparatory work, the Convention also intends to protect those civilians in occupied territory who, while having the nationality of the Party to the conflict in whose hands they find themselves, are refugees and thus no longer owe allegiance to this Party and no longer enjoy its diplomatic protection (consider, for instance, a situation similar to that of German Jews who had fled to France before 1940, and thereafter found themselves in the hands of German forces occupying French territory) » *in* *Affaire Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999§ 164.

Ensuite, la Chambre constate qu'en 1949, le lien de nationalité tel que formulé à l'article 4 de la Convention de Genève n'était déjà plus considéré comme revêtant une importance cruciale. L'absence d'allégeance à un Etat et l'impossibilité de bénéficier de la protection diplomatique étaient plus significatif que l'existence d'un lien de nationalité formel. Le TPIY procède donc à cette occasion à une étude de la pratique subséquente à la Convention.

Dans cette affaire, le TPIY interprète l'article 4 en fonction de l'objet et du but de la quatrième Convention de Genève²⁹⁷. Il ressort selon la Chambre que l'objet et le but de l'article 4 de la quatrième Convention de Genève est « directed to the protection of civilians to the maximum extent possible »²⁹⁸. Par conséquent, l'applicabilité de l'article 4 ne doit pas dépendre de liens formels et de relations d'appartenance strictement légales. La Chambre d'appel décrit comme suit l'objectif de l'article 4 : « Its primary purpose is to ensure the safeguards afforded by the Convention to those civilians who do not enjoy the diplomatic protection, and correlatively are not subject to the allegiance and control, of the State in whose hands they may find themselves. In granting its protection, Article 4 intends to look to the substance of relations, not to their legal characterisation as such »²⁹⁹. La Chambre conclut que « even if in the circumstances of the case the perpetrators and the victims were to be regarded as possessing the same nationality, Article 4 would still be applicable. Indeed, the victims did not owe allegiance to (and did not receive the diplomatic protection of) the State (the FRY) on whose behalf the Bosnian Serb armed forces had been fighting »³⁰⁰.

Comme le remarque Théodore Georgopoulos, la norme juridique est « un moyen permettant d'arrêter le temps, tout comme une photo qui capturerait la réalité à un moment précis »³⁰¹ et il est vrai que les Conventions de Genève réglementent la conduite des conflits armés tels qu'ils étaient perçus en 1949. Pourtant, la pratique en la matière a énormément évolué au risque de rendre inutiles les dispositions adoptées conventionnellement.

²⁹⁷ « In such conflicts, not only the text and the drafting history of the Convention but also, and more importantly, the Convention's object and purpose suggest that allegiance to a Party to the conflict and, correspondingly, control by this Party over persons in a given territory, may be regarded as the crucial test », *Affaire Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 166.

²⁹⁸ *Ibid.* § 168.

²⁹⁹ *Ibid.* § 169.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ GEORGOPOULOS (T.), « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives - Quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *RGDIP* 2004, p. 124.

Tout se passe comme si les Conventions de Genève avaient acquis une autonomie par rapport à la volonté initiale de ses rédacteurs. Le TPIY après avoir identifié la raison d'être de la quatrième Convention de Genève a fait évoluer ses dispositions. Bénéficiaire du statut de personne protégée des individus qui peuvent avoir la même nationalité que leurs agresseurs même si le texte de l'article 4 prévoit le contraire. On suppose en effet que si ses rédacteurs avaient eu connaissance des bouleversements majeurs des conflits dans le monde, ils n'auraient pas exigé que l'agresseur soit d'une nationalité différente de celle de la victime³⁰².

Il est de surcroît plus facile d'étendre le champ d'application des Conventions de Genève que de rénover entièrement le droit international humanitaire. Plus un traité est ancien et régit des situations fluctuantes, plus les risques qu'il se révèle inadapté augmentent.

Dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre d'appel réitère son attachement à cette interprétation de l'article 4 : « La Chambre d'appel estime que cette interprétation large de l'article 4 répond à l'objet et au but de la IV^e Convention de Genève et qu'elle est particulièrement pertinente dans le contexte des conflits armés interethniques contemporains »³⁰³.

Les Conventions de Genève constituent la pierre angulaire du droit international humanitaire et c'est la raison pour laquelle, lorsqu'elles se révèlent obsolètes sur certains points, le juge pénal international allège certaines des conditions préalables à leur application. Il convient toutefois de noter que, dans cet exemple, l'interprétation téléologique de la convention constitue également une interprétation *contra legem*.

La Chambre d'appel sanctionne donc la chambre de première instance pour avoir fait une application littérale rigoureuse des dispositions de l'article 4. La méthode interprétative suivie par la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic* a par la suite été contestée par certains défenseurs notamment dans le cadre de l'affaire *Delalic* et autres. Selon la Défense, la Chambre d'appel n'a pas appliqué les règles traditionnelles en matière d'interprétation des traités et n'a pas donné au terme « ressortissants » son sens naturel et ordinaire³⁰⁴. La Chambre d'appel réaffirme se conformer aux règles d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des

³⁰² « Ainsi, l'interprétation privilégiée est une interprétation à la fois contemporaine au moment de la survenance des faits et fidèle à l'esprit qui animait les parties au moment de sa conclusion » in GEORGOPOULOS (T.), « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives - Quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *RGDIP* 2004, p. 130.

³⁰³ Affaire *Aleksovski*, Chambre d'appel, 24/03/2000, § 152.

³⁰⁴ Affaire *Delalic*, Chambre d'appel, 20/02/2001, § 65.

traités. De plus, elle considère que son interprétation de l'article 4 ne constitue ni une réécriture de la Convention ni une reformulation du droit en la matière³⁰⁵. La Chambre d'appel considère que : « (l)a condition de nationalité posée par l'article 4 de la IV^e Convention de Genève doit dès lors être envisagée eu égard à l'objet et au but du droit humanitaire, lequel vise à « assurer la protection maximale possible aux civils ». Ce faisant, il faut également tenir compte de l'évolution de la nature des conflits armés depuis 1945 et, en particulier, de la multiplication des conflits ethniques et religieux »³⁰⁶.

Pour la Chambre d'appel, l'article 4 « doit s'interpréter comme visant à assurer la protection maximale possible aux civils qui se trouvent pris dans un conflit international ou internationalisé »³⁰⁷. Comme le remarque Stéphane Bourgon, « (b)ien qu'une telle interprétation téléologique puisse paraître contraire à l'interprétation littérale de la même disposition, force est de constater qu'il s'agit d'une avancée significative sur le plan de la protection des victimes des conflits armés »³⁰⁸.

Cette interprétation de la condition de nationalité établie à l'article 4 de la IV^{ème} Convention de Genève est aujourd'hui indéniable, comme le confirme le document intitulé « les éléments des crimes » destiné à aider les juges de la CPI à interpréter certains articles de leur Statut : « (e)n ce qui concerne la nationalité, il est entendu que l'auteur devait uniquement savoir que la victime appartenait à la partie ennemie dans le conflit »³⁰⁹.

Le recours à l'interprétation téléologique procure donc au juge pénal international une marge de liberté importante lui permettant d'aborder sa mission de manière militante et engagée. Parfaitement assimilée par le juge, cette technique interprétative guide l'ensemble de ses raisonnements. L'interprétation téléologique est ainsi parfois utilisée à des fins extérieures à la technique juridique pure comme en témoigne cet extrait du jugement Erdemovic : « Ni le Statut, ni le rapport du Secrétaire général, ni le Règlement ne déclinent expressément les buts recherchés par l'imposition de cette peine. Aussi conviendra-t-il, afin de les identifier, de se référer à l'objet et au but de l'existence même du Tribunal, tels qu'envisagés par le Conseil de

³⁰⁵ *Ibid.*, § 73.

³⁰⁶ *Ibid.*

³⁰⁷ *Ibid.* § 83.

³⁰⁸ BOURGON (S.), « Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : avancées jurisprudentielles significatives » *Un siècle de droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 118.

³⁰⁹ *Eléments des crimes*, p. 8, ICC-ASP/1/3, p. 128, note de bas de page n° 33.

sécurité, ses Membres et par le Tribunal lui-même »³¹⁰. Dans cette affaire, pour déterminer le but dans lequel la peine est imposée, les juges du TPIY se réfèrent à l'objet et au but de l'existence de leur juridiction. Cette démarche est symptomatique de l'intention des TPI d'utiliser les techniques interprétatives du droit international public, même s'il apparaît clairement dans cet exemple qu'il était inutile d'y recourir.

En utilisant des concepts internationaux à des fins extérieures à leur objet initial, les juridictions pénales internationales cherchent à affirmer leur légitimité internationale. L'assimilation aux fins d'interprétation des statuts des TPI à des traités internationaux, s'inscrit totalement dans cette optique.

B. ASSIMILATION DES DOCUMENTS DES TPI A DES TRAITES INTERNATIONAUX

En interprétant tout d'abord leurs Statuts mais également les divers documents juridiques mis à leur disposition comme des traités internationaux, les juges pénaux internationaux inscrivent leur mission dans l'ordre juridique international.

a) Les Statuts

Les Statuts des TPI ont été adoptés par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. S'ils constituent indéniablement des instruments écrits, ils résultent d'un processus de création autoritaire tout à fait étranger au processus conventionnel. Juridiquement, les Statuts constituent donc des actes unilatéraux de l'ONU.

Même si la Chambre d'appel du TPIY rappelle que son statut est un instrument juridique bien différent d'un traité international, « in the interpretation of the Statute it is nonetheless permissible to be guided by the principle applied by the International Court of Justice with regard to treaty interpretation in its Advisory Opinion on *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* »³¹¹. Le TPIY procède donc à un rapprochement des régimes du statut et du traité international, ce qui lui permet de procéder à

³¹⁰ Affaire *Erdemovic*, Chambre de première instance I, Jugement portant condamnation, 29/11/1996, § 57.

³¹¹ « La Cour croit nécessaire de dire que le premier devoir d'un tribunal, appelé à interpréter et à appliquer les dispositions d'un traité, est de s'efforcer de donner effet, selon leur sens naturel et ordinaire, à ces dispositions prises dans leur contexte », *Rec. CIJ* 1950, p. 8.

une interprétation active de son texte constitutif.

Parce que les Statuts des TPI sont normativement riches, les juges les interprètent comme des conventions, avec toute la part de liberté qu'un tel exercice implique. Le fait que des éléments substantiels des Conventions de Genève de 1949 et de la Convention sur l'interdiction et la répression du crime de génocide soient intégrés dans les statuts des TPI incite effectivement le juge à assimiler son Statut à un traité. Les Statuts recèlent un fort potentiel normatif et ressemblent à des codes pénaux internationaux dans la mesure où ils reproduisent en grande partie certaines conventions internationales.

Lorsque les TPI rendent une décision, ils doivent analyser et interpréter des dispositions statutaires. Ces dernières sont en effet au centre de bien des raisonnements élaborés par les juridictions *ad hoc*³¹² dès lors qu'ils fournissent le socle sur lequel le Procureur fonde ses accusations. Dans ses actes d'accusation, le Procureur vise en effet systématiquement une disposition du Statut. Concernant Goran Jelusic, les chefs d'accusation sont dans l'acte d'accusation initial³¹³ les suivants : le génocide, crime sanctionné par l'article 4 2) a) du Statut du Tribunal puis diverses infractions graves sanctionnées par l'article 2 a) (homicide intentionnel) du Statut du Tribunal, etc.

Pourtant, il arrive que les juges pénaux internationaux mettent de côté le Statut pour se focaliser sur les dispositions conventionnelles qui les sous-tendent. Cette attitude est particulièrement visible dans l'affaire Kayishema où la chambre de première instance du TPIR considère « qu'une analyse spécifique de l'Article 4 a) du Statut ne se justifie pas dans la mesure où l'Article en question, l'Article 3 commun et l'Article 4 du Protocole II ont de profondes affinités »³¹⁴ car « (l) Article 4 a) du Statut fait écho à l'Article 4 2) a) du Protocole II lequel reprend, pour l'essentiel, les dispositions de l'Article 3 commun aux Conventions pertinentes »³¹⁵.

³¹² « La question se pose de savoir si cette interprétation est conforme ou non avec les dispositions du Statut en particulier et le droit international humanitaire en général. Pour ce faire, il est nécessaire d'analyser en premier lieu les dispositions pertinentes du Statut, leur interprétation donnée par la jurisprudence des Tribunaux et en second lieu l'objet et but de l'article 3 commun aux Conventions de Genève », *Akayesu*, Chambre d'appel, § 433.

³¹³ En date du 21 juillet 1995.

³¹⁴ *Kayishema*, Chambre de première instance II, 21/05/99, § 612.

³¹⁵ *Ibid.*

Dans l'arrêt *Aleksovski*, le TPIY devait déterminer si la Chambre d'appel était tenue de suivre ses décisions antérieures. Il estime qu'en dernier ressort « cette question sera tranchée par l'examen du Statut et du Règlement du Tribunal, et par leur interprétation conformément aux règles de l'art (interprétation de bonne foi, prise en compte du texte et du contexte, interprétation téléologique), telles que consacrées par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités »³¹⁶. La Chambre d'appel du TPIY a également rappelé que le Statut devait être interprété « dans le plus grand respect des termes employés par ses auteurs »³¹⁷.

La Chambre d'appel identifie le but fondamental du TPIY comme étant la poursuite des personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire. Elle estime ensuite que « le meilleur moyen d'atteindre ce but consiste à adopter une approche qui, tout en intégrant les besoins de sécurité, de stabilité et de prévisibilité en droit pénal, reconnaît également qu'il est des situations où l'application stricte et absolue de ce principe pourrait conduire à une injustice »³¹⁸.

Lorsqu'elle procède à l'analyse du terme « supérieur » utilisé à l'article 7 3) du Statut, la Chambre de première instance en donne une interprétation qu'elle affirme correspondre à la lettre du Statut³¹⁹ et ce, en l'absence de tout renvoi à une convention internationale existante.

Dans la mesure où le TPIY assimile son Statut à un traité international³²⁰, il l'interprète en tenant compte de son objet et de son but³²¹. Le Procureur et la Défense orientent le Tribunal

³¹⁶ Affaire *Aleksovski*, Chambre d'appel, 24/03/00, § 98.

³¹⁷ Affaire *Krstic*, Chambre d'appel, 19/04/2004, § 139 : « Le Statut devant être interprété dans le plus grand respect des termes employés par ses auteurs, la Chambre d'appel ne saurait conclure que le chevauchement des articles 7 1) et 4 3) e) est le fruit d'une inadvertance de la part de ceux-ci alors qu'une autre explication conforme aux termes du Statut est possible. Dans ce cas, les deux articles peuvent se concilier, étant donné que les termes « *complicity* » et « *accomplice* » peuvent désigner un comportement qui va au-delà de la complicité (*aiding and abetting*). Compte tenu de l'affirmation expresse, à l'article 7 1) du Statut, qu'est responsable d'un génocide tombant sous le coup de l'article 4 celui qui s'en est rendu complice (*aider and abettor*), la responsabilité de Radislav Krstic est bien celle d'un complice (*aider and abettor*) de génocide au sens de l'article 7 1) ».

³¹⁸ *Ibid.*, § 101.

³¹⁹ Affaire *Aleksovski*, Chambre de première instance, 25/06/1999, § 75.

³²⁰ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 282 « Notwithstanding the fact that the ICTY Statute is legally a very different instrument from an international treaty, in the interpretation of the Statute it is nonetheless permissible to be guided by the principle applied by the International Court of Justice with regard to treaty interpretation in its Advisory Opinion on *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations*: "The first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur" ».

³²¹ Voir notamment affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 189 : « An interpretation of the Statute based on its object and purpose leads to the conclusion that the Statute intends to extend the jurisdiction of the

dans sa recherche de l'objet et du but du Statut ou des conventions qu'il doit interpréter³²². Pour déterminer si l'article 5 du Statut du TPIY imposait une intention discriminatoire pour l'ensemble des crimes contre l'humanité, la Chambre d'appel a dégagé quel était le but des rédacteurs du Statut : « The aim of those drafting the Statute was to make all crimes against humanity punishable, including those which, while fulfilling all the conditions required by the notion of such crimes, may not have been perpetrated on political, racial or religious grounds as specified in paragraph (h) of Article 5. In light of the humanitarian goals of the framers of the Statute, one fails to see why they should have seriously restricted the class of offences coming within the purview of "crimes against humanity", thus leaving outside this class all the possible instances of serious and widespread or systematic crimes against civilians on account only of their lacking a discriminatory intent. For example, a discriminatory intent requirement would prevent the penalization of random and indiscriminate violence intended to spread terror among a civilian population as a crime against humanity. *A fortiori*, the object and purpose of Article 5 would be thwarted were it to be suggested that the discriminatory grounds required are limited to the five grounds put forth by the Secretary-General in his Report and taken up (with the addition, in one case, of the further ground of gender) in the statements made in the Security Council by three of its members. Such an interpretation of Article 5 would create significant *lacunae* by failing to protect victim groups not covered by the listed discriminatory grounds »³²³.

L'objet poursuivi par les rédacteurs du Statut fait donc l'objet d'une analyse très approfondie qui n'est pas sans rappeler celles que les juges ont réalisée concernant l'article 4 de la

International Tribunal to *all* those "responsible for serious violations of international humanitarian law" committed in the former Yugoslavia (Article 1). As is apparent from the wording of both Article 7(1) and the provisions setting forth the crimes over which the International Tribunal has jurisdiction (Articles 2 to 5), such responsibility for serious violations of international humanitarian law is not limited merely to those who actually carry out the *actus reus* of the enumerated crimes but appears to extend also to other offenders (see in particular Article 2, which refers to committing or *ordering* to be committed grave breaches of the Geneva Conventions and Article 4 which sets forth various types of offences in relation to genocide, including *conspiracy*, *incitement*, *attempt* and *complicity*) ».

³²² Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 253 : « The Prosecution has submitted that "the object and purpose of the Statute support the interpretation that crimes against humanity can be committed for purely personal reasons" », voir également § 277 du même arrêt : « Finally, the Prosecution submits that the requirement of discriminatory intent for all crimes against humanity is inconsistent with the humanitarian object and purpose of the Statute and international humanitarian law. The Prosecution argues that requiring a discriminatory intent for all crimes against humanity would create a significant normative *lacuna* by failing to protect civilian populations not encompassed by the listed grounds of discrimination ». En ce qui concerne la défense voir le § 246 du même arrêt : « The Defence also contests the Prosecution's submissions regarding the object and purpose of the Statute of the International Tribunal, arguing, to the contrary, that policy suggests that it would be unjust if a perpetrator of a criminal act guided solely by personal motives was instead to be prosecuted for a crime against humanity ».

³²³ *Ibid.* § 295.

quatrième Convention de Genève. Le TPIY poursuit encore plus avant cette démarche en interprétant des instruments autres que le Statut sur cette même base.

b) Les autres documents

Bien que fondamental, le Statut d'une juridiction pénale internationale n'est pas le seul instrument à la disposition des juges internationaux. Les TPI sont également dotés d'un Règlement de procédure et de preuve³²⁴ indispensable au fonctionnement de la justice pénale internationale. Le RPP régit en effet l'organisation du Tribunal, les enquêtes, la procédure de mise en accusation, le déroulement du procès ou encore les modalités d'appel. Dans la mesure où le RPP constitue un document écrit, des questions d'interprétation ont pu se poser à l'égard de certaines de ses dispositions.

Face à la nécessité d'interpréter l'article 98 *bis* B) de son Règlement de procédure et de preuve, le TPIY déclare : « Selon la jurisprudence constante du Tribunal, cet énoncé doit «être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes [de l'énoncé] dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but», ainsi que le veut l'article 31 1) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités »³²⁵.

Les prescriptions de la Convention de Vienne relatives à l'interprétation des traités sont par conséquent utilisées par les juridictions pénales internationales en ce qui concerne des instruments internationaux écrits autres que des traités internationaux. En effet, selon l'article 2, §1, a) de la Convention de Vienne, « l'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ». Or, selon l'article 15 du Statut du TPIY, ce sont les juges du tribunal eux mêmes qui « adopteront un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées ». Les Règlements de procédure et de preuve à l'instar des Statuts du TPIY ne sont donc pas des traités internationaux. Il s'y assimilent d'autant moins que leur mode de création n'implique aucun sujet de droit international. Alors que les Statuts

³²⁴ Ci-après RPP.

³²⁵ Affaire *Jelusic*, Chambre d'appel, 5/07/2001, § 35.

des TPI ont été adoptés par le Conseil de sécurité, les Règlements de procédure et de preuve émanent directement de juges internationaux.

En déclarant interpréter le Règlement de procédure et de preuve conformément à l'article 31 de la Convention de Vienne, les juges pénaux internationaux cherchent une fois de plus à afficher leur volonté de respecter le droit international public. Ils étendent les solutions élaborées dans le cadre de l'interprétation des traités internationaux à d'autres instruments, qu'il s'agisse de leur Statut ou de leur Règlement de preuve et de procédure.

Dans l'affaire *Milosevic*, le TPIY se place également dans le cadre l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne pour interpréter le code de déontologie du Tribunal³²⁶.

Du point de vue de l'interprétation du droit écrit, les TPI et la CIJ recourent donc à un instrument commun : la Convention de Vienne de 1969. Les méthodes d'interprétation du juge pénal international ne diffèrent pas de celles qui sont utilisées par le juge international traditionnel. En ce sens, les juridictions pénales internationales semblent être parfaitement intégrées à l'ordre juridique international.

La volonté affichée par les juges de respecter les standards internationaux en matière d'interprétation des traités indique la manière dont ils situent le droit pénal international par rapport au droit international public. En agissant ainsi, ils intègrent le droit pénal international au droit international public. Toutefois, les juges recourent également à d'autres procédés pour parachever cet objectif. D'autres techniques permettent également au juge pénal international d'ancrer son raisonnement au droit international public contribuant ainsi à rattacher le droit pénal international au droit international public. Au-delà de l'interprétation stricte des normes écrites, on constate une tendance diffuse des juridictions pénales internationales à utiliser des concepts du droit international contemporain.

³²⁶ Affaire *Milosevic*, Chambre de première instance, Décision relative à la demande de révocation présentée par les conseils commis d'office, 7/12/2004, § 16, note de bas de page n° 52 : « La pratique qui consiste à interpréter le Statut et le Règlement comme des traités devrait valoir aussi pour le Code de déontologie du Tribunal et la Directive puisque ce sont des instruments adoptés en application du Statut. Dans ces circonstances, une règle générale d'interprétation des traités veut qu'aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte s'entend de toute règle pertinente de droit international. L'article 31 3) c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités dispose : « Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : S...C c) de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ».

§2. Appropriation des concepts internationaux

En utilisant le concept de *jus cogens*, le juge pénal international affirme son appartenance à l'ordre juridique international et tente de montrer qu'il en maîtrise parfaitement les codes (A). Pour parfaire cet objectif, il utilise également des techniques complémentaires (B).

A. MISE EN OEUVRE DU CONCEPT DE *JUS COGENS*

Après avoir vu dans quelles circonstances les juridictions pénales internationales utilisent le concept de *jus cogens*, nous évaluerons la signification de ces renvois.

a) Utilisation de la notion de *jus cogens*

L'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités définit une norme impérative comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». L'article 53 précise également qu'« (e)st nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général ». Selon l'article 64 de la même convention, « (s)i une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ». C'est bien la Convention de Vienne sur le droit des traités qui marque l'apparition de ce concept en droit international³²⁷.

Profondément ancrée dans le droit des traités, la notion de *jus cogens* a vu ses potentialités virtuelles décuplées par l'enthousiasme qu'elle a suscité notamment dans le milieu doctrinal³²⁸. Pourtant, force est de constater qu'aujourd'hui, il est encore difficile d'identifier clairement ce qu'est le *jus cogens* et surtout de le doter de l'effectivité juridique que certains ont souhaité lui conférer, à tort ou à raison.

³²⁷ « L'apparition des termes « *jus cogens* » dans la littérature du droit international est relativement récente. Bien qu'ayant des racines anciennes, on peut affirmer que l'idée du droit impératif ne s'est véritablement imposée qu'avec l'adoption, en 1969, de la Convention de Vienne sur le droit des traités » in MAIA (C.), « L'appel au droit impératif. Le *jus cogens* dans la pratique de la Cour internationale de Justice », Les arrêts de la Cour internationale de Justice, EUD, Dijon, 2005, p. 123.

³²⁸ « On perçoit à la simple lecture de ce texte (*l'article 53*) que sa portée dépasse très largement le seul droit des traités » in DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 6^{ème} édition, 2002, p. 279.

S'il ne devait exister qu'un concept controversé en droit international, il s'agirait sans nul doute du *jus cogens*. Sa formulation au sein de la convention de codification que constitue la Convention de Vienne de 1969 a conduit certains Etats dont la France, à ne pas la ratifier. Les réticences étatiques ont donc été particulièrement fortes à l'égard de l'introduction de ce concept en droit international. Sa valeur juridique peut donc encore aujourd'hui faire l'objet de certains doutes.

Comme le remarque Catherine Maia, la CIJ « demeure globalement très modérée dans son œuvre de consécration des normes impératives » et « (l)es mentions directes restent exceptionnelles dans sa jurisprudence et sont plutôt le fait des juges à titre individuel »³²⁹. Ce concept dont beaucoup aimerait qu'il sorte des limites dans lesquelles il est enfermé – le droit des traités – « a surtout soulevé des controverses académiques et n'a que peu influé jusqu'à maintenant sur la pratique juridique internationale »³³⁰. Par conséquent, comme nous venons brièvement de le constater, la notion de *jus cogens* en dépit des espoirs qu'elle a pu susciter est toujours restée cantonnée à un domaine dans lequel elle n'a pu recevoir ni application ni sanction effective. Si certains Etats ont pu commettre des génocides, ils ne les ont pas pour autant planifiés grâce à une convention internationale qui aurait été frappée de nullité absolue du fait de l'illicéité de son objet. La notion de *jus cogens* en dépit de ses intéressantes potentialités est donc longtemps restée prisonnière du droit des traités.

Contre toute attente, les juridictions pénales internationales se sont saisies de la notion de *jus cogens*, la « libérant » en quelque sorte du carcan dans lequel elle était contrainte de rester. Il convient donc à présent d'analyser la manière dont ces juridictions ont mis en œuvre le concept de *jus cogens*.

Dans l'affaire *Furundzija*, la Chambre de première instance du TPIY a reconnu que l'interdiction de la torture avait désormais valeur de *jus cogens*³³¹. En effet, « (e)n raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier "ordinaire" »³³².

³²⁹ MAIA (C.), « L'appel au droit impératif. Le *jus cogens* dans la pratique de la Cour internationale de Justice », Les arrêts de la Cour internationale de Justice, EUD, Dijon, 2005, p. 124.

³³⁰ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2001, p. 159.

³³¹ Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance II, 10/12/1998, § 153 et suivants.

³³² *Ibid.* § 153.

Une norme impérative serait donc une norme qui protège des valeurs humaines importantes. La Chambre de première instance ajoute : « Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale »³³³.

Contrairement à la Convention de Vienne sur le droit des traités ou à la CIJ, le TPIY n'hésite pas à tirer des conséquences claires de l'existence d'une norme de *jus cogens* prohibant la torture car « (i)l serait absurde d'affirmer d'une part que, vu la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture, les traités ou règles coutumières prévoyant la torture sont nuls et non avenus *ab initio* et de laisser faire, d'autre part, les États qui, par exemple, prennent des mesures nationales autorisant ou tolérant la pratique de la torture ou amnistiant les tortionnaires »³³⁴. Le TPIY fait ainsi sortir le concept de *jus cogens* du cadre juridique extrêmement limité que constituait le droit des traités. Il va plus loin encore en prévoyant que « (l)es victimes potentielles pourraient, si elles en ont la capacité juridique, engager une action devant une instance judiciaire nationale ou internationale compétente afin d'obtenir que la mesure nationale soit déclarée contraire au droit international »³³⁵. Il serait également possible pour elles d' « engager une action en réparation auprès d'une juridiction étrangère qui serait invitée de la sorte, notamment, à ne tenir aucun compte de la valeur juridique de l'acte national autorisant la torture »³³⁶. De plus, selon le TPIY, les tortionnaires exécutants pourront être tenus pour pénalement responsables de la torture.

C'est à ce stade du raisonnement que nous pouvons commencer à douter de l'utilité de la référence appuyée au concept de *jus cogens*. En effet, le principe selon lequel celui qui se rend coupable d'actes de torture engage sa responsabilité pénale ne découle pas du concept abstrait que constitue le *jus cogens* mais trouve son origine dans les divers droits pénaux internes.

Enfin, selon le TPIY, la possibilité offerte à tout Etat d'enquêter, de poursuivre et de punir ou d'extrader un individu accusé de torture quelle que soit sa nationalité est également une conséquence juridique du caractère impératif de la prohibition de la torture. Une fois de plus, nous ne pouvons souscrire à un tel raisonnement qui place le *jus cogens* à la base du principe

³³³ Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance II, 10/12/1998, § 154.

³³⁴ *Ibid.* § 155.

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ *Ibid.*

de compétence universelle. C'est la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui instaure le mécanisme de la compétence universelle à l'égard de ce crime.

Le TPIY a également qualifié l'article 3 commun aux Conventions de Genève de « corps minimal de règles impératives »³³⁷. En effet, cet article « rend compte des principes humanitaires fondamentaux qui sous-tendent le droit international humanitaire dans son ensemble, et sur lesquels se fondent les Conventions de Genève dans leur intégralité ». Le TPIY affirme que ces principes ont pour objet « le respect de la dignité de la personne humaine ». Pour le TPIY, *jus cogens* rime donc avec respect de la personne humaine.

Dans l'affaire Tadic, le TPIY a également déclaré que : « (a)s stated above, it is open to the Security Council - subject to respect for peremptory norms of international law (*jus cogens*) - to adopt definitions of crimes in the Statute which deviate from customary international law »³³⁸. Dans l'affaire Krstic, le TPIY constate que la Convention de 1948 sur l'interdiction du génocide « est considérée comme la codification d'une norme de droit international bien établie, que la jurisprudence allait rapidement élever au rang de norme impérative du droit international général (*jus cogens*) »³³⁹. Une note de bas de page renvoie le lecteur à l'avis consultatif de la CIJ rendu le 28 mai 1951 à propos des réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et plus précisément à la page 23 du Recueil de la CIJ. Or, le passage indiqué s'il souligne le caractère coutumier de la prohibition du génocide, ne qualifie pas de norme de *jus cogens* cette interdiction. C'est d'autant plus impossible que le terme de *jus cogens* est apparu en 1969 lors de l'adoption de la Convention de Vienne. Dans ce contexte, le TPIY ne fait donc pas preuve d'une grande rigueur juridique et fait dire à la CIJ ce qu'elle ne pouvait pas avoir dit en 1951.

Le TPIR s'il se réfère aussi au concept de *jus cogens* utilise parfois des formulations maladroites comme le témoigne ce passage du jugement Kayishema : « La Chambre relève que le crime de génocide est considéré comme faisant partie intégrante du droit international coutumier qui, de surcroît, est une norme impérative du droit »³⁴⁰. Deux observations doivent être formulées : tout d'abord, c'est de toute évidence l'interdiction du crime de génocide qui

³³⁷ Affaire *Delalic*, Chambre d'appel, 20/02/2001, § 143.

³³⁸ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 298.

³³⁹ Affaire *Krstic*, Chambre de première instance I, 2/08/2001, § 541.

³⁴⁰ Affaire *Kayishema*, Chambre de première instance II, 21/05/1999, § 88.

constitue une norme impérative et non le crime de génocide. De plus, l'expression « norme impérative du droit » n'est pas usitée.

Au delà de ces maladroites, il faut à présent examiner la signification des renvois opérés à la notion de *jus cogens*.

b) Analyse des renvois effectués

Certaines critiques peuvent être formulées à l'égard des renvois opérés par les TPI à la notion de *jus cogens*. Contrairement à la CIJ, les TPI n'ont pas hésité à utiliser la notion de *jus cogens* et ont notamment qualifié certaines interdictions de normes impératives. Pourtant, cette qualification s'est révélée à bien des égards inutile. En effet, pour juger les individus responsables de violations graves du droit international humanitaire, les TPI qui tirent leur pouvoir de sanction de leurs Statuts et la découverte d'une norme de *jus cogens* en la matière n'apporte pas grand chose. Il ressort de l'étude de la jurisprudence des TPI que ces juridictions ont tendance à « surqualifier » les interdictions pénales qu'ils mettent en œuvre.

Pourtant, le concept de *jus cogens* est totalement étranger au domaine pénal et son utilisation ne renforce pas les prohibitions qui sont par ailleurs fortement établies. Un juge pénal, quel qu'il soit, n'a besoin pour mener à bien sa mission que d'un texte incriminant un comportement. Le recours à un concept abstrait comme l'est celui de *jus cogens* pourrait même être perçu comme un danger lorsqu'il s'agit de fonder une responsabilité individuelle. Un concept non défini par les Etats qui serait ensuite appliqué à des personnes physiques au bon vouloir de juges élaborant eux-mêmes leur propre définition, porte atteinte à la sécurité juridique. Les références opérées par les Tribunaux *ad hoc* au concept de *jus cogens* ne peuvent plus dès lors apparaître comme un progrès dont la doctrine devrait se féliciter. En matière pénale, tout concept flou est potentiellement dangereux au regard des droits de la défense.

En ce sens, le juge qui n'a pas besoin de surqualifier les prohibitions fondamentales du droit pénal international pour mener à bien sa mission poursuit en réalité un autre objectif. Loin d'être anodine, cette démarche vise à intégrer le droit pénal international au droit international public. En utilisant un concept international qui suscite de grandes espérances, le juge pénal international cherche à se faire une place au sein de l'ordonnement juridique international.

Le juge pénal international entre même dans une attitude de séduction vis-à-vis de la doctrine en agissant ainsi. Alors que la CIJ n'a jamais été réellement capable de donner corps à cette notion, les TPI n'hésitent pas à l'utiliser, à lui donner une existence concrète et même à lui conférer des conséquences concrètes comme dans l'affaire Furundzija. Selon Catherine Maia, les TPI « participent pleinement de ce mouvement de concrétisation du *jus cogens* »³⁴¹. Cet auteur considère que la position développée par le TPIY dans l'affaire Furundzija à propos de la torture est « particulièrement constructive »³⁴². Les Tribunaux *ad hoc* cherchent ainsi, en allant plus loin que la CIJ, à se positionner sous un angle flatteur vis-à-vis de la doctrine qui ne pourra que valider leur attitude, surtout si elle est elle-même « engagée ». Les TPI apparaissent ainsi comme les juridictions internationales qui ont osé mettre en œuvre le concept de *jus cogens*.

Si l'utilisation du concept de *jus cogens* par les juridictions pénales internationales se révèle inutile du point de vue répressif, elle revêt en revanche une grande utilité s'agissant d'ancrer le droit pénal international dans le droit international public. En utilisant un concept purement international et si peu pénal, les TPI affirment ainsi la prédominance de leur aspect international sur leur aspect répressif. Le juge pénal international recourt également à d'autres procédés afin d'aboutir à ce résultat.

B. TECHNIQUES COMPLÉMENTAIRES

En se référant au concept de branche du droit et en utilisant des arrêts de la CIJ, le juge pénal international cherche à intégrer le droit pénal international au droit international public.

a) Utilisation de la notion de branche du droit international

Le juge pénal international afin de démontrer son appartenance au droit international public affirme respecter la répartition du droit international public en diverses « branches ». Une branche du droit est une « (d)ivision ou une subdivision du droit objectif »³⁴³. En droit

³⁴¹ MAIA (C.), « L'appel au droit impératif. Le *jus cogens* dans la pratique de la Cour internationale de Justice », Les arrêts de la Cour internationale de Justice, EUD, Dijon, 2005, p. 128.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2007, p. 123.

international, la division en branches du droit se fait en raison de l'objet matériel de la norme. On parle en effet de droit de la mer, de droit consulaire, de droit international humanitaire, de droit international économique, etc. Confronté à la nécessité de définir la torture en droit international, le TPIY a clairement distingué le droit international humanitaire du droit international des droits de l'homme.

Dans l'affaire *Kunurac*, la Chambre de première instance s'est trouvée confrontée à une difficulté. En dépit de l'existence d'une prohibition absolue de la torture en droit international humanitaire, le TPIY s'est rapidement rendu compte que « rares ont été les tentatives de définition de ce crime »³⁴⁴. Le TPIY, tout en rappelant que sa mission se situe sur le terrain du droit international humanitaire, reconnaît qu'en l'absence de précédents relatifs à la définition de la torture dans cette branche du droit, il peut avoir « recours à des instruments et à des pratiques qui ont vu le jour dans le domaine des droits de l'homme »³⁴⁵. Ces instruments sont la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1975, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984 et la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture du 9 décembre 1985.

Pourtant, en l'espèce et parce qu'il souhaite respecter l'intégrité des deux branches du droit international public que constituent le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, le TPIY va choisir de ne pas s'inspirer de ces instruments. En effet, la Chambre de première instance « prend donc garde de ne pas retenir trop hâtivement et avec trop de facilité des concepts et des notions élaborés dans un autre contexte juridique » car « les notions élaborées dans le domaine des droits de l'homme ne peuvent être transposées en droit international humanitaire que s'il est tenu compte des traits spécifiques de cette branche »³⁴⁶.

Dans sa recherche des éléments constitutifs de la torture, la Chambre de première instance choisit donc d'écarter la définition de la torture telle qu'elle ressort de l'article premier de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Elle affirme ainsi la spécificité et l'originalité de chacune des branches du droit international.

³⁴⁴ Affaire *Kunurac*, Chambre de première instance, Jugement, 22/02/2001, § 466.

³⁴⁵ *Ibid.*, § 467.

³⁴⁶ *Ibid.*, § 471.

Parce que le juge entend respecter le droit international public et les différentes branches qui le composent, il refuse d'utiliser la définition fournie par la Convention de 1984. Le juge remarque en effet que les deux branches du droit qui constituent le droit international des droits de l'homme et le droit international humanitaire répondent à des objectifs différents qu'on ne saurait interchanger impunément³⁴⁷. La Chambre de première instance conclut donc que « la définition de la torture en droit international humanitaire ne comporte pas les mêmes éléments que celle généralement appliquée dans le domaine des droits de l'homme »³⁴⁸.

En considérant le droit international des droits de l'homme comme une branche du droit voisine, le juge pénal international affirme son appartenance à l'ordre juridique international même si en l'espèce, cette circonstance implique de se départir des solutions élaborées dans le contexte des droits de l'homme. Affirmer respecter la distinction entre les différentes branches du droit international public constitue un moyen supplémentaire pour le juge pénal international d'affirmer son appartenance à l'ordre juridique international. C'est parce qu'il cherche à démontrer qu'il est un « bon » juge international que le juge pénal international s'attache à respecter les spécificités de chaque branche du droit international.

Nous pouvons également noter la présence, dans le Statut de la CPI, d'une disposition intéressante à l'égard de la répartition du droit international en branches. L'article 21 §3 du Statut de la CPI dispose que l'application et l'interprétation des normes issues du Statut doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination. Les dispositions du Statut devront donc être interprétées conformément au droit des droits de l'homme. Une certaine supériorité des droits de l'homme par rapport au droit pénal international se profile donc mais en dépit de cette tentative de hiérarchisation d'une branche au profit d'une autre, les deux corpus juridiques semblent relever du même ordre juridique.

³⁴⁷ « La définition figurant dans la Convention sur la torture était censée s'appliquer au niveau interétatique et, pour cette raison, visait les obligations des États » *in ibid.* § 482.

³⁴⁸ *Ibid.*, § 496.

b) Emploi de la jurisprudence de la CIJ

Toujours désireux d'affirmer leur aptitude à appliquer le droit international public, les juges des TPI fondent certains de leurs raisonnements sur des décisions d'autres juridictions internationales.

Dans l'affaire *Delalic*, le TPIY pour expliciter le principe selon lequel l'effet du droit interne en droit international est déterminé par le droit international cite un arrêt de la CPJI relatif à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise et l'arrêt *Nottebohm*³⁴⁹.

Dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre de première instance du TPIY s'est référée à l'arrêt *Nicaragua* par lequel la CIJ a reconnu que l'article 3 commun aux Conventions de Genève faisait partie du droit coutumier, exposait les règles minimum applicables à tous les conflits armés et constituait ce qu'il est convenu d'appeler des considérations élémentaires d'humanité³⁵⁰.

La Chambre d'appel du TPIY pour considérer qu'il ne peut être dérogé à l'interdiction des attaques contre des civils et des biens de caractère civil en raison de nécessités militaires, se fonde notamment sur l'avis consultatif de la CIJ relatif à la licéité des armes nucléaires. Dans cet avis, la CIJ a en effet eu l'occasion de qualifier les principes de distinction et de protection de la population civile, comme des principes cardinaux du droit humanitaire. La Chambre d'appel cite à cette occasion certains passages de l'avis³⁵¹.

En citant ces arrêts, les juridictions pénales internationales légitiment leur position sur la scène internationale. En reprenant certaines solutions élaborées par des juridictions « généralistes », les TPI affirment indirectement appliquer le même droit.

Le TPIY peut également se référer dans ses jugements aux opinions individuelles formulées par les juges de la CIJ. Dans l'affaire *Krstic*, le TPIY n'hésite en effet pas à exposer la position du Juge Lauterpacht dans l'affaire concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide³⁵².

³⁴⁹ Affaire *Delalic*, Chambre d'appel, 20/02/2001, § 76 et 77.

³⁵⁰ Affaire *Aleksovski*, Chambre de première instance, 25/06/1999, § 50.

³⁵¹ Affaire *Kordic et Cerkez*, Chambre d'appel, 17/12/2004, § 54.

³⁵² Affaire *Krstic*, Chambre de première instance I, 2/08/2001, § 588.

La Cour internationale de Justice se prête elle aussi au jeu de renvoi initié par le TPIY, validant ainsi la thèse du rattachement du droit pénal international au droit international public. Dans son arrêt du 26 février 2007 relatif à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie Monténégro, la CIJ se montre particulièrement réceptive aux travaux du TPIY. La CIJ devait trancher la question de savoir si les diverses violations du droit international humanitaire commises en Bosnie-Herzégovine constituaient un génocide imputable à la Serbie Monténégro. Pour répondre à cette question qui avait été largement abordée par le TPIY du point de vue de la responsabilité pénale individuelle, la CIJ a fondé de nombreuses conclusions factuelles et juridiques sur des jugements ou des arrêts rendus par le Tribunal *ad hoc*³⁵³. En procédant à ces renvois divers et inédits, la CIJ semble donc, à première vue, considérer cette juridiction comme son égale.

Ce jeu de renvoi auquel se livrent la CIJ et le TPIY semble accréditer la thèse selon laquelle le droit pénal international constitue une branche du droit international public.

*
* *

Les juridictions pénales internationales relèvent par leur mode de création du droit international public et elles entretiennent des relations privilégiées avec l'ONU. De plus, grâce à différentes techniques, le juge pénal international affirme son appartenance à l'ordre juridique international. Il utilise en effet largement les instruments et les concepts du droit international public, à qui il doit son existence. Il a ainsi développé et enrichi les règles du droit des conflits armés.

Toutefois, ce n'est pas parce que les juridictions pénales internationales appliquent des normes issues du droit international public que toute leur activité s'y intègre. En effet, leur activité créatrice ne s'inscrit pas dans le cadre de cette matière. Même si les juridictions

³⁵³ TEANI (A.L.), « L'arrêt de la Cour internationale de Justice du 26 février 2007, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ? », *RSC* 2007, n°4, p. 767 et s.

pénales internationales appliquent un certain nombre de règles internationales, elles font également application de règles qui ne s'y rapportent pas, et ce, en proportion sensiblement plus importante. Ce n'est pas en appliquant le droit international public que les juridictions pénales internationales peuvent remplir à bien leur mission répressive. Pour ce faire, elles doivent avant tout appliquer des règles pénales et procédurales.

Ainsi, c'est bien souvent lors de la phase de jugement que les juridictions pénales internationales appliquent des règles de droit international public. Dans la masse documentaire des décisions et ordonnances rendues par les TPI, les règles de droit international public occupent donc une place marginale. De plus, si le TPIY cherche à appliquer le droit international public, nous avons vu que son homologue africain ne poursuit pas la même démarche. Est-ce la spécificité des atrocités commises au Rwanda qui justifie que le droit international public « pur » soit ignoré ? Le fait que l'on juge bien plus que les excès de la guerre, la commission d'un génocide ?

L'ancrage que le TPIY cherche à réaliser se révèle bien souvent artificiel. En effet, derrière une attitude volontairement révérencieuse vis-à-vis du droit international public, le juge pénal international tend en réalité à dépasser le cadre fourni par le droit international public en exerçant un véritable pouvoir prétorien.

TITRE II

LE DEPASSEMENT DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Si, comme nous l'avons vu précédemment, les juridictions pénales internationales façonnent le droit pénal international en référence au droit international public, elles n'hésitent pas non plus à le dépasser. Des solutions inédites sont en effet élaborées par les TPI pour faire face aux situations qui leur sont déférées. Le juge pénal international joue à cet égard un rôle primordial dans le dépassement par le droit pénal international du droit international public.

La fonction de juger comporte en son sein même une force créatrice qui réside principalement dans le mécanisme de l'interprétation des règles de droit. Celui qui est appelé à appliquer une règle de droit doit en effet, par le biais d'un travail interprétatif, chercher si le cas concret qui lui est soumis entre bien dans son champ d'application. Tous les juges qu'ils soient internes ou internationaux produisent donc, dans une mesure non négligeable, du droit.

Le juge pénal international ne déroge pas à la règle qui veut qu'un juge appelé à appliquer une règle de droit en développe le contenu. Pourtant, son influence sur les règles de droit dépasse souvent les standards habituels en la matière et notamment ceux des autres juges internationaux de sorte que nous constatons l'émergence d'un véritable droit prétorien, constitué de solutions distinctes de celles habituellement retenues en droit international public (Chapitre II). Ce phénomène s'explique assez logiquement dès lors que les Statuts des juridictions pénales internationales offrent au juge pénal international de nombreux moyens d'affirmer son indépendance (Chapitre I).

CHAPITRE I

FACTEURS D'INDEPENDANCE DU JUGE PENAL INTERNATIONAL

Alors que le juge pénal international affiche, comme l'avons constaté dans le Titre précédent, une volonté très nette de se conformer aux règles du droit international public, certains facteurs lui permettent pourtant de s'en affranchir. Du fait de l'absence de figure étatique à l'instance et de la multiplication des sources à la disposition du juge pénal international, ce dernier a manifesté une grande liberté dans la mise en œuvre des règles internationales. En effet, les Etats ne prenant pas part au procès pénal international, ils ne peuvent pas réellement faire prévaloir leurs positions quant au devenir des normes pénales internationales (Section I). Cette absence étatique couplée à la richesse des instruments à la disposition du juge incite sans conteste le juge à faire preuve d'autonomie vis-à-vis du droit international public (Section II).

SECTION I: ABSENCE DE FIGURE ÉTATIQUE AU PROCÈS PÉNAL INTERNATIONAL

En raison de l'inexistence de forces de police internationales et de la supériorité technique des équipes nationales, les Etats jouent un rôle majeur dans la collecte des preuves et dans l'arrestation des suspects recherchés par les juridictions pénales internationales. Les contributions les plus importantes sont réalisées par les polices des Etats sur le territoire desquels les crimes ont été commis. Pourtant, les Etats tiers peuvent également faire avancer la répression des crimes internationaux. Les autorités espagnoles ont ainsi procédé à l'arrestation le 7 décembre 2005 d'Ante Gotovina, un ancien général croate dans l'archipel des Canaries. Il était en fuite depuis son inculpation en 2001 par le TPIY pour crimes de guerre. D'un point de vue technique, les juridictions pénales internationales ne peuvent donc pas se passer du soutien logistique des autorités étatiques pour mener à bien leur mission.

Cependant, une fois le suspect arrêté et remis aux juridictions internationales, nous ne pouvons que constater l'absence de figure étatique au procès pénal international. Après avoir analysé le caractère tout à fait exceptionnel de l'absence d'Etat dans ce qui semble être un « procès international » (§ 1), il conviendra de s'interroger sur les conséquences de cette carence sur l'activité du juge (§ 2).

§1. Carence exceptionnelle sur la scène internationale

Les Etats qui ne sont pas présents à l'instance pénale internationale que ce soit devant les TPI ou devant la CPI (A), ne disposent pas non plus de moyens indirects pour faire prévaloir leur interprétation du droit (B).

A. ABSENCE D'ETATS À L'INSTANCE PÉNALE INTERNATIONALE

Contrairement aux juridictions internationales « classiques », les juridictions pénales internationales n'accueillent pas d'Etat à l'instance.

a) Présence étatique constante auprès des juridictions internationales

La nature profonde du droit international public explique que l'application du droit international public par une juridiction soit toujours soumise à discussion parmi au moins un acteur étatique. Le droit international public qui a pour objet principal la régulation des relations entre Etats³⁵⁴ est le fruit des volontés étatiques. Les Etats sont les sujets originaires et principaux de l'ordre juridique international et produisent le droit auquel ils sont soumis. En cas de différend international, un Etat ne peut être attiré devant une juridiction internationale que s'il y a consenti. Il paraît dès lors difficile d'imaginer la tenue d'un procès à caractère international dans lequel les Etats n'auraient pas de prise directe sur le contenu du droit international.

Pourtant, une fois qu'une juridiction internationale est saisie d'un différend international, les Etats présents à l'instance peuvent ainsi défendre leurs intérêts et tenter d'inciter le juge à

³⁵⁴ « Les relations internationales sont le domaine classique de la juridiction internationale (...) Les juridictions internationales connaissent des relations entre Etats » in SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 30.

adopter une solution qui leur soit favorable. Dans le cadre de sa fonction contentieuse, la Cour internationale de Justice règle exclusivement des différends opposant des Etats. Ceux-ci peuvent donc, par l'intermédiaire de leurs conseils qui sont bien souvent des professeurs de droit international reconnus, proposer une interprétation du droit qui leur convienne et qui préserve leurs intérêts.

Si la CIJ est bien la seule juridiction internationale à régler des différends interétatiques, d'autres juridictions considérées comme internationales règlent des différends internationaux³⁵⁵. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme en dépit de son caractère régional est appelée à appliquer le droit international des droits de l'homme. Contrairement à la CIJ, le procès devant la Cour européenne des droits de l'homme oppose une personne privée à un Etat, accusé d'avoir violé les dispositions de la Convention EDH.

Lorsque le différend oppose deux Etats ou un Etat à un particulier comme c'est le cas notamment devant la Cour européenne des droits de l'homme, les prétentions étatiques sont toujours relayées. L'Etat, en vertu de sa qualité de partie, expose clairement ses revendications et fait valoir ses arguments. Ces derniers sont bien évidemment examinés par la juridiction en question et permettront d'aboutir à la résolution du litige. L'Etat continue ainsi à participer à l'interprétation, au combien fondamentale, de la règle de droit qu'il avait élaboré à l'aide de ses homologues.

Le juge lorsqu'il applique le droit international le fait nécessairement évoluer mais cette évolution est encadrée et en quelque sorte, mise sous contrôle par la présence d'un ou de plusieurs Etats à l'instance. Application et création du droit international sont tellement liées qu'il semble logique que ses créateurs surveillent également dans une certaine mesure, sa mise en œuvre par le juge. En étant présents à l'instance internationale, les Etats peuvent influencer le processus de découverte du droit international et continuer à peser sur l'interprétation des normes adoptées. Dans la mesure où le droit international public régit principalement et avant tout le droit des relations entre Etats, il est tout à fait logique que les Etats participent à son interprétation. Les Etats même lorsqu'ils sont attirés devant une juridiction internationale ne se trouvent pas dans la même situation qu'un individu attiré

³⁵⁵ « Le contentieux international ne coïncide pas avec le contentieux interétatique. D'une part, en effet, la grande majorité des différends qui relèvent du contentieux international n'oppose pas des Etats entre eux » *in* SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 6.

devant une juridiction interne car ils ont créé le droit auquel ils sont soumis. Ils disposent donc nécessairement d'un droit de regard à son égard.

Dans le contexte d'un droit international encore largement volontariste, la faculté pour un juge d'appliquer des règles de droit international sans surveillance étatique fait figure d'exception. L'absence totale d'Etat à l'instance devant les tribunaux pénaux internationaux est tout à fait inhabituelle même si certains ne considèrent pas comme déterminante la présence d'un Etat aux fins de déterminer s'il existe bien une juridiction internationale³⁵⁶. Comme nous allons le constater, les juges pénaux internationaux font application de règles issues du droit international public sans qu'aucun Etat n'intervienne à l'instance.

b) Exclusion des Etats devant les juridictions pénales internationales

Le procès pénal international, dans la mesure où il a pour objet l'identification et la répression des auteurs de violations graves du droit international humanitaire, met en scène deux parties : le Procureur et l'accusé. Les Etats sont donc automatiquement exclus de cette procédure ; ils ne disposent pas de la qualité de partie au procès pénal international.

Compte tenu du caractère spécifique de la mission attribuée aux juridictions pénales internationales, il n'est pas ici question de regretter l'absence d'Etats à l'instance pénale internationale. En effet, si un ou plusieurs Etats remplissaient le rôle dévolu au Procureur, le procès ne serait pas international. C'est l'effacement des Etats au profit d'un Procureur qui contribue à conférer à ce type de juridictions leur légitimité internationale. Même si les juges ne représentent pas leurs Etats mais bel et bien la Communauté internationale, la présence d'un Etat exerçant le rôle du procureur serait mal perçue. L'accusateur se doit d'être détaché des influences étatiques pour accomplir correctement sa mission répressive. L'absence d'Etat à l'instance n'est donc pas à déplorer car une quelconque présence étatique est, comme nous venons de le constater, inconcevable. L'indépendance de la justice serait gravement atteinte dans l'hypothèse contraire.

³⁵⁶ « Plus généralement, la présence d'un Etat n'est pas déterminante : le contentieux international englobe plusieurs catégories de litiges auxquels aucun Etat n'est partie. On songerait immédiatement aux différends entre organisations internationales. Mais, plus diffus, les contentieux de la fonction publique et de la répression internationales, mettent tous deux aux prises des personnes physiques et des organisations, dans des positions généralement opposées » in SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 7.

Pourtant, comment expliquer qu'une juridiction qui se présente comme internationale, ne permette pas aux acteurs classiques du droit international de s'exprimer ?

Les juridictions pénales internationales jouissent, par voie de conséquence, d'une importante marge de liberté dans l'application du droit international public. Elles ne sont pas soumises de manière directe à la vigilance des Etats qui comparaissent habituellement devant les juridictions internationales. Même si les Etats ne sont pas parties directement à l'instance devant les TPI, il convient d'envisager l'ensemble des mécanismes qui pourraient leur permettre de faire valoir leurs positions même de manière détournée.

B. DÉFAUT DE MÉCANISME D'INTERVENTION INDIRECTE

Absents du procès pénal international, les Etats ne parviennent pas réellement à faire valoir leurs positions, même de manière indirecte par le biais d'une intervention en qualité d'*amicus curiae*. De plus, le personnel des juridictions pénales internationales ne constitue pas un relais approprié à leurs revendications.

a) Faiblesse de l'intervention en qualité d'*amicus curiae*

Le terme d'*amicus curiae* signifie littéralement « ami de la Cour » et désigne « la faculté attribuée à une personnalité ou à un organe non-partie à une procédure judiciaire de donner des informations de nature à éclairer le tribunal sur des questions de droit ou de fait »³⁵⁷. Ce concept procédural issu de la *common law* permet de désigner « une série de procédures permettant à des tiers de faire valoir leur point de vue dans une procédure sans y être parties, et sans intervenir »³⁵⁸. L'usage de cette technique est longtemps resté marginal en droit international³⁵⁹ avant de connaître un développement intéressant notamment devant les tribunaux administratifs internationaux, devant les Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme et devant les juridictions pénales internationales. Le tiers se voyant attribué la qualité d'*amicus curiae* « en principe désintéressé »³⁶⁰ et « le dispositif de la décision de

³⁵⁷ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 62.

³⁵⁸ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 304.

³⁵⁹ « Plus frileuses et plus sages que les juridictions internes, les juridictions internationales n'accueillaient jusqu'à présent leurs amis qu'avec circonspections » in ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP* 2001, p. 898.

³⁶⁰ DE SCHUTTER (O.), « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Le tiers à*

justice à intervenir ne doit normalement pas l'affecter en propre »³⁶¹. Carlo Santulli souligne également les dangers inhérents à cette institution en ce qui concerne le contentieux répressif³⁶².

L'article 74 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY prévoit qu' « (u)ne Chambre peut, si elle le juge souhaitable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout Etat, toute organisation ou toute personne à faire un exposé sur toute question qu'elle juge utile ». L'article 74 du Règlement de procédure et de preuve du TPIR prévoit quant à lui qu'« (u)ne Chambre peut, si elle le juge souhaitable dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, inviter ou autoriser tout Etat, toute organisation ou toute personne à comparaître devant elle et lui présenter toute question spécifiée par la Chambre ». Les tiers autorisés à présenter un exposé ou à comparaître sont divers ; il peut s'agir d'organisations gouvernementales ou non gouvernementales³⁶³, de particuliers³⁶⁴ mais également d'Etats qui occupent une place de choix dans cette énumération.

La possibilité offerte aux Etats de comparaître devant les TPI en qualité d'*amicus curiae* est-elle de nature à compenser leur absence aux autres stades du procès pénal international ?

Pas réellement car s'ils peuvent intervenir de manière indirecte, ils n'ont pas la qualité de partie et leurs prétentions « ne sont pas des conclusions »³⁶⁵, « (l)eurs argumentations n'ont pas même le statut de moyens, et la juridiction n'a pas à les prendre en considération dans sa motivation »³⁶⁶. De plus, avant de pouvoir concrètement déposer un mémoire, les Etats doivent y être autorisés par le Tribunal. Enfin, l'intervention de l'Etat à l'instance est très dépendante des besoins réels de la juridiction. Ainsi, la Belgique a été autorisée à déposer un mémoire relatif à la compétence du TPIR pour poursuivre Théoneste Bagosora sur la base de

l'instance, Paris, Pedone, 2005, p. 86.

³⁶¹ *Ibid.*

³⁶² « S'agissant des procédures pénales, la technique est dangereuse qui risque d'attirer sycophantes et amoureux des châtiments, et de troubler les apparences très nécessaires à l'indépendance. Surtout, dans la répression internationale, l'égalité des parties, déjà mise à mal dans les faits par la disproportion liée aux moyens pratiques du Procureur, a pu être « affectée » en droit, sur certaines questions, par la disproportion entre l'espace occupé par l'accusé, et mes mémoires cumulés du Procureur et des *amici procuratoris* venus à son secours » SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 305.

³⁶³ Dans l'affaire Tadic, l'association Juristes sans frontières intervient en qualité d'*amicus curiae*.

³⁶⁴ Lors du procès d'Anto Furundzija, la Chambre de première instance (10/12/98) a autorisé onze spécialistes des droits de la femme en droit international à déposer un mémoire. Elle a également choisi Timothy McCormack pour ses compétences en droit international dans le cadre du procès de Slobodan Milosevic.

³⁶⁵ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 304.

³⁶⁶ *Ibid.*

l'article 3 du Statut pour les meurtres commis le 7 avril 1994 par les forces armées rwandaises à l'encontre de dix ressortissants belges membres de la MINUAR³⁶⁷.

Dans cette affaire, la Belgique avait évidemment un intérêt à intervenir à l'instance compte tenu de l'attaque dont avaient été victimes ses ressortissants et comme le remarque Carlo Santulli, les Etats ou autres entités qui désirent obtenir la qualité d'*amicus curiae* prennent rarement part à un commerce désintéressé³⁶⁸. En toute hypothèse, la possibilité pour un Etat de sauvegarder ses intérêts essentiels, qu'il s'agisse de ses ressortissants dans cette hypothèse ou de ses intérêts souverains directs, ne doit pas être confondue avec la possibilité pour les Etats de prendre part à l'application du droit international public. Ce n'est pas parce que quelques Etats ont la possibilité de déposer des mémoires et éventuellement d'intervenir à l'instance que les intérêts des Etats sont en général préservés. Les Etats n'interviennent qu'au cas par cas, après y avoir été autorisés par les chambres sur des sujets précis sans pouvoir - ou sans vouloir - se prononcer sur l'évolution plus large du droit international.

Les Etats s'ils ont la possibilité d'intervenir en tant qu'« ami de la Cour », n'en font qu'un usage limité. Deux hypothèses générales sont à distinguer : soit l'Etat est directement intéressé par le conflit armé en discussion devant le Tribunal, soit il lui est totalement étranger (l'exemple de la Belgique se situe entre les deux puisque le conflit n'a pas eu lieu sur son territoire mais que certains de ses ressortissants se sont trouvés sur le théâtre des opérations).

La République de Croatie a introduit le 30 avril 1996 une requête en vue d'être autorisée à comparaître en qualité d'*amicus curiae* pour toutes les questions mettant en cause sa responsabilité, ses droits et ses intérêts juridiques. Il semble tout à fait logique qu'un Etat issu de la dislocation de la Yougoslavie puisse faire valoir ses positions afin de préserver sa souveraineté car celle-ci pouvait se trouver mise en danger par certaines décisions du Tribunal. Cette demande a toutefois été refusée³⁶⁹ sans préjudice pour la Croatie de présenter à nouveau sa demande à l'occasion du procès.

³⁶⁷ *Bagosora*, Chambre de première instance II, 6/06/98, Decision on the amicus curiae application by the government of the Kingdom of Belgium.

³⁶⁸ SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *AFDI* 2000, p. 62.

³⁶⁹ *Rajic*, IT-95-12-R61, Chambre de première instance, Ordonnance relative à la demande de la Croatie de comparaître en qualité d'*amicus curiae*, 26/05/96.

Dans son rapport annuel à l'Assemblée générale des Nations unies³⁷⁰, le TPIY a souligné que dans le cadre de l'affaire Erdemovic, la Chambre de première instance avait examiné une requête du Procureur le 28 mai 1996 en présence du conseil d'Erdemovic et d'un représentant de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro). Le Tribunal souligne que ce dernier assistait à l'audience en qualité d'*amicus curiae*.

En relation avec l'affaire Tadic, le gouvernement américain avait déposé en qualité d'*amicus curiae* un mémoire³⁷¹. Les Etats-Unis ont renouvelé cette démarche en appel.

Le TPIY accueille de manière positive ce type d'initiatives³⁷² et insère le contenu des mémoires dans son raisonnement comme témoigne cet extrait :

« Bien que le texte des Conventions puisse sembler ambigu et que la question ne soit pas définitivement tranchée (*voir*, par exemple, (*Amicus Curiae*) exposé du gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant certains arguments présentés par le Conseil de la Défense dans l'affaire *Le Procureur c/ Dusan Tadic*, 17 juillet 1995, affaire no. IT-94-1-T, par. 35-36 ("Mémoire d'*amicus curiae* des Etats-Unis")), on s'accorde généralement à penser que les dispositions relatives aux infractions graves établissent une compétence contraignante universelle uniquement en ce qui concerne les infractions aux Conventions commises dans des conflits armés internationaux »³⁷³.

Les déclarations des Etats en tant qu'*amicus curiae* peuvent également être utiles au TPIY pour déterminer la teneur du droit coutumier. Après avoir souligné que pour les Etats-Unis, les dispositions relatives aux "infractions graves" de l'article 2 du Statut du Tribunal international s'appliquent aux conflits armés de caractère non-international comme à ceux de caractère international, la Chambre d'appel considère que :

« Cette déclaration, que ne vient étayer aucune jurisprudence, ne semble pas être justifiée en ce qui concerne l'interprétation de l'article 2. Néanmoins, vue sous un autre angle, on ne saurait nier sa portée : elle énonce l'opinion juridique de l'un des Membres permanents du Conseil de sécurité sur une question juridique délicate. A ce titre, elle fournit le premier indice d'un changement possible de l'*opinio juris* des Etats. Si d'autres Etats et organes internationaux en viennent à partager cette opinion, un changement du droit coutumier relatif à la portée du régime des "infractions graves" pourrait se concrétiser progressivement »³⁷⁴.

Le mémoire déposé par les Etats-Unis permet ainsi, selon le TPIY, d'exprimer l'*opinio juris* de cet Etat. Ce document revêt donc un intérêt non négligeable en ce qui concerne la

³⁷⁰ A/51/292 - S/1996/665, § 29.

³⁷¹ *Tadic*, Chambre de première instance, 10/08/95.

³⁷² *Tadic*, Chambre d'appel, 2/10/95 §7 : « La Chambre d'appel a, en conséquence, entendu les Parties sur tous les points soulevés dans les conclusions. Elle a également lu les mémoires d'*amicus curiae* présentés par *Juristes sans frontières* et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, auxquels elle fait part de sa gratitude ».

³⁷³ § 79.

³⁷⁴ § 83.

découverte d'une norme coutumière émergente. Compte tenu de l'influence exercée par les Etats-Unis sur la scène internationale et donc sur le droit international tout entier³⁷⁵, il est tout à fait logique que le Tribunal saisisse l'occasion qui lui est donnée de connaître la position américaine. D'ailleurs, comme le remarque Hervé Ascensio, alors que d'autres mémoires ont été déposés et pris en considération, « (s)eulement le mémoire des Etats-Unis est explicitement utilisé sans référence aux arguments de l'une ou l'autre partie et à propos d'un point de droit spécifique »³⁷⁶. Ce mémoire a donc eu une influence sur la décision du juge et sur l'évolution du droit international en général³⁷⁷.

Dans la pratique des TPI la prise en compte de ce genre de mémoire est pourtant très rare ; il est par conséquent impossible d'affirmer que la technique de l'*amicus curiae* permet de pallier l'absence des Etats à l'instance.

b) Impossibilité de faire appel au personnel des juridictions

Les juridictions pénales internationales qui n'incluent pas les Etats à l'instance ne leur laissent pratiquement aucune chance de faire prévaloir leur interprétation du droit, même de manière indirecte, par le biais du personnel judiciaire. Les Etats ne peuvent relayer leurs positions ni par le biais des juges présents ni par celui du Procureur.

Mina Manouvel soutient qu'en nommant des juges à la CIJ, les Etats maintiennent leur contrôle sur la production du droit international³⁷⁸. En effet, par les différentes opinions qu'ils peuvent adopter, les juges imposent la vision du droit international propre à leur Etat. La possibilité offerte aux juges de formuler des opinions séparées dans le Statut de la CIJ permet ainsi de protéger la souveraineté des Etats qui contrôlent, par ce biais, l'évolution de la norme en question. En effet, l'opinion séparée est « de nature non pas à relativiser l'aptitude de la décision de la Cour à trancher le différend concret qui lui est soumis, mais à relativiser la portée jurisprudentielle de cette décision au point d'empêcher d'acquiescer à la valeur de

³⁷⁵ Les conséquences dommageables de l'opposition des Etats-Unis à la création de la Cour pénale internationale ou au Protocole de Kyoto en constituent un excellent exemple.

³⁷⁶ ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP* 2001, p. 923-924.

³⁷⁷ *Ibid.* p. 926.

³⁷⁸ MANOUVEL (M.), *Les opinions séparées à la Cour internationale : un instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, L'Harmattan, 2005, 381 p.

précédent »³⁷⁹. Selon Mita Manouvel, il importe pour les Etats « de contrôler autant que faire se peut cette création prétorienne »³⁸⁰. Les opinions séparées agissent alors comme autant d'instruments de contrôle concourant « à faire que la définition et l'interprétation de ce qu'est le droit international n'échappent pas aux Etats »³⁸¹.

Devant les juridictions pénales internationales, les Etats ne peuvent pas nommer de juges afin de défendre leurs intérêts comme c'est le cas devant la CIJ. Nommés pour effectuer une tâche qui dépasse la résolution d'un différend ponctuel, les juges ont le sentiment de mener une mission qui dépasse le simple jeu des intérêts étatiques. De plus, les juges des juridictions pénales internationales ne sont pas nécessairement des spécialistes du droit international public, nombreux sont en effet des spécialistes du droit pénal. Ils sont, par conséquent, moins en mesure de défendre la souveraineté de leurs Etats respectifs.

Même si les Etats ne sont pas présents à l'instance, on peut imaginer qu'ils soient représentés de manière indirecte par le Procureur. En effet, dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda le Procureur représente en réalité l'ONU³⁸² qui procède des Etats. Le lien entre les Etats et le Procureur n'est qu'indirect car une fois constituée grâce à la concordance des volontés étatiques, l'organisation internationale acquiert une existence et une personnalité juridique propres. On ne peut pas réellement considérer que le Procureur soit à même de représenter les intérêts des Etats. En raison de la nature de sa mission, le Procureur a légitimement tendance à requérir une interprétation large des infractions pénales existantes.

Devant une juridiction internationale, cette tendance est renforcée par le caractère lacunaire du droit pénal international. Le droit pénal est longtemps resté du domaine exclusif des Etats et ce n'est que récemment qu'il a fait ses premières apparitions sur la scène internationale. Droit largement coutumier mais non codifié, son contenu est plus qu'un autre susceptible de fluctuer au gré des prétentions des parties. Le Procureur adoptera donc une interprétation extensive des infractions afin de permettre une meilleure répression internationale. De par

³⁷⁹ MANOUVEL (M.), *Les opinions séparées à la Cour internationale : un instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, L'Harmattan, 2005, p. 16-17.

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ *Ibid.* p. 20.

³⁸² « (1) a procédure internationale oppose le criminel prétendu et une organisation internationale, représentée par le procureur » in SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 32.

l'essence de sa fonction, le Procureur n'est donc pas à même de défendre les intérêts des Etats devant les juridictions pénales internationales.

En effet, les demandes du Procureur visant à une interprétation extensive des conventions et coutumes existantes vont à l'encontre d'une certaine vision de la souveraineté étatique. En effet, les Etats ne maîtrisent plus l'évolution du contenu du droit qu'ils ont choisi d'adopter. Cette évolution est influencée par un organe dont la mission le pousse à ne pas défendre les intérêts étatiques. Il est d'ailleurs difficile d'accéder à la source des intérêts étatiques. Ceux-ci sont par nature diversifiés, mais les débats relatifs à la création de la Cour pénale internationale fournissent à cet égard un indicateur non négligeable. Avant tout, il convient de constater que le projet de création d'une juridiction pénale internationale permanente n'a abouti qu'après de nombreuses années de négociations alors même que la question de l'existence de la juridiction n'était pas le seul point d'achoppement entre les Etats. La définition des infractions a également été au cœur des débats et il ressort qu'en général, les Etats sont réticents à étendre la définition des crimes internationaux ; ils ont tendance à essayer de les contenir dans des limites étroites.

A titre d'exemple, les Etats ont refusé d'inclure le crime de terrorisme dans la compétence de la CPI et l'article 124 du Statut permet à tout Etat de retarder à son égard la compétence de la Cour en ce qui concerne les crimes de guerre. Les Etats cherchent à limiter les possibilités pour leurs nationaux d'être attraités devant une juridiction pénale internationale car « d'une manière ou d'une autre, derrière les criminels jugés se cachent presque toujours leurs Etats nationaux »³⁸³. Ils craignent particulièrement pour leurs militaires mais également pour leurs dirigeants qui sont en première ligne des négociations. Même si le droit international naît de la volonté des Etats et est donc par nature protecteur vis-à-vis de ces derniers, les engagements qui sont contractés sous son emprise sont voués à lier l'Etat pour de nombreuses années. Tous les traités ne sont pas perpétuels mais l'engagement étatique a souvent de lourdes conséquences pour l'avenir. Il est donc logique que les gouvernants réfléchissent de manière approfondie avant d'engager leur Etat.

³⁸³ KARAGIANNIS (S.), « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique », *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 61.

Dans le cadre des juridictions pénales internationales, les Etats ne peuvent donc pas faire valoir leurs positions que ce soit de manière directe ou indirecte. Plusieurs conséquences en découlent.

§2. Conséquences de cette carence

La carence étatique à l'instance pénale internationale permet à des figures non étatiques d'apparaître et de solidifier leurs positions (A) en même temps qu'elle marque une perte d'adhérence des Etats sur la norme pénale internationale (B).

A. EMERGENCE DE FIGURES NON ÉTATIQUES

Le procès pénal international met de plus en plus au premier plan des figures qui entrent en concurrence avec la personne étatique. Il s'agit principalement des organisations non gouvernementales et de manière plus marginale, des victimes des crimes réprimés par les juridictions pénales internationales.

a) Les organisations non gouvernementales

Si la figure étatique semble absente des procès qui se tiennent devant les TPI, d'autres entités y ont fait leur apparition et contribuent à éloigner un peu plus les Etats de ce processus. Il s'agit en grande partie des organisations non gouvernementales.

Une ONG est « une institution créée par une initiative privée – ou mixte – à l'exclusion de tout accord intergouvernemental, regroupant des personnes privées ou publiques, physiques ou morales, de nationalités diverses »³⁸⁴. Sans but lucratif, une telle institution tente « d'infléchir ou de corriger l'action des sujets de droit international »³⁸⁵. Serge Sur distingue les ONG opérationnelles des ONG idéologiques « qui se bornent à des postures normatives, aspirent à devenir des partis politiques internationaux, sans légitimité, sans racines et sans

³⁸⁴ DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 6^{ème} édition, p. 694.

³⁸⁵ *Ibid.*

contrôle, et développent une diplomatie parallèle, qui interfère avec les diplomaties étatiques, sans aucune base démocratique »³⁸⁶.

Grâce à la possibilité qui leur est offerte de comparaître en qualité d'*amicus curiae* par les articles 74 des règlements de procédure et de preuve des TPI, les ONG se sont vu conférer une légitimité internationale inespérée même si les signes d'implication des ONG dans le fonctionnement des juridictions pénales internationales ne s'arrêtent pas là.

Les Etats se trouvent donc concurrencés par des entités non gouvernementales jouissant auprès de l'opinion publique mondiale, d'une forte légitimité. Elles se présentent en effet comme « les avocats inlassables de la justice pénale internationale, de la diplomatie du repentir et des réparations pour les victimes des crimes contre l'humanité »³⁸⁷, dégagant ainsi un fort capital sympathie. Agissant comme « les sentinelles morales du nouvel ordre international »³⁸⁸, elles ne manquent pas une occasion de s'opposer aux intérêts étatiques jugés attentatoires à l'avancée des droits de l'homme.

En consolidant leurs positions devant les juridictions pénales internationales, les ONG peuvent réellement concurrencer les Etats, ce qu'elles étaient finalement incapables de faire sur la scène internationale. Au sein des organisations internationales, les ONG, même si certaines jouissent d'un statut particulier, se contentent de procéder à du lobbying auprès des Etats. En temps normal, les ONG doivent se contenter d'influencer la politique des Etats et même si elles sont généralement bien perçues par l'opinion publique, elles ne jouissent pas de moyens concrets pour contraindre les Etats à agir dans un sens en particulier. Rares sont les forums internationaux qui leur permettent d'être écoutées sans être surveillées ou contredites directement par les Etats.

A contrario, les juridictions pénales internationales permettent aux ONG de s'exprimer dans un cadre judiciaire neutre où les Etats n'ont pas la possibilité de les contredire. Elles bénéficient donc, pour la première fois, d'une tribune objective pour faire valoir leurs positions. Leur légitimité s'en trouve, par conséquent, fortement grandie. Elles peuvent au

³⁸⁶ SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, p. 36.

³⁸⁷ HAZAN (P.), *Juger la guerre, juger l'histoire : Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, PUF, Paris, 2007, p. 72.

³⁸⁸ *Ibid.*

même titre que les Etats ou que les organisations intergouvernementales intervenir en qualité d'*amicus curiae*. Devant les juridictions pénales internationales, elles se trouvent donc placées sur un pied d'égalité avec les Etats. D'ailleurs, les juridictions pénales internationales, sont compte tenu de leurs objectifs, sont bien plus disposées à accueillir le discours d'organisations dénuées d'arrière pensées politiques ou diplomatiques que celui des Etats, toujours emprunt d'enjeux stratégiques. Pour la première fois, les ONG sont entendues au même titre que les Etats, voire même davantage qu'eux. La figure étatique est dès lors clairement concurrencée par ce processus qu'elle était toujours parvenue à contenir devant les autres instances internationales. L'arrivée des ONG sur la scène judiciaire pénale internationale affaiblit réellement les Etats car, en accueillant leurs témoignages et leurs prétentions, les juges leur confèrent une légitimité que les Etats ne seront plus, par la suite, en mesure de contester.

Dans ce sens, les juridictions pénales internationales ont commencé à modifier les rapports de force qui existaient entre les Etats et les ONG. D'ailleurs, lors des négociations relatives au Statut de la CPI, les ONG ont pris part aux négociations d'une manière tout à fait inédite³⁸⁹. Celles-ci se voient d'ailleurs accorder par le Statut un rôle officiel puisque son article 15 relatif à l'auto-saisine du Procureur sur la base de renseignements prévoit au paragraphe 2 que le Procureur dans son travail de vérification des renseignements reçus, « peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'États, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources dignes de foi qu'il juge appropriées, et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour »³⁹⁰. L'article 44 paragraphe 4 prévoit également en cas de circonstances exceptionnelles la possibilité pour la Cour d'« avoir recours à l'expertise de personnel mis à sa disposition à titre gracieux par des États Parties, des organisations intergouvernementales ou des organisations non gouvernementales pour aider tout organe de la Cour dans ses travaux ». Ce personnel qui doit se conformer aux directives établies par l'Assemblée des États Parties peut être affecté au Bureau du Procureur. Les ONG se trouvent donc naturellement assimilées aux Etats et aux organisations internationales interétatiques³⁹¹ à travers ces deux articles en

³⁸⁹ « On sait que la Conférence de Rome a été marquée par l'influence de nombreuses ONG, qui ont été de véritables partenaires de la négociation, soit directement, soit indirectement en investissant certaines délégations (...) » in SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, p. 36.

³⁹⁰ Souligné par nous.

³⁹¹ SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, p. 38.

dépit du fait que « leurs modalités d'organisation et de fonctionnement n'offrent pas de garanties sérieuses »³⁹².

La CPI officialise également l'apparition des victimes comme entité concurrente à celle des Etats sur la scène pénale internationale.

b) Les victimes

Même si dans un premier temps, il peut paraître paradoxal de considérer les victimes comme des menaces potentielles à l'égard des Etats³⁹³, force est de constater que le poids qui leur est accordé par la CPI marginalise encore davantage la place accordée aux Etats. En effet, comme le note très justement Antoine Garapon, plus on multiplie les acteurs présents au procès pénal international, plus on affaiblit le poids des Etats³⁹⁴. L'entrée de nouveaux acteurs diminue encore le rôle des Etats.

L'article 68 du Statut de Rome intitulé « Protection et participation au procès des victimes et témoins », évite pour la première fois dans l'histoire des juridictions pénales internationales, d'assimiler la victime au témoin. Selon le § 3 de cet article, « (l)orsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve ».

Le Statut de Rome établit donc un système nouveau et unique permettant aux victimes de participer aux procédures de la Cour. Les victimes peuvent ainsi demander des réparations pour les préjudices subis du fait de crimes relevant de la compétence de la Cour. Pour ce faire,

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ En effet, « (t)he realisation of justice for the victims of gross violations of international humanitarian law and human rights can only be achieved when victims are able to access justice » in DONAT-CATTIN (D.), « Article 68 », *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck. Hart. Nomos, 2008, p. 1294. De plus, si l'on permet aux victimes d'être reconnues comme tels à tous les stades de la procédure, « this would allow them to make a contribution to a transparent and fair trial » (*ibid.* p. 1300).

³⁹⁴ GARAPON (A.), *La montée en puissance du juge*, invité du cours de DELMAS MARTY (M.), Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit (cours du Collège de France, 27 février 2006) : les forces imaginantes du droit, la refondation des pouvoirs.

les victimes auront la possibilité d'être assistées par des représentants légaux car « (t)here is no effective access to justice without skilful and responsible legal representation »³⁹⁵. Le Règlement de la Cour prévoit en outre la constitution d'un Bureau du conseil public pour les victimes qui fournit aide et assistance au représentant légal des victimes et aux victimes notamment en effectuant des recherches et en donnant des avis juridiques, et en comparaisant devant une chambre dans le cadre de questions spécifiques³⁹⁶. Ce bureau est le frère jumeau du Bureau du conseil public pour la défense³⁹⁷. Il a pour objet d'assister les victimes en leur fournissant notamment des rapports juridiques et une assistance technique lors des audiences. Le bureau peut également être choisi comme représentant légal des victimes lors des procédures devant la Cour. De plus, pour rendre efficaces les droits des victimes, le Greffe informe les victimes des droits qui leur sont accordés et les aide à rédiger les divers formulaires attachés à leur statut.

Parce qu'elles peuvent être représentées par des avocats, les victimes obtiennent « un statut proche de la « partie civile » »³⁹⁸. Elles acquièrent ainsi quasiment le rôle de partie au procès pénal international à côté du Procureur et de la Défense. La multiplication des parties au procès pénal international réduit indéniablement la place dévolue aux Etats pour la défense de leurs intérêts. Plus les entités défendant leurs points de vue et leurs positions sont nombreuses, plus le débat se focalisera sur leurs problèmes au détriment de questions plus générales qui intéressaient les Etats. Les juges qui devront arbitrer les allégations à la fois du Procureur, de la Défense et des victimes n'auront donc pas la possibilité matérielle d'arbitrer des questions relevant du droit international public et intéressant en premier lieu les Etats.

Suite à une demande, déposée le 26 mai 2005 par la Fédération internationale des droits de l'Homme (FIDH), la chambre préliminaire I de la CPI a autorisé six victimes de crimes commis en Ituri et au Nord-Kivu, régions minières de l'Est de la République démocratique du Congo, à participer à la procédure au stade de l'enquête. Ces personnes demandaient à participer à la procédure, que ce soit au stade de l'enquête, du procès ou de la condamnation et à se prévaloir de toutes les dispositions du Statut, du RPP et du Règlement de la Cour relatives aux droits des victimes. La Chambre était donc invitée à reconnaître le statut

³⁹⁵ DONAT-CATTIN (D.), « Article 68 », *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck. Hart. Nomos, 2008, p. 1291 (1954 p.).

³⁹⁶ Voir norme 81 du Règlement de la Cour pénale internationale.

³⁹⁷ Voir norme 77 du Règlement de la Cour pénale internationale.

³⁹⁸ BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 203.

procédural des victimes et à les autoriser à présenter leurs vues et préoccupations dans la procédure concernant la situation en République démocratique du Congo. Selon le Procureur, la participation des victimes à la procédure ne pouvait pas s'étendre à la période de l'enquête.

La Chambre préliminaire fait droit aux demandes des victimes en considérant que l'article 68-3 du Statut est applicable au stade de l'enquête dans la situation et leur accorde bien le statut juridique de victime dans le cadre de la procédure en cours devant la CPI. Les victimes peuvent donc à ce titre présenter leurs vues et préoccupations, déposer des pièces et demander à la Chambre préliminaire d'ordonner des mesures spécifiques. La Chambre considère que « le Statut confère aux victimes une voix et un rôle indépendants dans la procédure devant la Cour » et que « (c)ette indépendance doit pouvoir s'exercer notamment à l'égard du Procureur de la Cour pénale internationale afin que les victimes puissent exprimer leurs intérêts »³⁹⁹.

Au-delà des difficultés techniques liées à la participation des victimes à tous les stades de la procédure⁴⁰⁰, il existe également un risque important de confusion des rôles entre les victimes et le Procureur. Ce dernier était d'ailleurs opposé à la possibilité de faire participer les victimes dès le stade de l'enquête, craignant probablement que les victimes ne réduisent sa liberté d'intervention. Dans la mesure où il représente l'ensemble des victimes, il est logique qu'il cherche à garder la maîtrise des enquêtes. Selon Antoine Garapon, la participation des victimes à un stade précoce du procès désymbolise la justice⁴⁰¹. Du côté de la Défense, les craintes ne sont pas moins vives et se focalisent sur le risque de voir les victimes se transformer en un « parquet bis »⁴⁰². Dans l'affaire Lubanga, le Procureur et la Défense ont d'ailleurs fait conjointement déposer une demande pour les autoriser à faire appel de la décision de la Chambre de première instance relative à la participation des victimes du 18 janvier 2008⁴⁰³. Le fait que l'Accusation et la Défense agissent de concert – même si leurs prétentions sont différentes - montre à quel point l'entrée des victimes au procès international

³⁹⁹ CPI, Chambre préliminaire I, Situation en République démocratique du Congo, Version publique expurgée, *Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6*, 17/01/2006, § 51.

⁴⁰⁰ BLATTMANN (R.), BOWMANN (K.), « Achievements and Problems of the International Criminal Court : A View From Within », *JICJ* 2008, vol 6, n°4, p. 728.

⁴⁰¹ GARAPON (A.), *La montée en puissance du juge*, invité du cours de DELMAS MARTY (M.), Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit (cours du Collège de France, 27 février 2006) : les forces imaginantes du droit, la refondation des pouvoirs.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ CPI, Chambre de première instance I, *Décision relative aux requêtes, introduites par la Défense et l'Accusation, aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la Décision relative à la participation des victimes rendue la 18 janvier 2008*, 26/02/2008.

perturbe les schémas traditionnels.

Le procès pénal international voit donc apparaître, dans l'espace laissé vacant par les Etats, des figures non étatiques qui peuvent combiner leurs forces pour augmenter leur impact sur la détermination du droit pénal international. En effet, dans l'affaire relative à la situation en République démocratique du Congo, c'est la Fédération internationale des droits de l'homme (FIDH) qui a dépêché un magistrat sénégalais pour aller recueillir 6 témoignages sur le conflit en RDC. Ces témoins ont ensuite été portés par cette ONG dans leurs démarches⁴⁰⁴. Dans cette affaire c'est d'ailleurs un membre de la FIDH, Maître Emmanuel Daoud qui a été nommé représentant des victimes. A l'occasion de son 36ème Congrès, se tenant à Lisbonne du 19 au 25 avril 2007, la FIDH a publié son « Manuel à l'attention des victimes, de leurs représentants légaux et des ONG sur les droits des victimes devant la Cour pénale internationale », officialisant ainsi les liens existant entre les ONG et le corps des victimes.

En s'alliant, les figures non étatiques au procès international décuplent leurs forces et réduisent par voie de conséquence, la place laissée aux Etats pour défendre leur point de vue et imposer leur vision de ce que devrait être la norme pénale internationale.

B. PERTE D'ADHÉRENCE SUR LA NORME APPLIQUÉE

Comme nous venons de le constater, les Etats ne peuvent pas faire valoir immédiatement leurs positions devant les TPI ni devant la CPI. La CPI « exprime une certaine méfiance à leur égard, puisque tout est fait pour compenser leur carence »⁴⁰⁵. En effet, la Cour pénale internationale ne dispose que d'une compétence subsidiaire à l'endroit des Etats. Si ces derniers remplissent correctement leur mission de répression des crimes internationaux, la Cour n'a pas à intervenir. Ils sont donc pratiquement « sous contrôle »⁴⁰⁶ et soumis à une « ère du soupçon »⁴⁰⁷. Dans cette hypothèse, c'est donc la juridiction pénale internationale qui contrôle l'Etat et non l'inverse. On assiste donc à un renversement total du schéma international traditionnel. Alors que la CIJ a souvent été vue, du fait de l'absence de caractère

⁴⁰⁴ On peut se poser la question d'une éventuelle instrumentalisation des victimes par la FIDH. En intervenant au nom des victimes, cette ONG ne cherche-t-elle pas à influencer le contenu du droit qui sera appliqué par la CPI ?

⁴⁰⁵ SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, p. 31.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

⁴⁰⁷ *Ibid.*

obligatoire de sa juridiction, comme une juridiction au service des Etats, les juridictions pénales internationales, au mieux, ignorent les Etats et au pire, les soumettent à un contrôle.

Au-delà d'une modification des rapports de force entre acteurs internationaux, l'absence de figure étatique au procès pénal international laisse le juge libre de déterminer sans grande entrave le contenu de la norme pénale internationale.

Le droit international se désolidariserait donc ainsi de ses concepteurs originaux pour prendre son indépendance. Créé pour régir les relations entre Etats, le droit international public deviendrait un droit intersubjectif, susceptible d'être appliqué par une juridiction sans qu'aucun Etat ne puisse intervenir dans le processus d'identification de la norme. Cette liberté du juge pénal international est d'autant plus grande que l'origine coutumière d'un nombre important de normes du droit international humanitaire exacerbe l'indétermination et la nécessité pour l'interprète de formaliser certaines règles.

Le fait que les Etats ne comparaissent pas à l'instance a donc des effets considérables sur les pouvoirs interprétatifs du juge. En effet, « le type de différend est un facteur qui influe directement sur les méthodes et les orientations de l'interprétation »⁴⁰⁸ et la « nature même du problème juridique posé à l'interprète, tel que déterminé par les requêtes des parties ou d'une partie, formate le travail juridique qui devra être entrepris sur le cas »⁴⁰⁹. En échappant à la « surveillance étatique » lors du procès pénal international, les juges développent naturellement une jurisprudence plus audacieuse que s'ils étaient observés de près par des Etats souverains.

Tout se passe en réalité comme si les Etats abandonnaient leur pouvoir de création du droit. Certes, ce sont bien eux qui ont mis au point et ratifié les conventions que les juges appliquent mais du fait de leur absence à l'instance, ils semblent reléguer la définition des contours du contentieux pénal international aux juges. Les juridictions pénales internationales menacent le pouvoir normatif des Etats. C'est d'ailleurs peut-être l'une des raisons qui explique pourquoi le processus de création de la CPI a été si long et que certains Etats y restent farouchement

⁴⁰⁸ KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 170.

⁴⁰⁹ *Ibid.*

opposés⁴¹⁰. La création d'une juridiction pénale internationale entraînerait donc une perte d'adhérence sur la norme pénale et l'apparition d'un pouvoir prétorien non négligeable.

Dotés de moyens trop faibles pour faire valoir leurs points de vue, les Etats ne maîtrisent pas le processus de formation de la règle pénale internationale. L'absence de moyen d'influencer l'interprétation de la règle pénale internationale constitue ainsi, un premier facteur d'indépendance du juge pénal international. Parce que les normes appliquées par les juridictions pénales internationales ne sont pas discutées et interprétées avec le concours des Etats, elles ont tendance à s'écarter du cadre général du droit international public.

Affranchi du contrôle incessant que les Etats exercent en général à l'égard des juridictions internationales, le juge pénal international développe une importante marge de liberté. Son activité n'est entravée que par la Défense, l'Accusation ou de manière nouvelle éventuellement par les victimes, bref, par un ensemble de personnes physiques aux préoccupations « individualistes ». Aucune entité étatique ne peut influencer l'interprétation qui sera donnée par le juge. Comparativement aux juges internationaux « classiques », le juge pénal international jouit donc d'une importante marge de liberté. Il affirme ainsi toute son indépendance à l'égard des prétentions des parties.

Parallèlement à l'absence d'Etats à l'instance, le juge pénal international dispose d'instruments juridiques décuplant son pouvoir interprétatif. La dynamique de liberté qui caractérise le comportement du juge est en effet nourrie par l'ampleur qualitative et quantitative des instruments juridiques mis à sa disposition.

⁴¹⁰ Nous pensons évidemment à l'attitude américaine vis-à-vis de la CPI.

SECTION II : DENSITÉ DES INSTRUMENTS À DISPOSITION DU JUGE PÉNAL INTERNATIONAL

La densité des instruments mis à la disposition du juge pénal international favorise les penchants autonomistes du juge pénal international. Cette densité est à la fois qualitative (§ 1) et quantitative (§ 2). Le contexte normatif dans lequel le juge pénal intervient est par conséquent propice au développement d'un important pouvoir prétorien.

§ 1. Densité qualitative des Statuts

Les Statuts des juridictions pénales internationales, parce qu'ils diffèrent profondément des statuts des juridictions internationales classiques (A) font naître une relation tout à fait particulière entre le juge pénal international et son Statut (B), modifiant ainsi la façon dont les juges procèdent à l'interprétation des normes qu'ils doivent appliquer.

A. DES STATUTS PEU ORDINAIRES

Les Statuts des juridictions pénales internationales constituent des instruments tout à fait hors du commun : renfermant de nombreuses prescriptions normatives, ils fournissent au juge pénal international un important vivier de normes à appliquer tout en leur conférant expressément un pouvoir normatif.

a) Un fort coefficient normatif

Les statuts des juridictions pénales internationales sont juridiquement riches car en plus des aspects procéduraux, ils contiennent de vraies règles de fond. Les Statuts des TPI définissent en effet ce qu'est un crime de guerre, un crime contre l'humanité et quels actes constituent un génocide. Ces statuts fixent de surcroît les conditions permettant d'engager la responsabilité pénale d'un individu.

En comparaison, le statut de la CIJ revêt un aspect très majoritairement procédural et seul l'article 38 semble guider juridiquement les juges dans leur mission de règlement des différends internationaux. Cet article fournit en effet une liste des sources internationales à

partir desquelles le juge pourra construire son raisonnement même s'il est aujourd'hui avéré qu'elle est incomplète⁴¹¹. Les indications juridiques s'arrêtent toutefois à ce stade et le juge ne dispose pas de données matérielles lui permettant de régler les différends qui lui sont soumis. C'est en recherchant dans les conventions, dans la coutume ou encore dans les principes généraux de droit que le juge devra trouver le contenu de la règle à appliquer au cas d'espèce. Le Statut de la CIJ se contente d'indiquer au juge dans quel instrument déceler la norme juridique pertinente⁴¹².

Au contraire, les statuts des juridictions pénales internationales ne se contentent pas de déterminer le fonctionnement de la juridiction et le rôle des divers intervenants à l'instance ; ils contiennent des véritables dispositions normatives. Les statuts de ces juridictions s'apparentent à des codes miniatures⁴¹³. Cette tendance se trouve d'ailleurs accentuée dans le statut de la Cour pénale internationale dont l'article 8 relatif aux crimes de guerre comprend 34 crimes⁴¹⁴.

Un statut contenant des dispositions de fond fera nécessairement l'objet d'interprétations plus importantes qu'un statut uniquement composé de dispositions techniques. Un article définissant le crime contre l'humanité est davantage susceptible d'être analysé et interprété qu'un article relatif à la composition des chambres. Il est donc normal que les juges des TPI accordent une attention particulière à l'étude de leurs Statuts car en réalité, ils procèdent déjà à l'interprétation des normes juridiques applicables.

⁴¹¹ « Enfin, on ne doit pas oublier que, même légèrement amendé en 1945 (lorsque la Cour Internationale de Justice a hérité du statut de sa devancière, la Cour Permanente de Justice Internationale créée en même temps que la Société des Nations), cet article est aujourd'hui vieux de plus d'un demi-siècle, et remonte à une époque où la société internationale n'avait ni la dimension ni l'hétérogénéité qui sont les siennes actuellement. Ceci explique à la fois l'absence des actes unilatéraux des organisations internationales dans la liste des sources, et l'archaïsme de la référence aux « nations civilisées » » in DUPUY (P.M.), *Droit international public*, 6^e éd., Dalloz, 2002, p. 252-253.

⁴¹² « En second lieu, cette disposition présente en elle-même un caractère étroitement fonctionnel, ou, si l'on préfère, *opératoire*. Il s'agissait avant tout pour ses rédacteurs d'indiquer comment le juge international doit procéder pour déterminer les règles de droit applicables à un litige déterminé » in DUPUY (P.M.), *Droit international public*, 6^e éd., Dalloz, 2002, p. 252.

⁴¹³ « Le droit international pénal contemporain consacre ainsi le primat du Statut et du RPP (*règlement de procédure et de preuve*), véritables codes pénaux pour les juges internationaux » in BURGORGUE-LARSEN (L.), « Les sources du droit international pénal, analyse comparative de la pratique judiciaire des TPI et du texte du Statut portant création de la CPI », *Les sources du droit international pénal*, p. 379. De plus, Emanuela Fronza considère que la création des Tribunaux *ad hoc* et de la CPI a permis la réalisation de la « première codification pénale mondiale prévoyant une responsabilité pénale individuelle pour la protection de biens juridiques fondamentaux » (Voir la préface de l'ouvrage collectif *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 18).

⁴¹⁴ Selon Philippe Currat, le Statut de Rome « représente de manière assez convaincante le premier essai sérieux de « code international pénal » » (in CURRAT (P.), *Les crimes contre l'humanité en droit international pénal dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle 2006, p. 25).

Compte tenu du contenu exceptionnellement normatif des Statuts des tribunaux *ad hoc*, les juges doivent, pour exercer de manière convenable leur compétence juridictionnelle, interpréter leur Statut. Pour les juges pénaux internationaux, le Statut constitue toujours le point de départ du raisonnement juridique⁴¹⁵ que l'on pourrait qualifier d'interprétation statutaire.

Toutes les juridictions interprètent les normes qu'elles ont à appliquer mais en temps normal, ces normes sont formulées dans des instruments distincts du Statut. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme interprète quotidiennement la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales mais dans cette hypothèse, le Statut et Convention sont des instruments nettement séparés.

L'existence de Statuts extrêmement détaillés permet de décupler le pouvoir normatif des juges pénaux internationaux. Contrairement au juge international qui siège à la CIJ et qui a besoin pour régler un différend de faire appel à des normes internationales extrinsèques, le juge pénal international dispose d'emblée d'un socle normatif lui permettant d'exercer sa fonction. Avant même que les parties ne présentent leurs prétentions, le juge pénal international se trouve dans une situation d'autosuffisance favorisant son indépendance par rapport aux règles fondamentales du droit international public. Le juge, supposé être familier des normes contenues dans le Statut régissant sa fonction, jouit très vite d'une forte légitimité et d'un pouvoir interprétatif et normatif sans commune mesure dans l'ordre juridique international.

Les juridictions pénales internationales sont donc dotées de statuts qui dépassent la simple organisation des règles procédurales. Ces statuts contiennent à la manière d'un traité international, des dispositions normatives et l'adoption du Statut de Rome reflète tout à fait cette idée. La rédaction de ce dernier a fait l'objet d'âpres négociations, tout à fait comparables à celles accompagnant la mise au point de n'importe quelle grande convention internationale. La formulation employée dans le Statut de la CPI a constitué un enjeu majeur des négociations car il comportait des dispositions de fond.

Au-delà de leurs dispositions à proprement parler normatives, les statuts des juridictions *ad hoc* renferment d'autres indices de l'autonomie croissante du droit pénal international.

⁴¹⁵ « Les dispositions du Statut du Tribunal international définissent la compétence du Tribunal international et, par conséquent, de cette Chambre » *in* Affaire *Tadic*, Chambre de première instance, 7 mai 1997, § 558.

L'aisance du juge pénal international vis-à-vis des règles pénales internationales peut également trouver son origine dans une disposition spécifique des statuts des juridictions *ad hoc*.

b) Possibilité d'adopter et de réviser le Règlement de procédure et de preuve

Les Statuts des TPI confèrent en effet aux juges siégeant dans ces juridictions un pouvoir normatif important en ce qui concerne le Règlement de procédure et de preuve. L'article 15 du Statut du TPIY prévoit en effet que « les juges du Tribunal international adopteront un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées ». En vertu de l'article 14 du Statut du TPIR, « (l)es juges du Tribunal international pour le Rwanda adopteront, aux fins de la procédure du Tribunal international pour le Rwanda, le règlement du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie régissant la mise en accusation, les procès en première instance et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées, en y apportant les modifications qu'ils jugeront nécessaires »⁴¹⁶.

Les règlements de procédure et de preuve des juridictions *ad hoc* sont donc élaborés par les mêmes juges qui devront s'y soumettre. Non loin d'être statiques, les règles contenues dans ces documents peuvent être modifiées⁴¹⁷. Les juges ont largement usé de ce pouvoir de modification⁴¹⁸ qui s'apparente à un véritable pouvoir législatif⁴¹⁹. Ce document revêt un aspect très pragmatique. En effet, « de nombreuses dispositions ont été ajoutées, modifiées ou supprimées au gré de l'évolution des travaux du Tribunal et des nécessités rencontrées »⁴²⁰.

Pour façonner ce document, les juges ont dû s'inspirer à la fois des différentes cultures juridiques mais également de certains systèmes nationaux en particulier. Pour mener à bien leur tâche, les juges ne se sont trouvés confrontés à aucune barrière, ils étaient libres de

⁴¹⁶ Une fois de plus, il convient de noter le rôle leader du TPIY en la matière. C'est le TPIY qui ouvre la voie, qui lance les premières pierres de la justice pénale internationale. Le TPIR se contente bien souvent de suivre la voie tracée par le TPIY.

⁴¹⁷ Voir les articles 6 des Règlements de procédure et de preuve des TPI.

⁴¹⁸ En février 2009, le RPP du TPIY avait été modifié 43 fois depuis son adoption.

⁴¹⁹ DE HEMPTINNE (J.), « L'hybridité et l'autonomie du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004, p. 137.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 135.

choisir dans les divers exemples nationaux la formule qui leur conviendrait le mieux. Ils jouissaient d'ailleurs de la possibilité d'innover en ne copiant pas un système en particulier mais en associant les éléments de plusieurs systèmes. Jérôme De Hemptinne remarque à cet égard un phénomène d'« hybridation » du RPP entre le système de *common law* et le système romano-germanique⁴²¹. Du point de vue du résultat, le Règlement du TPIY constitue une « synthèse entre les traditions juridiques de *common law* et de droit romano-germanique »⁴²² mais tend également à une certaine autonomisation en se distinguant des modèles procéduraux classiques.

De plus, après avoir rédigé le RPP, les juges auront ensuite la possibilité de l'interpréter au gré de son application effective. Les juges exercent donc une maîtrise totale sur cet instrument. L'octroi d'un tel pouvoir législatif au juge pénal international en ce qui concerne la rédaction et la modification de son règlement de preuve et de procédure lui a indéniablement conféré une confiance et un désir toujours plus grand d'affirmer sa capacité à créer du droit, et ce, même en dehors du cadre du RPP.

B. UNE RELATION TRES FORTE ENTRE LE JUGE ET LE STATUT QUI REGIT LA JURIDICTION

Le caractère fortement normatif des Statuts des juridictions pénales internationales a indirectement tendance à amplifier le penchant créateur du juge. En effet, grâce à la maîtrise qu'il exerce sur cet instrument international, le juge développe un sentiment de confiance qui rejaillit ensuite sur l'ensemble des interprétations qu'il réalise.

En comparaison, le juge international de la CIJ dispose d'un Statut ne contenant aucune indication précise qui pourrait permettre au juge de régler une affaire au fond. Le juge doit immédiatement s'en remettre aux accords intervenus entre les parties ou au droit international général afin d'aboutir à une solution. *A contrario*, le juge pénal international a d'emblée à sa disposition un instrument juridique adapté à ses besoins et qui sera le point de départ de tous ses raisonnements juridiques. Le juge pénal international se trouve, dès lors, dans une situation bien plus confortable que celle du juge international qui doit se référer le plus

⁴²¹ *Ibid.* p. 136 et s.

⁴²² *Ibid.* p. 135.

rapidement possible à des instruments totalement extrinsèques pour construire son raisonnement. La proximité existant entre le juge pénal international et l'instrument qui constitue un socle normatif indéniable – le Statut – explique en grande partie l'émergence d'un pouvoir prétorien en droit pénal international.

Fort des liens particuliers qui l'unissent à son Statut, le juge pénal international n'hésite pas à le façonner dans un sens lui paraissant plus conforme à sa vocation humanitaire. Le TPIY a en effet rapidement procédé à une interprétation originale des dispositions de son Statut. Le Statut du TPIY contient deux articles relatifs aux crimes de guerre. L'article 2 donne compétence au Tribunal pour poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et l'article 3 pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois et coutumes de la guerre. Schématiquement, l'article 2 apparaît très clairement sanctionner les violations du droit de Genève et l'article 3, les violations du droit de La Haye.

Le premier accusé du TPIY a tenté de contester la compétence du Tribunal à son égard en plaidant l'inexistence d'un conflit armé international et donc l'impossibilité pour le Tribunal de le juger sur le fondement de l'article 2 de son Statut.

La Chambre de première instance qui constate que l'existence d'un conflit armé international n'est pas mentionnée à l'article 2 conclut que « l'élément d'internationalité ne constitue pas un critère juridictionnel des crimes listés par l'article 2 »⁴²³. En effet, dès 1995, la Chambre de première instance du TPIY a fortement revendiqué une forme d'autonomie par rapport aux Conventions de Genève et donc, par rapport au droit international public : « L'article a été rédigé de façon à être autonome plutôt qu'à servir de référence »⁴²⁴. Ainsi, bien que le Statut mentionne expressément les Conventions de Genève, le juge ne se considère pas lié par le fait que les Conventions de Genève de 1949 concernent exclusivement les conflits armés internationaux à l'exclusion des conflits armés internes. Ainsi, le juge rejette l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par l'accusé.

En dépit du fait que ce raisonnement ait été censuré par la Chambre d'appel, il reste tout à fait symptomatique de la volonté du juge pénal international d'interpréter son Statut de manière

⁴²³ Affaire *Tadic*, Chambre de première instance, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la Défense, 10/08/1995, § 53.

⁴²⁴ *Ibid.*, § 49.

totale­ment indépen­dante, comme si son Statut avait absorbé les Conventions de Genève pour ne plus rien leur devoir ensuite. Selon le juge de première instance, la référence aux Conventions de Genève servirait seulement à déterminer les individus bénéficiant du statut de personne protégée. Le fait que les Conventions de Genève de 1949 concernent les conflits armés internationaux n'est donc pas considéré comme liant la Chambre de première instance. La Chambre prône donc une application totalement hors contexte de l'ensemble conventionnel adopté en 1949. Le juge pénal international donne ainsi le sentiment de faire une sélection au sein des instruments internationaux, entre les dispositions qui lui sont utiles et favorisent la répression et les autres, volontairement mises de côté. Le droit international public n'est pas appliqué de manière systématique mais bien au gré des besoins répressifs du juge pénal international.

La Chambre d'appel, appelée à se prononcer de nouveau sur l'exception d'incompétence soulevée par l'accusé Tadic, va interpréter différemment les articles 2 et 3 du Statut. Elle considère que « dans l'état actuel de l'évolution du droit, l'article 2 du Statut ne s'applique qu'aux crimes commis dans le contexte de conflits armés internationaux »⁴²⁵.

Toutefois, dans la mesure où il serait inconcevable que le Tribunal soit dans l'impossibilité d'exercer sa compétence à l'égard des atrocités commises en Ex-Yougoslavie si certains des conflits venaient à être analysés comme des conflits armés internes, la Chambre d'appel va procéder à une interprétation originale de l'article 3 de son Statut. Cet article fondé sur la Convention de la Haye de 1907 est rédigé comme suit : « Le Tribunal international est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées :

a) l'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles ;
b) la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ;
c) l'attaque ou le bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus ;
d) la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des œuvres d'art et à des œuvres de caractère scientifique ;
e) le pillage de biens publics ou privés ».

Par un raisonnement tout à fait intéressant, la Chambre d'appel va réussir à englober dans la notion de lois et coutumes de la guerre, la répression des violations du droit des conflits armés internes. Considérant que l'expression de lois et coutumes de la guerre présente un caractère

⁴²⁵ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2/10/1995, § 84.

désuet et que l'on parle dorénavant plus volontiers de droit international humanitaire, la Chambre conclut que l'article 3 peut être utilisé pour réprimer d'autres violations du droit international humanitaire. De plus, l'article 3 n'établit pas une liste exhaustive des violations qu'il vise. Ainsi, « (l)'article 3 doit être considéré comme couvrant toutes les violations du droit international humanitaire autres que les "infractions graves" aux quatre Conventions de Genève relevant de l'article 2 (ou, de fait, les violations visées par les articles 4 et 5 dans la mesure où les articles 3, 4 et 5 se recouvrent) »⁴²⁶. L'article 3 apparaît donc comme « une clause générale couvrant toutes les violations du droit humanitaire ne relevant pas de l'article 2 ou couvertes par les articles 4 ou 5 »⁴²⁷. Peuvent donc être réprimées sur la base de l'article 3, les violations des Règles de La Haye sur les conflits internationaux, les atteintes aux dispositions des Conventions de Genève autres que celles classées comme "infractions graves" par lesdites Conventions, les violations de l'article 3 commun et autres règles coutumières relatives aux conflits internes et les violations des accords liant les Parties au conflit.

Ce type de questions ne se pose pas devant le TPIR dans la mesure où il est largement admis que le conflit rwandais était de nature interne et que le Statut a été rédigé de sorte à prendre en compte cette particularité.

Si le Conseil de sécurité avait certainement l'intention de conférer une compétence très élargie au TPIY afin de juger les responsables des violations graves du droit international humanitaire, il ne ressort pas de la rédaction de l'article 3 du Statut que ce même organe ait choisi d'ériger cet article en clause générale de compétence. Cette interprétation audacieuse de l'article 3 préfigure l'étendue du pouvoir normatif exercé par le juge pénal international.

Dès 1995, le TPIY procède par conséquent à une relecture, voire à une réécriture de son Statut. C'est donc, en premier lieu, par l'interprétation de son Statut que le juge pénal international va affirmer son autonomie par rapport au droit international public. La lecture des extraits proposés – qu'il s'agisse de la décision de la Chambre de première instance ou de celle de la Chambre d'appel – laisse clairement transparaître cette volonté car, derrière les dispositions du Statut, se cachent bien de réelles dispositions conventionnelles et coutumières.

⁴²⁶ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2/10/1995, § 87. Souligné dans le texte.

⁴²⁷ *Ibid.*, § 89.

Comme nous avons pu le constater, les Statuts des juridictions pénales internationales comportent en eux-mêmes un certain nombre d'explications quant à l'autonomie du droit pénal international. Toutefois, d'autres instruments internationaux contribuent également à expliquer ce phénomène.

§ 2. Densité quantitative des instruments internationaux à disposition du juge

L'abondance des instruments internationaux couplée à une carence de règles spécifiques en matière pénale place le juge pénal international dans une position assez inédite dans l'ordre juridique international. Sans Etat à l'instance pour alléguer du manque de normativité d'un instrument international, les juges utilisent sans réel contrôle divers instruments internationaux pour mener à bien leur raisonnement. La variété des instruments utilisés par le juge pénal international (A) traduit la grande liberté dont il s'est doté dans le choix des instruments pertinents (B).

A. UTILISATION D'UNE LARGE VARIÉTÉ D'INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

Les juridictions pénales internationales recourent à des instruments très variés pour juger les individus qu'elles voient comparaître. Dans l'affaire *Krstic*, la Chambre de première instance pour interpréter l'article 4 du Statut utilise de nombreux instruments internationaux⁴²⁸. La Chambre affirme en premier lieu s'appuyer sur les travaux de codification effectués dans le cadre d'instances internationales. Elle cite ensuite évidemment la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 dont les dispositions sont reprises textuellement à l'article 4 du Statut. La Chambre explique ensuite avoir pris en compte la jurisprudence internationale relative au génocide et notamment celle du TPIR ainsi qu'au rapport de la Commission du droit international sur le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Les travaux d'autres comités internationaux, comme les rapports de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'ONU sont aussi cités par la Chambre. Toujours pour interpréter l'article 4 de son Statut, la Chambre a également utilisé la version définitive du projet d'éléments des crimes rédigé par la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale en juillet 2000.

⁴²⁸ Affaire *Krstic*, Chambre de première instance I, 2/08/2001, § 541.

Le TPIY déclare enfin s'inspirer de la législation et de la pratique des États et notamment des interprétations et décisions judiciaires.

Pour interpréter l'article 4 de son Statut, le TPIY utilise donc de nombreux instruments qu'ils soient d'ailleurs internationaux ou même internes. À la lecture de cette énumération, la volonté des juges de fixer leur raisonnement dans le droit international public paraît évidente : en multipliant les références aux sources internationales, le juge pénal international cherche à ancrer son raisonnement au droit international public. Pourtant, à bien y réfléchir, tous les instruments cités n'ont pas de valeur obligatoire.

Au rang des sources incontestées du droit international public, nous trouvons une référence à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. On trouve également des références à des sources « imparfaites » du droit international public, c'est-à-dire des instruments qui n'ont jamais atteint le stade de traité ou d'autre source du droit international. C'est le cas notamment du Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qui n'a jamais été adopté. Le TPIY se réfère également à des normes en devenir qui constituent des actes unilatéraux d'organisation internationale : tel est le cas du projet d'éléments des crimes rédigé par la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale. En effet, si le Statut de Rome établissant la Cour pénale internationale constitue indéniablement un traité international, tel n'est pas le cas du document destiné à aider la Cour à interpréter les dispositions du Statut relatives aux crimes relevant de sa compétence⁴²⁹. Nonobstant sa qualité d'organe judiciaire, la Cour pénale internationale constitue bien en effet une organisation internationale interétatique susceptible de se doter d'instruments juridiques.

La Chambre de première instance affirme en outre utiliser des sources de nature interne c'est-à-dire des textes législatifs ou des décisions judiciaires. Grâce à une telle démarche, il pourra ainsi dégager des principes généraux de droit.

Dans cet extrait, le Tribunal évoque également la pertinence de certains instruments internationaux comme par exemple, les rapports de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités rattachée à la Commission des

⁴²⁹ Ce document, adopté en vertu de l'article 9 du Statut de Rome à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée des États parties, ne nécessite ni la tenue d'une nouvelle conférence diplomatique, ni la ratification de l'ensemble des États membres au Statut.

droits de l'homme de l'ONU.

Le TPIY se sent aussi lié par la jurisprudence internationale et notamment par celle du TPIR qui a particulièrement développé les contours de la notion de génocide.

Dans de nombreuses décisions des TPI, on note une surabondance des références aux sources internationales. Pourtant, à trop vouloir justifier une solution, ne perd-on pas l'essence de l'obligation juridique ? En multipliant les références à un droit complexe⁴³⁰, on risque d'affaiblir certains énoncés normatifs. Dans le domaine du droit pénal international, on note en effet une tendance à la profusion de base juridique comme si un comportement devait nécessairement être prohibé par diverses sources internationales. Cette surabondance n'est probablement pas étrangère à la complexité du droit pénal international et au recoupement de certaines notions⁴³¹ mais contribue indéniablement à opacifier le processus d'élaboration du droit pénal international.

L'abondance des instruments mis à la disposition du juge pénal international, place ce dernier dans une position de choix : toutes les sources du droit international public semblent s'offrir à lui. Il ne possède pas de limite lorsqu'il interprète une disposition de son statut et peut se référer à n'importe quel instrument issu du droit international public, même si celui-ci ne revêt pas ou pas encore, un caractère obligatoire. Le juge pénal international possède donc une approche beaucoup plus flexible que le juge international classique qui ne peut appliquer dans un litige entre Etats, que des règles obligatoires pour les parties.

Dans la mesure où les TPI jugent des individus et non des Etats, l'accès aux instruments internationaux semble facilité : il n'est plus nécessaire pour appliquer une convention de se demander si les Etats y sont parties. Le droit que les Etats ont créé paraît pour la première fois s'appliquer de manière autonome. Les juridictions pénales internationales n'appliquent pas directement des conventions qui ne seraient pas universellement acceptées mais dans leurs raisonnements interprétatifs, elles n'hésitent pas à s'y référer. Cette liberté du juge pénal international vis-à-vis des instruments internationaux constitue indéniablement un facteur d'autonomisation du droit pénal international.

⁴³⁰ Voir cours de Mireille Delmas-Marty au Collège de France, cours du 5/02/07 (non publié).

⁴³¹ Voir par exemple le cas des traitement inhumains et dégradants.

L'ensemble des instruments utilisés par les juges, non loin de constituer un gage de sécurité juridique, permet au contraire au juge de développer son pouvoir normatif comme nous le verrons plus avant. En élargissant toujours plus les références aux sources du droit international public et aux instruments internationaux – même ceux n'ayant pas de valeur obligatoire – le juge élargit d'autant le champ des normes dans lesquelles il pourra puiser la solution qui lui convient le plus. Ainsi, ce qui pourrait passer pour une volonté de se conformer au droit international public produit en réalité l'effet inverse.

A trop augmenter les sources internationales utilisables, le juge pénal international perd toute réelle contrainte lorsqu'il s'agit de choisir la norme à appliquer. Tout paraît exploitable, qu'il s'agisse d'un projet de convention, d'une résolution, d'une convention universellement ratifiée, pour mener à bien un raisonnement. Dans cette optique, la spécificité du droit international public semble avoir disparu car toutes les normes édictées sur la scène internationale - quelle que soit leur valeur et les Etats qui y sont parties – possèdent la même valeur et peuvent être utilisées par le juge pour les besoins de son raisonnement. Le droit international public se rapprocherait ainsi du droit interne car il serait affranchi de l'obstacle que constitue le consentement.

Le juge pénal international, par la diversité des instruments utilisés (principalement pour interpréter son statut) banalise l'utilisation du droit international public. Même si ce n'est que pour les besoins d'une interprétation du Statut, les juridictions pénales internationales utilisent à peu près n'importe quel type d'instrument international, faisant sortir ces derniers de l'endormissement dans lequel ils pouvaient se trouver.

B. LIBERTE DU JUGE DANS LE CHOIX DES INSTRUMENTS PERTINENTS

Plus le juge multiplie les références, plus il est libre de « construire » la solution qu'il adoptera finalement. Comme le remarque Mireille Delmas-Marty, « (l)e juge devient de plus en plus souvent créateur de normes, (...) en raison de son pouvoir d'interprétation, accru en présence de ces normes surabondantes »⁴³². La diversité des références utilisées par le juge pénal international peut apparaître, dans un premier temps, comme un gage de sécurité juridique. Pourtant, face à une inflation normative – notamment due à la prise en compte

⁴³² Mireille Delmas-Marty *et les années UMR*, Société de législation comparée, 2005, p. 228.

grandissante des droits nationaux – le juge pénal international se trouve dans une position de choix. La profusion normative n'agit pas sur lui comme une contrainte mais, au contraire, comme une source de liberté. Plus le juge pénal international se réfère à des instruments normatifs variés, plus il augmente son pouvoir normatif. Le champ des instruments utilisés est si large qu'il permet au juge de façonner la solution qu'il juge opportune.

Le Statut de la CPI institutionnalise cette curiosité du juge pénal international. En effet, en vertu de l'article 21 §3, « (l)'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité ». Cette disposition incite les juges de la CPI à se fonder sur les valeurs véhiculées par les droits de l'homme pour interpréter les normes applicables. Cette disposition en officialisant l'élargissement des normes de référence dont le juge pénal international doit tenir compte, renforce le pouvoir normatif dont il dispose car les concepts flottants favorisent également l'émergence d'un pouvoir prétorien.

Plus le juge se sentira libre de se référer à des concepts humanistes, plus il développera des interprétations audacieuses. Cette liberté se trouvera renforcée par l'insuffisance des instruments pénaux internationaux.

La seule limite au pouvoir normatif du juge semble résider dans l'existence du principe de légalité des délits et des peines. Du fait du caractère pénal des TPI, les standards d'interprétation issus du droit international public doivent être conjugués avec le principe de légalité et avec celui de l'interprétation stricte de la loi pénale.

Le problème du respect du principe de légalité se pose donc devant les juridictions pénales internationales. Le principe de légalité des délits et des peines exige en droit interne que le système répressif soit organisé et fonctionne selon des règles édictées par le pouvoir législatif⁴³³. Ce principe protège les individus qui ne peuvent être jugés que pour un crime

⁴³³ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, p. 538.

dont ils connaissaient la teneur. Il serait en effet injuste de condamner une personne qui ne pouvait pas savoir que son comportement était illégal. La transposition de ce principe en droit international n'est pas aisée en raison de l'existence de nombreuses règles coutumières par définition non écrites.

Dans l'affaire *Vasiljevic*, la Chambre de première instance du TPIY délimite ce que le principe de légalité l'autorise à faire et à ne pas faire. Dans un premier temps, la Chambre constate que le principe ne l'empêche pas « d'interpréter et de tirer au clair les éléments constitutifs d'un crime particulier ». De même, il ne l'empêche pas « d'élaborer progressivement le droit applicable ». En revanche, « un tribunal ne peut en aucune circonstance créer, postérieurement aux faits, une nouvelle infraction pénale soit en lui donnant une définition qui lui faisait défaut jusqu'alors, ce qui ouvrirait la voie à des poursuites et à des sanctions, soit en incriminant un acte qui n'était pas jusqu'alors considéré comme criminel »⁴³⁴.

Dans l'affaire *Barayagwiza*, la Chambre d'appel du TPIR a indiqué que « le principe de légalité n'empêche pas un tribunal de trancher une question à travers un processus d'interprétation et de clarification du droit applicable et réaffirme que lorsqu'elle interprète certains articles du Statut ou du Règlement, elle se borne à préciser l'interprétation correcte à associer à ces dispositions, même si elle n'avait pas été exprimée auparavant dans ces termes »⁴³⁵.

Pour que la torture soit avérée, il faut prouver que l'accusé a agi dans le but d'obtenir des renseignements ou des aveux, de punir, d'intimider ou de contraindre la victime ou un tiers ou d'opérer une discrimination pour quelque motif que ce soit. Le fait d'humilier la victime peut-il entrer dans la catégorie des buts défendus ? Pour répondre à cette question, le TPIY va avoir recours au principe de légalité : « Compte tenu du principe de légalité, l'idée que « l'objectif principal [du droit humanitaire] est de préserver la dignité de l'homme » ne suffit pas pour permettre au tribunal d'ajouter, dans le cadre de l'élément moral, un nouveau but défendu ». En effet, une telle attitude « élargirait la portée de l'interdiction pénale de la torture au-delà de ce qu'elle était au moment des faits »⁴³⁶.

⁴³⁴ Affaire *Vasiljevic*, Chambre de première instance II, jugement, 29/11/2002, § 196.

⁴³⁵ Affaire *Barayagwiza*, Chambre d'appel, 27/11/2007, § 101.

⁴³⁶ Affaire *Krnjelac*, Chambre de première instance II, jugement, 15/03/2002, § 186.

Le principe de légalité doit donc empêcher les juridictions pénales internationales de créer des infractions nouvelles ou d'élargir des interdictions pénales.

De plus, comme ces juridictions ont un caractère pénal, certains principes d'interprétation inhérents à cette branche du droit s'y appliquent automatiquement. Le droit pénal est en effet d'interprétation stricte⁴³⁷. De plus, les juridictions pénales internationales doivent faire application du principe selon lequel le doute profite à l'accusé. Dans l'affaire *Krstic*, la Chambre de première instance a fait application du principe selon lequel, en cas d'interprétations ou d'applications divergentes, il fallait retenir la solution la plus favorable à l'accusé pour définir l'extermination⁴³⁸.

Ces principes ont indéniablement pour effet de limiter le pouvoir interprétatif du juge pénal international. Ce faisant, ils limitent également son pouvoir normatif. Le principe de légalité constitue donc une des limites les plus importantes au pouvoir normatif du juge pénal international.

⁴³⁷ Pour une confirmation de ce principe dans la jurisprudence du TPIR, voir affaire *Barayagwiza*, Chambre d'appel, 28/11/2007, § 313.

⁴³⁸ Affaire *Krstic*, Chambre de première instance, jugement, 2/08/2001, § 502.

CHAPITRE II

EMERGENCE D'UN DROIT PRETORIEN

Le droit prétorien est celui qui « procède – en l'absence de texte et à l'initiative d'une autorité – d'une élaboration autonome (et surtout audacieuse), par opposition à ce qui résulte de l'application pure et simple de la loi »⁴³⁹. Le TPIY affirme à ce titre être une « institution judiciaire internationale autonome »⁴⁴⁰ son site internet précise ainsi que « (a)u cours de ses dix ans d'existence, le Tribunal a élargi la portée du droit international humanitaire et du droit pénal international ».

Après avoir vu que certains facteurs poussaient irrémédiablement le juge pénal international à développer son autonomie vis-à-vis du droit international public, il faut à présent étudier concrètement la manière dont le juge crée du droit. Il le fait principalement en réinterprétant la théorie des sources qui occupe une place fondamentale en droit international public. Les Etats qui étaient dans un premier temps restés spectateurs de ce phénomène, ont récemment cherché à l'endiguer.

Dans le domaine du droit pénal international, le juge s'est en effet érigé en véritable organe créateur de droit et ce, grâce à une interprétation tout à fait particulière de la théorie des sources internationales. Pour masquer la réalité du pouvoir qu'il exerce, le juge pénal international multiplie les références aux sources internationales, rendant plus difficile encore la mise à jour de ses prérogatives réelles.

Derrière un discours tout à fait rassurant et empreint de références au droit international public, le juge pénal international a développé une autonomie considérable par rapport à cette matière. En affirmant utiliser les sources du droit international public, les juges pénaux internationaux semblent affirmer leur volonté de se conformer aux règles du droit international public. Pourtant, une lecture attentive de la jurisprudence pénale internationale

⁴³⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2007, p. 716.

⁴⁴⁰ Affaire *Celebici*, Chambre d'appel, 20/02/2001, § 24.

révèle que le juge a fait preuve d'une grande liberté dans l'application de la théorie des sources à tel point que certaines sources paraissent transformées. Ainsi, si le juge pénal international réinvente la théorie des sources internationales, il n'applique plus le droit international public⁴⁴¹ mais bien un autre corps de règles au sein duquel il joue un rôle tout à fait déterminant.

C'est notamment par une surexposition de la source coutumière (Section I), que le juge pénal international façonne un droit pénal international, distinct du droit international public (Section II).

SECTION I : SUREXPOSITION ARTIFICIELLE DE LA SOURCE COUTUMIÈRE

Jamais une juridiction internationale n'avait utilisé de manière si intensive la source coutumière. En surexposant de la sorte la source coutumière, le juge pénal international consolide son pouvoir normatif. Le juge qui procède à une utilisation particulièrement intensive de la source coutumière (§ 1) n'hésite pas non plus à la faire empiéter sur les autres sources bien établies en droit international (§ 2).

§1. Utilisation intensive de la source coutumière

La diversité des références à la source coutumière est telle (A) que le juge pénal international recourt à un système de preuve contestable au regard de la théorie des sources (B).

A. DIVERSITÉ DES UTILISATIONS POSSIBLES

Les juridictions pénales internationales se livrent à une utilisation très particulière de la source coutumière. Alors que ses traits caractéristiques rendaient son utilisation délicate, le juge pénal international n'hésite pas à l'utiliser de manière quotidienne. De plus, elle revêt dorénavant un degré de précision tout à fait inédit.

⁴⁴¹ La théorie des sources fait accéder certains comportements internationaux à la normativité internationale. Le non respect des règles d'accession à la normativité internationale ne permet pas à la norme qui en résulte de s'insérer dans le droit international public.

a) Fréquence d'utilisation de la norme coutumière

Le juge pénal international utilise de manière intensive la source coutumière pour mener à bien les raisonnements juridiques lui permettant de juger certains individus. En agissant ainsi, il confère à la coutume internationale un aspect et un rôle très différents de ceux qu'elle revêtait jusqu'alors.

Le droit coutumier irrigue l'ensemble du droit applicable devant les juridictions pénales internationales. Le juge pénal international se réfère en effet énormément au droit coutumier et ce, pour soutenir des raisonnements très divers.

Les juridictions pénales internationales se réfèrent au droit coutumier pour justifier de nombreuses affirmations, par exemple, lorsqu'il s'agit de vérifier que le droit international impose bien une responsabilité pénale aux auteurs des violations graves de l'article 3 commun des Conventions de Genève⁴⁴². Le TPIY atteste également l'existence de certaines notions en droit international en invoquant la source coutumière, il s'agit notamment du cas du but commun comme forme de complicité⁴⁴³.

S. Sur écrivait en 1986 que la règle coutumière « ne se dévoile qu'à l'occasion de manifestations ponctuelles, puisqu'elle n'a qu'une existence hypothétique en dehors de ses applications concrètes »⁴⁴⁴. La ponctualité employée dans ce contexte renvoie à quelque chose qui porte sur un point précis ou un objectif particulier, sur l'un des éléments d'un ensemble. Ces manifestations ponctuelles se réfèrent à la révélation par le juge du caractère coutumier d'une norme. Lorsqu'il règle un différend, le juge international peut se prononcer sur l'existence d'une coutume internationale⁴⁴⁵, c'est parfois même l'objet exclusif du litige interétatique. Pourtant de telles manifestations restent rares en raison de l'absence sur la scène internationale d'un juge obligatoire. Certes, la Cour internationale de justice est apte à régler

⁴⁴² Affaire *Blaskic*, Chambre de première instance I, 3/03/2000, § 176 : « La Chambre rappelle que les violations de l'article 3 du Statut, qui englobent les violations des règles de La Haye et celles de l'article 3 commun, sont par définition des violations graves du droit international humanitaire au sens du Statut. Elles sont donc susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale d'un individu conformément à l'article 7 du Statut. La Chambre observe au demeurant que les dispositions du code pénal de la RSFY, adopté par la Bosnie-Herzégovine en avril 1992, prévoient que les crimes de guerre commis au cours de conflits internes ou de conflits internationaux, engagent la responsabilité pénale individuelle. La Chambre est d'avis, comme l'a conclu l'Arrêt *Tadic* I, que le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun ».

⁴⁴³ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 220.

⁴⁴⁴ SUR (S.), « La coutume internationale : sa vie, son œuvre », *Droits, Revue française de théorie juridique* 1986, p.124.

⁴⁴⁵ Il le fait d'ailleurs parfois de manière totalement incidente, conscient du poids qui lui sera accordé.

n'importe quel litige de droit international mais elle ne peut nullement s'autosaisir. Pire encore, l'ensemble des parties impliquées dans le différend doit accepter qu'elle se prononce, rendant ainsi hypothétique la clarification de la réglementation internationale. Pour ces raisons, « la jurisprudence n'est guère en état d'enregistrer de façon répétée et cumulative la règle coutumière, et, ce faisant, de lui offrir un support permanent et généralement accepté »⁴⁴⁶.

Les Tribunaux pénaux internationaux appliquent au contraire de manière très fréquente des règles issues du droit international, ce qui constitue autant d'occasions pour les juges d'attester ou de contester l'existence d'une règle coutumière. Cette possibilité est également renforcée par l'existence d'un double degré de juridiction ; les chances de voir les juges se prononcer sur l'existence et le contenu des règles coutumières sont donc décuplées.

Les rapports entre le juge et la coutume s'en trouvent nécessairement modifiés. S'il a toujours été un acteur privilégié d'attestation de la coutume⁴⁴⁷, le juge voyait toutefois cette prérogative limitée par le jeu du consentement à la juridiction. La fréquence des affaires pénales nécessite la clarification de l'étendue et du contenu du droit coutumier et désacralise la source coutumière. La coutume perdrait son caractère exceptionnel pour rejoindre le clan des sources faciles à appréhender. Les contours de la source coutumière semblent se faire plus nets et la coutume semble pouvoir être invoquée et appliquée de manière plus aisée.

Les juridictions pénales internationales font une application pratiquement quotidienne de la coutume internationale. De ce fait, la source coutumière auparavant difficile à appréhender se trouve plus fréquemment et plus facilement mise à jour. Ces considérations pratiques expliquent en grande partie les dérives qui seront étudiées par la suite. La mise en place de juridictions pénales internationales a modifié les rapports qu'entretenaient auparavant le juge et la source coutumière. Plusieurs conséquences en découlent.

⁴⁴⁶ SUR (S.), « La coutume internationale : sa vie, son œuvre », *Droits, Revue française de théorie juridique* 1986, p. 114.

⁴⁴⁷ « Ce lien entre coutume et jurisprudence, on le retrouve dans une certaine mesure dans l'ordre international. Mais il se présente de façon substantiellement différente. On le retrouve, puisque l'une des principales bases de détermination de la coutume figure dans le statut de la CIJ, dont l'article 38 énumère les éléments du droit qu'elle applique, et que l'examen de sa jurisprudence occupe une place de choix dans la problématique du droit coutumier. Ce lien est en même temps précaire, puisque l'ordre international ne connaît pas de principe de juridiction obligatoire, et que les sujets ne se présentent devant un tribunal qu'en vertu de leur propre consentement. » in SUR (S.), « La coutume internationale : sa vie, son œuvre », *Droits, Revue française de théorie juridique* 1986, p. 112.

b) Degré de précision

Du fait de l'intensification du recours au droit coutumier et de sa surexposition en tant que source charnière du droit pénal international par le Secrétaire général des Nations Unies, il est de plus en plus difficile d'identifier dans la jurisprudence des TPI, les traits caractéristiques de la coutume.

Les règles coutumières invoquées et appliquées par les TPI sont à la fois très variées et très précises. Si les TPI réaffirment parfois le caractère coutumier de certaines dispositions du droit international humanitaire⁴⁴⁸ de la même manière que pourrait le faire la CIJ, la majorité du travail impliquant du droit coutumier porte sur des questions différentes.

Dans l'affaire *Vasiljevic*, la Chambre de première instance a déclaré devoir « être convaincue que l'acte en question est criminel au regard du droit international coutumier »⁴⁴⁹ ou « qu'un acte donné ou un ensemble d'actes constituent effectivement un crime en droit international humanitaire »⁴⁵⁰ pour prononcer une condamnation. Devant les juridictions pénales internationales, l'enjeu du recours au droit coutumier semble donc souvent être la vérification du caractère criminel d'un acte, ce qui n'est pas toujours le plus simple à prouver⁴⁵¹.

Parfois, les éléments constitutifs d'une infraction sont au cœur de la recherche coutumière. Dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre d'appel a considéré que le droit international coutumier n'exigeait pas la preuve d'une intention discriminatoire pour les violations des lois ou coutumes de la guerre⁴⁵². Il est également courant pour les TPI de faire entrer dans le champ du droit coutumier les éléments constitutifs des crimes qu'ils sont chargés de réprimer⁴⁵³. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance considère que : « En

⁴⁴⁸ « La IV^e Convention de Genève, expression du droit international coutumier, interdit la destruction de biens en son article 53 : (...) », Affaire *Blaskic*, Chambre d'appel, 29/07/04, §145.

⁴⁴⁹ Affaire *Vasiljevic*, Chambre de 1^{ère} instance II, 29/11/02, § 199

⁴⁵⁰ *Ibid.*, § 201.

⁴⁵¹ « Alors que le TPIY n'a eu guère de difficultés à attester l'existence des « interdictions », ce qu'il fait aisément en se référant aux grands instruments conventionnels concernant le droit humanitaire ou les droits de l'homme, il a pu rencontrer des difficultés lorsqu'il s'agissait de défendre, sur la base de la pratique, l'affirmation selon laquelle le droit international coutumier prévoit la responsabilité pénale individuelle de ceux qui ne respectent pas ces interdictions » in GRADONI (L.), « L'attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie, « régularités » et « règles » », *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, Paris, 2004, p. 41

⁴⁵² Affaire *Aleksovski*, Chambre d'appel, 24/03/00, § 23.

⁴⁵³ « Il convient de faire une remarque préliminaire avant d'examiner les éléments constitutifs du crime contre l'humanité tels qu'ils résultent du droit international coutumier en vigueur au moment où les crimes reprochés à

droit coutumier international, c'est le "meurtre" et non l' "assassinat" qui constitue un crime contre l'humanité »⁴⁵⁴.

Les opinions individuelles ou dissidentes exprimées par les juges permettent également de mieux saisir les contours de la coutume pénale internationale. Dans l'affaire Jelisic, le juge Shahabuddeen aborde la question de la connaissance par l'auteur de l'infraction grave aux Conventions de Genève du caractère protégé de ses victimes dans une opinion partiellement dissidente⁴⁵⁵. Il constate à cet égard que « même en l'absence d'aveux, il ne devrait pas y avoir de problèmes de preuve insolubles : selon le droit coutumier, un tribunal pourrait déduire de faits objectifs que la victime avait ce statut et que l'accusé le savait ». Une note de bas de page accompagne ce passage et renvoie au rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale. Pour ce juge, une coutume peut autoriser un tribunal à déduire de certains faits qu'un accusé savait que ses victimes avaient le statut de personne protégée au sens des Conventions de Genève.

Le droit coutumier et donc le droit international public régenterait donc selon ce passage les modalités de preuve de l'intention criminelle. Pourtant, force est de constater que le droit coutumier a toujours été perçu comme imprécis⁴⁵⁶ notamment en comparaison avec le droit conventionnel⁴⁵⁷.

L'imprécision traditionnelle de la coutume s'explique en grande partie par la rareté des décisions judiciaires internationales. Cette insuffisance a conduit les juristes à considérer le droit coutumier comme un réservoir de règles générales et par conséquent abstraites. Le caractère non écrit de la coutume ne lui permet pas de se doter d'un ensemble de règles détaillées. Même si certaines règles coutumières notamment en matière de droit de la mer sont

l'accusé auraient été perpétrés, et plus spécifiquement des textes et de la jurisprudence internationale et interne. »
Affaire *Blaskic*, Chambre de première instance I, 3/03/00, § 198.

⁴⁵⁴ Affaire *Akayesu*, Chambre de première instance I, 2/09/1998, § 588.

⁴⁵⁵ Affaire Jelisic, Chambre d'appel, 5/07/01, § 41.

⁴⁵⁶ « Il est clair que l'imprécision du contenu du droit coutumier, sans porter atteinte au principe de son autorité, complique son application et multiplie les contestations à son sujet, tant à l'égard de son existence que de sa consistance » in SUR (S.), *La coutume internationale*, Litec, Paris, 1990, p. 15. C'est d'ailleurs cette imprécision qui expliquerait le caractère dépassé de la source coutumière (voir VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 346).

⁴⁵⁷ « C'est une matière (le droit des traités) irriguée de normativité jusque dans le moindre détail, de l'élaboration du traité jusqu'à sa terminaison en passant par les stades intermédiaires de sa validité, de son exécution et de sa violation. A la voie conventionnelle hypernormativisée, avec ses certitudes mais aussi ses rigidités, s'opposait traditionnellement la voie coutumière avec ses flexibilités mais aussi ses incertitudes » in WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité, Cours général de droit international public », *RCADI* 1992 (VI), tome 237, p.160.

précises et chiffrées car elles ont pour objet de délimiter l'étendue des compétences de l'Etat, cela ne signifie pas pour autant que l'ensemble des règles coutumières identifiées le soit.

Parfois, la CIJ déclare qu'une disposition conventionnelle détient le statut de règle coutumière:

« La première de ces deux questions renvoie à la règle bien établie, et qui constitue l'une des pierres angulaires du droit de la responsabilité internationale, selon laquelle le comportement de tout organe de l'Etat est considéré comme un fait de l'Etat selon le droit international, et engage par suite la responsabilité dudit Etat s'il constitue une violation d'une obligation internationale qui s'impose à ce dernier. Cette règle, qui relève du droit international coutumier, est énoncée à l'article 4 de la CDI sur la responsabilité de l'Etat dans les termes suivants : (...)»⁴⁵⁸.

La CIJ a également rappelé que selon le droit international coutumier tel que reflété à l'article 42 du règlement de La Haye de 1907, un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, et que l'occupation ne s'étend qu'au territoire où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer⁴⁵⁹.

Les exemples de ce type sont nombreux et les règles coutumières utilisées par la CIJ pour régler un différend ou répondre à une demande d'avis sont relatives à des questions aussi diverses que le droit de la responsabilité⁴⁶⁰, le droit international humanitaire⁴⁶¹, le droit de la paix et de la sécurité internationales⁴⁶², etc.

⁴⁵⁸ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), 27/02/2007, *Rec.* p. 138, § 385.

⁴⁵⁹ *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif*, C.I.J. *Recueil* 2004, p. 167, par. 78, et p. 172, § 89.

⁴⁶⁰ « Conformément à une règle de droit international bien établie, qui revêt un caractère coutumier, «le comportement de tout organe d'un Etat doit être regardé comme un fait de cet Etat» (*Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, avis consultatif*, C.I.J. *Recueil* 1999 (I), p. 87, par. 62) » *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *Rec.* p. 69, § 213.

⁴⁶¹ « D'après une règle bien établie, de caractère coutumier, énoncée à l'article 3 de la quatrième convention de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre de 1907 ainsi qu'à l'article 91 du protocole additionnel I aux conventions de Genève de 1949, une partie à un conflit armé est responsable de tous les actes des personnes qui font partie de ses forces armées. » *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, *Rec.* p.69, § 214.

⁴⁶² « Dans le cas de la légitime défense individuelle, ce droit ne peut être exercé que si l'Etat intéressé a été victime d'une agression armée. L'invocation de la légitime défense collective ne change évidemment rien à cette situation. L'accord paraît aujourd'hui général sur la nature des actes pouvant être considérés comme constitutifs d'une agression armée. En particulier, on peut considérer comme admis que, par agression armée, il faut entendre non seulement l'action des forces armées régulières à travers une frontière internationale mais encore « l'envoi par un Etat ou en son nom de bandes ou de groupes armés, de forces irrégulières ou de mercenaires qui se livrent à des actes de force armée contre un autre Etat d'une gravité telle qu'ils équivalent » (entre autres) à une véritable agression armée accomplie par des forces régulières, « ou [au] fait de s'engager d'une manière substantielle dans une telle action ». Cette description, qui figure à l'article 3, alinéa g), de la définition de l'agression annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, peut être considérée comme l'expression du droit international

Il convient maintenant de s'intéresser au degré de précision de la norme révélée par le juge international. L'interdiction du recours à la force dont la CIJ a reconnu en 1986 qu'elle avait une valeur coutumière⁴⁶³ est très générale. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour lesquelles elle est si souvent interprétée de manière équivoque par les Etats. Il en va de même de l'exercice de la légitime défense en cas d'agression armée récemment invoquée par les Etats-Unis pour intervenir en Irak en 2003⁴⁶⁴. La majorité des règles coutumières seraient donc relativement abstraites. Dans son avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, la CIJ reconnaît ne pas avoir « trouvé de règle conventionnelle de portée générale, ni de règle coutumière interdisant spécifiquement la menace ou l'emploi des armes nucléaires en tant que telles »⁴⁶⁵.

Dans l'ordre juridique international, le droit international coutumier a donc vocation à produire des règles générales tandis que les traités internationaux fournissent des règles particulières ou spéciales. La CIJ admet elle-même qu'« (i)l ne faut pas chercher dans le droit international coutumier un corps de règles détaillées. Ce droit comprend en réalité un ensemble restreint de normes propres à assurer la coexistence et la coopération vitale des membres de la communauté internationale »⁴⁶⁶.

Les règles appelées « coutumières » par le juge pénal international ne correspondent donc pas aux caractéristiques traditionnelles du droit coutumier : elles sont trop détaillées et portent sur des objets très particuliers qui n'ont jamais fait l'objet d'un consensus international⁴⁶⁷.

Les règles qualifiées de « coutumières » ainsi découvertes, dans la mesure où elles concernent le comportement des individus doivent être prévisibles pour être opposable à un individu. En effet, dans certains cas, le fait qu'un comportement constitue une violation grave de l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949, n'est pas suffisant pour permettre la condamnation de l'accusé puisque les TPI s'assurent du caractère prévisible de la prohibition

coutumier. » *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis)*, Rec. 1986 p. 103, § 195.

⁴⁶³ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986, p. 99, § 188.

⁴⁶⁴ Ils ont à cette occasion soutenu l'existence d'une règle coutumière autorisant la légitime défense de manière préventive.

⁴⁶⁵ *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Rec. 1996, p. 256, § 74.

⁴⁶⁶ CIJ, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* arrêt 12/10/1984, p. 299, § 111.

⁴⁶⁷ Sur les limites du droit international public à l'égard des relations interindividuelles, voir Seconde partie, titre I, Chapitre I, Section I.

en découlant avant de prononcer une quelconque condamnation⁴⁶⁸. Une telle exigence n'a pas d'intérêt en ce qui concerne le droit international public « classique » dès lors qu'« au niveau international, les règles n'ont pas vraiment besoin d'être écrites car les destinataires des règles de droit sont en même temps leurs créateurs »⁴⁶⁹.

Ce passage de l'affaire *Vasiljevic* manifeste très clairement la confusion du juge pénal international à l'égard de la nature profonde du droit international coutumier : « (l) a Chambre de première instance doit s'assurer que l'infraction reprochée à l'accusé était définie de façon suffisamment précise *en droit international coutumier*, pour que sa nature générale, son caractère criminel et sa gravité soient suffisamment prévisibles et puissent être reconnus »⁴⁷⁰.

La coutume internationale telle qu'elle ressort de la jurisprudence des TPI est donc bien différente de celle identifiée par la CIJ ; elle ne correspond en rien à ses traits caractéristiques et semble en désaccord avec la théorie des sources connue du droit international public. Ces doutes se trouvent renforcés par l'étude des modalités de preuve utilisées par les tribunaux pénaux internationaux car elles aboutissent à une confusion sans précédent de la théorie des sources.

⁴⁶⁸ « On peut également considérer que, d'une manière générale, les « atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle » constituent des violations « graves » de l'article 3 commun. Cependant, la Chambre doit en outre être convaincue que le comportement criminel en question était suffisamment bien défini et pouvait être suffisamment reconnu comme tel au moment des faits pour justifier une déclaration de culpabilité et une condamnation sur la base du chef d'accusation retenu par le Procureur, à savoir en l'espèce le chef d'« atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle ». Vu le principe de légalité (*nullum crimen sine lege*), il serait tout à fait inacceptable de la part d'une Chambre de première instance de déclarer une personne coupable de la transgression d'une interdiction qui, eu égard au caractère spécifique du droit international coutumier et au fait que les règles de droit pénal ne se clarifient que petit à petit, est insuffisamment précise pour permettre de déterminer le comportement de l'accusé et de distinguer l'illicite du licite, ou était insuffisamment reconnaissable en tant que telle à l'époque. Une déclaration de culpabilité ne saurait en effet reposer sur une règle dont l'accusé n'aurait raisonnablement pu avoir connaissance au moment des faits, et cette règle doit préciser de manière suffisamment explicite quels actes ou omissions sont susceptibles d'engager sa responsabilité pénale », Affaire *Vasiljevic*, 29/11/2002 (Chambre de 1^{ère} instance II), §193.

⁴⁶⁹ HENZELIN (M.), « Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, p. 90

⁴⁷⁰ Affaire *Vasiljevic*, Chambre de première instance II, 29/11/2002, § 201. Passage souligné dans le texte original.

B. PREUVE DE LA COUTUME

Si le champ d'application de la coutume en droit pénal international diffère de celui qu'elle a normalement, il en va de même en ce qui concerne la preuve de la coutume. Face à la nécessité de prouver l'existence des règles coutumières, le juge pénal international accorde aux réglementations purement internes un rôle probant tout à fait nouveau.

a) Nécessité de prouver l'existence des règles coutumières

En l'absence de traité de codification, c'est au juge international qu'il appartient d'attester l'existence et le contenu exact de la règle coutumière. Dans les manuels français de droit international public, la coutume internationale est toujours abordée au titre de la formation du droit international⁴⁷¹, dans la mesure où il s'agit de l'une de ses deux principales sources formelles avec la source conventionnelle. Les auteurs définissent la coutume internationale et analysent son mode de formation et les difficultés qui s'y attachent mais concrètement, les indications pratiques à destination des juges restent limitées. Il n'existe pas de technique homologuée visant à prouver l'existence d'une norme coutumière.

Selon l'article 38 du Statut de la CIJ, la coutume internationale se définit comme une pratique générale acceptée comme étant le droit. La coutume se compose donc de deux éléments, le premier étant une pratique générale et le second le sentiment de se conformer à une règle de droit, l'*opinio juris*.

La question de la preuve de la coutume est fondamentale pour le juge international car il est bien souvent le premier à « révéler » la norme coutumière⁴⁷². Cette question revêt une importance particulière dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux appelés à appliquer de manière quotidienne une branche du droit majoritairement d'origine coutumière à savoir, le droit international humanitaire. Lorsqu'une partie invoque une coutume « non encore fermement établie⁴⁷³ », elle doit apporter la preuve de son existence⁴⁷⁴. C'est sur elle que

⁴⁷¹ Voir COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 5^e éd., Montchrestien, 2001, DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 7^e éd., LGDJ, 2002, DECAUX (E.), *Droit international public*, 3^e éd., Dalloz, 2002 et DUPUY (P.M.), *Droit international public*, 6^e éd., Dalloz, 2002.

⁴⁷² « En droit international comme en droit interne, le juge joue un rôle déterminant dans la révélation sinon même parfois la formation de la coutume (...) » in DUPUY (P.M.), *Droit international public*, 6^e éd., Dalloz, 2002, p. 320.

⁴⁷³ DUPUY (P.M.), *Droit international public*, 6^e éd., Dalloz, 2002, p. 320.

porte la charge de la preuve⁴⁷⁵, et le juge est ensuite chargé de déterminer si oui ou non cette coutume existe en recherchant « dans la pratique des Etats la manifestation de leur conviction quant à la juridicité de leur conduite »⁴⁷⁶. La théorie des deux éléments constitutifs de la coutume réapparaît donc comme la solution permettant au juge de déterminer si une coutume existe ou n'existe pas mais il faut noter que « on ne peut négliger la difficulté de faire la preuve d'une règle coutumière »⁴⁷⁷.

Lorsque les TPI recherchent l'existence d'une coutume ou souhaitent tout simplement en éclaircir les contours, se soumettent-ils à la théorie des deux éléments de la coutume ? Lorenzo Gradoni note une adhésion formelle du TPIY à la doctrine des deux éléments⁴⁷⁸ mais affirme rapidement ne pas pouvoir « cerner une régularité imputable à la jurisprudence du TPIY dans son ensemble »⁴⁷⁹.

Devant les tribunaux pénaux internationaux, ce sont les individus qui comparaissent et non des Etats souverains comme c'est le cas devant la Cour internationale de Justice. Conformément à la procédure anglo-saxonne qui est prédominante, l'accusé et le Procureur comparaissent devant le Tribunal et bénéficient du principe de l'égalité des armes ; ce sont donc eux qui pourront invoquer l'existence ou l'inexistence d'une coutume devant les juges. L'Accusation et la Défense ont rapidement saisi l'occasion qui leur était donnée de se battre sur le terrain du droit international public en invoquant l'existence de nombreuses règles coutumières servant leurs intérêts divergents. Cette circonstance revêt une grande importance dans les mutations subies par la source coutumière.

Face à la multiplication des prétentions des parties dans ce domaine, la question se pose de savoir en quels termes les prétentions des parties sont rédigées. La lecture des arrêts des TPI

⁴⁷⁴ « Dans un recours contentieux, la charge de la preuve incombe au demandeur, au moins quand il invoque une règle coutumière régionale ou locale (CIJ, *Ressortissants américains au Maroc*, Rec. 1952, p. 276-277) ; plus généralement, tel est aussi le cas dans les relations diplomatiques : c'est à l'Etat ou à l'organisation internationale qui s'appuie sur une coutume d'en établir l'existence et la portée exacte » in DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 7^e éd., LGDJ, 2002, p. 334-335.

⁴⁷⁵ Même si ce terme est quelque peu approximatif : « Non sembra che possa parlarsi di un vero e proprio onere della prova del contenuto e dell'esistenza delle regole generali del diritto internazionale, a carico dello Stato che la invoca nei confronti di un altro » in TREVES (T.), *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Guiffre, 2005, p. 228.

⁴⁷⁶ DUPUY (P.M.), *Droit international public*, 6^e éd., Dalloz, 2002, p. 320.

⁴⁷⁷ BUGNION (F.), *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1994, p. 394.

⁴⁷⁸ GRADONI (L.), « L'attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie, « régularités » et « règles » », *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, Paris, 2004, p. 30.

⁴⁷⁹ *Ibid.* p. 39.

ne permet pas en effet à première vue de comprendre précisément s'il s'agit de déterminer l'existence ou plutôt les contours de la règle coutumière. D'ailleurs, dans la majorité des litiges internationaux, ce n'est pas tant l'existence de la règle coutumière qui fait débat mais son contenu exact⁴⁸⁰. Devant les TPI, tous les cas de figure sont possibles. Soit on invoque l'existence d'une coutume, soit on cherche à orienter son contenu dans un sens ou dans un autre. Dans ce dernier cas, l'activité du juge consiste alors à interpréter la norme coutumière afin de cerner le mieux possible son contenu⁴⁸¹.

La pratique prise en compte par le juge pénal international pour attester l'existence de règles coutumières est originale. En effet, compte tenu de la spécificité des règles du droit international humanitaire et des intérêts qu'elles défendent, le juge ne met pas l'accent sur le comportement effectif des troupes militaires mais sur le contenu des manuels militaires ou encore sur ce qui ressort des déclarations officielles. Si l'on regardait ce qui se passait sur le terrain, il serait impossible de constater l'existence de règles coutumières. En revanche, en s'en tenant aux déclarations policées des responsables politiques, il est alors possible de montrer que les Etats souhaitent s'engager dans un sens ou dans un autre⁴⁸². Le CICR prend acte de cet changement « Qu'elle soit matérielle ou verbale, la pratique pertinente ne consiste qu'en pratique *officielle*. De ce fait, les actes matériels des parties aux conflits armés ne

⁴⁸⁰ « Il maggior numero di controversie internazionali in cui sono state fatte valere pretese fondate su regole generali di diritto internazionale verte, peraltro, non tanto sull'esistenza di tali regole, quanto sul più preciso contenuto delle stesse » in TREVES (T.), *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Guiffre, 2005, p. 228.

⁴⁸¹ « Ainsi, dans l'affaire *Krstic*, le TPIY appelle « coutume » l'interprétation qu'il donne du terme « extermination » à l'aide surtout des dictionnaires et du Projet de Code de la CDI de 1996 » in GRADONI (L.), « L'attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie, « régularités » et « règles » », *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, Paris, 2004, p. 38.

⁴⁸² Voir affaire *Tadic*, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2/10/ 1995, § 99: « Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier qui sont apparus dans la communauté internationale pour réglementer la guerre civile, il convient d'élever une mise en garde sur le processus d'adoption des lois dans le domaine du droit des conflits armés. Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des Etats en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les Parties au conflit ; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des Etats, les manuels militaires et les décisions judiciaires ».

contribuent à la formation de règles de droit international coutumier que dans la mesure où ils représentent une pratique officielle »⁴⁸³.

De plus, les délais habituellement requis pour constater l'émergence d'une coutume se trouvent grandement réduits par les juridictions pénales internationales. Si René-Jean Dupuy avait développé le concept de coutume sauvage en opposition à celui de coutume sage⁴⁸⁴, les commentateurs qualifient aujourd'hui la coutume dévoilée par le juge pénal international de « coutume-grande-vitesse »⁴⁸⁵.

Les spécificités attachées à la découverte de la norme coutumière par le juge pénal international ne s'arrêtent pas là. En effet, à la différence du juge international « classique », le juge pénal international recourt de manière accrue à des instruments purement internes pour attester l'existence de règles coutumières.

b) Recours accru aux instruments purement internes

La rareté et le caractère imparfait des instruments pénaux internationaux expliquent pourquoi le juge pénal international a cherché dans des instruments purement internes la preuve de l'existence d'une coutume.

Contrairement à la norme coutumière classique qui est attestée par une pratique internationale pure, l'existence de la norme pénale internationale peut difficilement se déduire de la conclusion de conventions internationales. En effet, le droit pénal qui reflète la puissance de l'Etat⁴⁸⁶ et son pouvoir de punir, symbolise en grande partie l'aspect interne de sa souveraineté, ce qui explique le nombre relativement rare de conventions organisant de véritables mécanismes de répression pénale⁴⁸⁷. D'ailleurs, certains auteurs caractérisent le

⁴⁸³ HENCKAERTS (J.-M.), DOSWALD-BECK (L.), *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : Règles*, Bruylant 2006, introduction p. XLIX (878 p.).

⁴⁸⁴ DUPUY (R.-J.), « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges Rousseau*, Pedone, 1974, p. 132.

⁴⁸⁵ CONDORELLI (L.) « La place de la coutume dans la justice pénale internationale au regard, en particulier, du TPIY et du TPIR », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 199.

⁴⁸⁶ Selon Jacques-Henri Robert, la répression constitue une manifestation essentielle de la puissance publique (*Droit pénal général*, PUF, Paris, 1992, p. 32).

⁴⁸⁷ « Il faut cependant bien admettre que le droit international, coutumier ou conventionnel, interétatique par nature, a souvent du mal à s'intégrer dans un cadre de droit pénal interne, du moins dans les systèmes d'inspiration civiliste. La « greffe » du droit international ne « prend » en effet que rarement sur le « corpus », étatiste et légaliste, du droit pénal, notamment lorsqu'elle doit s'inscrire dans un cadre procédural interne

droit pénal comme « l'ensemble des normes juridiques qui réglementent le recours de l'Etat à la sanction pénale »⁴⁸⁸, intériorisant ainsi l'intervention étatique dans la définition même de cette branche du droit. Le droit pénal est donc resté pendant longtemps de la compétence exclusive de chaque Etat⁴⁸⁹ et même si l'on peut constater actuellement une érosion de son pouvoir normatif⁴⁹⁰, « le pouvoir de l'Etat n'en reste pas moins central aujourd'hui dans la gestion pénale de situations problématiques »⁴⁹¹ et « l'Etat continue à être le pivot tant de la conception que de l'exécution des politiques criminelles »⁴⁹².

Toutefois, comme nous l'avons déjà constaté, les conventions internationales à caractère pénal demeurent rares et peu précises notamment en ce qui concerne les sanctions attachées aux infractions internationales. Il est en effet significatif de constater qu'aucun traité ne prévoit quelle peine est attachée à la commission d'un crime de guerre ou d'un génocide. Les TPI ne possèdent pas quant à eux d'échelle des peines et c'est avec la pratique que se sont peu à peu développées des lignes conductrices en matière répressive⁴⁹³. L'imprécision des règles internationales⁴⁹⁴ n'est pas le fruit du hasard ou d'un concours de malchance : les Etats souhaitent rester libres dans leur mise en œuvre effective.

En droit français, une infraction est « une action ou une omission, définie par la loi pénale et punie de certaines peines également fixées strictement par celle-ci »⁴⁹⁵. La nécessité d'assortir le comportement visé d'une peine constitue donc un élément essentiel de cette définition. Il ne suffit pas qu'une règle de droit interdise un acte qu'elle décrit pour que cet acte constitue une infraction ; il faut qu'une règle de droit incrimine l'acte c'est-à-dire le rende criminel en le sanctionnant d'une peine⁴⁹⁶.

classique » in HENZELIN (M.), « Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, p. 69.

⁴⁸⁸ Voir ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, PUF, Paris, 1992, p. 53.

⁴⁸⁹ L'Etat était en effet en situation de monopole comme source du droit pénal (CARTUYVELS (Y.), « Le droit pénal et l'Etat : des frontières « naturelles » en question », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Bruxelles, 2002, p. 15).

⁴⁹⁰ *Ibid.* p. 16.

⁴⁹¹ *Ibid.* p. 23.

⁴⁹² *Ibid.*

⁴⁹³ Le Statut des TPI est en effet muet à ce sujet.

⁴⁹⁴ Notamment soulignée par C. Bassiouni dans son ouvrage : *Crimes against humanity in international criminal law*, 1992, Netherlands, Martinus Nijhoff publishers, p. 174.

⁴⁹⁵ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 1998, p. 291.

⁴⁹⁶ HUET (A.), KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, PUF, Paris, 2005, p. 30.

Dans le contexte particulier de ce qu'il est convenu d'appeler les « crimes internationaux » - le crime de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide - , la norme qui interdit le comportement est fixée par le droit international et celle qui établit la répression, par le droit interne. En effet, la norme internationale se contente de prohiber un comportement, sans l'assortir d'une sanction criminelle et c'est ensuite au droit national d'établir une sanction criminelle. On assiste donc à une répartition des tâches entre l'ordre juridique international et les divers ordres juridiques nationaux afin d'aboutir à une efficacité plus grande, les Etats n'acceptant pas pour l'heure d'établir par convention des sanctions internationales⁴⁹⁷. Cette répartition classique des compétences qui révèle le dualisme des ordres juridiques international et nationaux explique en partie le caractère singulier de la coutume pénale internationale qui ne peut se baser exclusivement sur une pratique internationale pure.

La pratique sans laquelle la coutume ne peut exister, ne peut pas techniquement être internationale, dès lors, il est assez logique que les juges pénaux internationaux se soient tournés vers les pratiques internes. En matière de recherche de la coutume internationale, les pratiques internes sont toujours à l'honneur puisqu'elles servent à la fois en tant que telles mais également en tant que support pour les autres pratiques retenues⁴⁹⁸. Les pratiques étatiques sont variées et peuvent être individuelles ou collectives⁴⁹⁹. Toutefois, les pratiques retenues pour affirmer l'existence d'une coutume internationale sont celles qui émanent des organes de l'Etat ayant une incidence sur les relations internationales⁵⁰⁰ et les documents retenus sont « ceux qui s'attachent à l'exercice des compétences internationales de l'Etat – délimitation des espaces maritimes, politique juridique en matière de nationalité, nationalisation, traitement des étrangers, etc. »⁵⁰¹.

Les pratiques pénales sont par conséquent exclues des instruments de référence permettant de découvrir la norme coutumière internationale « classique ».

Tel n'est pas le cas de la coutume pénale internationale qui devra nécessairement s'appuyer sur des pratiques de ce genre pour pouvoir exister. Sur la question de savoir si un crime contre

⁴⁹⁷ En revanche, il existe un consensus international visant à prohiber le recours à la peine de mort dans le cadre d'un jugement international. Ni les TPI, ni la Cour pénale internationale, ni le Tribunal spécial pour la Sierra Leone ne recourent à cette peine.

⁴⁹⁸ FERRARI-BRAVO (L.), « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats », *RCADI* 1975, t. III, p. 289.

⁴⁹⁹ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 5^e éd., Montchrestien, 2001, p. 62.

⁵⁰⁰ DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 7^e éd., LGDJ, 2002, p. 325.

⁵⁰¹ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 5^e éd., Montchrestien, 2001, p. 62.

l'humanité peut être commis pour des raisons purement personnelles, la Chambre d'appel du TPIY considère qu'« (i)t is necessary to review the case-law cited by the Trial Chamber and the Prosecution, as well as other relevant case law, to establish whether this case-law is indicative of the emergence of a norm of customary international law on this matter⁵⁰² ». La jurisprudence tient donc ici un rôle majeur dans la détermination du droit applicable.

Dans l'affaire Tadic, le TPIY prend soin d'expliquer quel type de pratique devra être retenu afin d'établir l'existence d'une règle coutumière: « However, the Tribunal's Statute does not specify (either expressly or by implication) the objective and subjective elements (*actus reus* and *mens rea*) of this category of collective criminality. To identify these elements one must turn to customary international law. Customary rules on this matter are discernible on the basis of various elements: chiefly case law and a few instances of international legislation »⁵⁰³. Le TPIY admet par conséquent clairement que le droit coutumier repose sur des pratiques internes qu'elles soient jurisprudentielles ou législatives.

Lorsque la Chambre de première instance du TPIY rappelle que ce Tribunal doit appliquer des règles faisant partie intégrante du droit coutumier, elle précise qu'elle « doit être convaincue que l'acte en question est criminel au regard du droit international coutumier, parce que, par exemple, un grand nombre de systèmes de droit internes l'ont incriminé ou parce qu'il tombe sous le coup d'une disposition conventionnelle qui apparaît comme l'expression du droit international coutumier »⁵⁰⁴.

Pour attester de l'existence d'une coutume, l'observation des systèmes juridiques étatiques est par conséquent placée au même niveau que celle des conventions en vigueur entre les Etats.

Cet extrait de l'affaire Tadic à propos duquel le Tribunal s'interroge sur la question de savoir si le crime contre l'humanité exige la preuve d'une intention discriminatoire, renforce ce sentiment : « Generally speaking, customary international law has gradually expanded the notion of crimes against humanity laid down in the London Agreement. With specific reference to the question at issue, it should be noted that, except for a very few isolated cases such as *Finta*, national jurisprudence includes many cases where courts found that in the

⁵⁰² Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 256.

⁵⁰³ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 194.

⁵⁰⁴ Affaire *Vasiljevic*, Chambre de première instance II, 29/11/2002, § 199.

circumstances of the case crimes against humanity did not necessarily consist of persecutory or discriminatory actions »⁵⁰⁵.

Au regard de ces éléments, il est possible d'émettre des doutes quant au bien fondé d'une telle démarche. Comme le rappelle la Cour internationale de justice, les Etats doivent « avoir le sentiment de se conformer à ce qui équivaut à une obligation juridique »⁵⁰⁶. Les Etats lorsqu'ils incriminent et répriment un comportement criminel, le font-ils parce qu'ils ont le sentiment de se conformer à une règle de droit international ? Peut-on réellement considérer qu'il existe une *opinio juris* des Etats en faveur du caractère criminel d'un comportement donné ?

Lorsque les Etats procèdent à la poursuite de certains actes, ils le font en premier lieu pour apaiser les troubles nationaux, non pour satisfaire une obligation internationale. La plupart du temps, la répression se trouve donc justifiée par des motifs locaux. De plus, il est très fréquent que les Etats adoptent des lois d'amnistie permettant de ne pas poursuivre les auteurs d'actes qualifiés de crimes internationaux, empêchant ainsi de voir dans la poursuite de ces crimes une pratique généralisée et uniforme.

Certains instruments juridiques, bien qu'ils ne soient pas contraignants, sont plus à même que les pratiques pénales internes d'exprimer l'*opinio juris* des Etats. Il s'agit notamment des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies qui, en dépit de leur caractère non contraignant, « servent de vecteur à la diffusion d'une nouvelle *opinio juris* »⁵⁰⁷. Dans l'affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, la CIJ avait en effet considéré que l'*opinio juris* des Etats pouvait notamment se déduire de l'attitude de certaines Etats vis-à-vis de résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies⁵⁰⁸. Etrangement, les juridictions pénales internationales ne recherchent pas l'*opinio juris* des Etats dans ce type d'instruments. Une résolution adoptée dans le cadre de l'ONU semble pourtant plus à même d'exprimer la position d'un Etat sur la scène internationale que des lois ou des solutions jurisprudentielles élaborées dans un cadre strictement national. Au lieu de se tourner vers des instruments internationaux, les TPI ont donc préféré donner du poids à des

⁵⁰⁵ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 290.

⁵⁰⁶ CIJ, *Plateau continental de la Mer du Nord*, arrêt 20/02/1969, *Rec. 1969*, p. 44, §78.

⁵⁰⁷ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 781.

⁵⁰⁸ CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, arrêt 27/06/1986, *Rec. 1986*, p. 100, § 188.

pratiques internes.

Les TPI expriment une certaine méfiance vis-à-vis de la pratique internationale: « Il importe de souligner que, pour ce qui est des sources du droit international, les projets de codes élaborés par la Commission du droit international ne constituent qu'un moyen subsidiaire de déterminer les règles de droit. Ils peuvent rendre compte de considérations juridiques largement partagées par la communauté internationale et peuvent parfaitement dégager les règles de droit international, mais il ne s'agit *pas* pour autant de la pratique des États dont il faut tenir compte lorsqu'on détermine les règles de droit international coutumier »⁵⁰⁹. Les travaux de la Commission du droit international sont pourtant souvent présentés comme des instruments précieux renfermant d'importantes indications relatives à l'*opinio juris* des États. Dans la jurisprudence des TPI, la notion de pratique étatique possède une signification profondément différente de celle qui lui est habituellement attribuée. On ne recherche plus les concessions que l'État a pu réaliser dans l'espace public international, mais la manière dont il agit à l'intérieur de ses frontières.

La pratique interne permettant d'attester l'existence d'une coutume est soigneusement distillée par le juge pénal international pour ne faire garder que la pratique émanant des systèmes occidentaux. Les TPI ont en effet « omitted significant references to legal systems that would better represent a global consensus, such as that of Muslim, former communist or African States »⁵¹⁰. La recherche de la pratique qui constituera l'assise de la coutume pénale internationale ne revêt donc pas une grande objectivité. Elle est elle aussi soumise à des tensions de nature politique et idéologique.

Une fois établie, la coutume est considérée comme faisant partie du droit international général, c'est-à-dire du droit applicable à tous les États, mais quelle sera la légitimité d'une coutume qui reflète uniquement la pratique des États occidentaux ? Il faut noter que la CPI est actuellement saisie d'affaires qui se déroulent exclusivement sur le continent africain. Pourrait-elle éluder la pratique des États africains en la matière ?

Par un mode d'attestation des règles coutumières tout à fait inédit, les juridictions pénales

⁵⁰⁹ Affaire *Vasiljevic*, Chambre de première instance II, jugement, 29/11/2002, § 200.

⁵¹⁰ BANTEKAS (I.), NASH (S.), *International Criminal Law*, Routledge-Cavendish, Londres, New-York, 2007, p. 5.

internationales étendent le champ des comportements englobés par des prescriptions de nature coutumière. Elles tendent également à faire empiéter la source coutumière sur les autres sources internationales.

§2. Utilisation extensive de la norme coutumière

En utilisant de manière extensive la source coutumière, le juge pénal international provoque une confusion des sources internationales (A) lui permettant de développer un large pouvoir interprétatif (B).

A. VOCATION EXTENSIVE DE LA COUTUME SUR LES AUTRES SOURCES

Le juge pénal international tend à faire déborder la source coutumière sur les autres sources internationales, qu'il s'agisse des conventions internationales ou des principes généraux du droit. Il en résulte un véritable enchevêtrement des sources.

a) Sur les traités

L'étude de la jurisprudence des juridictions pénales internationales révèle une tendance à l'expansion de la source coutumière sur la source conventionnelle. Le droit conventionnel est ainsi peu à peu happé par un droit coutumier. Si le caractère ambivalent de certaines grandes conventions est indéniable⁵¹¹, la démarche suivie par le juge pénal international donne souvent le sentiment que le droit conventionnel seul est impuissant à dégager des solutions. La position du Secrétaire général des Nations Unies qui a érigé en principe le fait que les TPI devaient appliquer du droit coutumier explique en partie la relative désuétude du droit conventionnel « simple ».

Même si le droit conventionnel paraît très présent dans la jurisprudence des juridictions pénales internationales, il est souvent utilisé à titre accessoire, comme preuve de l'existence d'une norme coutumière. Lorsque le juge cite une disposition conventionnelle, il s'empresse bien souvent d'ajouter que cette disposition revêt un caractère coutumier. Le droit

⁵¹¹ Les Conventions de Genève de 1949 sont considérées comme des conventions de codification, elles revêtent donc par conséquent également une valeur coutumière.

conventionnel, constamment accompagné d'une référence au droit coutumier se trouve donc ainsi affaibli par la jurisprudence des juridictions pénales internationales. A la lecture de la jurisprudence pénale internationale, on a parfois le sentiment qu'une convention qui ne revêt pas de caractère coutumier n'aurait pas de valeur. Le traité apparaît ainsi comme une source imparfaite du droit international.

De nombreuses normes contenues dans des traités relatifs au droit international humanitaire ont acquis une valeur coutumière. Certaines normes voient donc ainsi leur existence consacrée à la fois dans un traité et par le biais d'une coutume. La CIJ a eu l'occasion d'aborder cette question dans l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua ayant opposé le Nicaragua aux Etats-Unis. Elle considère qu'« on ne voit aucune raison de penser que, lorsque le droit international coutumier est constitué de règles identiques à celles du droit conventionnel, il se trouve « supplanté » par celui-ci au point de n'avoir plus d'existence propre »⁵¹². En cas d'identité de contenu entre une norme coutumière et une norme conventionnelle, « ces normes conservent une existence distincte »⁵¹³. Cette jurisprudence consacre donc pleinement l'autonomie des sources du droit international public. Une norme coutumière codifiée par une convention ne perd pas son caractère coutumier. C'est particulièrement le cas de l'interdiction du recours à la force qui, bien que codifiée par la Charte des Nations Unies, conserve une existence autonome. Selon la CIJ, une même norme peut faire l'objet d'une consécration dans différentes sources du droit international.

Devant les tribunaux pénaux internationaux, ce qui apparaissait comme un cas de figure exceptionnel est au contraire très fréquent. Les Tribunaux pénaux internationaux s'adonnent à un jeu de renvoi incessant entre la source coutumière et les conventions internationales. Les TPI, pour asseoir leurs raisonnements juridiques, préfèrent fonder leurs énoncés juridiques sur plusieurs sources internationales que sur une seule. En multipliant le recours aux sources pour renforcer la légitimité de leurs décisions, les juges créent parfois une certaine confusion dans ce domaine, ce qui n'est pas sans danger⁵¹⁴. La diversité des sources utilisées par le juge pénal

⁵¹² Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), 27/06/1986, fond, Recueil CIJ 1986, p. 95, § 177.

⁵¹³ *Ibid.* § 178.

⁵¹⁴ En 1992, dans son cours à l'Académie de droit international de La Haye, Prosper Weil qui observait la tendance envahissante de la coutume faisait part de son inquiétude : « Si l'évolution récente suscite des inquiétudes, ce n'est donc pas parce qu'elle accorderait trop d'importance au droit non écrit et réduirait la place du droit écrit. C'est parce qu'elle tend à brouiller de manière excessive les deux voies d'accès à la normativité et à priver la voie conventionnelle de sa spécificité (...) A partir du moment où une règle formellement conventionnelle est analysée comme étant *aussi* de nature coutumière, les traits propres à la norme

international est surtout destinée à masquer son pouvoir normatif grandissant. Plus il se réfère à des sources internationales, moins le juge semble susceptible de créer du droit. Or, c'est pourtant l'inverse qui se produit compte tenu de la diversité des instruments utilisés qui confère au juge une grande liberté.

Pour prouver l'existence d'une norme coutumière, il est fréquent que le juge pénal international se réfère à des conventions internationales. Cette attitude tout à fait classique vise à dégager les logiques animant les volontés étatiques. Si la majorité des Etats ratifie un traité interdisant un certain type d'armes, il est possible de déduire de l'existence et du contenu de la convention en question que les Etats considèrent la production et l'utilisation de cette arme comme illégales. Le droit conventionnel revêt une place de choix dans les outils permettant au juge pénal international de constater l'existence d'une règle coutumière. Le problème est que, dans la mesure où le droit conventionnel n'est utilisé que dans ce cadre, comme preuve d'une coutume, il perd peu à peu son existence propre. Le caractère obligatoire du droit conventionnel « simple » se trouve par conséquent indirectement amoindri dans l'esprit collectif.

Les TPI n'ont cessé d'affirmer le caractère coutumier de traités tels que les Conventions de Genève ou la Convention sur le génocide. Si formellement les règles qu'elles contiennent sont écrites, leur valeur coutumière se trouve substituée à leur valeur conventionnelle. Même si la CIJ affirme l'indépendance des sources du droit et la possibilité pour une norme d'être à la fois conventionnelle et coutumière, dans les faits, le droit conventionnel se trouve aspiré par la source coutumière. Selon Luigi Condorelli, la jurisprudence du TPIY permet de voir « le droit coutumier comme capable de voler au secours du droit conventionnel pour donner promptement à l'ordre juridique international ce qui lui manquait afin de permettre de criminaliser les violations graves du droit humanitaire applicables dans les conflits non internationaux »⁵¹⁵.

conventionnelle s'effacent derrière les caractéristiques de la voie coutumière. Attaquée par cette manœuvre enveloppante, la voie conventionnelle perd son autonomie au profit de la voie coutumière, laquelle lui impose ses propres caractéristiques » p. 183. Prosper Weil parle même de « contamination de la convention par la coutume » p 184. WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité. Cours général de droit international public », *RCADI* 1992, IV, tome 237, p. 9-370.

⁵¹⁵ CONDORELLI (L.), « La place de la coutume dans la justice pénale internationale au regard, en particulier, du TPIY et du TPIR », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 199.

Le recours intensif à la source coutumière permet en effet de neutraliser les insuffisances des deux sources internationales principales dans la mesure où nous disposons à la fois d'un texte écrit qui permettra de déterminer aisément les obligations des Etats - ou plutôt des individus dans notre cas - et d'une large opposabilité. En tant que moyen de preuve privilégié de l'existence d'une coutume, la convention perd peu à peu son autonomie, une norme conventionnelle « simple » souffrant d'une faiblesse naturelle ; celle de n'être applicable qu'aux Etats parties.

Mis à part le fait de décrédibiliser la source conventionnelle, ce recours intensif à la coutume conduit à certaines dérives. L'utilisation par les TPI du Statut de la CPI donne en effet le sentiment qu'il n'existe plus de distinction entre le droit conventionnel et le droit coutumier. En dépit du fait que le Statut de la CPI ne fasse pas l'objet d'une acceptation universelle, les TPI lui confèrent une valeur importante lorsqu'il s'agit d'attester l'existence d'une règle coutumière. Le contenu du Statut de la CPI constitue en effet bien souvent l'argument phare permettant de clôturer un raisonnement.

L'ampleur des références au Statut de la CPI conduit inconsciemment à conférer une valeur tout à fait particulière à cet instrument. Utilisé tour à tour pour confirmer, valider ou invalider une solution, le Statut de la CPI est dorénavant incontournable. En agissant ainsi, c'est-à-dire en donnant à un instrument purement conventionnel, une portée quasiment coutumière, le juge pénal international brouille nécessairement la théorie des sources. Comment considérer en effet qu'un instrument faisant l'objet de tant de réticences puisse un jour acquérir cette force ? Un Statut rejeté par les Etats les plus puissants de la planète ne peut pas avoir acquis, à ce stade, de valeur coutumière. Le principe de l'effet relatif des traités et la nécessité de respecter la souveraineté étatique s'opposent à une telle idée ; il serait en effet trop simple d'imposer par la voie coutumière des obligations que les Etats ont refusé d'accepter conventionnellement. La source coutumière est donc instrumentalisée par le juge pénal international pour contourner le consentement des Etats. En ce sens, il fait une utilisation contestable de la théorie des sources. Conçue au départ pour préserver la souveraineté des Etats, elle se trouve dans ce contexte totalement dévoyée.

b) Sur les principes généraux de droit

L'autonomie des principes généraux de droit par rapport aux autres sources du droit international public et spécialement par rapport à la coutume a été largement mise en doute par la doctrine : ces principes se confondraient donc avec la coutume et ils n'auraient pas d'existence autonome. Un principe général, une fois établi aurait ainsi vocation à acquérir le statut de droit coutumier.

Dans le contexte pénal international, c'est plutôt l'inverse qui semble se produire. En effet, lorsque les juridictions pénales internationales constatent l'existence de certaines normes qu'elles qualifient de coutumières, il semble en réalité, qu'il s'agisse de principes généraux de droit, c'est-à-dire de règles communes aux divers systèmes juridiques.

Dans l'affaire Rajic, la Chambre de première instance du TPIY assimile d'ailleurs droit coutumier et principes généraux du droit en constatant que : « In its Brief and Second Supplement, the Prosecution has not proven that these elements are aggravating circumstances pursuant to customary international law or general principles of law »⁵¹⁶. Le Procureur soutenait en effet que le fait d'avoir fui la justice aggravait la peine encourue. Nous doutons de la vocation du droit international public à régler de telles questions. En assimilant coutume et principes généraux, la Chambre reconnaît d'ailleurs implicitement le caractère inapproprié de la coutume dans ce domaine.

La manière dont le droit international général se trouve défini dans le document destiné à aider la CPI à interpréter certaines dispositions de son Statut (les éléments des crimes) est tout à fait particulière et révèle à bien des égards une certaine confusion : « (l)es crimes contre l'humanité (...) supposent une conduite inadmissible au regard du droit international général applicable tel qu'il est reconnu par les principaux systèmes juridiques du monde »⁵¹⁷. La coutume internationale est ici clairement assimilée aux principes généraux de droit.

Le TPIR adopte une attitude similaire comme en témoigne ce court extrait du jugement Akayesu : « Il est clair aujourd'hui que l'article 3 commun a acquis le statut de règle du droit coutumier *en ce sens que la plupart des Etats répriment dans leur code pénal des actes qui,*

⁵¹⁶ Affaire *Rajic*, Chambre de première instance I, jugement relatif à la sentence, 6/05/2006, § 132.

⁵¹⁷ *Éléments des crimes*, p. 8.

s'ils étaient commis à l'occasion d'un conflit armé interne, constitueraient des violations de l'article 3 commun »⁵¹⁸.

Pour apprécier si la contrainte peut-être une condition exonératoire de responsabilité, la Chambre de première instance du TPIY affirme se référer « à des principes généraux du droit traduits dans de nombreuses législations et jurisprudences internes »⁵¹⁹. Cette attitude nous semble plus conforme à la réalité. Le droit puisé exclusivement dans les jurisprudences internes n'est pas du droit coutumier. Si formellement les juges pénaux internationaux affirment appliquer du droit coutumier, ils appliquent en réalité des principes généraux de droit, c'est-à-dire des principes communs aux divers systèmes juridiques.

Le juge pénal international procède donc parfois à une analyse plus juste et consacre l'existence de règles issues de pratiques internes sans recourir à la coutume. Nous pouvons notamment prendre l'exemple du viol qui constitue en vertu de l'article 5 du Statut du TPIY, un crime contre l'humanité mais qui ne fait pas l'objet d'une définition en droit international. Ecartant rapidement tout recours au droit international⁵²⁰, la Chambre de première instance se tourne dans l'affaire *Furundzija*, vers les principes du droit pénal communs aux grands systèmes juridiques. Ces principes émanent donc du droit interne.

Cette idée se trouve confirmée dans l'affaire *Kunurac* : « (l)e recours aux principes généraux du droit, communs aux principaux systèmes juridiques du monde, permet, en l'absence de règles de droit international conventionnel ou coutumier sur la question, de dégager les règles internationales pour déterminer les circonstances dans lesquelles les actes de pénétration sexuelle définis ci-dessus constituent un viol »⁵²¹. Les principes communs aux différents systèmes juridiques sont donc clairement considérés comme des sources du droit international. En effet, ils sont «révélateurs d'une certaine tendance internationale sur un point de droit, dont on peut considérer qu'elle fournit une bonne indication de l'état du droit international en la matière »⁵²². En dépit de leur caractère purement interne, ces principes pourraient donc acquérir le statut de droit international.

⁵¹⁸ Affaire *Akayesu*, Chambre de première instance I, jugement 2/09/1998, § 608. Passage souligné par nous.

⁵¹⁹ Affaire *Erdemovic*, Chambre de première instance, 29/11/1996, § 19.

⁵²⁰ « La présente Chambre de première instance fait observer qu'aucun autre élément que ceux mis en évidence ne peut être tiré du droit international conventionnel ou coutumier, de même que ne sont d'aucun secours les principes généraux du droit pénal international ou ceux du droit international » *in* Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, 10/12/1998, § 177.

⁵²¹ Affaire *Kunurac*, Chambre de première instance, 22/02/2001, § 439.

⁵²² *Ibid.*

Le droit international public en tant que droit régissant les relations entre Etats, ne se compose pas ou très peu de règles issues des ordres juridiques internes. Les principes généraux de droit ne font pas partie des sources majeures du droit international public ; ils ne jouent qu'un rôle très résiduel dans cet ordre juridique. Un droit qui émanerait donc presque exclusivement de la concordance des droits nationaux ne pourrait donc pas être considéré comme du droit international public.

Le juge pénal international en cherchant à conférer une valeur coutumière à chaque convention internationale et en qualifiant de coutume ce qui constitue selon toute vraisemblance un principe général du droit orchestre une vaste confusion des sources internationales. Cette confusion, loin de desservir le juge pénal international, lui confère au contraire une importante marge de liberté.

B. BENEFICES TIRÉS PAR LE JUGE

Le juge pénal international, en surexposant la source coutumière se dote indirectement de prérogatives importantes. Il tire en effet d'importants bénéfices de cette double expansion du champ d'application de la coutume. En étendant au maximum le champ d'application du droit coutumier, le juge pénal international augmente de manière considérable les pouvoirs qu'il détient.

Comme le constate Serge Sur, « l'interprétation ne peut se cantonner à l'application : interpréter une règle coutumière se rapproche davantage de la formation de cette règle que de son application »⁵²³. Affirmer interpréter une norme coutumière, c'est donc davantage créer une règle qu'en faire application. Le rôle de l'interprète croît lorsque la réglementation est faible⁵²⁴, ce qui était jusque récemment le cas du droit pénal international. L'interprétation conditionne l'apparition du droit coutumier « dans la mesure où elle résulte d'un ensemble d'actes unilatéraux tirant leur validité d'une hypothétique règle coutumière que leur comparaison permet de dégager et de délimiter ». L'interprétation « permet l'existence de la

⁵²³ SUR (S.), *L'interprétation en droit international public*, Bibliothèque de droit international, Paris, 1974, p. 78-79.

⁵²⁴ *Ibid.* p. 99.

règle, constatant la réunion des éléments constitutifs »⁵²⁵. Lorsqu'il constate les éléments constitutifs de la coutume « l'interprète dispose d'un large pouvoir discrétionnaire, d'une grande liberté d'interprétation qui lui permet de retenir d'une pratique souvent équivoque les éléments décisifs »⁵²⁶.

La mise en évidence de la règle de droit est différente selon qu'il s'agisse d'une norme conventionnelle ou au contraire d'une norme coutumière. Cette dernière est par définition non écrite, ce qui lui retire toute visibilité ; elle doit donc être « découverte » par le juge⁵²⁷. Dans le cas des normes coutumières, interprétation et formation de la règle sont par conséquent intimement liées.

Confronté à une norme coutumière, le juge pénal international n'exerce pas nécessairement une activité plus normative que le juge international classique. Il est inhérent à la fonction judiciaire de créer du droit. En revanche, en décrétant que l'ensemble des normes qu'il applique fait partie du droit coutumier, il décuple les occasions qui lui sont données d'exercer une activité normative⁵²⁸. Il étend ainsi de manière indéniable les pouvoirs qui sont les siens. Le juge pénal international ne raisonne pas réellement différemment du juge international classique car ce dernier peut aussi faire œuvre créatrice. En revanche, ce que le juge international faisait de manière tout à fait exceptionnelle, est aujourd'hui effectué de manière quotidienne par le juge pénal international. En décrétant, sur invitation du Secrétaire Général des Nations Unies, que le droit pénal international était majoritairement d'origine coutumière, le juge pénal international a décuplé les occasions qui lui étaient offertes de créer du droit.

En faisant empiéter la coutume sur les autres sources internationales et en lui faisant régir des comportements humains de manière très précise, le juge pénal international devient un point de passage obligé de très nombreuses règles. Il façonne ainsi l'ensemble des règles qui transitent par lui. Le juge agit comme un aimant sur les différentes règles applicables au procès pénal international. Tous les comportements font l'objet d'interdictions établies par une coutume et toutes les sources internationales dont il a besoin sont également coutumières.

⁵²⁵ *Ibid.* p. 189.

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ BARTHE (C.), La mise en évidence de la règle de droit par le juge international, Essai sur la fonction heuristique, Thèse de doctorat, Toulouse, 2001, p. 13.

⁵²⁸ En effet, la CIJ « est assez rarement amenée à rappeler l'existence d'une norme coutumière » (*in* DECAUX (E.), « La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 224).

Comme c'est le juge qui « révèle » la coutume, il maîtrise totalement le processus de création de ces normes.

Ce processus dont le juge retire un avantage évident est pourtant contestable et ce, à plusieurs niveaux. D'une part, le pouvoir normatif exercé par le juge l'est au détriment total du respect de la théorie des sources et d'autre part, l'hégémonie de la source coutumière conduit à des solutions peu satisfaisantes.

Le juge pénal international en distendant la théorie des sources exerce en réalité un pouvoir normatif. En effet, le juge qui ne respecte pas cette théorie protectrice du consentement de l'Etat nie les modalités de l'engagement étatique en droit international et exerce donc nécessairement un pouvoir normatif. Les sources internationales sont utilisées par le juge pénal international pour mieux masquer son propre pouvoir normatif. Le juge pénal international en affirmant utiliser les sources du droit international public dissimule en réalité son propre pouvoir normatif.

De plus la source coutumière semble parfois envahir des domaines dans lesquels le droit n'a pas lieu d'être. Dans un ouvrage relatif au CICR, François Bugnion se pose la question suivante : « Le Comité international est-il titulaire de compétences ou d'obligations qui ont leur fondement dans le droit coutumier et qui, par conséquent, s'imposent aux sujets de l'ordre juridique international indépendamment de tout engagement conventionnel ? »⁵²⁹. Face à l'ampleur des tâches opérationnelles assumées par l'institution suisse, l'auteur conclut qu'elle est investie de droits et d'obligations de nature coutumière. La démarche qui consiste à considérer l'attribution de compétences opérationnelles à une organisation non gouvernementale comme une norme coutumière paraît excessive et dénuée d'intérêt. La coutume, le droit international et le droit en général ne sont pas aptes à régir l'ensemble des aspects de la vie internationale.

On relève chez d'autres grands juristes une certaine confusion. Mario Bettati constate en effet que : « (l) a coutume consistant à lutter contre l'impunité est le fruit lent et progressif d'une

⁵²⁹ BUGNION (F.), *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1994, p. 392.

double mobilisation »⁵³⁰. Dans ce contexte, plutôt que de parler de « coutume », il serait plus juste de parler d'une tendance à la lutte contre l'impunité. La généralisation de l'emploi du terme de coutume relève donc souvent d'un abus de langage. En ayant cherché à voir des manifestations coutumières partout, le juge pénal international a totalement dévoyé la notion de coutume internationale et lui a fait perdre sa valeur juridique.

La coutume internationale plus que n'importe quelle autre source, est donc soumise à des tensions et à des convoitises incessantes. La doctrine, les Etats mais surtout les juges instrumentalisent cette source du droit. La coutume n'apparaît plus comme une source parmi d'autres du droit international. La source coutumière est perçue comme providentielle par le juge pénal international pour imposer des obligations à la fois aux Etats et aux individus.

La surexposition de la source coutumière permet au juge pénal international de se doter d'une place centrale dans l'interprétation et donc dans la création de la norme pénale internationale. A travers quelques exemples, nous verrons que le juge pénal international élabore des solutions qui diffèrent des prescriptions du droit international public et que les Etats ont tenté de remédier à ce phénomène.

SECTION II : CREATION DE NORMES NE RELEVANT PAS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Le juge pénal international, fort des instruments et des sources mis à sa disposition, crée des règles de droit distinctes de celles retenues en droit international public (§ 1). Les Etats ont récemment tenté de réagir à ce phénomène en exerçant un contrôle renforcé sur les modalités de fonctionnement de la CPI (§ 2).

§ 1. Création de nouvelles règles juridiques

Dans l'exercice de ses fonctions, le juge pénal international exerce un véritable pouvoir normatif. Grâce à quelques exemples non exhaustifs, nous allons voir que ce pouvoir s'exerce à la fois à l'égard des Etats (A) et des individus (B).

⁵³⁰ BETTATI (M.) « La coutume et la lutte contre l'impunité : principe et pratique » *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 204.

A. UNIFICATION DES RÈGLES APPLICABLES AUX CONFLITS ARMÉS

En dépit d'une nette distinction entre les règles applicables aux conflits armés internationaux et aux conflits armés internes, le juge pénal international a fait usage de son pouvoir normatif dans le but d'unifier les règles applicables aux conflits armés.

- a) Séparation nette entre le droit régissant les conflits armés internationaux et le droit régissant les conflits armés internes

Pour des raisons historiques et politiques et parce qu'ils opposent deux ou plusieurs Etats, les conflits armés internationaux font l'objet d'une réglementation nettement plus importante que les conflits armés internes⁵³¹. Le conflit armé non international est un « conflit qui se déroule sur le territoire d'un Etat, entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la contrainte d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permet de mener des opérations militaires continues et concertées »⁵³².

Jusqu'à une période récente, les événements qui se déroulaient à l'intérieur des frontières d'un seul Etat n'étaient tout simplement pas visés par le droit international, au nom du respect de la souveraineté étatique⁵³³ et ce, en dépit de la violence de ces conflits. Les Conventions de Genève de 1949 contiennent toutefois un article commun, l'article 3 applicable dans les conflits ne présentant pas un caractère international. Cet article unique, présent dans chacune des Conventions de Genève instaure quelques règles de traitement minimum à l'égard des personnes ne participant pas aux hostilités et à l'égard des blessés et des malades. Le caractère minimal de la réglementation des conflits armés non internationaux s'explique par le fait qu'aucun Etat « ne veut concéder un droit de regard international trop important quand il s'agit d'affaires intérieures et à plus forte raison d'une insurrection »⁵³⁴.

⁵³¹ KOLB (R.), *Ius in bello : Le droit international des conflits armés*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2003, p. 213.

⁵³² BOUCHET-SAULNIER (F.), *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, Paris, 2006, p. 104.

⁵³³ « The distinction was based on the premise that internal armed violence raises questions of sovereign governance and not international regulation » in STEWART (J. G.), « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », RICR 2003, vol. 85 n° 850, p. 316.

⁵³⁴ KOLB (R.), *Ius in bello : Le droit international des conflits armés*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2003, p. 213.

Il a fallu attendre 1977 pour que soit adopté le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève entièrement consacré à la protection des victimes des conflits armés non internationaux. Contrairement aux Conventions de 1949, cet instrument n'a cependant pas fait l'objet d'une ratification universelle. De plus, l'article 3 commun ne couvre que le droit de Genève et pas le droit de La Haye, c'est-à-dire qu'il ne limite pas les moyens de faire la guerre. Autre grosse différence avec le droit des conflits armés internationaux, le droit des conflits armés internes ne contient aucune disposition relative aux prisonniers de guerre, les privant ainsi de tout statut spécifique.

En outre, si la violation par un individu des règles applicables aux conflits armés internationaux entraînait sa responsabilité pénale individuelle, telle n'était pas le cas concernant la violation des règles minimales applicables aux conflits armés internes⁵³⁵. Comme le constate Luigi Condorelli, « (l)'idée qu'il n'y a malheureusement pas – d'après le droit international en vigueur – de crimes de guerre dans les conflits internes a représenté une conviction générale jusqu'au milieu des années 90 »⁵³⁶. Il admet même qu'en tant que professeur de droit international, il aurait « impitoyablement recalé à l'examen un étudiant s'il avait affirmé le contraire »⁵³⁷. La catégorie des crimes contre l'humanité avait d'ailleurs été introduite dans le Statut de Nuremberg pour pallier l'impossibilité de réprimer les actes commis par un belligérant contre ses propres nationaux ou contre des apatrides⁵³⁸.

La création des TPI au début des années 90 va commencer à modifier ce schéma profondément lacunaire. En effet, pour la première fois, le Statut du TPIR criminalise les violations de l'article 3 commun et du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. Mais c'est surtout les juges du TPIY qui vont profondément enrichir le contenu du droit des conflits armés non internationaux. Les disparités entre les deux types de réglementations sont donc flagrantes mais le juge pénal international va peu à peu commencer par brouiller les fondements d'une telle distinction.

⁵³⁵ « Les crimes de guerre sont traditionnellement présentés comme des violations des règles du *jus in bello* applicables dans les conflits armés internationaux » in BUIRETTE (P.), LAGRANGE (P.), *Le droit international humanitaire*, La Découverte, Paris, 2008, p. 111.

⁵³⁶ CONDORELLI (L.) « La place de la coutume dans la justice pénale internationale au regard, en particulier, du TPIY et du TPIR », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 198.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ ABI-SAAB (G.), ABI-SAAB (R.), « Crimes de guerre », *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, p. 282.

En effet, le TPIY déclare que « quand le Statut a été rédigé en 1993, les conflits dans l'ex-Yougoslavie auraient pu être qualifiés à la fois d'internes et d'internationaux ou d'un conflit interne parallèle à un conflit international, ou d'un conflit interne qui s'est internationalisé du fait d'un soutien extérieur, ou d'un conflit international remplacé ultérieurement par un ou plusieurs conflits internes ou quelque combinaison de ces situations »⁵³⁹. Le TPIY explique en effet que le conflit dans l'ex-Yougoslavie a été internationalisé par la participation de l'armée croate en Bosnie-Herzégovine et par la participation de l'Armée nationale yougoslave ("JNA") dans les hostilités en Croatie ainsi qu'en Bosnie-Herzégovine, au moins jusqu'à son retrait officiel le 19 mai 1992. De plus, dans la mesure où les conflits étaient limités à des incidents entre les forces du gouvernement bosniaque et les forces rebelles des Serbes de Bosnie en Bosnie-Herzégovine, ainsi qu'entre le gouvernement croate et les forces rebelles des Serbes de Croatie en Krajina, ils étaient de caractère interne. Le TPIY remarque d'ailleurs que les Parties au procès, c'est-à-dire l'accusé Tadic et le Procureur conviennent toutes deux du fait que les conflits dans l'ex-Yougoslavie étaient à la fois internes et internationaux.

Analyser le conflit yougoslave comme une mosaïque de conflits à la fois internes et internationaux est une manière de relativiser la distinction entre conflit armé interne et conflit armé international. En affaiblissant la frontière entre ces deux situations, le TPIY a procédé au rapprochement notable de deux corps de règles clairement distincts aux contenus largement disparates.

De plus, en admettant la possibilité qu'un conflit armé interne s'internationalise, le TPIY brouille les frontières entre les deux types de conflit. En 1999, le TPIY constate en effet après avoir rappelé qu'un conflit armé est de caractère international s'il oppose deux ou plusieurs États, qu'un conflit armé interne « peut devenir international (ou, selon les circonstances, présenter parallèlement un caractère international) si i) les troupes d'un autre État interviennent dans le conflit ou encore, si ii) certains participants au conflit armé interne agissent au nom de cet autre État »⁵⁴⁰. Certaines circonstances sont donc susceptibles de faire basculer un conflit armé interne en conflit armé international. En prenant acte de la possibilité de passer de l'application d'un corps de règles à l'autre, le juge pénal international commence en réalité à minimiser les différences existant entre les deux corps de droit et à imposer une

⁵³⁹ Voir affaire *Tadic*, Chambre, d'appel, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2/10/1995, § 72.

⁵⁴⁰ Affaire *Tadic*, Chambre d'Appel, Arrêt, 15 juillet 1999, § 84.

vision uniformisante des règles applicables aux conflits armés. Sur le terrain, les situations n'apparaissent pas totalement figées dans la mesure où elles peuvent faire l'objet de qualifications alternatives.

Une fois la distinction entre les conflits armés internationaux et les conflits armés internes relativisée, le juge pénal international peut tenter un rapprochement du régime juridique qui leur est applicable.

b) Rapprochement des régimes

Dès 1995, le TPIY constate que « des considérations élémentaires d'humanité et de bon sens rendent absurde le fait que les Etats puissent employer des armes prohibées dans des conflits armés internationaux quand ils essayent de réprimer une rébellion de leurs propres citoyens sur leur propre territoire ». Il poursuit en ajoutant : « (c)e qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils »⁵⁴¹. Ces considérations ont ouvert la voie à un rapprochement des régimes applicables aux conflits armés, qu'ils soient internationaux ou internes. En effet, « (q)uand on sait que la majorité des conflits dans le monde contemporain est interne, se fonder sur la nature différente des conflits pour maintenir une distinction entre les deux régimes juridiques et leurs conséquences sur le plan pénal pour des actes d'un même degré d'atrocité reviendrait à ignorer l'objet même des Conventions de Genève, qui est de protéger la dignité de la personne humaine »⁵⁴².

Pour des raisons qui tiennent compte à la fois des évolutions des conflits armés mais également de l'objectif poursuivi par les rédacteurs des Conventions de Genève, il est apparu tout à fait logique au juge pénal international de calquer le régime des conflits armés internes sur celui des conflits armés internationaux.

Tout d'abord, le TPIY constate que le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun, complété par d'autres principes et règles générales sur la protection des victimes des conflits armés internes, et pour les atteintes

⁵⁴¹ Affaire *Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2/10/1995, § 119.

⁵⁴² Affaire *Celebici*, Chambre d'Appel, 20 février 2001, § 172.

à certains principes et règles fondamentales relatives aux moyens et méthodes de combat dans les conflits civils : « le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun, complété par d'autres principes et règles générales sur la protection des victimes des conflits armés internes, et pour les atteintes à certains principes et règles fondamentales relatives aux moyens et méthodes de combat dans les conflits civils »⁵⁴³. Le Tribunal ajoute que « dans la mesure où elle s'applique aux crimes commis dans l'ex-Yougoslavie, l'idée que les violations graves du droit international humanitaire régissant les conflits armés internes emportent la responsabilité pénale individuelle est aussi pleinement justifiée du point de vue de la justice au fond et de l'équité »⁵⁴⁴. Les justifications de nature morale sont omniprésentes dans le raisonnement du juge pénal international.

En outre, pour le TPIY, l'existence de règles coutumières par définition non écrites régissant les conflits armés internes est indéniable. Ces règles couvrent « la protection des civils contre des hostilités, en particulier à l'encontre d'attaques commises sans motifs, la protection des biens civils, en particulier les biens culturels, la protection de tous ceux qui ne participent pas (ou ne participent plus) directement aux hostilités ainsi que l'interdiction d'armements prohibés dans les conflits armés internationaux et de certaines méthodes de conduite des hostilités »⁵⁴⁵.

L'arrêt Tadic consacre « un rapprochement notable des deux régimes relatifs aux conflits armés non-internationaux et internationaux ». Il mène en effet « à une extension des règles applicables aux conflits armés non-internationaux par transfusions successives du droit des conflits armés internationaux et confirme par ailleurs le caractère coutumier de règles unitaires, applicables à tout type de conflit armé »⁵⁴⁶. Pour Françoise Bouchet-Saulnier, les juridictions pénales internationales « harmonisent les règles applicables aux deux types de conflits »⁵⁴⁷.

L'unification indéniable des règles applicables aux conflits armés révèle bien l'existence d'un pouvoir prétorien car en dépit des explications fournies par les juges, le droit positif continuait

⁵⁴³ Affaire *Tadic*, Chambre, d'appel, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2/10/ 1995, § 134.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, § 135.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, § 127.

⁵⁴⁶ KOLB (R.), *Ius in bello : Le droit international des conflits armés*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2003, p. 214.

⁵⁴⁷ BOUCHET-SAULNIER (F.), *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, La Découverte, Paris, 2006, p. 105.

à maintenir une nette séparation entre le régime applicable aux conflits armés internationaux et celui applicable aux conflits armés non internationaux. Le juge pénal international n'a pas inventé des règles totalement nouvelles puisqu'il s'est contenté de calquer leur régime sur celui applicable aux conflits armés internationaux. Cette démarche analogique est à la fois plus discrète et plus facile à faire accepter. C'est la nécessité de protéger certaines valeurs qui semble commander un tel rapprochement des régimes entre les deux types de conflits. Le juge pénal international, une fois de plus, n'affiche donc pas clairement le pouvoir qui est en réalité le sien. Il ne crée pas du droit, il ne fait que constater qu'aujourd'hui le régime du droit des conflits armés internes se rapproche du droit des conflits armés internationaux.

Il faut rester objectif face au discours élaboré par le juge pénal international. Même si le juge prétend seulement enregistrer les évolutions récentes des conflits armés et constater un changement dans la pratique des Etats, il n'en est rien. En 1995, les lignes de partage entre les deux types de conflit étaient encore très claires et sans user de son pouvoir normatif, le juge pénal international n'aurait pas pu aboutir à de telles solutions. Les choses sont, il est vrai, aujourd'hui différentes car le travail des TPI a été relayé par la doctrine et finalement, en partie, acté par les Etats dans la pratique.

Le CICR qui a décidé de mener une étude approfondie sur l'état du droit international humanitaire coutumier a, en grande partie, validé l'unification du droit des conflits armés opérée par le juge pénal international. En effet, sur les 161 règles coutumières dégagées, 146 étaient communes aux conflits armés internationaux et aux conflits armés internes⁵⁴⁸. L'impact de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux sur l'étude réalisée par le CICR est palpable. Par exemple, dans la règle numéro 156 relative notamment à l'interdiction d'attaquer des biens de caractère civil, nous pouvons trouver diverses références à la jurisprudence du TPIY.

Toutefois, sur la question de la valeur à accorder à cette étude, les avis divergent. Comme le constate Jean-Luc Florent, directeur adjoint des Affaires juridiques du Ministère des Affaires Etrangères, la France a tenu à rappeler que cette étude ne présentait qu'un caractère doctrinal

⁵⁴⁸ HENCKAERTS (J.-M.), DOSWALD-BECK (L.), *Droit international humanitaire coutumier : Volume I : Règles*, Bruylant 2006, (878 p.).

et ne saurait être opposable aux Etats en l'absence de leur consentement⁵⁴⁹. Il considère également que « l'Etude tire des conclusions parfois disproportionnées du comportement suivi, dans un cas donné, par un nombre limité d'Etats qui ne sauraient, au demeurant, être considérés comme les plus intéressés »⁵⁵⁰. Cette étude, constitue tout au plus une œuvre de codification privée, dont le contenu ne saurait être opposable aux Etats.

En revanche, le Statut de la CPI prend acte d'une certaine unification des règles applicables aux conflits armés. On peut en effet remarquer que dans l'article 8 relatif aux crimes de guerre « (m)ost of the provisions of the part dealing with internal armed conflict exactly mirror provisions already contained in article 8 para. 2 (b) dealing with international armed conflict »⁵⁵¹. Les Etats ont donc, en partie, validé certaines des audaces du juge pénal international.

L'unification des règles applicables aux conflits armés produit des conséquences à l'égard des Etats mais également indirectement à l'égard des individus qui doivent respecter davantage de règles dans l'hypothèse où ils seraient impliqués dans un conflit armé interne. A présent, nous allons voir que le juge pénal international, en renforçant certaines prescriptions pénales, exerce un pouvoir normatif direct envers les individus.

B. RENFORCEMENT DES PRESCRIPTIONS PÉNALES

Le renforcement des prescriptions pénales est tout à fait significatif de l'exercice, par le juge pénal international, d'un pouvoir normatif. S'il a élargi le champ d'application de certains crimes, le juge pénal international a également élaboré la notion d'entreprise criminelle commune qui constitue un nouveau mode de commission des infractions, engageant la responsabilité pénale des individus.

⁵⁴⁹ FLORENT (J.-L.), « Opposabilité de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier aux Etats », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 76-77.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 79.

⁵⁵¹ ZIMMERMANN (A.), « Article 8 », in TRIFFTERER (*op cit.*) p. 476

a) Elargissement de certains crimes

Le juge pénal international est tenu de respecter le principe *nullum crimen sine lege* qui veut qu'une personne ne puisse être tenue pénalement responsable que si son comportement constituait, au moment où il s'est produit, un crime. Le juge pénal international est appelé à réprimer des personnes responsables de crimes de guerre, de crime contre l'humanité et de génocide⁵⁵². L'étude de la jurisprudence pénale internationale révèle que les juridictions pénales internationales n'ont jamais cherché à réprimer d'autres crimes. Elles n'ont par ailleurs, jamais créé une nouvelle catégorie de crime pour étendre leur compétence. En revanche, en élargissant la définition de certains crimes, le juge pénal international a néanmoins fait usage de son pouvoir normatif.

L'attitude suivie par le juge pénal international à l'égard du viol est tout à fait significative de l'existence d'un pouvoir normatif. Face au développement de cette pratique comme technique de guerre⁵⁵³ et en l'absence de définition internationale, les juges pénaux internationaux ont dû préciser quels comportements étaient constitutifs du viol.

Dans l'affaire Furundzija, la question s'est posée de savoir si la pénétration orale forcée constituait un viol. Bien que largement réprimé dans les systèmes juridiques internes en tant qu'agression sexuelle, cet acte est rarement considéré comme constitutif d'un viol. Il existe entre les Etats une véritable disparité sur cette question. Le TPIY n'a pourtant pas hésité à condamner l'accusé pour viol car « il n'est pas contraire au principe *nullum crimen sine lege* d'inculper de viol une personne qui s'est rendue coupable d'un acte de pénétration orale forcée alors que dans certains pays, dont le sien, elle ne pourrait être poursuivie que pour violences sexuelles »⁵⁵⁴. Pour la Chambre de première instance, l'accusé pourrait éventuellement se plaindre du fait que la condamnation pour viol est plus humiliante que celle résultant d'une condamnation pour violence sexuelle. Cet argument est surprenant car plus

⁵⁵² La CPI a théoriquement compétence également pour juger les responsables d'une agression mais en l'absence de définition de ce crime, sa compétence est automatiquement bloquée.

⁵⁵³ « Les viols de masse, relevés en Bosnie, au Rwanda, en République démocratique du Congo, au Darfour, répondent à une logique qui dépasse largement la simple satisfaction d'un plaisir sexuel, arraché sans consentement à la victime (...) C'est là en effet la singularité du viol de masse, très présent dans les conflits à caractère communautaire, nationaliste ou ethnique : l'atteinte au corps de la femme n'est qu'un médium permettant la violence sur les hommes de sa communauté (...) » in CRETTEZ (X.), *Les formes de la violence*, La Découverte, 2008, p. 88. Voir également : « Moins que la femme atteinte, c'est l'homme, incapable de la protéger, et la communauté, humiliée par le viol commis, qui sont touchés » in *ibid.* p. 88.

⁵⁵⁴ Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, 10/12/1998, § 184.

qu'un problème d'humiliation, c'est surtout un problème de légalité des délits et des peines qui est soulevé. La Chambre de première instance justifie d'ailleurs sa position par le fait que, pour la victime, le caractère humiliant de la pénétration orale forcée égale celui de la pénétration vaginale ou anale.

Le raisonnement suivi en l'espèce est donc contestable à divers niveaux. Sans remettre en cause l'extrême gravité du comportement en cause, sa qualification en tant que viol est audacieuse et semble reposer davantage sur des considérations éthiques que réellement juridiques. Le ressenti de la victime est utilisé par le juge pénal international pour assimiler la pénétration orale à la pénétration vaginale ou anale, or cette attitude n'est pas conforme à la démarche qui devrait être celle d'un juge pénal. Les incriminations pénales doivent être définies clairement pour mettre en œuvre une répression juste et cohérente et le sort des victimes, s'il est logiquement pris en compte par le législateur ne doit pas dicter, à lui seul, un élargissement de certains crimes.

Dans cette affaire, le juge fait appel à des concepts vagues pour étendre la définition du viol. La Chambre de première instance constate en effet que le « principe fondamental de la protection de la dignité humaine (...) milite en faveur de l'élargissement de la définition du viol »⁵⁵⁵. En agissant de la sorte, et même si ses intentions sont louables, le juge pénal international s'érige en législateur en qualifiant de viol un comportement qui ne l'était pas jusqu'alors.

Le juge pénal international ne perd d'ailleurs jamais une occasion de développer sa jurisprudence même lorsqu'il est tout à fait conscient que le motif d'appel soulevé ne porte pas sur un point de droit invalidant la décision : « Neither Party asserts that the Trial Chamber's finding that crimes against humanity cannot be committed for purely personal motives had a bearing on the verdict in terms of Article 25(1) of the Tribunal Statute. Nevertheless this is a matter of general significance for the Tribunal's jurisprudence. It is therefore appropriate for the Appeals Chamber to set forth its views on this matter »⁵⁵⁶. Même si la Chambre d'appel adoptait une position différente de la Chambre de première instance, cela ne permettrait pas de remettre en cause le verdict prononcé. Malgré tout, la Chambre d'appel clarifie la question des motifs animant l'auteur d'un crime contre

⁵⁵⁵ Affaire *Furundzija*, Chambre de première instance, 10/12/1998, § 184.

⁵⁵⁶ Affaire *Tadic*, Chambre d'appel, 15/07/1999, § 247.

l'humanité, et ce afin de développer le droit pénal international. Le juge pénal international qui n'hésite donc pas à se prononcer sur des questions qui ne sont pas nécessaires à l'accomplissement de sa tâche, développe par conséquent un certain pouvoir normatif. Le développement par le TPIY de la notion d'entreprise criminelle commune est également significatif à cet égard.

b) Notion d'entreprise criminelle commune

Les modalités de commission d'un crime de masse diffèrent grandement d'un crime de droit commun. Le crime de masse est en effet un crime extrêmement complexe, qui se nourrit de degrés de participation très diversifiés. Alors qu'en ce qui concerne un crime classique, les droits pénaux internes distinguent essentiellement l'auteur principal du complice, le droit pénal international dispose d'une palette beaucoup plus large de comportements criminels. C'est l'article 7 § 1 du Statut du TPIY qui aborde la question de la responsabilité pénale individuelle. En vertu de cette disposition, "(q)uiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime". L'article 7 contient également des dispositions spécifiques concernant la responsabilité du supérieur hiérarchique. Comme c'est bien souvent lors d'un conflit armé que les crimes de masse sont commis, il est nécessaire de connaître avec exactitude la responsabilité de chacun en fonction de sa place dans la chaîne de commandement. Le Statut du TPIR contient une disposition similaire.

La commission d'un crime de masse résulte toujours d'un mécanisme complexe impliquant une multiplicité de personnes. Les degrés de participation à un crime de masse varient. Il existe bien sûr celui qui ordonne le crime et celui qui le commet concrètement. Mais il existe aussi toute une catégorie de personnes qui participent indirectement à la commission du crime.

Dans l'affaire Tadic, le TPIY a eu à déterminer si l'accusé pouvait être déclaré responsable du meurtre de cinq hommes alors que personnellement, il n'en avait tué aucun. Après avoir procédé à une interprétation téléologique de son Statut, le Tribunal considère que la perpétration d'un crime peut revêtir la forme d'une "participation à la réalisation d'un dessein

ou d'un but commun"⁵⁵⁷. Dans la mesure où le Tribunal a été créé pour juger les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire, il est nécessaire de poursuivre l'ensemble des responsables. Se limiter à la répression des seuls exécutants serait en effet selon cette interprétation contraire à l'objet et au but du Statut. Le TPIY considère alors que "toutes les personnes impliquées dans des violations graves du droit international humanitaire doivent être traduites en justice, quelle que soit la manière dont elles ont commis ces violations ou y ont participé"⁵⁵⁸. Ainsi, alors même que l'article 7 § 1 du Statut confère seulement au Tribunal compétence pour juger ceux qui planifient, incitent à commettre, ordonnent, commettent physiquement ou de toute autre manière aident et encouragent à planifier, préparer ou exécuter un crime, le TPIY va développer une notion nouvelle. En effet, partant du constat que le Statut "n'exclut pas les cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté soit de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes"⁵⁵⁹, le TPIY va développer la notion d'entreprise criminelle commune. C'est également la nature particulière des crimes réprimés par le TPIY qui explique la nécessité pour le juge de développer les termes de son Statut car en effet, "(l)a plupart de ces crimes ne sont pas le fait de la propension d'individus isolés à commettre des actes criminels mais sont des manifestations d'un comportement criminel collectif : ils sont souvent exécutés par des groupes d'individus agissant de concert aux fins de la réalisation d'un dessein criminel commun"⁵⁶⁰.

La notion d'entreprise criminelle commune permet ainsi au juge pénal international de sanctionner en tant qu'auteurs principaux des personnes qui, sur la base unique du Statut, n'auraient pu être condamnées que sur le fondement de la complicité. Le juge pénal international exerce donc bien à cette occasion un pouvoir normatif dans la mesure où le Statut ne prévoyait absolument pas ce cas de figure. D'ailleurs, le Statut de la CPI, adopté en 1998 ne contient pas non plus de référence à une notion similaire. Il faut donc rappeler que la notion d'entreprise criminelle commune « has developed into one of the most controversial

⁵⁵⁷ Affaire Tadic, Chambre d'appel, 19/07/1999, § 188.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, § 190.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ *Ibid.* § 191.

elements of substantive international criminal law »⁵⁶¹. On peut en effet douter du respect du principe de légalité dans le cadre.

Pour TPIY, participer à une entreprise criminelle commune c'est "commettre" au sens de l'article 7 §1 et la responsabilité pénale internationale s'applique à des actes perpétrés par un groupe d'individus agissant de concert en vue d'atteindre un but criminel commun. Il n'hésite donc pas à prononcer la condamnation de Dusko Tadic sur ce fondement.

L'arrêt Tadic constitue donc le départ de cette notion d'origine jurisprudentielle⁵⁶² largement utilisée par la suite par le TPIY. Le TPIY distingue différentes catégories d'entreprises criminelles communes. Il existe en effet l'hypothèse dans laquelle tous les coaccusés, agissant de concert dans un but criminel commun, ont la même intention criminelle. La seconde hypothèse envisagée par le TPIY est en réalité une variante de la première et s'applique aux affaires des camps de concentration. La troisième catégorie concerne les affaires dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une conséquence naturelle et prévisible de sa mise en œuvre.

En développant une notion qui était absente de son Statut, le juge pénal international exerce un réel pouvoir prétorien qui aboutit de plus en plus au dépassement du modèle fourni par le droit international public. Conscients de la réalité du pouvoir normatif exercé par le juge pénal international, les Etats ont cherché, lors de la création de la CPI, à réagir. Il n'est pourtant pas certain que cette démarche puisse réellement aboutir, le juge pénal international ayant acquis une autonomie incontestable.

§ 2. Réactions étatiques

Lors de l'adoption du Statut de la Cour pénale internationale, les Etats ont manifestement tenté de limiter le pouvoir normatif du juge pénal international. Après avoir semblé dépassés par l'œuvre créatrice du juge pénal international, les Etats tentent à nouveau de peser dans le processus de création de la norme pénale internationale (A). Pour ce faire, ils tentent de limiter les pouvoirs interprétatifs du juge (B).

⁵⁶¹ SLUITER (G.), « Guilty by Association : Joint Criminal Enterprise on Trial : Foreword », *JICJ* 2007, p. 67.

⁵⁶² "Accordingly, the starting point of a consideration of the joint criminal enterprise doctrine must be the *Tadic* Appeals Judgement" in POWLES (S.), « Joint Criminal Enterprise : Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity ? », *JICJ* 2004, n°2, p. 607.

A. RÉAPPARITION DES ETATS SUR LE TERRAIN DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Retrouvant une compétence de principe en matière de répression des crimes et disposant d'un organe représentatif au sein de la Cour pénale internationale, les Etats retrouvent une visibilité sur le terrain du droit pénal. Ils peuvent dès lors prétendre définir plus strictement les crimes relevant de la compétence de la Cour et adopter et modifier son Règlement de preuve et de procédure.

a) Une plus grande visibilité des Etats

Plusieurs auteurs ont relevé que les juridictions pénales internationales tendaient à effacer la distinction entre la *lex lata* et la *lex ferenda*⁵⁶³, c'est-à-dire entre ce qu'est le droit et ce que devrait être le droit. Payam Akhavan considère que « (t)he impulse to expand the ambit of humanitarian law is not always a good one ». De plus « it can undermine humanitarian law to push the law to a point where it is not likely to be accepted by States »⁵⁶⁴. Le juge Cassese dans une opinion dissidente rappelle en effet qu'« (u)n tribunal international doit appliquer la *lex lata*, c'est-à-dire les règles existantes de droit international telles qu'elles ont été créées par les sources du système juridique international »⁵⁶⁵. Dans l'affaire Erdemovic, le juge Cassese considérait au contraire que le TPIY s'était écarté du droit international pour s'engager dans des « analyses méta-légales »⁵⁶⁶.

Des critiques importantes ont donc été formulées à l'égard des Tribunaux pénaux internationaux, forçant ainsi les Etats à réagir afin de préserver leur souveraineté.

La création de la CPI marque paradoxalement le retour au premier plan des Etats sur la scène internationale. En effet, l'article premier du Statut de la CPI énonce que la Cour est

⁵⁶³ Voir notamment AKHAVAN (P.), "The dilemmas of jurisprudence", *American university international law review*, vol.13, p.1518-1523.

⁵⁶⁴ « By expanding the ambit of humanitarian protection, do we risk creating a law that is more in the tendency of a utopia in the sense that it does not remotely reflect what states are actually willing to concede ? (...) will such judicial activism undermine the Tribunal's credibility in the eyes of States ? », *in ibid.* p. 1523.

⁵⁶⁵ Affaire *Erdemovic*, Chambre d'appel, opinion individuelle et dissidente de Mr le Juge Cassese, 7/10/1997, § 49.

⁵⁶⁶ *Ibid.* § 11.

« complémentaire des juridictions criminelles nationales ». Les juridictions nationales qui semblent le plus à même de réprimer les crimes énoncés dans le Statut sont donc mises à l'honneur notamment pour des raisons pratiques. Mais au-delà de cet aspect, nous pouvons également analyser ce retour au cadre national comme une volonté des Etats de s'approprier le droit pénal international et de limiter les prérogatives acquises au fil du temps par le juge pénal international dans ce domaine.

De plus, en comparaison avec les TPI, les Etats jouissent d'une proximité plus importante avec les organes de la CPI, en particulier par l'intermédiaire de l'Assemblée des Etats parties. Ainsi, même si les Etats sont toujours techniquement exclus des procès se déroulant devant la CPI, cette exclusion semble en partie compensée par l'autorité plus diffuse et plus palpable exercée par les Etats sur l'institution. L'Assemblée des Etats parties⁵⁶⁷ constitue ainsi « une prolongation de la conférence diplomatique de Rome »⁵⁶⁸ et dispose dès lors, d'importants pouvoirs. Elle donne à la Présidence, au Procureur et au Greffier des orientations générales pour l'administration de la Cour⁵⁶⁹. Les Etats, par l'intermédiaire de l'Assemblée exercent donc un pouvoir direct sur le Procureur. Tous les Etats membres disposant d'une voix⁵⁷⁰, les décisions portant sur le fond sont adoptées à la majorité des deux tiers tandis que les décisions liées à la procédure le sont à la majorité simple. L'Assemblée des Etats parties peut ainsi être qualifiée d'organe législatif⁵⁷¹.

Notons également la signature le 5 février 2008 d'un mémorandum d'accord entre la CPI et l'Organisation consultative juridique afro-asiatique⁵⁷². L'Organisation consultative juridique afro-asiatique est une organisation intergouvernementale fournissant aux États qui en font partie, des conseils en matière de droit international ainsi qu'un forum de coopération sur les

⁵⁶⁷ Voir au Chapitre XI du Statut, l'article 112 paragraphe 1 : « Il est constitué une Assemblée des États Parties au présent Statut. Chaque État Partie y dispose d'un représentant, qui peut être secondé par des suppléants et des conseillers. Les autres États qui ont signé le présent Statut ou l'Acte final peuvent y siéger à titre d'observateurs ».

⁵⁶⁸ BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Collection Points, Paris, 2000, p. 284.

⁵⁶⁹ Voir article 112 paragraphe 2 du Statut de la CPI.

⁵⁷⁰ Voir article 112 paragraphe 7 du Statut de la CPI.

⁵⁷¹ « L'assemblée des États Parties est le principal administrateur et le corps législatif de la Cour pénale internationale » in Site Internet de la CPI (<http://www.icc-cpi.int/asp.html>). Voir également in BOURDON (W.) (précité), « Elle est en quelque sorte un organe législatif puisque, outre ses pouvoirs en matière budgétaire, elle adoptera le Règlement de procédure et de preuve et les éléments constitutifs des crimes, et, surtout, sera conduite dans le futur à inventer ce que pourront et devront être des sanctions efficaces à l'encontre d'un Etat qui rechignerait à respecter ses obligations au titre de la coopération » (p. 284).

⁵⁷² Voir site internet CPI à l'adresse suivante : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/218588B8-B74B-4567-A33D-27CFB5942BBE/0/ICCPres050108FRA.pdf>.

questions juridiques qui les préoccupent. Cet accord vise à officialiser et à renforcer la coopération et l'assistance entre les deux organisations sur les questions d'intérêt commun, notamment le droit pénal international. La conclusion d'un tel accord révèle la volonté des Etats de conserver prise sur la création des normes pénales internationales mais leur intervention n'est que très indirecte en l'espèce et concerne seulement une partie des Etats, les Etats africains et asiatiques. Les Etats manifestent plus clairement leur volonté en s'impliquant de nouveau dans le processus de création de la norme pénale internationale.

b) Réappropriation de la création des normes pénales internationales

En se réappropriant le processus de création de la norme pénale internationale, les Etats tentent de limiter le pouvoir normatif grandissant du juge international. Comme le remarque William Schabas, « (a)s for the judges, their ability to adapt procedural and evidentiary rules is greatly limited not only by the ICC Statute but also the ICC RPP, as is their freedom to adopt liberal and purposive interpretations of the definitions of crimes »⁵⁷³. Limiter le pouvoir normatif du juge, c'est, pour les Etats, un moyen de se réapproprier le processus de création de la norme pénale internationale.

Alors que le Statut de la TPIY était très « ouvert » en ce qui concernait les violations des lois et coutumes de la guerre, le Statut de la CPI se veut exhaustif. En effet, selon l'article 3 du Statut du TPIY : « Le Tribunal international est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, *sans y être limitées* : (...) »⁵⁷⁴. En revanche, comme le constate Eric David, « (l)a tendance à l'expansion des incriminations a subi un coup d'arrêt dans le cadre du statut de la CPI qui énumère *limitativement* les crimes de guerre relevant de la compétence de la Cour »⁵⁷⁵.

Dans le Statut de Rome, les crimes contre l'humanité font l'objet d'une définition nettement plus précise que dans les Statuts des TPI. L'article 7 du Statut de la CPI intitulé « crimes contre l'humanité » comprend un premier paragraphe similaire à celui que l'on trouve dans les Statuts des TPI. En revanche, un second paragraphe relativement conséquent précise certains termes employés dans le premier paragraphe comme « attaque lancée contre une

⁵⁷³ SCHABAS (W. A.), « Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court », *JICJ* 2008, vol. 6, n°4, p. 760.

⁵⁷⁴ Souligné par nous.

⁵⁷⁵ DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 765.

population civile », « extermination », « réduction en esclavage », « déportation ou transfert forcé de population », etc. Le dernier paragraphe de l'article 7 détaille la signification du terme « sexe ». Les deux derniers paragraphes de l'article 7 vont donc faciliter l'interprétation des crimes contre l'humanité car 9 notions y sont explicitées⁵⁷⁶. Il s'agit bien évidemment d'un moyen de limiter le pouvoir normatif du juge car plus une disposition est explicite, moins elle nécessite d'être interprétée par le juge.

De plus, contrairement aux Règlements des TPI, le Règlement de preuve et de procédure de la CPI est adopté par l'Assemblée des Etats parties au Statut de la CPI⁵⁷⁷ et non par les juges. Il faut y voir une tentative de limitation du pouvoir normatif des juges pénaux internationaux. Non seulement ces derniers ne peuvent plus élaborer le Règlement auquel ils seront soumis, mais ils devront, pour le modifier, engager se soumettre à la procédure d'amendement prévue à l'article 51 du Statut. Il existe toutefois une survivance du pouvoir législatif des juges : en vertu du troisième paragraphe de l'article 51, les juges peuvent dans certaines circonstances (si la situation portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement) établir des règles provisoires applicables jusqu'à la tenue de l'Assemblée des Etats parties qui statuera sur leur sort.

Conscients que les juges des TPI exerçaient un important pouvoir normatif, les Etats ont cherché, lors de la création de la Cour pénale internationale, à contrôler l'activité prétorienne. Les Etats semblent vouloir se réapproprier le processus de création de la norme pénale internationale. Leurs efforts semblent pourtant intervenir à un moment où le droit pénal international a acquis une autonomie telle qu'il n'est plus concevable de faire marche arrière. D'ailleurs, en dépit de cette tentative de recadrage dans la production normative, la Cour pénale internationale affirme de plus en plus son autonomie vis-à-vis des Etats.

⁵⁷⁶ Voir notamment article 8 §2 a) : « Par « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un Etat ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ».

⁵⁷⁷ Voir article 51 du Statut de Rome.

B. TENTATIVE DE RÉDUCTION DU POUVOIR INTERPRÉTATIF DU JUGE

Si les Etats ont clairement cherché à encadrer le pouvoir interprétatif du juge pénal international en dotant notamment la CPI d'un document intitulé « Eléments des crimes »⁵⁷⁸, l'article 21 du Statut relatif au droit applicable officialise quant à lui la possibilité pour le juge de se fonder sur des normes fluctuantes.

a) Les éléments des crimes

Le pouvoir normatif du juge pénal international se trouve encadré par un document intitulé « Eléments des crimes ». Ce document reflète les inquiétudes des Etats face au pouvoir normatif exercé par le juge pénal international.

L'article 9 du Statut de la Cour pénale internationale prévoit que « (l)es éléments des crimes aident la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8 » relatifs au crime de génocide, aux crimes contre l'humanité et aux crimes de guerre. Ce document juridique, adopté à la majorité des deux tiers des membres de l'Assemblée des Etats Parties, doit être conforme au Statut et peut être amendé. Tout Etat partie peut d'ailleurs proposer des amendements aux éléments des crimes. Par le biais d'un document aidant les juges à interpréter le Statut, les Etats peuvent influencer de manière indirecte la détermination de la norme pénale internationale. Il s'agit selon Eric David d'une « expression de la surveillance des Etats sur la CPI »⁵⁷⁹. En effet, « (e)n adoptant les éléments constitutifs des crimes visés aux art.6 à 8 du Statut, la Commission préparatoire pour la CPI a précisé, et donc, dans une certaine mesure, limité les incriminations mentionnées dans le Statut, même si, bien souvent, la détermination des éléments constitutifs des crimes ne va guère au-delà de ce qui résulte d'une lecture littérale et attentive des dispositions relatives à ces crimes »⁵⁸⁰. Conscients de l'important pouvoir normatif exercé par les juges des TPI, les Etats ont, lors de la rédaction du Statut de Rome, tenté d'encadrer l'activité interprétative.

Cet outil destiné à faciliter l'interprétation de certains articles du Statut de Rome est tout à fait inédit. Destiné à aider la Cour à interpréter trois articles de son Statut, ce document est

⁵⁷⁸ Voir site internet de la CPI à l'adresse suivante : http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/994756C0-045D-49FD-8CD4-8EA1E3EF35AA/0/Element_of_Crimes_French.pdf.

⁵⁷⁹ DAVID (E.), « La Cour pénale internationale », *RCADI* 2005, tome 313, p. 339.

⁵⁸⁰ DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 766.

particulièrement conséquent car il comprend une cinquantaine de pages. Il attribue à chaque disposition du Statut une signification.

Concernant le génocide par meurtre expressément visé au *a)* de l'article 6, les éléments du crime sont les suivants :

1. L'auteur a tué une ou plusieurs personnes
2. Cette personne ou ces personnes appartenaient à une groupe national, ethnique, racial ou religieux particulier.
3. L'auteur avait l'intention de détruire, en tout ou en partie, ce groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel.
4. Le comportement s'est inscrit dans une série manifeste de comportements analogues dirigés contre ce groupe, ou pouvait en lui-même produire une telle destruction.

Les juges de la CPI devront vérifier que ces quatre conditions sont remplies pour condamner un individu sur le fondement de l'article 6 a). En réalité, ces critères non apparents dans les Statuts des tribunaux *ad hoc* ont été dégagés par voie jurisprudentielle et étaient donc déjà mis en œuvre par ces deux juridictions.

Parfois, les éléments des crimes sont très détaillés. Si nous prenons l'exemple des expériences médicales ou scientifiques visées à l'article 8 2) b) x) -2, le troisième élément était le suivant : « Les actes n'étaient ni justifiés par un traitement médical, dentaire ou hospitalier de la ou les personnes concernées, ni accomplis dans leur intérêt ». La référence aux traitements dentaire et hospitalier nous apparaît tout à fait inutile puisque le terme de traitement médical les englobe.

Le document « les éléments des crimes » renferme également des principes d'ordre général relatifs à l'interprétation : « Comme l'article 7 relève du droit pénal international, ses dispositions, conformément à l'article 22, doivent être interprétées strictement, compte tenu du fait que les crimes contre l'humanité tels qu'ils y sont définis sont parmi les crimes les plus graves qui concernent l'ensemble de la communauté internationale, qu'ils engagent la responsabilité pénale individuelle et supposent une conduite inadmissible au regard du droit international général applicable tel qu'il est reconnu par les principaux systèmes juridiques du

monde (...) »⁵⁸¹. Ce passage exprime parfaitement la spécificité de l'interprétation en droit pénal international. Cette interprétation se doit d'être stricte afin de respecter les droits des individus tout en tenant compte de la gravité et de l'atrocité des crimes commis. Il existe donc toujours une tension importante entre les deux objectifs que sont le respect des droits individuels de l'auteur et la préservation des valeurs de la Communauté internationale.

Le document « les éléments des crimes », vise également à interdire au juge de procéder à certaines interprétations. Par exemple, l'exigence d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile en ce qui concerne les crimes contre l'humanité « ne doit pas être interprété(e) comme exigeant qu'il soit prouvé que l'auteur avait connaissance de toutes les caractéristiques de l'attaque ou des détails précis du plan ou de la politique de l'Etat ou de l'organisation »⁵⁸².

A la lecture des éléments des crimes, on a souvent le sentiment que ses rédacteurs expriment une méfiance vis-à-vis du pouvoir judiciaire. Dans les éléments de la stérilisation forcée constitutive d'un crime contre l'humanité (article 7 1) g – 5), il est prévu que les mesures de stérilisation ne devaient pas être effectuées avec le libre consentement des personnes concernées. Une note de bas de page précise que « le terme « libre consentement » ne comprend pas le consentement obtenu par la tromperie ». Une telle précaution nous paraît inutile. Quel juge pourrait considérer que le consentement à une stérilisation a été libre s'il était basé sur un mensonge ?

De même, en ce qui concerne l'utilisation indue des signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève (article 8 2) b) vii)-4), le second élément devant être recherché par le juge est que l'auteur a procédé à l'utilisation de ces signes « à des fins combattantes d'une façon interdite par le droit international des conflits armés ». Une note de bas de page précise que l'expression « fins combattantes » s'entend « des fins liées directement aux hostilités et non d'activités médicales, religieuses ou analogues »⁵⁸³. Dans un tel contexte, on imagine mal un juge aboutir à une conclusion différente.

⁵⁸¹ Eléments des crimes, ICC-ASP/1/3, p. 6.

⁵⁸² *Ibid.*

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 24, note de bas de page n° 42.

Ce document indique très clairement que les Etats parties au Statut de la CPI ont voulu encadrer et donc réduire la capacité d'interprétation du juge pénal international. Toutefois, on peut aussi noter que de nombreux éléments des crimes ont en réalité été dégagés antérieurement par d'autres juges pénaux internationaux. L'impact réel de cette tentative de recadrage promet donc d'être très limité d'autant plus que l'article 21 du Statut réintroduit une large marge de liberté au profit du juge pénal international.

b) Maintien d'une liberté résiduelle par l'article 21 du Statut

L'article 21 du Statut relatif au droit applicable nous délivre un message ambigu. D'une part, il ne contient aucune référence à la coutume. Les Etats ont donc pris conscience du fait que les juges s'étaient grandement servis de la source coutumière pour asseoir leur pouvoir normatif. En ne mentionnant pas le droit coutumier dans l'article intitulé « Droit applicable », les Etats manifestent leur volonté de rompre les habitudes créées par les TPI. Comme nous l'avons vu précédemment, les juges ont instrumentalisé la source coutumière pour masquer leur pouvoir normatif. En ne mentionnant pas la coutume au titre du droit applicable, l'article 21 semble donc imposer au juge pénal international une plus grande rigueur.

Pourtant, le paragraphe 3 de l'article 21 réintroduit la possibilité pour le juge pénal international de faire usage d'un pouvoir interprétatif très puissant. Aux termes de l'article 21 § 3, « (l)'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination (...) ». En faisant obligation aux juges d'interpréter les normes dont ils doivent faire usage conformément au droit des droits de l'homme, l'article 21 du Statut généralise la possibilité offerte au juge de se baser sur des concepts flous et extensifs.

Cet article autorise le juge pénal international à puiser dans un corps de règles au sein duquel les juges ont déjà procédé à un premier travail d'extension des normes. Le juge pénal international doit donc s'inspirer d'un ensemble de règles qui a déjà été fortement influencé par le juge. Les juges de la CEDH ont par exemple pour habitude d'interpréter les normes de la Convention européenne des droits de l'homme de manière progressive. Ils s'adonnent selon

l'expression de Frédéric Sudre à une interprétation « finaliste » des normes⁵⁸⁴. Ce faisant, le juge des droits de l'homme élargit l'applicabilité des droits et enrichit le contenu des droits garantis. Le juge s'adonne ainsi à une réécriture continue de la Convention EDH. De plus, grâce à la théorie de l'inhérence des droits, le juge a augmenté le champ des droits qu'il protège. L'article 21 du Statut de la CPI autorise donc le juge pénal international à interpréter le droit pénal international au regard d'un droit – le droit international des droits de l'homme – qui a lui-même été largement façonné par des juges. Le pouvoir du juge pénal international se trouve donc décuplé par cette disposition.

Comme nous l'avons constaté auparavant, c'est quand il recourt à des notions vagues et empruntées de morale ou d'éthique que le juge pénal international crée du droit. Officialiser cette possibilité, c'est laisser une large marge de liberté au juge et donc lui permettre de conserver le pouvoir qu'il exerçait jusqu'à présent.

*

* *

Le droit pénal international a donc pris naissance dans un mouvement tout à fait contradictoire vis-à-vis du droit international public. D'un fort ancrage institutionnel au droit international public, le droit pénal international dépasse peu à peu sa dépendance au droit international public grâce à l'audace interprétative du juge pénal international.

La contrariété des logiques ayant présidé à la formation du droit pénal international explique en grande partie sa richesse et le fait que ce droit nouveau soit promis à une certaine pérennité. Le droit pénal international est en effet appelé à dépasser le cadre strict et relativement limité dans lequel il a pris naissance. Si la phase de formation du droit pénal international nécessitait encore des emprunts au droit international public, sa phase de consolidation, qui se déroule actuellement, se caractérise par une nette différenciation vis-à-vis du droit international public et par l'affirmation d'un véritable processus d'autonomisation.

⁵⁸⁴ SUDRE (F.), « L'interprétation dynamique de la CEDH », *Colloque sur l'office du juge*, Sénat, 29 septembre 2006.

SECONDE PARTIE

LA CONSOLIDATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Plus de 15 ans après la création du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie, le droit pénal international est entré dans une phase de consolidation qui implique un dépassement des structures dans lesquelles il a pris naissance. La création de la Cour pénale internationale joue un rôle fondamental dans ce mécanisme de renforcement du droit pénal international. Le caractère permanent de cette institution donne un nouveau visage au droit pénal international qui va, peu à peu, pouvoir dévoiler ses spécificités propres. La CPI, qui intègre l'acquis des TPI, est le moyen privilégié d'autonomisation du droit pénal international.

La consolidation du droit pénal international permet de dépasser les contradictions apparentes relevées lors de sa phase de formation. En effet, la consolidation du droit pénal international passe par une nette différenciation vis-à-vis du droit international public (Titre I). Cette prise de distance, en germe depuis le début du processus de formation, permettra au droit pénal international d'affirmer réellement toute son autonomie (Titre II).

TITRE I

LA DIFFÉRENCIATION DU DROIT PENAL INTERNATIONAL PAR RAPPORT AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Le droit international public n'est pas un forum approprié à la consolidation du droit pénal international. La diversité des objets et des finalités de ces deux corpus juridique en témoigne. Si dans un premier temps, le droit pénal international pouvait être perçu comme une branche du droit international public, ses développements récents laissent clairement apparaître des différences structurelles importantes entre le droit pénal international et le droit international public. Il n'est donc plus possible d'ignorer la spécificité du droit pénal international.

Des différences structurelles importantes affectent le droit pénal international et le droit international public (Chapitre I) et il n'est plus possible, à l'heure actuelle, d'ignorer la différenciation matérielle qui en résulte (Chapitre II).

CHAPITRE I

DIFFERENCIATION STRUCTURELLE

Alors que le droit pénal international a pour objet de régir les relations interindividuelles, le droit international public s'intéresse aux relations interétatiques. Si l'individu est au centre du droit pénal international, c'est l'Etat qui a présidé au développement du droit international public. Le droit international public est construit autour de la personne étatique et des relations qu'elle entretient avec ses pairs. Ce droit se distingue donc fondamentalement du droit pénal international qui a vocation à régir des situations impliquant des individus (Section I). Ces différences expliquent que les Etats n'aient jamais accueilli de manière favorable les instruments pénaux qui pouvaient naître sur la scène internationale, estimant qu'ils étaient seuls compétents pour régler, à l'échelle nationale, ces questions (Section II).

SECTION I : LIMITES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC A L'EGARD DES RELATIONS INTERINDIVIDUELLES DE NATURE PENALE

L'ordre juridique international ne constitue pas un forum approprié au développement d'une réglementation répressive. Par son objet et par sa forme, le droit international public n'est pas apte à réglementer les relations interindividuelles de nature pénale (§ 1) qui font naturellement l'objet de normes internes (§ 2).

§1. Caractéristiques fondamentales du droit international public

L'objet principal du droit international public est de fournir un cadre juridique à la conduite des relations internationales (A). L'objectif poursuivi est tout à fait compatible avec le caractère fragmentaire du droit international public (B).

A. LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC RÉGIT LES RELATIONS INTERNATIONALES

Selon une acceptation traditionnelle, le droit international public est le droit qui régit les relations entre Etats⁵⁸⁵ et à ce titre, il pourrait tout aussi bien être qualifié de droit interétatique⁵⁸⁶. Cette définition du droit international public prend à la fois en compte les sujets du droit international que l'objet de ses règles. Une diversification des sujets du droit international est indéniable et il faudrait par conséquent ajouter à cette définition, au côté des Etats, les organisations internationales. Selon cette signification, le droit international public se compose donc des règles « qui s'appliquent dans les relations interétatiques » et des « règles qui s'appliquent dans les relations entre organisations internationales et entre Etats et organisations internationales »⁵⁸⁷.

Concrètement, le droit international public régit les modalités de formation des traités internationaux et de la coutume internationale, la manière dont les sujets de droit international apparaissent, la manière dont un Etat peut acquérir un territoire, la manière dont il engage sa responsabilité internationale ou encore la manière dont un Etat peut décider de recourir à la force. Cette énumération sommaire met en évidence l'originalité d'une grande partie des règles internationales⁵⁸⁸ même si certaines concernent des questions comparables à celles pouvant se poser dans les ordres juridiques internes⁵⁸⁹ comme le consentement à être lié, ou l'obligation de réparer les dommages causés.

⁵⁸⁵ « Può dirsi, in una prima approssimazione, che il diritto internazionale è quel sistema di regole che si applica ai rapporti tra li Stati (...)... Questo insieme di regole di condotta costituisce la componente della realtà sociale internazionale che i governi e i giuristi sono soliti chiamare diritto internazionale o *diritto internazionale pubblico* » in TREVES (T.), *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Giuffrè Editore, Milan, 2005, p. 1. Voir également LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1999, p. 1, « L'étude des relations entre Etats constitue le domaine propre du droit international public ».

⁵⁸⁶ « L'espressione « diritto internazionale » non rispecchia rigorosamente il carattere delle regole che rientrano nella materia (...) sarebbe fatica sterile proporre la sostituzione con altre (diritto interstatale, diritto tra potentati, e via dicendo) » in TREVES (T.), *op. cit.*

⁵⁸⁷ MANIN (P.), *Droit international public*, Les Cours de Droit, 1975, p. 7.

⁵⁸⁸ L'envoi d'une mission diplomatique dans un Etat étranger n'est par exemple comparable à aucune règle de nature interne.

⁵⁸⁹ « Il (*le droit international*) est « autre » que le droit interne, parce qu'il fonctionne dans un cadre sociologique et politique radicalement différent. Pourtant, il en procède aussi directement, car il emprunte ses concepts originaux et sa technique (parfois la plus savante) en l'adaptant à ses besoins » in VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir, Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 13.

Les domaines faisant l'objet de conventions internationales ont récemment fait l'objet d'une importante diversification⁵⁹⁰. Le droit issu des sources internationales s'est introduit dans des domaines qui étaient auparavant régis par les autorités étatiques et qui concernent, non pas les rapports interétatiques, mais les rapports interindividuels tels que les relations commerciales⁵⁹¹. Le droit international est donc de moins en moins un droit de diplomates, et de plus en plus un droit destiné à être appliqué par les opérateurs juridiques internes au premier lieu desquels figurent les juges nationaux⁵⁹².

Comme le remarquent les Professeurs Combacau et Sur, « (l)e droit international public n'a pas essentiellement pour objet de régir les relations internationales, même si c'est ce qu'il fait principalement (...); il intervient aussi dans les matières internes »⁵⁹³. C'est la raison pour laquelle ces auteurs préfèrent définir le droit international public non par son objet mais par son origine interétatique : « Notre droit n'est international que par son origine et non par son objet : il émane des Etats agissant ensemble »⁵⁹⁴. Clarisse Barthe adopte la même vision : « Ce droit, qui se définit par son origine (interétatique) et non par son objet, a justement des objets divers : il ne régit pas les seules relations internationales, et encore moins les seules relations interétatiques, comme en témoignent le droit communautaire, le droit international des droits de l'homme, le droit de la fonction publique internationale ou le droit international humanitaire »⁵⁹⁵.

Selon Michel Virally, dans la mesure où le droit international se diversifie en de multiples branches, il tend de plus en plus à se rapprocher du droit étatique. Il pourrait alors être qualifié

⁵⁹⁰ « L'ordre juridique international connaît aujourd'hui une complexification considérable. Elle est liée à la diversification, sans cesse croissante, des domaines qu'il est destiné à normaliser » in DUPUY (P.M.), « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », *Harmonie et contradictions en droit international, Colloque de Tunis, 1996*, Pedone, 1996, p. 53.

⁵⁹¹ « Infatti la caratteristica più rilevante del diritto internazionale odierno è proprio data dalla circostanza che esso non regola solo materie attinenti a rapporti *interstatali* ma, pur indirizzandosi fondamentalmente agli Stati, tende a disciplinare materie attinenti a rapporti *interindividuali*, cioè a rapporti interni alle comunità statali. Simili rapporti interni erano un tempo di quasi esclusiva pertinenza dell'ordinamento statale, mentre il diritto internazionale si occupava prevalentemente di materie esterne (...) La vita moderna è, come tutti possono constatare, dominata dall' internazionalismo ; sul piano giuridico tale caratteristica si traduce nella tendenza a trasferire dal piano nazionale a quello dell'ordinamento internazionale la disciplina dei rapporti economici, commerciali, sociali ; queste materie sono infatti sempre più regolate da convenzioni internazionali, cioè da quelle che possono considerarsi come la categoria più importante e più numerosa di norme internazionali » in CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 3.

⁵⁹² CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 4.

⁵⁹³ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, 7^{ème} édition, Paris, 2001, p. 15.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ BARTHE (C.), *La mise en évidence de la règle de droit par le juge international, Essai sur la fonction heuristique*, Thèse de doctorat, Toulouse, 2001, 8-9.

de droit « encyclopédique »⁵⁹⁶ dans le sens où il serait apte à régir tous les aspects de la vie sociale, au même titre que les droits nationaux.

Les règles du droit international public pourraient donc concerner les comportements individuels⁵⁹⁷. Les valeurs humaines qui relevaient auparavant strictement des droits internes sont devenues des préoccupations des Etats dans leurs rapports réciproques et ont fait l'objet d'une reconnaissance et d'une protection au niveau international. Nous assistons donc à l'apparition de nouveaux chapitres du droit international relatifs aux droits de l'homme, au droit humanitaire et au droit pénal international⁵⁹⁸.

D'autres auteurs élaborent une définition du droit international public largement basée sur les besoins inhérents à la société internationale. Selon Pierre Marie Dupuy, « (l)e droit international est constitué par l'ensemble des normes et des institutions destinées à régir la société internationale »⁵⁹⁹. Pour Moufid Chehab, le droit international « est l'ensemble des normes juridiques inhérentes à la société internationale ; elles naissent et évoluent avec elle, et en reflètent les besoins »⁶⁰⁰. En faisant du droit international public le reflet des besoins et des aspirations de la société internationale, on aboutit assez logiquement à une extension des domaines régis par cette matière car les aspirations de la communauté internationale sont en effet diverses et variées.

Selon Carlo Santulli, « (a)ucune matière n'est insusceptible de faire l'objet d'obligations internationales, et aucune n'est donc soustraite par nature aux juridictions internationales »⁶⁰¹. Dans cette optique, seule la forme compte pour qualifier une norme d'internationale. Serait internationale la norme contenue dans un instrument international qu'il s'agisse d'un traité, d'une coutume ou bien encore d'un principe général du droit. Le droit international pourrait donc concerner l'ensemble des matières susceptibles d'avoir un intérêt juridique.

⁵⁹⁶ SALDANA (Q.), « La justice pénale internationale », *RCADI* 1925, V, vol. 10, p. 244.

⁵⁹⁷ « (l)es règles du droit international peuvent concerner les individus (...)« (l)e droit international ne constitue pas un système étranger aux intérêts des individus. Il est faux de croire que le droit international n'intéresse que les Etats et les organisations internationale, car la vie quotidienne des individus peut et est affectée par le droit international » in MANIN (P.), *Droit international public*, Les Cours de Droit, 1975, p. 6.

⁵⁹⁸ TREVES (T.), *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Giuffrè Editore, Milan, 2005, p. 30-31.

⁵⁹⁹ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 2006, p. 1.

⁶⁰⁰ CHEHAB (M.), *Le rôle de la Cour internationale de Justice dans l'interprétation et la création des règles du droit international*, Maison du livre arabe, Le Caire, 1967, p. 227.

⁶⁰¹ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 33.

La doctrine considère donc de manière quasi unanime que le droit international public ne se cantonne pas aux strictes relations interétatiques et peut régir certaines relations interindividuelles. Dans cette logique, il n'existe aucune opposition à ce que le droit international public se pénalise. Suite à une prise de conscience par la communauté internationale des dangers liés à l'impunité dont jouissent les auteurs de crimes portant atteinte à l'humanité entière, divers instruments internationaux ont en effet été adoptés afin d'y apporter des solutions. Des conventions internationales ont été ratifiées et des juridictions à caractère pénal ont été mises en place. À première vue, le droit international public serait donc bien en train de se pénaliser et le droit pénal international ferait donc bien partie du droit international public.

Nous ne considérons pourtant pas que le droit international ait vocation à régir n'importe quelle matière. Toute matière faisant l'objet d'une convention internationale n'entre pas nécessairement dans le champ du droit international public. Le droit international public se définit avant tout par son objet, qui reste la réglementation des relations internationales. Ainsi, en dépit de l'existence de conventions et d'instruments internationaux à caractère pénal, il est permis de douter de la vocation du droit international à accueillir en son sein, des mécanismes pénaux. Ce n'est pas parce que des instruments internationaux à connotation pénale existent - ce qui est d'ailleurs totalement indéniable - que le droit qui en découle s'insère dans la logique du droit international public. Le droit international public n'a pas, en dépit des apparences, de vocation punitive et ce n'est pas parce que des conventions internationales sont conclues dans ce domaine que le droit pénal international fait partie du droit international public. Le fait que certaines problématiques soient réglées à l'échelon international par le biais conventionnel ne les fait pas pour autant entrer dans la sphère du droit international public.

Comme nous avons pu le constater, les questions réglées par le droit international public sont directement liées aux relations internationales. La diversification récente des thèmes conventionnels ne remet pas en cause le caractère profondément interétatique de ce droit. Il s'agit à la fois de son originalité et de sa raison d'être. Le socle du droit international public est et reste l'aménagement et la conduite des relations internationales. C'est pour répondre à ces problématiques que des instruments internationaux tels que les traités ont vu le jour. Le fait que des questions habituellement régies au niveau interne fassent aujourd'hui l'objet de traités internationaux ne permet pas de les considérer toutes comme appartenant à l'ordre

juridique international. Généralement les Etats choisissent donc de régler ensemble les problématiques qu'ils n'ont pas la capacité de régler seuls et le droit pénal n'en fait pas partie.

Le droit international est et reste un droit des souverainetés, un droit façonné pour ses sujets principaux qui sont les Etats⁶⁰². L'Etat joue un rôle central et primordial sur la scène internationale : « tous les sujets procèdent de l'Etat et lui seul possède, en droit international général, la plénitude de la personnalité. Ce n'est pas une découverte, mais c'est tout de même à retenir à l'heure des thèses approximatives du néodépérissement de l'Etat »⁶⁰³.

De plus, le droit pénal international ne fait pas partie du droit international public car les individus ne sont pas des sujets du droit international⁶⁰⁴. Le Professeur Dupuy rappelle ainsi que « (p)ar opposition au droit international privé (...) le droit international public (...) ne s'applique en principe qu'aux Etats, et, par extension, aux groupements fonctionnels d'un certain nombre d'entre eux, dotés de personnalité autonome, les organisations internationales intergouvernementales »⁶⁰⁵.

Même si la diversification des objets conventionnels est indéniable, nous ne pensons pas que le droit international public soit apte à régir n'importe quelle question. Les réglementations internationales qui interviennent dans les domaines régis traditionnellement par les droits internes sont par ailleurs bien souvent inefficaces. Toute règle qui fait l'objet d'une convention internationale ne constitue pas automatiquement une règle relevant de l'ordre juridique international. Admettre que toute matière puisse accéder au rang de règle publique internationale dénierait au droit international public sa spécificité ; il ne constituerait alors qu'une technique alors qu'il abrite un véritable ordre juridique. L'ordre juridique international n'a pas vocation à régir toute matière, c'est la raison pour laquelle il revêt un caractère fragmentaire totalement incompatible avec les exigences de la matière pénale.

⁶⁰² « Parmi les différents types de sujets, existants ou virtuels, du droit international, l'Etat occupe encore et toujours une place privilégiée. Pourquoi ? tout simplement parce que, seul, il possède la souveraineté ; c'est-à-dire la plénitude des compétences susceptibles d'être dévolues à un sujet de droit international (...) Cette situation privilégiée de l'Etat est due au fait qu'il a l'apanage de la souveraineté » in DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI* 2002, vol. 297, p. 95.

⁶⁰³ *Ibid.* p. 116.

⁶⁰⁴ En tout cas, les individus ne sont pas selon la thèse d'Anne-Laure Vaurs Chaumette des sujets créanciers du droit international public, ils en sont tout au plus des sujets débiteurs (VAURS-CHAUMETTE (A.L.), *Les sujets du droit international pénal, la définition de la personnalité juridique internationale à l'épreuve du droit international pénal*, Thèse de Doctorat, Université Paris X Nanterre, 2007) .

⁶⁰⁵ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 8^{ème} édition, 2006, p. 1.

B. LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC EST UN DROIT PARCELLAIRE

Les Etats qui n'ont jamais cherché à faire du droit international public, un droit complet et exhaustif ne se sont, par ailleurs, jamais véritablement dotés d'un système judiciaire achevé.

a) Caractère fragmentaire des règles internationales

Le caractère incomplet du droit international public empêche le droit pénal international de s'y rattacher.

Comme le constate Robert Kolb, le droit international est « fragmentaire et faible dans son degré de pénétration sociale ; la politique brute, parfois brutale, y joue un rôle plus marqué qu'en droit interne » tandis qu'en droit interne, il existe une « pénétration du droit dans tous les détails de la vie sociale, voire même par ce panthéisme que constitue l'idée d'un code « complet » »⁶⁰⁶. Le caractère très spécifique du droit pénal international est en opposition avec la description du droit international donnée par cet auteur.

Joe Verhoeven note quant à lui qu'il est propre au droit international « d'être fait d'un ensemble de commandements fragmentaires et disparates »⁶⁰⁷. Il décrit les normes du droit international comme des « espèces d'obligations de moyen qui véhiculent des comportements généraux indéfinissables plutôt que des commandements précis »⁶⁰⁸. Michel Virally parle quant à lui d'un droit pauvre⁶⁰⁹. Joe Verhoeven qualifie également de « grossières » les techniques sur lesquelles s'appuie le « droit » du droit international public⁶¹⁰.

Le droit international se caractérise par « la pauvreté de son contenu : absence totale de normes dans certains domaines, existence de normes incertaines dans d'autres, normes

⁶⁰⁶ KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 162.

⁶⁰⁷ VERHOEVEN (J.), « A propos de la fonction de juger en droit international public », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, 1983, p. 449.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ « On dit du droit international qu'il est primitif. Il est plus vrai de dire qu'il est pauvre. Il est incapable de retenir, dans le filet aux mailles trop larges de ses dispositions, la grande masse des problèmes surgissant dans la vie internationale. Ce fut toujours pour les juristes - et parfois une nécessité - de compléter ses règles positives par leurs propres conceptions du droit désirable » in VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir, Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 27.

⁶¹⁰ VERHOEVEN (J.), « Sur les « Bons » et les « Mauvais » Emplois du *jus cogens* », *Annuaire Brésilien de Droit International* 2008, p. 160.

souvent trop abstraites pour régler concrètement la conduite des Etats »⁶¹¹. Le caractère incomplet du droit international s'expliquerait en partie par l'« absence de procédure organique permanente d'établissement du droit international »⁶¹². Il n'existe en effet pas de Parlement international, ce qui contraint des acteurs étatiques à enclencher une procédure *ad hoc* chaque fois qu'ils désirent s'engager juridiquement. C'est la raison pour laquelle, « (l)es Etats n'ont qu'un intérêt très faible à établir des normes de droit international qui vont restreindre leur liberté d'action dans un domaine particulier avant que ne surgisse pour eux une nécessité impérieuse de le faire »⁶¹³.

La précision, voire l'ultra précision des normes pénales internationales cadre mal avec les caractéristiques décrites ci-dessus. Il est en effet de l'essence même du droit pénal d'être précis, détaillé et de s'appliquer à tous de manière égale. Le droit pénal doit s'appliquer à tous de manière identique ce qui contraste largement avec le caractère fragmentaire du droit international. Les Etats ne sont en effet pas tous soumis aux mêmes règles. En droit pénal international, rien de tel. Par une exploitation intense de la source coutumière, les juges pénaux internationaux sont parvenus à établir un ensemble de règles très effectives.

Tandis que le droit international public possède un contenu fluctuant et peu normatif⁶¹⁴, le droit pénal international est à la fois précis et inflexible. Les juges pénaux internationaux ont en effet mis en évidence, si ce n'est élaboré des règles très détaillées concernant la responsabilité pénale des individus. L'adoption de Règlements de procédure et de preuve par les juridictions *ad hoc* en application des articles 15 du Statut du TPIY et 14 du Statut du TPIR parachève l'élaboration d'un ensemble juridique complexe. Ces Règlements régissent notamment la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et comprennent plus d'une centaine de pages. Le droit pénal international substantiel et procédural revêt donc un degré de précision inédit en droit international. Il serait d'ailleurs tout à fait inconcevable d'imposer un tel encadrement à l'action judiciaire internationale classique, c'est-à-dire à celle qui oppose deux sujets de droit international. Des dispositions ultra techniques n'auraient en effet aucune chance d'être adoptées dans ce cadre.

⁶¹¹ MANOUEVEL (M.), *Les opinions séparées à la Cour internationale : un instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, L'Harmattan, 2005, p. 139.

⁶¹² *Ibid.* p. 143.

⁶¹³ *Ibid.* p. 144.

⁶¹⁴ Il va sans dire que nous ne remettons absolument pas en cause la juridicité du droit international public.

Les degrés de normativité du droit international public et du droit pénal international sont donc totalement différents.

Selon Robert Kolb, le droit international public est un droit très individualisé⁶¹⁵ ; c'est-à-dire que les normes internationales sont « fortement concrètes et particulières »⁶¹⁶. Le caractère fortement individualisé du droit international public ne met pas en échec notre raisonnement. En effet, le fait que les règles internationales puissent être individualisées ne signifie pas qu'elles puissent porter sur n'importe quel objet. Dans son raisonnement Robert Kolb donne l'exemple de certaines dispositions de la Convention de Montego Bay sur le droit de la mer qui permettent de prendre en compte les intérêts de certains Etats. Le fait que le droit international soit un droit fortement individualisé ne signifie donc pas qu'il puisse régir les relations interindividuelles. Le caractère fortement individualisé du droit international public est une fois de plus en opposition avec le champ d'application élargi du droit pénal international.

Le degré de complexité des infractions pénales internationales est donc incompatible avec le caractère fragmentaire et incomplet du droit international public et exclut un quelconque rattachement du droit pénal international au droit international public. Les « lacunes » inhérentes au droit international public ont par ailleurs fortement rejailli sur la justice internationale.

b) Un appareil juridictionnel des plus restreints

Contrairement aux juridictions pénales internationales chargées de mettre en application le droit pénal international, le système judiciaire international ne revêt pas d'aspect contraignant. L'application du droit pénal international est profondément incompatible avec les caractéristiques du système judiciaire international. Celui-ci ne se caractérise pas « par une superposition d'organes juridictionnels s'empilant les uns sur les autres suivant le modèle

⁶¹⁵ KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 139.

⁶¹⁶ *Ibid.*

pyramidal »⁶¹⁷ que l'organisation en chambres d'instance et en chambre d'appel des juridictions pénales internationales tend à rappeler.

Comme le constate Benedetto Conforti, « (l) a funzione giurisdizionale (...) ha ancor oggi sostanzialmente (...) natura arbitrare »⁶¹⁸. En effet, le procès international repose sur la volonté et sur l'accord des Etats⁶¹⁹, ce qui implique qu'un Etat ne peut donc être soumis au jugement d'un tiers sans y avoir consenti. Une grande partie du contentieux international est confiée à des tribunaux arbitraux créés au cas par cas par les Etats lorsqu'un différend survient et échappe donc à la Cour internationale de Justice⁶²⁰. Seuls les organes judiciaires ont vocation à la permanence et « (d) e leur vocation à la permanence dérive un affaiblissement du pouvoir des parties à l'égard des organes judiciaires »⁶²¹.

L'organisation de la justice pénale internationale diffère énormément de celle de la justice internationale interétatique. Alors que la compétence de la Cour internationale de Justice est subordonnée au consentement de l'Etat, les juridictions pénales internationales - une fois qu'elles sont créées⁶²² - ne revêtent pas pour les personnes physiques, un aspect facultatif.

La création des Nations Unies avait pourtant constitué une occasion de choix pour réviser en profondeur le mécanisme de la justice internationale⁶²³ et pour rendre dans certaines hypothèses la saisine de la CIJ possible à tout Etat. L'article 36 §2 du Statut de la Cour, rédigé comme suit : « Les Etats parties au présent Statut pourront, à n'importe quel moment, déclarer reconnaître comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale, à l'égard de tout autre Etat acceptant la même obligation, la juridiction de la Cour sur tous les différends

⁶¹⁷ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 61.

⁶¹⁸ CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 412.

⁶¹⁹ « Se tale volontà, e quindi tale accordo manca, non è possibile costringere uno Stato a sottoporsi a giudizio » in CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 414.

⁶²⁰ Sur la différence entre fonction arbitrale et fonction judiciaire voir SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 76 : « Là où l'arbitrage est institué pour régler des litiges et n'existe que « pour » cela (...), le règlement judiciaire est conçu pour exercer (...) une fonction de police juridique : offrir un « service public » juridictionnel, garantir la cohérence et la constance des solutions, organiser une politique juridique par motivation ».

⁶²¹ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 76.

⁶²² Il s'agit évidemment d'une limite au caractère obligatoire de la justice pénale internationale car les juridictions pénales internationales sont rares et leur compétence est toujours limitée à une certaine catégorie de ressortissants. Toutefois, une fois que la juridiction est mise en place et que sa compétence *ratione persone* est établie, les personnes physiques se trouvent immédiatement soumises à elle.

⁶²³ « La Cour est le fruit d'un projet humain généreux né du double traumatisme des guerres mondiales » in PROST (M.), FOURET (J.), « Du rôle de la Cour internationale de Justice : peau neuve ou peau de chagrin ? Quelques réflexions sur l'arbitralisation de la Cour mondiale », *Revue québécoise de droit international* 2003, p. 194.

d'ordre juridique ayant pour objet (...) », aurait dû modifier la nature du système de règlement des différends internationaux. Pourtant, loin d'avoir été souscrite par une majorité d'Etats⁶²⁴, la déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour reste un mécanisme à la marge. En effet, « (l)'idée de juridiction obligatoire est une idée qui ne progresse pas au sein de la communauté internationale et qui même semble régresser, les affirmations contraires relevant souvent davantage de la « méthode Coué » que d'une analyse lucide de la question »⁶²⁵.

De plus, au-delà du caractère facultatif de sa compétence, la CIJ aurait tendance à s'« arbitraliser »⁶²⁶ et à mettre en œuvre une forme de justice transactionnelle. Il existe donc entre la justice internationale et la justice pénale internationale, une véritable différence de nature ; l'une étant totalement facultative tandis que l'autre revêt un caractère obligatoire. Plusieurs conséquences qui concernent notamment la fréquence d'application du droit en découlent.

Par le volume des affaires traitées, les tribunaux pénaux *ad hoc* se distinguent une fois de plus de la Cour internationale de Justice. Ces tribunaux appliquent de manière quotidienne le droit pénal international.

L'organisation des juridictions pénales internationales est également plus proche du modèle interne que du modèle international. Les TPI disposent en effet de plusieurs chambres d'instance et d'une Chambre d'appel. La Cour pénale internationale comprend quant à elle une Chambre préliminaire, une chambre de première instance et une chambre d'appel. Les accusés bénéficient du droit de faire appel de leurs décisions, procédure inexistante sur la scène internationale. Ce mode d'organisation favorise l'activité juridictionnelle⁶²⁷. De plus, la matière pénale se prête à une amplification du contentieux en raison du nombre important d'incidents de procédure.

La fréquence des décisions rendues par les juridictions pénales internationales influence indéniablement le contenu du droit interprété et contribue à son développement ainsi qu'à son

⁶²⁴ Soixante trois Etats acceptent la juridiction obligatoire de la Cour, tandis que cent-vingt-sept Etats la refusent.

⁶²⁵ MANOUVEL (M.), *Les opinions séparées à la Cour internationale : un instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, L'Harmattan, 2005, p. 223.

⁶²⁶ Voir notamment ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *RGDIP* 1992, p. 284 et suivants, PROST (M.), FOURET (J.), « Du rôle de la Cour internationale de Justice : peau neuve ou peau de chagrin ? Quelques réflexions sur l'arbitralisation de la Cour mondiale », *Revue québécoise de droit international* 2003, p. 191-234.

⁶²⁷ BOYLE (A.), CHINKIN (C.), *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 270.

individualisation. Alors que l'application juridictionnelle du droit international public est relativement rare⁶²⁸, nous constatons que le droit pénal international est appliqué de manière quotidienne par les juridictions pénales internationales, et ce, à des stades de la procédure très divers.

Comme nous venons de le constater, le droit international public se prête mal aux particularités de la matière pénale. Que ce soit par son objet ou par sa forme, le droit international public reste un droit fait par les Etats, pour les Etats. Les questions répressives trouvent au contraire à l'échelle nationale, un forum approprié à leur développement.

§ 2. Le droit pénal s'inscrit fondamentalement dans l'espace national

Les Etats ont façonné le droit international public d'une manière totalement imperméable à la logique pénale (A). En tout état de cause, les caractéristiques fondamentales du droit international public empêchent d'imaginer que ce corps de droit puisse régler et sanctionner efficacement les relations interindividuelles (B).

A. IMPERMEABILITE DU DROIT INTERNATIONAL A LA MATIERE PENALE

Les Etats qui ont toujours pris un soin particulier pour affirmer leur capacité répressive sur la scène interne, se montrent très réticents à l'égard des manifestations pénales qui pourraient se produire sur la scène internationale.

a) Sur l' « irruption » du droit pénal dans le droit international public

Comme le souligne Joe Verhoeven, « (l)e droit des gens traditionnel ne comporte pas, c'est bien connu, de dimension « pénale » »⁶²⁹. Pourtant, depuis quelques temps, tout laisse à penser que « (l)e droit pénal a fait irruption dans l'ordre juridique international »⁶³⁰.

Le fait que des problématiques pénales aient fait irruption⁶³¹ dans le champ opérationnel des techniques conventionnelles ne signifie pas que ces problématiques soient intégrées et

⁶²⁸ La CIJ connaît toutefois actuellement un certain regain d'activité.

⁶²⁹ VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 55.

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 58.

assimilées par l'ordre international. Pourtant, la doctrine majoritaire considère que le droit pénal fait dorénavant partie des préoccupations des Etats et s'intègre donc parfaitement à l'ordre juridique international. De manière traditionnelle, le droit pénal international est considéré comme étant une branche du droit international public⁶³² et comme le remarque Julian Fernandez, « (l)a volonté d'appriivoiser la violence des relations interétatiques grâce à la judiciarisation de celles-là est une prétention historique des acteurs internationaux »⁶³³.

De nombreux auteurs parlent en effet de droit international pénal et non de droit pénal international car cette dénomination « a le mérite de placer immédiatement la matière au sein du droit international, dont elle est la branche pénale »⁶³⁴. En effet, selon Philippe Currat, « (l)e droit international pénal est une branche du droit international public, dont les règles visent tant à proscrire certains comportements considérés comme internationalement criminels, dont les crimes contre l'humanité, qu'à imposer aux Etats l'obligation d'en poursuivre et d'en punir les auteurs (...) C'est une branche du droit international public car ses règles sont posées par les Etats, ce que démontre le traité international conclu à Rome et portant création de la Cour pénale internationale »⁶³⁵. Assez rapidement cet auteur constate toutefois que la genèse du droit international pénal « se trouve non pas dans l'action des Etats mais dans celle de personnalités de la doctrine et d'institutions ou sociétés savantes regroupant d'éminents juristes »⁶³⁶. Les Etats n'auraient donc jamais réellement eu le désir de diversifier les domaines pouvant faire l'objet de règles internationales. Les Etats auraient donc davantage subi un processus que désiré ce changement.

Michel Massé souligne le fait que jusque dans les années 1990, « le rôle du droit pénal dans la vie politique internationale n'était pratiquement jamais évoqué ». Le Tribunal de Nuremberg

⁶³¹ Joe Verhoeven parle explicitement de « l'irruption de questions pénales dans le droit international » (VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 70).

⁶³² « Il (le droit international pénal) permet d'appréhender un crime imputable aux gouvernants et agents d'un Etat dans l'exercice du pouvoir souverain. Il est commis dans un domaine qui appartient au droit international public puisqu'il touche aux relations entre Etats » in ROULOT (J.-F.), « La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France, une répression nationale d'un crime international », *RSC* 1999, p. 545. Voir également VAURS-CHAUMETTE (A.L.), *Les sujets du droit international pénal, la définition de la personnalité juridique internationale à l'épreuve du droit international pénal*, Thèse de Doctorat, Université Paris X Nanterre, 2007, p. 16.

⁶³³ FERNANDEZ (J.) « L'expérience mitigée des tribunaux pénaux internationaux. Les limites de la justice pénale internationale », *AFRI* 2008, p. 223.

⁶³⁴ CURRAT (P.), *Les crimes contre l'humanité en droit international pénal dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle 2006, p. 23.

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 25.

« n'était plus qu'un souvenir sinon un accident »⁶³⁷ car « droit international et droit pénal se sont longtemps ignorés »⁶³⁸.

Selon Joe Verhoeven, « (l)a criminalisation de la vie sociale s'accroissant considérablement, de manière générale, il n'y a pas cependant à s'étonner que les Etats n'y échappent pas totalement, quitte à ce que la question ne soit habituellement abordée dans leurs relations mutuelles que d'une manière indirecte ou incidente »⁶³⁹. Cette incursion du droit pénal dans le domaine international est donc liée, selon cet auteur, à une vague plus large de pénalisation des rapports⁶⁴⁰.

Même si techniquement les crimes relevant du droit pénal international sont régis par des règles internationales, ils ne relèvent pas en substance de l'ordre juridique international. Le droit international public en dépit des évolutions récentes qu'il a pu subir, éprouve de grandes difficultés à intégrer le droit pénal international en son sein. Comme le constatent Ilias Bantekas et Susan Nash, « (w)hile it is true that one may discern certain criminal law elements in the science of international law, it is certainly not the totality of these elements that make up the discipline of ICL »⁶⁴¹. Robert Kolb confesse d'ailleurs avoir éprouvé des doutes lors de la rédaction de son manuel intitulé droit international pénal : « il m'a été nécessaire de vaincre certaines réticences, tant l'internationaliste ressent de doutes quant à sa mission et surtout à sa capacité de donner un traitement adéquat à une matière ressortissant au droit pénal »⁶⁴². Les réticences rencontrées par cet auteur sont tout à fait légitimes et n'auraient pas normalement dû être surmontées.

La nécessité pour les Etats de manifester leur souveraineté sur leur territoire s'oppose à un rattachement du droit pénal international au droit international public. Les Etats se doivent en effet d'exercer pleinement leur souveraineté afin que celle-ci ne soit pas contestée par d'autres entités souveraines. Les autorités étatiques doivent ainsi déployer leurs forces pour montrer qu'elles exercent pleinement leur souveraineté sur leur territoire. La maîtrise de l'ordre public par un Etat implique qu'il ait préalablement incriminé un certain nombre de comportements

⁶³⁷ MASSE (M.), « La place du droit pénal dans les relations internationales », *RSC* 2000, p. 125.

⁶³⁸ *Ibid.* p. 126.

⁶³⁹ VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 57.

⁶⁴⁰ *Ibid.* p. 70.

⁶⁴¹ BANTEKAS (I.), NASH (S.), *International Criminal Law*, Routledge-Cavendish, Londres, New-York, 2007, p. 1.

⁶⁴² KOLB (R.), *Droit international pénal*, Bâle : Helbing Lichtenhahn ; Bruxelles : Bruylant, 2008, avant-propos.

nuisibles à la société et qu'il ait les moyens de réprimer les infractions pénales commises sur son territoire. Le droit pénal permet à l'Etat de manifester aux autres membres de la communauté internationale sa puissance et sa maîtrise du territoire. Il a donc toujours été primordial pour un Etat de gérer l'ensemble des questions pénales. Certaines exceptions existent notamment en matière de piraterie en haute mer, mais elles s'expliquent par la spécificité de ce comportement et par la nécessité, surtout dans le passé, de coordonner les actions étatiques pour lutter contre ce phénomène.

Concernant le droit pénal international, la situation est tout à fait différente : en soi, les Etats n'ont pas besoin de coordonner leur action pour sanctionner les criminels de guerre ou les génocidaires. C'est toujours l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis ou l'Etat sous la bannière de laquelle le crime a été commis qui est le mieux à même de juger l'infraction. Ni la nature de ces crimes ni leur ampleur ne justifie que les Etats n'agissent de concert pour les réprimer. Ce ne sont donc pas des raisons techniques qui justifient que les Etats aient défini de manière commune certains crimes internationaux et mis en place quelques mécanismes répressifs.

C'est davantage le manque de volonté des Etats que leur incapacité à incriminer et à sanctionner ces crimes qui justifie ce phénomène. En s'engageant juridiquement par le biais de conventions, les Etats souhaitent favoriser une certaine dynamique répressive, en mettant si besoin, au ban de la société des Etats, celui qui ne respecterait pas les nouvelles règles. Ainsi, si techniquement, il n'est pas nécessaire pour incriminer et réprimer efficacement le crime de guerre, le crime contre l'humanité ou le crime de génocide de conclure des instruments internationaux, cette démarche permet en revanche indéniablement d'inciter les Etats à le faire.

Philippe Manin fournit une définition du droit international public tout à fait conforme à notre approche : « Constitue le droit international, l'ensemble des règles qui s'appliquent à des rapports internationaux et qui n'appartiennent pas à un système de droit national »⁶⁴³. En définissant le droit international public en opposition avec les règles appartenant à un système national, notre raisonnement peut en effet être validé. Le droit pénal, parce qu'il est très lié aux exigences des sociétés humaines, relève fondamentalement du droit interne. Ce lien

⁶⁴³ MANIN (P.), *Droit international public*, Les Cours de Droit, 1975, p. 7.

naturel et indispensable empêche une véritable insertion du droit pénal international dans l'ordre juridique international. Le droit pénal n'est pas inhérent à la société internationale mais aux sociétés humaines, c'est pourquoi divers mécanismes, notamment préventifs, ont été imaginés par les Etats pour contenir les normes pénales à l'intérieur des frontières étatiques.

b) Méfiance du droit international public à l'égard du droit pénal

La méfiance des Etats en tant que membres de la société internationale à l'égard du droit pénal se manifeste de plusieurs manières. De manière préventive, les Etats se sont dotés d'un système permettant d'éviter que leurs organes soient attirés devant une juridiction étrangère. Sur la scène purement internationale, ils ont constamment rejeté les tentatives visant à criminaliser le droit de la responsabilité étatique.

Les Etats sont « exemptés de la soumission à la compétence non plus seulement normative mais *opérationnelle* de l'Etat sur le territoire duquel elles agissent »⁶⁴⁴ ; ils ne peuvent être ni attirés devant, ni condamnés par une juridiction étrangère. Le principe de l'égalité souveraine s'y oppose en effet. Si une procédure est néanmoins engagée contre un Etat à l'étranger, celui-ci peut invoquer son immunité. Certaines exceptions à ce principe sont admises lorsque l'Etat agit en réalité en qualité de commerçant et non plus de souverain.

Les agents diplomatiques et consulaires ainsi que les chefs d'Etat et autres membres de gouvernement à l'étranger jouissent, en tant qu'organes de l'Etat, de prérogatives comparables. Ces personnes ne peuvent être soumises à une procédure judiciaire, qu'elle soit civile ou pénale, à l'étranger. Eviter que des organes de l'Etat fassent l'objet de poursuites lorsqu'ils demeurent ou se déplacent à l'étranger permet à la fois de protéger la souveraineté de l'Etat et de garantir une indépendance et une totale liberté de mouvement à ceux qui le représentent. Il s'agit de la justification première du régime des immunités. Mais ne pourrions-nous pas imaginer que derrière cette explication, s'y loge une seconde qui résiderait dans une méfiance du droit international public à l'égard du droit pénal ?

Même si les immunités ne concernent pas que les poursuites pénales, c'est particulièrement à leur égard qu'elles apparaissent le plus choquantes et qu'elles suscitent le plus de critiques.

⁶⁴⁴ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2002, p. 122.

Des criminels, sous prétexte de leur qualité officielle échapperaient ainsi à toute sanction pénale. Dans le cas des chefs d'Etat et des membres du gouvernement, les immunités internationales se couplent avec celles dont ils jouissent en vertu des règles internes⁶⁴⁵. Ainsi, si l'Etat de nationalité du chef d'Etat criminel ne peut le juger et qu'aucun autre Etat ne peut le faire (par exemple l'Etat sur le territoire duquel les crimes ont été commis), l'impunité est totale. La création de juridictions pénales internationales permet parfois de résoudre ce problème car l'argument de l'atteinte à la souveraineté étatique devient caduc.

La CIJ a eu l'occasion de se prononcer sur la licéité de l'adoption d'un mandat d'arrêt international par la Belgique à l'encontre de Mr Yérodi, le ministre des affaires étrangères de la République démocratique du Congo⁶⁴⁶, accusé d'être responsable d'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et de crime contre l'humanité. La CIJ a rappelé « qu'il est clairement établi en droit international que, de même que les agents diplomatiques et consulaires, certaines personnes occupant un rang élevé dans l'Etat, telles que le chef de l'Etat, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères, jouissent dans les autres Etats d'immunités de juridiction, tant civiles que pénales »⁶⁴⁷ et constate que « les fonctions d'un ministre des affaires étrangères sont telles que, pour toute la durée de sa charge, il bénéficie d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger »⁶⁴⁸. Dans la mesure où le principe de l'immunité ne faisait pas de doute, la Belgique a invoqué une exception à ce principe lorsque les personnes en question sont soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre ou un crime contre l'humanité.

La Cour refuse de faire droit à cette argumentation car la pratique des Etats ne va pas dans ce sens. Ils continuent en effet d'accorder aux chefs d'Etat et autres dignitaires étrangers leurs immunités quels que soient les crimes dont on soupçonne qu'ils soient responsables. Selon la Cour, la reconnaissance dans certains cas limités d'un principe de compétence universelle ne doit pas se faire au détriment des immunités étatiques.

Le droit des immunités est donc particulièrement vivace et révèle très clairement la méfiance des Etats vis-à-vis du droit pénal. Les instruments pénaux internationaux ne permettent pas,

⁶⁴⁵ En général, les agents diplomatiques et consulaires ne jouissent pas en droit interne d'immunités, ce qui permet, éventuellement de les juger pour les infractions commises à l'étranger.

⁶⁴⁶ CIJ, *Affaire relative au mandat d'arrêt international du 11 avril 2000*, République démocratique du Congo c. Belgique, 14/02/2002.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, § 51.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, § 54.

selon la CIJ, de constater l'existence d'une exception au principe de l'immunité en cas de crime international. La CIJ, si elle répertorie ces instruments internationaux, ne leur accorde pas un poids déterminant pour déterminer si une règle coutumière permet de faire exception au principe de l'immunité d'un ministre en exercice lorsque celui-ci est inculpé de crime de guerre et de crime contre l'humanité. Faut-il y voir un désaveu du droit pénal international par la CIJ ?

Le litige opposant la Belgique et la République démocratique du Congo concerne la possibilité pour une juridiction nationale de lever une immunité en cas de crime international et nous pouvons, à première vue, comprendre pourquoi la CIJ refuse d'utiliser ces instruments internationaux pour déterminer la réalité d'une exception qui devrait produire des effets uniquement devant des juridictions internes. Pourtant, une analyse plus approfondie de la question conduit à penser que l'*opinio juris* des Etats relativement à la poursuite des crimes internationaux et à l'éventuelle levée d'immunité qu'elle peut entraîner, peut s'exprimer sur la scène internationale, par le biais de la ratification d'une convention ou par l'adoption du Statut d'une juridiction pénale internationale par le Conseil de sécurité. Le juge international aurait donc, s'il l'avait souhaité, pu donner effet aux instruments pénaux internationaux précités. En effet, en l'absence de traité sur la question des immunités, les juges internes se trouvent souvent perplexes face à des règles difficilement appréhendables. Il est ainsi tout à fait normal qu'ils fassent preuve de prudence, d'autant plus qu'ils ne souhaitent pas interférer dans les relations que leur Etat entretient avec ses homologues étrangers. Pourquoi la CIJ s'en tient-elle à l'attitude des juridictions internes par nature prudentes vis-à-vis des règles coutumières ? Pourquoi ne pas avoir déduit des instruments internationaux une évolution de l'*opinio juris* des Etats ? La réponse ne réside certainement pas dans une prudence excessive de la CIJ mais bien dans une volonté inconsciente de ne pas donner effet aux instruments pénaux internationaux qui bien qu'ils trouvent naissance dans le droit international public ne s'y rattachent pas.

De surcroît, si l'on admet que le droit pénal ait bien fait son entrée dans le droit international public, comment appréhender l'absence de criminalisation du droit de la responsabilité étatique ? Il est en effet illogique de soutenir que le droit international public comprend des aspects répressifs sans en tirer aucune conséquence du point de vue des Etats. La tentative de

pénalisation du droit de la responsabilité internationale s'est soldée par un échec⁶⁴⁹ et permet d'écarter tout rattachement du droit pénal international au droit international public. La Commission du droit international⁶⁵⁰ avait en effet introduit en 1979 dans son projet sur la responsabilité étatique, une distinction entre les délits et les crimes internationaux. Les délits étaient constitués par la violation d'une obligation internationale bilatérale tandis que les crimes résultaient de la méconnaissance par un Etat d'une obligation que la communauté internationale dans son ensemble considère comme essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts fondamentaux⁶⁵¹. Les conséquences attachées à la commission d'un crime étaient plus importantes qu'en cas de délit.

Cette distinction ne fut finalement pas retenue dès lors qu'elle modifiait la nature de la responsabilité interétatique qui devenait au moins en partie, pénale. La notion de crime international ne figure plus dans la dernière version du texte et seul un court chapitre traite des violations graves ce qui limite aujourd'hui les risques de confusion entre les deux notions. La notion de crime d'Etat n'a donc pas trouvé à s'implanter dans le droit international. Dans l'affaire du génocide qui a opposé la Bosnie-Herzégovine à la Serbie Monténégro⁶⁵², la Cour internationale de Justice s'en tient au strict droit de la responsabilité étatique et refuse d'établir une responsabilité internationale pénale de l'Etat⁶⁵³. Si la Cour envisage la possibilité d'imputer des actes de génocide à un Etat, elle ne modifie aucunement les critères traditionnels relatifs à la responsabilité internationale de l'Etat.

L'attitude consistant à relever les lacunes du droit international en matière pénale repose par conséquent sur une erreur. Le droit international public n'est pas lacunaire car il ne se rapporte pas à cette matière. Une lacune en tant qu'espace vide dans l'étendue d'une chose est synonyme de manque, d'imperfection ou encore de carence. Or, le fait que le droit international public ne règle pas les problématiques pénales ne peut être perçu comme une insuffisance. Cette absence résulte d'un choix assumé de la part des Etats en tant que

⁶⁴⁹ « Dans l'état actuel de la société internationale, il est impossible d'assimiler l'Etat à l'individu et de lui infliger une responsabilité pénale » in FRIKHA (I.), « Aux confins des contradictions : la justice pénale internationale », *Harmonie et contradictions en droit international, Colloque de Tunis, 1996*, Pedone, 1996, p. 240.

⁶⁵⁰ Ci-après CDI.

⁶⁵¹ Article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats

⁶⁵² CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie Monténégro), arrêt du 26/02/2007.

⁶⁵³ DUPUY (P.-M.), « Crime sans châtement ou mission accomplie? », *RGDIP* 2007, p. 256.

producteurs du droit international public. Ce droit est en effet composé selon le bon vouloir des Etats qui en sont les utilisateurs principaux.

L'ordre juridique international semble en conséquence peu apte à accueillir en son sein des normes pénales. Le droit international n'est, au demeurant, que d'une faible efficacité lorsqu'il s'agit de réglementer des comportements de nature individuelle.

B. INEFFICACITE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC A REGIR LES RELATIONS INTER-INDIVIDUELLES

Les techniques juridiques mises à la disposition des Etats pour produire des règles juridiques constituent les instruments juridiques les plus élevés dans la hiérarchie des actes juridiques. Plus qu'un contrat ou qu'une loi, un traité international est un instrument de nature globale qui revêt un aspect solennel très important. Le caractère global du traité se trouve par ailleurs renforcé s'il s'agit d'un traité multilatéral.

Les procédures internationales revêtent une certaine lourdeur qui se trouve souvent amplifiée par la nécessité pour les autorités exécutives d'obtenir des autorisations parlementaires⁶⁵⁴. Pour l'ensemble de ces raisons, nous considérons que la conclusion d'un traité international n'est pas le moyen le plus approprié pour réglementer la conduite des personnes physiques. Comme nous l'avons constaté plus haut, les autorités internes se trouvent en première ligne en ce qui concerne l'édiction des normes qui concernent les individus. La conclusion d'un traité international pour aménager la conduite de personnes physiques semble disproportionnée et nous verrons dans la section suivante que l'instrument adopté se révélera bien souvent inefficace pour cette raison. En effet, pour qu'une norme jouisse d'une efficacité, il ne faut pas qu'il y ait un espace trop important entre les autorités qui édictent la norme et les personnes qui y seront effectivement soumises.

Il est nécessaire qu'il existe une certaine proximité entre l'autorité qui édicte la norme et le destinataire de cette norme. Les règles qui concernent le comportement qu'un individu doit adopter envers un autre – ne pas torturer, ne pas tuer, ne pas violer, etc. – ne doivent pas être édictées de trop « haut » ou par un instrument qui pourra sembler trop sophistiqué. Les crimes

⁶⁵⁴ Voir notamment l'article 53 de la Constitution française.

de masse bien qu'ils choquent la conscience universelle ne doivent donc pas nécessairement faire l'objet d'une prohibition à l'échelle internationale car ils sont concrètement violés par des individus soumis aux lois d'un Etat.

Selon Michel Virally, le droit interne des organisations internationales constitue bien un droit international authentique en opposition avec le droit européen « auquel les simples particuliers sont immédiatement soumis, exactement comme s'il s'agissait de dispositions de droit étatique interne »⁶⁵⁵. Le fait que des normes produites au niveau international atteignent directement des particuliers fait douter le Professeur Virally de leur caractère de droit international authentique. Le droit international public n'est par conséquent pas apte à régler les problématiques purement interindividuelles, qu'elles soient d'ailleurs de nature pénale ou non.

De nombreux acteurs internationaux au premier rang desquels figurent les organisations non gouvernementales sont porteurs de confusion dans ce domaine. Les ONG ont en effet tendance à encenser l'adoption d'une convention internationale et à considérer qu'un tel instrument constitue une voie de droit imparable qui liera les Etats. Pourtant, s'il existe un déficit de proximité entre l'autorité qui édicte la norme – plusieurs Etats ou la société internationale – et son destinataire – un individu –, l'accord international a toutes les chances de rester lettre morte. A titre d'exemple, Amnesty International milite actuellement pour la signature d'une convention relative au trafic des armes légères⁶⁵⁶. Amnesty International tente donc d'insuffler dans le domaine du droit international public des questions qui revêtent une profonde dimension individuelle. Ce type de problématique ne nécessite pas normalement la conclusion d'une convention internationale⁶⁵⁷. La campagne menée par Amnesty international vise à contrôler le trafic d'armes de petit calibre grâce à un instrument international. La disproportion entre l'objectif à atteindre et le moyen utilisé pour ce faire est choquante. C'est d'ailleurs parce que les autorités intermédiaires qui seraient réellement efficaces ne souhaitent pas limiter ce trafic que les ONG cherchent à utiliser le canal du droit international public

⁶⁵⁵ VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir, Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, p. 22, note de bas de page n° 12.

⁶⁵⁶ Voir campagne *Control Arms*.

⁶⁵⁷ Ce type de trafic doit être clairement distingué de la question du désarmement ou de la non prolifération des armes nucléaires qui revêtent quant à elles, un aspect purement international, même si selon Amnesty international les armes légères font plus de victimes que les armes conventionnelles en entretenant de nombreux conflits.

pour arriver à leurs fins. Les ONG encensent donc les techniques internationales, comme si le droit international était à même de mettre fin aux injustices dont le monde est le théâtre permanent. Est-ce réellement l'objet du droit international public ? De plus, est-il apte techniquement à réaliser de tels objectifs ? Il est tout à fait possible d'en douter.

Penser que l'adoption d'une convention internationale permettra de lutter efficacement contre le trafic d'armes légères est un leurre. Comment le droit international public pourrait-il réussir là où les systèmes nationaux échouent ? Tous les problèmes ne sont pas liés à un manque de volonté politique que seul le droit international pourrait juguler. Ce projet de convention contribue à véhiculer une image erronée du droit international public. Celui-ci n'est pas adapté pour réglementer le comportement des individus mais il peut, en revanche, servir de stimulant pour inciter les Etats à prohiber certains types de comportements.

Il pourrait être opposé à notre thèse que le droit de l'Union européenne est également élaboré à un stade interétatique mais qu'il concerne bien, au moins en partie, le comportement des individus en tant qu'agents économiques. Certaines différences entre le droit européen et le droit pénal international sont pourtant frappantes. En premier lieu, les normes de droit européen et de droit pénal international n'ont pas la même portée puisque dans le premier cas, elle est régionale et dans le second, universelle. Lorsqu'il s'agit d'imposer des règles de droit à des individus, on ne peut pas ignorer le cadre dans lequel elles ont été élaborées. D'ailleurs, les instances européennes commencent elles aussi à produire des normes pénales sans que cela ne soit choquant. En effet, il est important qu'il existe une certaine proximité entre l'autorité qui édicte une norme pénale et son destinataire. Cette proximité est un gage d'efficacité de la règle. Dans le cadre européen, même s'il n'existe pas de réelle proximité entre l'auteur de la norme et son destinataire final, certains mécanismes évitent toutefois qu'une distance trop importante ne se creuse. Tout d'abord, l'existence d'un Parlement européen composé d'élus des différents Etats concourant à la formation des normes européennes apporte une véritable légitimité à la norme pénale. De plus, des consultations référendaires assez fréquentes permettent aux populations de se prononcer sur les diverses mutations de la Communauté. En réalité, le droit européen apparaît aujourd'hui davantage comme du droit fédéral que comme du droit international pur. Ces différences expliquent que le caractère interindividuel des normes européennes ne remette pas en cause l'inaptitude du droit international public à régir les relations interindividuelles de nature pénale.

Le droit pénal international qui régleme des situations interindividuelles ne peut pas être rattaché au droit international public que de manière superficielle ou purement technique. Cette approche ne vise pas à discréditer les normes créées en vertu de ce processus mais elle permet, en revanche, d'expliquer les particularités et les faiblesses de ce corps de droit.

Malgré tout, certaines conventions internationales à caractère pénal ont vu le jour. L'attitude des Etats à leur égard trahit pourtant leur grande méfiance vis-à-vis du droit pénal. L'impuissance du droit international public à régleme les relations interindividuelles se trouve alors confirmée par le refus des Etats de se dessaisir de la question pénale.

SECTION II: OBSTACLES A LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT PENAL INTERNATIONAL

Les Etats, en tant qu'organes producteurs du droit international public, sont extrêmement méfiants vis-à-vis des conventions qui pourraient perturber le fonctionnement « normal » des relations internationales. La résistance des Etats se manifeste, dans un premier temps, à l'égard des conventions internationales à connotation pénale (§ 1), avant d'entraver la répression des violations du droit pénal international menée par les juridictions internationales (§ 2).

§1. Résistance des Etats à l'égard des conventions à connotation pénale

La résistance des Etats à l'égard d'une pénalisation du droit international public prend deux formes. D'une part, les Etats formulent de manière lacunaire les conventions à connotation pénale, conservant ainsi la prérogative de criminaliser les comportements identifiés comme illégaux par ces instruments (A). D'autre part, les Etats n'intègrent pas correctement leur contenu en droit interne, les privant ainsi de toute efficacité (B).

A. FORMULATION MINIMALE DES CONVENTIONS

Les Etats n'ont pas conçu les Conventions de Genève de 1949 comme des instruments pénaux. La Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, qui revêt bien un aspect pénal est quant à elle inapplicable en l'état, les Etats devant prendre de nombreux actes internes pour la mettre en œuvre.

a) Les Conventions de Genève de 1949

Les conventions du droit international humanitaire dont les violations sont réprimées quotidiennement par les TPI n'ont pas, à l'origine, été conçues comme des instruments de nature pénale. Mario Bettati rappelle en effet qu'à l'origine, « l'idée de poursuivre les auteurs de ces violations n'avait pas beaucoup préoccupé les auteurs des traités de droit humanitaire » car ils pensaient « qu'en raison de la noblesse du contenu de ces textes, de leur élévation particulière, ils devaient se suffire à eux-mêmes, que la conscience universelle devait en assurer l'application et le respect »⁶⁵⁸. Françoise Bouchet-Saulnier ajoute que plutôt qu'un outil de punition des coupables, le droit humanitaire est un « outil permettant d'agir au milieu de la violence pour limiter les effets de celle-ci », de fait, il « ne déploie pas sa force dans les plaidoiries des prétoires, mais dans les actions de secours sur les terrains de conflit »⁶⁵⁹.

Comme le remarquent les Professeurs Abi-Saab : « (u)n des arguments décisifs avancés en 1949 en faveur de l'utilisation du terme « infractions graves », plutôt que celui de « crime de guerre », dans les Conventions de Genève, était que ces Conventions n'avaient pas pour fonction de servir de code pénal, laissant entendre par là que l'article énumérant ces actes avait exclusivement pour fonction de désigner les violations des Conventions qui entraîneraient les effets spéciaux attachés à cette catégorie (c'est-à-dire identifier ce que nous avons appelé la « règle secondaire »), tout en laissant la définition des crimes au droit interne des Etats parties »⁶⁶⁰.

Il faut d'ailleurs noter que bien que le droit international humanitaire tente d'imposer

⁶⁵⁸ BETTATI (M.) « La coutume et la lutte contre l'impunité : principe et pratique », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 203

⁶⁵⁹ BOUCHET-SAULNIER (F.), « Débats », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 251.

⁶⁶⁰ ABI-SAAB (G.), ABI-SAAB (R.), « Les crimes de guerre », *Droit international pénal*, Pedone, 2000, p. 283.

quelques règles protectrices lors des conflits, la survenance d'une guerre brise les interdits fondamentaux du droit pénal. En temps de guerre, des combattants ont le droit – voire même l'obligation – de tuer les combattants ennemis. On comprend donc assez vite que les principes fondamentaux du droit pénal sont fortement mis à mal par la survenance d'une guerre. Si le droit international humanitaire tend à limiter les effets de la violence guerrière, ce corps de règles s'inscrit tout de même dans un contexte peu favorable à l'application du droit pénal. En effet, même si le droit international humanitaire protège certaines catégories de personnes, il valide indirectement bon nombre d'actes qui, en droit interne, seraient qualifiés d'homicides volontaires. Les Etats n'ont donc logiquement pas voulu introduire de connotation pénale au sein de ce corps de règles largement en contradiction avec les principes pénaux les plus fondamentaux.

Le droit international humanitaire dérive du droit de la guerre⁶⁶¹ lui-même né « de la confrontation entre forces armées sur le champ de bataille »⁶⁶². Sur un champ de bataille, l'interdit pénal fondateur – l'interdiction de tuer – ne trouve pas à s'appliquer et même si le droit international humanitaire cherche à limiter l'usage de la force armée, il ne remet pas en cause ce principe. Sur cette base, il était donc impossible d'implanter durablement des interdits pénaux équivalents ou de degré inférieur – ne pas tuer de civils ou ne pas porter atteinte à l'intégrité corporelle – dans le corps du droit international humanitaire. En effet, la guerre est et restera toujours « criminogène »⁶⁶³ et elle est, en ce sens, soustraite à de nombreuses interdictions pénales qu'il n'appartient pas au droit international humanitaire de rétablir. Comme le remarque très justement Eric David, le droit de la guerre « c'est le droit de tuer, le droit de blesser, le droit de priver de liberté, le droit d'endommager des biens », c'est donc un droit qui « implicitement admet toute une série de faits qui en temps « normal », en temps de paix, seraient autant d'infractions pénales »⁶⁶⁴. La guerre agit alors comme « une sorte de cause, de justification sur le plan juridique, qui fait que tuer certaines personnes, les blesser, les capturer, ne sont pas des infractions pénales si ces actions sont commises dans le

⁶⁶¹ « Le droit humanitaire, dans sa forme actuelle, trouve ses origines immédiates dans le mouvement de codification des usages et coutumes de la guerre » in ABI-SAAB (R.), *Droit humanitaire et conflits internes : origines et évolution de la réglementation internationale*, Institut Henry-DUNANT, Pedone, 1986, p. 15. La guerre implique des homicides et des violences volontaires et même si le droit international humanitaire cherche à limiter certains méfaits de la guerre, il ne remet pas en cause la violence qu'il considère comme acceptable.

⁶⁶² HENCKAERTS (J.-M.), DOSWALD-BECK (L.), *Droit international humanitaire coutumier. Volume 1 : Règles*, Bruylant 2006, Préface d'Yves Sandoz, p. XXIII.

⁶⁶³ BUIRETTE (P.), LAGRANGE (P.), *Le droit international humanitaire*, Editions La Découverte, Paris, 2008, p. 112.

⁶⁶⁴ DAVID (E.), « Débats », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 236.

respect de ce droit »⁶⁶⁵. Toujours pour Eric David, le droit des conflits armés est avant tout « le droit de l'horreur »⁶⁶⁶. Comment dès lors imaginer que le droit international humanitaire formule des interdictions de nature pénale ?

Dans la mesure où le droit international humanitaire « cherche à faire coexister les intérêts des victimes avec ceux des belligérants »⁶⁶⁷, il se trouve dans l'impossibilité de dégager des interdictions pénales claires et non équivoques. La persistance du droit international humanitaire après l'adoption de la Charte des Nations Unies révèle la profonde ambiguïté de ce corps de droit en raison du caractère désormais illicite du recours à la force.

Ainsi, si la nécessité de protéger les victimes de la guerre est bien à la base de la formulation des Conventions de Genève, elles n'ont jamais été conçues comme des instruments de nature pénale et ne comprennent, par conséquent, pas de sanctions pénales. Comme le remarquent Patricia Buirette et Philippe Lagrange : « (l)e droit international humanitaire a toujours eu pour objectif de protéger les victimes plutôt que de punir les coupables »⁶⁶⁸.

Selon les articles 49 de la Convention de Genève I, l'article 50 de la Convention de Genève II, l'article 129 de la Convention de Genève III et l'article 146 de la Convention de Genève IV : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention définies à l'article suivant ». Les Conventions laissent donc aux Etats la tâche de fixer des sanctions pénales pour réprimer leurs violations éventuelles. Les Etats ont également l'obligation de rechercher les criminels de guerre et de les juger devant leurs propres tribunaux, sans tenir compte de leur nationalité. Autrement dit, les Etats doivent pouvoir poursuivre sur la base de leur code pénal rénové des individus qui ne relèvent pas normalement de leur compétence, en vertu du mécanisme de la compétence universelle.

Les Conventions de Genève qui délèguent aux Etats la charge de pénaliser la violation de leurs dispositions, se bornent à établir quelques mécanismes de contrôle. Les Conventions

⁶⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶⁶ DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 30.

⁶⁶⁷ HAROUEL – BURELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 494.

⁶⁶⁸ BUIRETTE (P.), LAGRANGE (P.), *Le droit international humanitaire*, Editions La Découverte, Paris, 2008, p. 104.

prévoient en effet, l'instauration d'une puissance protectrice qui pourra être, un Etat tiers ou un organisme tel que le CICR. Cette puissance contrôle le respect par les parties au conflit des quatre conventions. Des procédures d'enquête peuvent également être ouvertes en cas de violation du droit international humanitaire. Le Protocole I aux Conventions de Genève établit même une Commission internationale d'établissement des faits⁶⁶⁹. Ces mécanismes qui sollicitent l'intervention d'Etats tiers soulignent le caractère profondément non pénal des Conventions de Genève. Tous les aspects liés à la répression pénale individuelle sont donc délégués aux Etats, qui gardent ainsi leurs prérogatives en matière pénale. Même si les Conventions de Genève de 1949 identifient des violations graves, elles ne prévoient pas de mécanismes internationaux de mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle. Les Protocoles additionnels de 1977 se situent dans l'exacte lignée des Conventions de 1949 et ne possèdent pas non plus de dispositions à caractère pénal.

Véronique Harouel-Bureloup considère que « le Conseil de sécurité des Nations Unies complète le droit de Genève en assurant le principe de la répression internationale des crimes de guerre s'étant déroulés en ex-Yougoslavie et au Rwanda »⁶⁷⁰. C'est bien reconnaître *a contrario* que le droit de Genève ne comportait pas, en lui-même, de dimension pénale ou répressive.

La Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, si elle revêt un aspect plus pénal n'est pourtant pas susceptible d'être appliquée en l'état.

b) La Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide

Les conventions du droit pénal international définissent des incriminations tout en laissant aux Etats le choix de leur attribuer des peines effectives.

Selon la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, les parties contractantes s'engagent à prévenir et à punir ce crime et à « prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes

⁶⁶⁹ Voir article 90 du Protocole additionnel I.

⁶⁷⁰ HAROUEL – BURELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, p. 474.

énumérés à l'article 3 »⁶⁷¹. La Convention est ainsi intentionnellement incomplète afin de préserver les compétences étatiques dans ce domaine. La Convention ne peut servir, en l'état, de base à une quelconque condamnation pénale : les Etats doivent adopter des sanctions pénales efficaces.

Son article 2 définit le crime de génocide et si nous le comparons avec l'article 211-1 du code pénal français, il ne ressort pas que ces définitions soient si différentes. En effet, selon l'article 2 de la Convention :

« Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe ;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe ;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle ;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe ;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe ».

L'article 211-1 du code pénal français est quant à lui rédigé comme suit :

« Constitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants :

- atteinte volontaire à la vie ;
- atteinte grave à l'intégrité physique ou psychique ;
- soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe ;
- mesures visant à entraver les naissances ;
- transfert forcé d'enfants.

Le génocide est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables au

⁶⁷¹ Article 5 de la Convention.

crime prévu par le présent article ».

Le droit français ne définit donc pas plus dans le détail le crime de génocide que la Convention elle-même. Les degrés de précision sont équivalents. De plus, les articles 3 et 4 la Convention de 1948 apportent également des précisions juridiques importantes. L'apport normatif réel de l'article 211-1 du code pénal français concerne la détermination d'une peine appropriée à la commission du crime de génocide, à savoir la réclusion criminelle à perpétuité. La menace concrète d'une peine est en effet indispensable pour constater l'existence d'une incrimination pénale.

Les Etats n'ont donc pas souhaité enrichir le droit international public de sanctions pénales. D'ailleurs, lors de la création des juridictions pénales internationales, le Conseil de sécurité a dû leur imposer, pour mener à bien leur tâche, de recourir aux solutions nationales. Selon l'article 24 du Statut du TPIY, la Chambre de première instance a recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie tandis que l'article 23 du Statut du TPIR prévoit que ce dernier recourra à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda. Les deux statuts imposent à la Chambre de tenir compte de la gravité de l'infraction et de la situation personnelle de l'accusé. Enfin, outre l'emprisonnement du condamné, les Chambres peuvent ordonner la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources acquis par des moyens illicites, y compris par la contrainte. C'est bien l'inexistence de sanctions pénales à l'échelle internationale qui justifie que les juges internationaux recourent aux sanctions usitées en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Les importantes fluctuations dans le prononcé des peines⁶⁷² sont une conséquence de l'absence de règle internationale en la matière.

Les Etats qui s'étaient engagés en 1948 ou en 1949 à modifier leurs législations pour incriminer le crime de guerre ou le génocide pour donner une réelle portée aux conventions précitées n'ont pas procédé à une intégration satisfaisante des dispositions internationales en droit interne.

B. MAUVAISE INTÉGRATION DES CONVENTIONS EN DROIT INTERNE

⁶⁷² SCALIA (D.), « Constat sur le respect du principe *nulla poena sine lege* par les Tribunaux pénaux internationaux », *Revue internationale de droit comparé* 2006, p. 185-209.

Les conventions qui servent actuellement de base au travail répressif effectué par les juridictions pénales internationales ne font pas l'objet d'une intégration satisfaisante en droit interne, laissant ainsi de nombreuses dispositions conventionnelles, lettre morte.

a) Nécessité d'introduire le droit international en droit interne

Avant de procéder à une analyse plus poussée des réticences étatiques à l'égard du droit pénal international, il convient de rappeler les mécanismes d'introduction du droit international public en droit interne. La mise en œuvre des normes internationales requiert des mesures d'application interne. Ces mesures doivent faire l'objet d'une attention particulière lorsque des prescriptions pénales sont en cause.

Pour être efficace, le droit international public doit être appliqué par les Etats. En effet, comme le note le Professeur Dupuy, « (t)out système de droit n'est efficace que s'il permet l'application effective des normes établies par l'ordre juridique qui l'organise »⁶⁷³. Le droit international public est profondément interétatique et il s'adresse principalement aux Etats qui sont à la fois ses créateurs et ses destinataires. Quoi de plus normal par conséquent à ce qu'ils jouent un rôle considérable dans son application ?

Le droit international public est fait par et pour les Etats. Ce sont donc à eux qu'il appartient de le mettre en œuvre. Pour se conformer au droit international public, l'Etat doit s'en remettre aux opérateurs juridiques et en particulier à ses organes⁶⁷⁴ : l'Etat, grâce à ses autorités exécutives, législatives et judiciaires, peut ainsi mettre en œuvre les dispositions internationales. Au-delà de la ratification d'un traité, l'Etat doit ensuite adopter des mesures internes visant à lui conférer un effet juridique. Il n'existe pas à l'heure actuelle d'agent d'exécution du droit international qui ne soit pas étatique⁶⁷⁵. Même le Conseil de sécurité des Nations Unies qui jouit pourtant d'un fort pouvoir coercitif ne peut agir sans l'intermédiaire des Etats.

Ces observations sont particulièrement renforcées lorsque la norme internationale vise les particuliers, ce qui est le cas des normes pénales internationales. A cette occasion,

⁶⁷³ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 2006, p. 411.

⁶⁷⁴ CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 294.

⁶⁷⁵ « La société internationale interétatique n'a pas à sa disposition d'organes analogues » in DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 2006, p. 411.

l'intervention étatique devient indispensable. Toutefois, nous constatons que le droit pénal international n'est pas réellement parvenu à entrer dans les ordres juridiques nationaux.

L'application du droit international en droit interne renvoie à deux schémas théoriques possibles, le monisme ou le dualisme⁶⁷⁶.

Ces deux théories ont été élaborées assez récemment et correspondent au développement des traités d'amitié, de commerce, de navigation ou encore d'extradition qui impliquent des modifications plus ou moins importantes des droits nationaux⁶⁷⁷. Selon Charles Rousseau, ces deux théories sont liées à la conception que l'on a du droit international ; les volontaristes se tourneront vers le dualisme et les objectivistes, vers le monisme⁶⁷⁸.

Le monisme est une doctrine qui affirme l'unicité de la notion d'ordre juridique⁶⁷⁹ et qui implique qu'un traité international, s'il respecte les procédures internes prévues pour l'engagement au niveau international, entre directement dans l'ordre juridique interne et puisse dès lors être éventuellement invoqué par les particuliers.

La théorie dualiste postule en revanche l'indépendance des ordres juridiques interne et international « de telle sorte que les règles de chacun d'eux dépendent de conditions de validité spécifiques et s'appliquent à des sujets comme à des situations juridiques différents »⁶⁸⁰. Benedetto Conforti considère à ce titre que le droit international ne doit pas être appliqué à tout prix et que le droit interne doit pouvoir défendre certaines valeurs faisant partie du droit constitutionnel, même s'il faut sacrifier à ce titre l'application du droit international⁶⁸¹. Il va de soi qu'un tel système n'est pas propice au développement du droit international ou tout du moins à sa mise en œuvre effective.

Toutefois, des mécanismes permettant de faire entrer le droit international dans les ordres

⁶⁷⁶ « Una delle questioni che maggiormente sembrano aver preoccupato la dottrina internazionalista a partire della fine del secolo scorso è quella dei rapporti tra diritto internazionale e diritto nazionale o interno » in TREVES (T.), *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Giuffrè Editore, Milan, 2005, p. 645.

⁶⁷⁷ *Ibid.* p. 646.

⁶⁷⁸ ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 1987, p. 3.

⁶⁷⁹ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 713.

⁶⁸⁰ COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2006, p. 181.

⁶⁸¹ « Non si può sostenere che il diritto internazionale debba essere applicato ad ogni costo all'interno dello Stato ; il diritto interno deve poter difendere certi valori, sanciti a livello costituzionale, anche sacrificando ad essi, se è il caso, l'applicazione del diritto internazionale » in CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 294-295.

juridiques internes existent. Ces procédures visent à « nationaliser » le droit international selon l'expression du Professeur Combacau. Tous les Etats ne règlent pas la question de l'application du droit international dans l'ordre juridique interne de la même manière⁶⁸².

Comme le remarque Claudia Sciotti-Lam, « les théories du dualisme et du monisme n'ont que peu de choses à voir avec les notions d'Etat dualiste ou moniste, même si ces dernières s'en inspirent indéniablement »⁶⁸³. Dans cette optique, sont monistes les Etats qui appliquent immédiatement les traités en droit interne sans qu'il soit nécessaire de procéder à un acte de transposition ou d'incorporation et dualistes, les Etats qui imposent le respect de ces formalités.

En France, en vertu de l'article 55 de la Constitution, « (l)es traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». C'est par conséquent la publication qui fait entrer dans l'ordre juridique interne français, le droit international. En Italie, aucun mécanisme général comparable à l'article 55 de la Constitution française n'existe⁶⁸⁴. Il existe en revanche un dispositif appelé « ordine di esecuzione » qui, prenant la forme d'un acte législatif, donne pleine et entière exécution aux dispositions du traité.

En France, la publication est régie par le décret du 14 mars 1953 révisé par le décret du 11 avril 1986 ; elle n'est obligatoire que pour les traités affectant les droits et obligations des particuliers. C'est d'elle que dépend l'applicabilité juridictionnelle des normes internationales. Ce mécanisme apparaît ainsi comme fondamental pour doter le droit international d'un caractère effectif. Le Président de la République publie les traités et accords engageant la France au Journal Officiel mais il ne le fait pas toujours de manière systématique, si bien que certains traités jamais publiés, se trouvent privés d'application.

Il va de soi qu'une telle attitude engage la responsabilité internationale de la France. Un traité, s'il a besoin d'être ratifié selon le décret de 1953, est un traité qui affecte d'une manière ou

⁶⁸² Pour Benedetto Conforti, ces questions ne sont peut-être pas formellement réglées par les Etats de la même manière mais substantiellement, les solutions sont communes à quasiment tous les Etats (voir CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, p. 294).

⁶⁸³ SCIOTTI-LAM (C.), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 115.

⁶⁸⁴ Sauf en ce qui concerne la coutume internationale, voir article 10 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947: « L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute ».

d'une autre les droits et obligations des particuliers. Or, si ces derniers ne peuvent pas l'invoquer, il y a fort à parier que l'obligation internationale ne sera pas respectée.

Les débats théoriques évoqués plus haut perdent pourtant de leur pertinence⁶⁸⁵ lorsque l'on se rend compte qu'un même Etat peut être moniste à l'égard de certains traités et dualiste à l'égard d'autres. Ce phénomène est particulièrement visible en ce qui concerne les Etats membres de l'Union européenne qui, quelle que soit leur attitude vis-à-vis de l'introduction des traités dans leurs ordres juridiques internes, doivent doter le traité communautaire d'un statut moniste⁶⁸⁶.

Les Etats ont profité de la séparation des ordres juridiques international et internes et de la complexité des mécanismes d'introduction du droit international en droit interne pour ne pas se conformer avec les engagements internationaux qu'ils avaient pris et pour laisser de nombreuses dispositions conventionnelles, lettre morte.

b) Des dispositions conventionnelles restées sans effet

En dépit de ratifications très larges, les conventions du droit pénal international restent souvent inappliquées en droit interne. Ces conventions font pourtant peser sur les Etats une obligation d'adaptation de leurs législations nationales. Des notions utilisées quotidiennement par les juridictions pénales internationales telles que le crime de guerre, ne font pas l'objet d'une application satisfaisante en droit interne.

De nombreux Etats, bien que parties aux Conventions de Genève, ne connaissent pas l'incrimination de crime de guerre. La France compte parmi ces Etats. Il en va de même pour l'Egypte qui est partie à la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide ainsi qu'aux Conventions de Genève de 1949 sans qu'aucun texte de droit ne définisse ni n'incrimine ces crimes⁶⁸⁷. Même si l'Egypte embrasse le système moniste, « la

⁶⁸⁵ « Va infine sottolineata l'irrelevanza, ai fini della soluzione pratica dei problemi di adattamento, di certe posizioni teoriche : ci riferiamo alle dispute tra monisti et dualisti (...) Si adotti l'uno o l'altro punto di vista, la sostanza non muta : cio che è importante è descrivere come in un dato ordinamento statale le varie categorie di norme internazionali vengano applicate e coordinate con quelle interne » in CONFORTI (B.), p. 295.

⁶⁸⁶ SCIOTTI-LAM (C.), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 122.

⁶⁸⁷ ABDELGAWAD (W.), « Droit égyptien », *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, Paris, 2002, p. 371.

jurisprudence n'a jamais admis l'applicabilité directe des conventions internationales *en matière pénale* contrairement à d'autres domaines »⁶⁸⁸, ce qui écarte définitivement toute possibilité de poursuite pour les chefs spécifiques de crime de guerre ou de génocide devant les juridictions égyptiennes.

Ce n'est pas parce qu'un Etat ne dispose pas de telles incriminations dans son arsenal juridique que les personnes responsables de tels crimes ne pourront pas être jugées. Simplement, ils le seront sur la base des incriminations pénales classiques : meurtre, viol, etc. Comme le remarque Laura A. Dickinson, « (t)he difficulty with such « ordinary law » charges is that while they may be more familiar to local actors, they do not capture the complexity or magnitude of the atrocities committed, thereby minimizing the wrongs suffered »⁶⁸⁹.

L'Egypte et la France ne sont pas des cas isolés, l'Iran et l'Allemagne n'ayant pas non plus intégré dans leurs droits pénaux des infractions qu'ils ont pourtant reconnues comme inacceptables sur la scène internationale. D'autres Etats tels que la Belgique ont attendu une quarantaine d'années pour le faire, ce qui n'est pas réellement plus compréhensible.

Comme le constate Antonio Cassese, « force est de constater que, pendant presque 40 ans, les dispositions pénales des quatre Conventions concernant les « infractions graves » *n'ont pas été appliquées* (souligné dans le texte) »⁶⁹⁰, elles sont donc restées lettre morte.

Bien que la France ait ratifié les Conventions de Genève de 1949, son code pénal ne contient aucune référence au crime de guerre. Le spectre de la guerre d'Algérie plane en effet toujours sur les autorités françaises. L'attitude très réservée de la France vis-à-vis de la notion de crime de guerre s'est manifestée plus récemment lors de la rédaction du Statut de la Cour pénale internationale. Cette institution a bien évidemment en vertu de l'article 8 de son Statut compétence pour poursuivre les personnes responsables de crimes de guerre. Un traité instituant une Cour pénale internationale ne fait pas partie des traités auxquels les Etats peuvent apporter des réserves. Il était également impossible pour la France, qui a contribué de manière importante à la création de cette Cour, de ne pas ratifier le Statut de Rome. Un compromis a été trouvé et s'est matérialisé par l'adoption à l'article 124 du Statut d'une

⁶⁸⁸ *Ibid.* p. 381.

⁶⁸⁹ DICKINSON (L.), « The Promise of Hybrid Courts », *AJIL* 2003, p. 305.

⁶⁹⁰ CASSESE (A.), « Présentation de la IIIème partie », *Droit international pénal*, Pedone, 2000, p. 626.

« disposition transitoire » dont voici le texte : « Nonobstant les dispositions de l'article 12, paragraphes 1 et 2, un État qui devient partie au présent Statut peut déclarer que, pour une période de sept ans à partir de l'entrée en vigueur du Statut à son égard, il n'accepte pas la compétence de la Cour en ce qui concerne la catégorie de crimes visée à l'article 8 lorsqu'il est allégué qu'un crime a été commis sur son territoire ou par ses ressortissants. Il peut à tout moment retirer cette déclaration. Les dispositions du présent article seront réexaminées à la conférence de révision convoquée conformément à l'article 123, paragraphe 1 ».

La France qui a bien évidemment utilisé la possibilité offerte par cet article dont elle a été l'instigatrice. Le Statut de la CPI étant entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, aucun français ne pourra être jugé par la Cour pénale internationale pour crime de guerre, jusqu'au 1^{er} juillet 2009. La CPI ne pourra pas non plus exercer sa compétence à l'égard d'un crime de guerre commis en France dans ce délai. Il s'agit donc d'une clause d'*opting-out*. La France craignait notamment que des « plaintes sans fondement et teintées d'arrière-pensées politiques » puissent être « dirigées contre les personnels de pays, qui, comme le nôtre, sont engagés sur des théâtres extérieurs, notamment dans le cadre des opérations de maintien de la paix »⁶⁹¹ en raison du caractère isolé que peut revêtir la notion de crime de guerre. Cette disposition a été vivement critiquée dans la mesure où elle crée une « justice internationale à la carte »⁶⁹².

Le TPIY semble lui-même prendre acte de l'ineffectivité de l'obligation de poursuivre les crimes de guerre. Dans l'affaire Hadzihasanovic, la Chambre de première instance reconnaît qu'il n'existe pas en droit international coutumier d'obligation à la charge des Etats de poursuivre les crimes de guerre en tant que tels⁶⁹³.

Le refus des autorités françaises d'inclure l'incrimination spécifique de crime de guerre dans le code pénal français a entraîné une seconde violation du droit international dans la mesure où en l'absence d'incrimination du crime de guerre, il n'était pas utile d'établir le mécanisme

⁶⁹¹ Extrait d'une lettre de Jacques Chirac alors Président de la République française à la Coalition française pour la CPI, in BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 298.

⁶⁹² *Ibid.* p. 299.

⁶⁹³ Affaire *Hadzihasanovic*, Chambre de première instance, 15/03/2006, IT-01-47-T, § 260-261 : « Il en résulte qu'aucune règle, ni de droit international coutumier, ni de droit international positif, impose aux Etats de poursuivre les actes qualifiables de crimes de guerre sur la seule base du droit international humanitaire, à l'exclusion totale des qualifications de droit pénal interne. En conséquence, au moment de la commission des faits incriminés dans l'acte d'accusation, aucune obligation ne pesait sur les Etats et donc sur les juridictions de la République de Bosnie-Herzégovine de poursuivre des individus pour crimes de guerre, au regard du droit international coutumier ».

de la compétence universelle pour le réprimer.

La compétence universelle se définit comme l'« aptitude reconnue aux tribunaux de tout Etat à juger des faits commis à l'étranger, quels que soient le lieu de l'infraction et la nationalité de l'auteur ou de la victime »⁶⁹⁴. Ce mécanisme permet aux Etats de protéger non pas leurs propres intérêts mais « les intérêts de la communauté internationale et de l'humanité »⁶⁹⁵ en dehors de tout lien de rattachement territorial ou personnel. Julie Allard et Antoine Garapon considèrent que la compétence universelle manifeste une « solidarité transnationale entre juges pour lutter ensemble contre certains crimes particulièrement odieux »⁶⁹⁶.

Ce procédé ancien utilisé pour lutter contre la piraterie déroge donc aux règles de compétence classiques⁶⁹⁷ basées sur le principe de la territorialité et nécessite d'être prévu au sein d'une convention internationale⁶⁹⁸. Si tel n'était pas le cas et qu'un Etat A jugeait le national d'un Etat B pour un crime totalement étranger à son ordre juridique, l'Etat A porterait atteinte à la souveraineté de l'Etat B.

Bien que prévu par les conventions de Genève de 1949, le mécanisme de la compétence universelle n'a pas été appliqué au titre de ces conventions. La compétence universelle, malgré l'espoir qu'elle suscite face à la persistance d'un sentiment d'impunité des responsables de crimes internationaux, n'est pas exempte de dangers et c'est pourquoi, les

⁶⁹⁴ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 212.

⁶⁹⁵ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2004, p. 532.

⁶⁹⁶ ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Seuil et la République des Idées, 2005, p. 16.

⁶⁹⁷ « Cette délégation expresse confère alors aux différents Etats le pouvoir de punir les crimes d'Etat par dérogation au principe de l'égalité entre les souverainetés. C'est donc pour un Etat un pouvoir de répression exceptionnel » in ROULOT (J.-F.), « La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France, une répression nationale d'un crime international », *RSC* 1999, p. 546.

⁶⁹⁸ VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 137. Voir également MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14 décembre 2006, p. 275 : « (i)l n'est pas possible de conclure à l'existence d'une règle générale d'origine coutumière établissant une compétence universelle au profit de tous les Etats pour poursuivre et juger les auteurs de tous les crimes de droit international (en italiques dans le texte) ». Pour une opinion plus nuancée sur la possibilité d'établir la compétence universelle par le biais de la coutume, voir DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2004, p. 536 : « En l'état du droit international coutumier, il paraît en tout cas possible d'affirmer que la compétence universelle à l'égard des « crimes de droit international » accomplis par des individus existe non comme obligation mais comme faculté mais sous une forme néanmoins conditionnelle : l'Etat autre ceux de la nationalité de l'auteur ou du territoire sur lequel a été accompli l'acte incriminé ne peut entreprendre de poursuite que si le criminel présumé se trouve sur son territoire ou, éventuellement, que si la victime a sa nationalité ; toutefois l'initiative de poursuite judiciaire à l'encontre du criminel présumé paraît possible pour cet Etat même en l'absence d'une action judiciaire offrant suffisamment de garantie d'indépendance entreprise dans l'un des Etats possédant un titre à l'exercice d'une action judiciaire (...)».

Etats en ont fait un usage plus que modéré. Même si la compétence universelle est prévue dans diverses conventions internationales telles que les Conventions de Genève de 1949 ou la Convention contre la torture de 1984, les juridictions internes ne peuvent pas en faire une application concrète. Il faut en effet que la compétence universelle soit « intégrée » en droit interne et fasse l'objet d'une prescription dans les différents codes de procédure⁶⁹⁹.

En France, l'article 689 du code de procédure pénale opère cette intégration de manière générale : « Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, *soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction* »⁷⁰⁰.

L'article 689-1 précise les modalités de mise en œuvre du principe de compétence universelle française que l'on peut qualifier de compétence universelle territorialisée selon l'expression de Brigitte Stern : « En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable ».

Sont ensuite énumérées aux articles suivants du code pénal les Conventions ratifiées par la France et qui prévoient ce mécanisme. Les Conventions de Genève n'y figurent pas en dépit du fait qu'elles intègrent ce dispositif (article 49 de la Convention I, article 50 de la Convention II, article 129 de la Convention III et article 146 de la Convention IV). Brigitte Stern souligne les insuffisances de l'incorporation de la compétence universelle à la française. En effet, au-delà d'oublis notoires, la France considère toujours le principe de la compétence universelle comme une faculté donnée au juge de poursuivre les actes visés, et non comme

⁶⁹⁹ « L'existence d'une convention internationale ratifiée par l'Etat demeure finalement bel et bien la voie royale pour que le juge soit à même de fonder sa compétence universelle. Encore faut-il cependant que celle-ci – plus précisément que la disposition conventionnelle prévoyant le chef de la compétence universelle – fasse l'objet d'une incorporation en droit interne, et ce, de manière qui peut de prime abord paraître quelque peu paradoxale, qu'elle soit ou non *self-executing*, pour qu'elle soit réellement mise en œuvre par le juge » in MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14 décembre 2006, p. 805.

⁷⁰⁰ Souligné par nous.

une obligation⁷⁰¹.

La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, souvent mal introduite dans les ordres juridiques internes souffre également d'un manque d'effectivité. Joe Verhoeven présente à propos une interprétation intéressante. L'incrimination de génocide ne revêt pas, selon cet auteur, un caractère absolument indispensable. En effet, « (d)ans la plupart des hypothèses, les actes constitutifs de génocide, et au premier chef les meurtres et autres atteintes aux personnes et aux familles, peuvent en effet sans difficulté être punis comme tels, sans qu'il soit besoin d'une qualification supplémentaire »⁷⁰². Le crime de génocide revêtirait donc un aspect redondant si ce n'est en ce qu'il permet d'aggraver la peine encourue⁷⁰³. Joe Verhoeven souligne ainsi l'important « décalage entre l'utilité (très) limitée que revêt le génocide en droit positif et l'importance considérable qui lui est symboliquement prêtée »⁷⁰⁴.

Les Etats cherchent donc à préserver le monopole qu'ils exercent sur le droit pénal en prenant soin de ne pas formuler de sanctions pénales dans les conventions qu'ils ratifient et en intégrant de manière tout à fait sporadique les dispositions conventionnelles qui pourraient réduire leurs prérogatives dans ce domaine. Leur résistance se manifeste également sur le terrain juridictionnel.

§2. Une réticence persistante à réprimer les violations du droit pénal international

Les Etats, de la même manière qu'ils souhaitent limiter l'adoption et les effets des conventions qui pourraient se révéler porteuses d'aspects pénaux, entravent également les efforts juridictionnels visant à réprimer les violations du droit pénal international (A). L'attitude des Etats est, en revanche, bien différente lorsqu'ils sont confrontés à des normes issues du droit des droits de l'homme (B).

A. ENTRAVES À L'ACTIVITE JURIDICTIONNELLE

⁷⁰¹ STERN (B.), « La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997, p. 289.

⁷⁰² VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide – Originalité et ambiguïté », *RBDI* 1991, p. 11.

⁷⁰³ « (P)ourquoi faudrait-il s'embarrasser du génocide, et de sa résonance terrifiante, pour condamner des actes qui sont de toute manière sanctionnés par ailleurs ? » *in ibid.* p. 11.

⁷⁰⁴ VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide – Originalité et ambiguïté », *RBDI* 1991, p. 12.

La répression pénale des crimes définis par le droit pénal international est entravée à la fois devant les juridictions internes et devant les juridictions internationales. Si les juges internes refusent bien souvent de reconnaître l'applicabilité directe des conventions à connotation pénale, les juges internationaux se trouvent quant à eux, fréquemment confrontés à un manque de coopération de la part des autorités étatiques.

a) Refus de reconnaître l'applicabilité directe des conventions à connotation pénale

Est d'applicabilité directe une « norme qui peut être invoquée par les personnes privées, physiques ou morales devant les institutions internes sans aucune mesure de réception »⁷⁰⁵.

Toutes les conventions internationales ou toutes les dispositions conventionnelles au sein d'un même traité ne se sont pas formulées de la même manière ce qui aura des conséquences sur leur application interne. En effet, alors que certaines conventions ou dispositions sont extrêmement détaillées, d'autres apparaissent davantage comme un programme et dans ce cas « les règles imposées par le droit international ne sont pas assez précises pour que chaque individu puisse savoir à quel comportement il est tenu dans l'Etat »⁷⁰⁶. Seule la première catégorie de traités peut être directement appliquée par les juridictions internes et être en d'autres termes, *self-executing*. Comme le constate William C. Gordon, « a treaty is self-executing when no legislation is required to carry out its provisions »⁷⁰⁷. Le Professeur Lombois établit une comparaison intéressante avec l'ordonnement juridique français : alors que certaines lois se suffisent à elles-mêmes, d'autres doivent être accompagnées de décrets d'application⁷⁰⁸.

Même si les Etats peuvent prévoir qu'un traité sera *self-executing*, une telle attitude est rare et en règle générale, ils conservent la liberté de mettre en œuvre de la manière dont ils le souhaitent leurs obligations contractuelles⁷⁰⁹. En tout état de cause, cette notion est toute relative car la question du caractère *self-executing* ou non d'un traité se trouve tranchée par les

⁷⁰⁵ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 71.

⁷⁰⁶ WENGLER (W.), « Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes », *RGDIP* 1968, p. 931.

⁷⁰⁷ GORDON (W.), « International law – self-executing treaties – the Genocide Convention », *Michigan Law Review* 1950, vol. 48, p. 853-854.

⁷⁰⁸ LOMBOIS (C.), « De la compassion territoriale », *RSC* 1995, p. 400.

⁷⁰⁹ BUERGENTHAL (T.), « Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law », *RCADI* 1992, IV, p. 320.

juridictions internes de chaque Etat en répondant généralement à deux questions : le traité est-il suffisamment précis pour être appliqué directement par les juridictions ? Les parties contractantes ont-elles souhaité conférer ce statut au traité ?

Il ne faut pas chercher à conceptualiser la notion de traité *self-executing* et certains auteurs admettent d'ailleurs ne pas pouvoir en donner une définition précise⁷¹⁰ car « the question whether a treaty is or not self-executing as a matter of domestic law or directly applicable as a matter of international law is ultimately a judicial question »⁷¹¹. Selon Serge Sur, « cette formule baptise le problème sans le résoudre »⁷¹².

Face à la transposition inexistante ou imparfaite de certaines dispositions conventionnelles en droit interne, certains requérants ont invoqué le caractère *self-executing* de certaines dispositions. Bien que la France ait ratifié les Conventions de Genève de 1949, son code pénal ne contient aucune référence au crime de guerre. Pour pallier cette carence, il n'est pas rare que les requérants invoquent l'applicabilité directe des Conventions de Genève. Pourtant les juridictions françaises refusent avec constance de leur conférer ce statut⁷¹³. Il apparaît en effet clairement que telle n'était pas l'intention des parties. Compte tenu de la méfiance étatique à l'égard des dispositions pénales, les juridictions internes ne peuvent que rejeter les demandes qui leur sont formulées dans ce sens. Ainsi, « la jurisprudence ne pallie pas le défaut d'incrimination des crimes de guerre »⁷¹⁴. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême est également dans l'impossibilité d'appliquer directement les conventions de Genève⁷¹⁵.

Il est intéressant de noter qu'en tout état de cause, même si quelques juges d'instruction se sont parfois déclarés compétents pour instruire sur la base des Conventions de Genève, le

⁷¹⁰ *Ibid.* p. 368.

⁷¹¹ *Ibid.* p. 393.

⁷¹² COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, 7^e éd., Montchrestien, 2006, p. 180.

⁷¹³ Voir notamment Cour d'appel de Paris (Chambre d'accusation), 24/11/1994 : « aux termes des quatre Conventions de Genève entrées en vigueur pour la France le 28 décembre 1951, les Etats parties s'engagent à prendre les mesures législatives nécessaires pour réprimer, par des sanctions adéquates, les infractions graves ; que ces conventions imposent également aux parties contractantes de rechercher les auteurs de ces infractions graves, de les déférer à leurs propres tribunaux quelle que soit leur nationalité ou de les remettre à une autre partie contractante intéressée à la poursuite ; que la rédaction de ces textes permet de déduire que les obligations précitées ne pèsent que sur les Etats parties et qu'elles ne sont pas directement applicables en droit interne ; que ces dispositions revêtent un caractère trop général pour créer directement des règles de compétence extraterritoriales en matière pénale, lesquelles doivent nécessairement être rédigées de manière détaillée et précise ; qu'en l'absence d'effet direct les dispositions des quatre Conventions de Genève relatives à la recherche et à la poursuite des auteurs d'infractions graves, l'article 689 du Code de procédure pénale ne saurait recevoir application ».

⁷¹⁴ SAAS (C.), « La justice militaire en France », *Archives de politique militaire* 2007, n° 29, p. 198.

⁷¹⁵ *Hamdam c/ Rumsfeld*, 29/06/2006, 126 S. Ct 2749.

ministère public français a toujours veillé à ce que ces poursuites n'aboutissent pas.

Les conventions du droit pénal international ne sont volontairement pas précises⁷¹⁶ et il est donc impossible pour les juges internes de leur reconnaître un quelconque effet direct. Comme le note Bérangère Taxil, l'invocabilité croissante des normes internationales par les individus ne concerne pas le droit humanitaire⁷¹⁷. Pour recevoir une application en droit interne, les normes pénales internationales devraient donc être complétées, détaillées et assorties d'une sanction pénale.

Ce préalable à l'application permet de doter la norme en question d'une plus grande légitimité. Les normes répressives ne doivent pas être imposées par l'Exécutif et doivent faire l'objet d'une ratification populaire. Le contraire paraîtrait inacceptable dans l'ensemble des sociétés démocratiques. Ainsi, c'est généralement aux Parlements nationaux qu'il appartient d'adopter des dispositions législatives aptes à donner une effectivité aux prescriptions internationales.

Le refus des autorités internes de conférer un effet direct aux conventions du droit pénal international s'accompagne également d'une grande méfiance à l'égard du droit coutumier.

La source coutumière jouit en effet d'une visibilité très faible en droit interne. La Cour d'appel de Paris a considéré à propos de la coutume internationale qu'elle « ne pourrait avoir pour effet que d'imposer des obligations aux Etats qui se sentent liés par elle, sans pour autant avoir d'autre effet contraignant, dans un corpus de droit interne »⁷¹⁸. Les juridictions françaises sont en effet réputées hostiles à la source coutumière depuis l'arrêt Argoud du 4 juin 1964⁷¹⁹. Comme nous avons déjà eu l'occasion de le constater, le droit pénal international se réclame en grande partie du droit coutumier et le refus constant des autorités internes d'y faire droit est par conséquent particulièrement problématique. Pour respecter le principe

⁷¹⁶ « A la lecture de la grande majorité des conventions internationales portant répression ou prévention d'infractions, il ressort que ces instruments définissent le plus souvent des obligations de résultat. Ce qui implique l'adoption en droit interne de règles visant à satisfaire l'objectif de prohibition des actes visés » *in* FICHET-BOYLE (I.), MOSSE (M.), « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, p. 879.

⁷¹⁷ TAXIL (B.), *Recherches sur la personnalité juridique internationale : l'individu, entre ordre interne et ordre international*, Thèse Paris I, 785 p.

⁷¹⁸ Cour d'appel de Paris, 12 avril 2002.

⁷¹⁹ « Que les particuliers sont sans qualité pour invoquer en justice une atteinte aux droits de gens, que la mise en jeu des responsabilités internationales n'intéresse que les relations d'Etat à Etat, sans que les individus puissent prétendre y intervenir ».

fondamental de légalité des délits et des peines, les juridictions pénales ne prononcent pas de condamnations sur le fondement de sources non écrites. La Cour de Cassation française a récemment rappelé que « la coutume internationale ne saurait pallier l'absence de texte incriminant, sous la qualification de crime contre l'humanité, les faits dénoncés par la partie civile »⁷²⁰. La Cour de Cassation impose donc une exigence de « textualité »⁷²¹.

Les juges qui refusent de donner un effet direct à la coutume internationale lorsque celle-ci a une connotation pénale n'hésitent pourtant pas à protéger les immunités diplomatiques dont jouissent les chefs d'Etats⁷²². Une fois de plus, les autorités nationales font preuve d'une grande sévérité à l'égard des normes répressives. Au niveau international, cette sévérité se manifeste par des obstructions diverses à l'activité des juridictions pénales internationales.

b) Obstructions diverses à l'activité des juridictions pénales internationales

Les réticences rencontrées sur la scène interne vis-à-vis du droit pénal international ne sont pas isolées et font écho à une vague plus vaste de méfiance envers la justice pénale internationale. Certains Etats entravent le fonctionnement des juridictions pénales internationales déjà constituées tandis que d'autres, après s'être opposés à la création de la CPI, œuvrent activement afin de limiter sa compétence à l'égard de leurs nationaux.

Les Etats-Unis qui s'étaient, dans un premier temps, associés à la création de la Cour pénale internationale en signant le Traité de Rome, ont depuis lors, multiplié les initiatives visant à affaiblir les pouvoirs de la CPI. Fait exceptionnel, les Etats-Unis ont, outre leur volonté de ne pas ratifier le traité, décidé de retirer leur signature. Les Etats-Unis sont en effet farouchement opposés à l'idée que leurs ressortissants puissent être jugés au pénal, par une juridiction non américaine et de surcroît, internationale. Or, le fait que les Etats-Unis ne soient pas parties au Statut de la CPI n'empêche pas en théorie qu'un ressortissant américain puisse être déféré devant la CPI s'il a commis un crime relevant de la compétence de la Cour sur le territoire d'un Etat qui a ratifié le traité.

⁷²⁰ Cass crim, 17/06/2003, n° de pourvoi : 02-83986.

⁷²¹ MASSE (M.), « La coutume internationale dans la jurisprudence de la Chambre criminelle. Affaires *Kadhafi et Aoussarès* », *RSC* 2003, p. 900.

⁷²² Cass crim, 13/03/2001.

Les Etats-Unis ont donc dû développer des techniques juridiques supplémentaires pour éviter que leurs nationaux ne soient jugés par la CPI. La technique la plus efficace consiste pour les autorités américaines à conclure des accords bilatéraux visant à soustraire leurs ressortissants à la compétence de la Cour avec le maximum d'Etats⁷²³. Ainsi, conformément à l'article 98 § 2 du Statut, la Cour ne pourra pas poursuivre l'exécution d'une demande de remise d'un individu si cette remise est contraire à un accord international. Amnesty international qualifie ces accords bilatéraux d' « accords d'impunité ».

Forts de leur position de membre permanent du Conseil de sécurité, les Etats-Unis ont également obtenu l'adoption d'une résolution qui protège les casques bleus ressortissants d'un Etat non partie au Statut de Rome de poursuites devant la CPI. Le 12 juillet 2002, le Conseil de sécurité a en effet adopté la résolution 1422 rédigée comme suit : « s'il survenait une affaire concernant des responsables ou des personnels en activité ou d'anciens responsables ou personnels d'un Etat contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome à raison d'actes ou d'omissions liés à des opérations établies ou autorisées par l'Organisation des Nations Unies, la Cour pénale internationale, pendant une période de 12 mois commençant le 1er juillet 2002, n'engage ni ne mène aucune enquête ou aucune poursuite, sauf si le Conseil de sécurité en décide autrement ». Cette résolution a été renouvelée le 1^{er} juillet 2003 par la résolution 1487. Par l'ensemble de ces actions, les Etats-Unis entravent donc clairement l'activité de la Cour pénale internationale puisqu'ils cherchent à soustraire l'ensemble de leurs ressortissants de la compétence de la CPI. L'obstruction des Etats-Unis prend, de surcroît, un relief particulier lorsque l'on tient compte de l'importance des troupes américaines stationnées à l'étranger.

Les Etats-Unis ne sont pourtant pas les seuls Etats à entraver l'activité des juridictions pénales internationales. Même s'ils sont tenus de coopérer avec les juridictions pénales internationales, certains Etats se montrent réticents. En vertu de l'article 29 du Statut du TPIY, « (l)es Etats collaborent avec le Tribunal à la recherche et au jugement des personnes accusées d'avoir commis des violations graves du droit international humanitaire ». Une obligation analogue figure à l'article 28 du Statut du TPIR. L'obligation de coopération consiste à répondre sans retard à toute demande d'assistance ou à toute ordonnance émanant d'une Chambre de première instance qui concernerait notamment l'identification et la recherche des personnes, la réunion des témoignages et la production des preuves,

⁷²³ 102 accords de ce type ont été conclus dont 49 avec des Etats parties au Statut.

l'expédition des documents, l'arrestation ou la détention des personnes ou encore le transfert ou la traduction de l'accusé devant le Tribunal.

L'obligation de coopération avec les juridictions pénales internationales qui pèse sur les Etats a fait l'objet d'importantes violations évoquées notamment par Carla Del Ponte, l'ancien Procureur des TPI⁷²⁴. Elle décrit dans un livre publié en 2008 les pressions incessantes exercées par certains Etats sur ses activités. Certains Etats ont en effet sciemment empêché certaines enquêtes d'aboutir et n'ont pas livré aux Tribunaux les criminels que le Procureur avait néanmoins identifiés. Carla Del Ponte démontre que la majeure partie du travail effectué par le Procureur d'une juridiction pénale internationale consiste à lutter contre l'inertie des Etats. Elle insiste particulièrement sur le manque de coopération des autorités serbes qu'il s'agisse de procéder à des arrestations ou de fournir certains documents aux enquêteurs du TPIY.

Dans l'affaire du génocide, la CIJ a effectivement reconnu que la Serbie avait manqué à son obligation de coopération avec le TPIY⁷²⁵. Dans le cadre de cette affaire, la Serbie aurait dû, pour se conformer aux prescriptions de l'article 6⁷²⁶ de la Convention de 1948 qui s'analysent comme une obligation de coopération avec le TPIY, procéder à l'arrestation et à la remise de toute personne accusée de génocide et se trouvant sur son territoire. Or, la CIJ relève que le général Mladic poursuivi par le TPIY en tant que l'un des principaux responsables du génocide de Srebrenica, a résidé et résiderait peut-être encore en Serbie sans être inquiété par les autorités serbes. Certaines rumeurs font même état du fait que les services de renseignement serbes connaissaient le lieu de résidence de Mladic. En tout état de cause, même si les autorités serbes ne connaissaient pas le lieu de résidence de cet accusé, elles n'ont pas procédé de manière effective à sa recherche. Leur manque de volonté de coopérer avec le TPIY est flagrant. C'est peut-être ce manque de coopération des Etats qui a poussé les rédacteurs du Statut de la CPI à institutionnaliser davantage les obligations des Etats en matière de coopération⁷²⁷.

⁷²⁴ DEL PONTE (C.), *La caccia, io e i crimini di guerra*, Giangiaco Feltrinelli Editore Milano, 2008, 412 p.

⁷²⁵ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie Montenegro), arrêt, 26/02/2007, § 449.

⁷²⁶ Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction.

⁷²⁷ Voir l'ensemble du chapitre IX du Traité de Rome intitulé « Coopération internationale et assistance judiciaire ».

Les entraves à la mise en œuvre judiciaire du droit pénal international sont donc nombreuses. Comment expliquer que les Etats adoptent une attitude différente en ce qui concerne le droit international des droits de l'homme qui place pourtant lui aussi, l'individu au centre de ses préoccupations ?

B. ATTITUDE DIFFÉRENCIÉE A L'ÉGARD DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME

Contrairement aux normes pénales internationales, le droit international des droits de l'homme jouit d'une certaine effectivité dans les Etats démocratiques. Cette attitude différenciée de la part des Etats s'explique par l'ancrage de la philosophie des droits de l'homme dans les ordres juridiques internes.

a) Une meilleure réception des normes relatives aux droits de l'homme

Comme nous venons de le constater, il existe un décalage important entre les engagements internationaux conclus par les Etats et le contenu effectif de leurs codes pénaux. Le droit pénal international n'est donc pas doté d'une effectivité réelle. *A contrario*, le droit international des droits de l'homme qui place pourtant lui aussi, l'individu au cœur de sa problématique, ne fait pas l'objet d'un traitement identique. Sans affirmer que les traités relatifs aux droits de l'homme font l'objet d'une application sans faille, ils sont en revanche mieux intégrés dans les ordres juridiques internes et leurs violations sont plus fréquemment réprimées par les juridictions internes.

En ce qui concerne l'appréciation de l'effet direct des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, les juridictions françaises procèdent à un examen individualisé des dispositions conventionnelles liant la France. Si la Cour de Cassation « tranche plus que jamais en faveur de la non-applicabilité directe de la Convention de New-York (...) en droit français »⁷²⁸, elle procède toujours à un examen approfondi des dispositions invoquées par les requérants, faisant ainsi preuve d'ouverture à l'égard des conventions internationales relatives

⁷²⁸ BENHAMOU (Y.), « La Convention de New York, le droit international et le juge français », *La Semaine Juridique* 1995, Edition générale n°2, jurisprudence p. 18.

aux droits de l'homme.

C'est particulièrement à propos la Convention européenne des droits de l'homme que les juridictions françaises se montrent les plus réceptives. Cette convention jouit en effet d'un statut tout à fait particulier. En premier lieu, la question de son caractère *self-executing* n'a jamais posé de problèmes devant les juridictions françaises qui ont admis l'applicabilité directe de l'ensemble de ses dispositions⁷²⁹. Plus étonnant encore, la Convention EDH peut être appliquée dans les litiges interindividuels n'impliquant pas l'Etat français alors même que le but de la Convention est d'empêcher les atteintes étatiques aux droits de l'homme. Elle peut alors être appliquée d'une part, à titre principal lorsque aucun texte français n'existe ou lorsqu'il y est contraire et d'autre part, à titre confirmatif lorsqu'une disposition française existe déjà.

Par exemple, l'article 5 § 2 de la Convention EDH qui prévoit que « toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle peut être invoqué par les particuliers » à l'encontre de l'Administration des douanes⁷³⁰.

Les particuliers peuvent également invoquer en vertu du principe de supériorité des traités prévu à l'article 55 de la Constitution française, la non-conformité d'une disposition interne à la Convention EDH. Dans cette hypothèse, le juge interne écartera la disposition française et appliquera la Convention.

La Cour de Cassation s'est également référée dans un arrêt du 23 octobre 1990⁷³¹, à l'article 8 de la Convention EDH qui prévoit que toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance pour confirmer la condamnation d'un journaliste et de son éditeur qui avaient écrit et publié un article portant atteinte à la vie privée d'une personnalité. Elle considère également que la condamnation prononcée par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 1^{er} février 1989 n'a pas méconnu les dispositions de

⁷²⁹ « Alors que la question de l'applicabilité directe n'a pas suscité l'ombre d'un doute au sujet de la Convention européenne et du Pacte sur les droits civils et politiques, la Cour de Cassation interprète avec une sévérité sans égal la Convention de New York » in CHABERT (C.), « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP* 2003, I, n° 129, p. 761.

⁷³⁰ Cass. Crim. 23 février 2005, *La Semaine juridique* 2005, IV, n°1906, p. 807. Le juge ne retient pas en l'espèce de violation de l'article 5 § 2 de la CEDH.

⁷³¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 octobre 1990, Bull. I, n° 222, p. 158.

l'article 10 de cette même convention qui garantit la liberté d'expression. Il faut noter toutefois que dans cette affaire, la Convention EDH était invoquée en « renfort » de l'article 9 du code civil qui consacre également le droit au respect de la vie privée.

Les normes issues de la CEDH contrairement aux normes pénales internationales sont donc fréquemment mises en œuvre par les juridictions françaises. Comment expliquer que les juridictions internes appliquent les dispositions issues du droit international des droits de l'homme alors qu'elles sont extrêmement réticentes à le faire concernant les normes pénales internationales ?

b) Un ancrage ancien dans les ordres juridiques internes

Il faut tout d'abord constater que les droits de l'homme, avant de faire l'objet d'une formulation internationale, ont été affirmés au sein des ordres juridiques internes. Historiquement, les droits de l'homme ont donc été formulés dans les Constitutions nationales. De nombreux Etats sont dotés de Déclarations des droits et il est par conséquent logique qu'ils accueillent de manière assez ouverte les formulations internationales de principes bien connus.

C'est en effet au sein des ordres juridiques internes qu'ont été formulés, dans un premier temps, les droits de l'homme. Tel n'est pas le cas des normes pénales qui font l'objet de la présente étude. Si tous les ordres juridiques internes sont effectivement dotés de mécanismes répressifs, ils n'ont jamais réellement sanctionné les comportements qui justifient la création de juridictions pénales internationales. Les règles relatives à la conduite des conflits armés ont été formulées à l'échelle internationale et les actes violents relevant de la discrimination raciale ou religieuse n'étaient pas jusque récemment, sanctionnés.

Il est par conséquent logique que le droit international des droits de l'homme fasse l'objet d'une meilleure intégration que le droit pénal international au sein des ordres juridiques internes. De plus, dans la mesure où ces règles sont étrangères aux ordres juridiques internes, il serait logique qu'avant d'être simplement intégrées pas le biais d'une loi, elles fassent l'objet d'une ratification populaire. De nombreux auteurs soulignent en effet le déficit

démocratique qui entoure la production normative en dehors du cadre national⁷³². Ce problème encore une fois n'existe pas en ce qui concerne les droits de l'homme car ceux-ci ont été formulés en premier lieu dans l'espace national.

De plus, parce que fortement liés à la guerre et donc à une situation exceptionnelle et gravissime, les crimes relevant de la compétence des juridictions pénales internationales – les crimes de guerre, le crime contre l'humanité et le génocide –, ont du mal à être introduits de manière adéquate dans les ordres juridiques nationaux. En effet, les instruments de protection des droits de l'homme sont beaucoup plus largement mis en œuvre notamment par les juridictions françaises que les conventions pénales internationales. Les droits de l'homme, parce qu'ils protègent les individus en temps de paix, jouissent dans les ordres juridiques internes d'une bonne visibilité. Ainsi, ils peuvent être plus facilement appliqués par les juges que les normes pénales internationales. D'ailleurs, lorsqu'une convention relative aux droits de l'homme n'est pas transposée, les juges français peuvent considérer sous certaines conditions qu'elle est d'applicabilité directe et ainsi outrepasser l'absence de mesure d'incorporation. Le fait que les droits de l'homme jouent à l'encontre de l'Etat explique évidemment aussi le fait que les juridictions fassent application de dispositions conventionnelles non clairement transposées. En revanche, en matière pénale, lorsqu'il s'agit de condamner un individu pour des crimes internationaux, les juges refusent de procéder de la sorte au nom du principe de légalité des délits et des peines. En effet, procéder autrement équivaudrait à violer ce principe fondamental du droit des droits de l'homme.

Insérer des dispositions relatives au crime de guerre, au crime contre l'humanité ou au génocide dans les codes pénaux a de plus tendance à les banaliser. Réglementer ce genre de conduites équivaut à envisager la possible survenance de ces évènements tragiques. L'inflation législative que l'on peut constater dans de nombreux Etats prend soin de ne pas toucher le domaine des crimes internationaux. Ceux-ci sont passés sous silence comme pour oublier qu'ils puissent se produire. Face à un législateur qui ne relaye pas en droit interne les

⁷³² « (...) le droit international traite aujourd'hui de nombreuses questions qui affectent directement la vie des citoyens et la carence de légitimité du processus décisionnel international est de plus en plus ressentie comme un affront à la dignité humaine » in CREPEAU (F.), « La multiplicité des forums judiciaires, condition de légitimité de la décision collective en droit international », *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 173. Voir également DUJARDIN (R.), « La mondialisation du droit : la globalisation et la « qualité » du droit », *La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universel*, Colloque international de Tunis du 9 mai 2003, p. 15-35.

conventions ratifiées par l'Exécutif⁷³³, il est logique que « les procureurs et les juges, dans la plupart des Etats, se raccrochent encore à ce que l'on pourrait qualifier d'approche « nationaliste » ou « introvertie » »⁷³⁴.

La persistance d'un dualisme particulièrement vivace met à jour l'incapacité du droit international public à régir la matière pénale. Les outils traditionnels destinés à intégrer le droit international public au droit interne ne fonctionnent pas - ou très peu⁷³⁵ - en ce qui concerne le droit pénal international car les Etats souhaitent rester maîtres de leurs compétences en matière pénale.

L'hostilité des Etats vis-à-vis du droit pénal international prend donc deux formes ; une première, interne qui se traduit par l'absence d'introduction en droit interne des incriminations internationales et une seconde, de nature internationale qui vise à entraver l'activité de la justice pénale internationale. Il semble donc que les Etats ne souhaitent pas doter le droit pénal international d'une effectivité réelle. Le fait qu'ils concluent des conventions sur ce sujet ne peut pas à lui seul nous permettre de rattacher le droit pénal international au droit international public. L'hostilité étatique est trop forte et c'est parce que les Etats ne le souhaitent pas, que le droit pénal international ne peut pas être considéré comme du droit international public.

Les Etats éprouvent certaines réticences à donner aux conventions internationales revêtant des aspects pénaux, une application effective. Cette attitude n'est pas anodine et ne saurait être imputée aux traditionnelles supposées faiblesses du droit international. Les Etats ne mettent pas en œuvre les normes pénales internationales parce qu'ils considèrent que cette matière leur est fondamentalement réservée.

⁷³³ A ce titre, il est intéressant de noter que l'exercice des compétences internationales fait également l'objet de convoitises de la part des différents corps constitués. D'ailleurs comme le remarque Wilhelm Wengler, « Nombreux en effet sont les détenteurs du pouvoir exécutif qui, dans les Etats à régime parlementaire, tentent d'élargir leurs pouvoirs au détriment des Assemblées en favorisant l'efficacité dans l'ordre juridique national de règles à la création desquelles l'Exécutif a seul concouru, sans l'intervention des Assemblées parlementaires » (WENGLER (W.), « Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes », *RGDIP* 1968, p. 922.

⁷³⁴ *Ibid.*

⁷³⁵ Certains Etats comme la Belgique ont à cet égard adopté une attitude différente notamment en mettant en place un large mécanisme de compétence universelle.

Les Etats n'ont d'ailleurs jamais abandonné leurs prérogatives en matière pénale. Aucune convention internationale classifiée comme appartenant au droit pénal international ne prévoit de sanctions pénales en cas d'infraction. Les Etats peuvent certes se mettre d'accord en ce qui concerne la définition de certaines infractions à caractère international mais lorsqu'il s'agit de sanctionner concrètement un individu, l'instrument international se révèle toujours insuffisant et nécessite l'intervention d'un ou plusieurs Etats. Or, à ce stade, nous allons voir que cette intervention étatique fait bien souvent défaut. Non seulement les conventions du droit pénal international sont mal intégrées aux ordres juridiques internes, mais lorsqu'elles le sont, d'autres obstacles comme l'absence de caractère *self-executing* d'une disposition, bloquent encore la répression pénale.

Les différents pouvoirs étatiques concourent, à des stades distincts, à entraver la pénétration du droit pénal international dans leurs droits internes. C'est d'abord l'Exécutif en tant qu'organe négociateur puis chargé de la ratification qui peut paralyser et retarder l'adoption de la convention pénale internationale. Ensuite, une fois le traité adopté, c'est le pouvoir législatif qui, chargé de son intégration en droit interne, n'agit pas toujours. Si ces étapes sont dépassées - c'est-à-dire, si l'Etat s'est engagé internationalement et s'il s'est doté au niveau interne d'incriminations spécifiques -, c'est le pouvoir judiciaire qui en dernier lieu empêche certaines poursuites.

Le rejet de la part des autorités étatiques d'une mise en œuvre effective des normes pénales internationales est donc diffus et cette attitude concerne la majorité des Etats membres de la communauté internationale⁷³⁶.

L'ordre juridique interne alors qu'il était supposé être un instrument de la répression internationale⁷³⁷, refuse de remplir cette mission, faisant peser des doutes sur l'effectivité du droit pénal international et sur son existence en tant que branche du droit international public. Ces doutes se trouvent confirmés puisque l'on note actuellement une réelle indépendance entre les solutions du droit pénal international et celles du droit international public sur des questions qui semblaient auparavant communes.

⁷³⁶ La Belgique lorsqu'elle a cherché à mettre concrètement en œuvre le principe de la compétence universelle a été sanctionnée par la CIJ dans l'affaire du mandat d'arrêt.

⁷³⁷ Voir FICHET-BOYLE (I.), MOSSE (M.), « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, p. 871.

CHAPITRE II

DIFFERENCIATION MATERIELLE

La consolidation du droit pénal international ne s'opère pas dans le cadre du droit international public. Il est dès lors logique de constater une dissociation des régimes applicables au droit pénal international et au droit international public. Des questions qui faisaient auparavant l'objet d'une approche uniforme se trouvent désormais traitées de manière différente selon que l'on se trouve en droit pénal international ou en droit international public (Section II). Certains facteurs favorisent une telle différenciation des régimes, c'est notamment le cas des mutations récentes des conflits armés ainsi que l'impossibilité de sanctionner l'illicite étatique par le biais de la responsabilité individuelle (Section I).

SECTION I : FACTEURS DE DIFFERENCIATION

Des mutations récentes affectent la perception que l'on pouvait avoir du droit pénal international. Les conflits armés ont tant évolué que l'application du droit international humanitaire se révèle parfois insuffisante aux yeux des juridictions pénales internationales (§ 1). Par voie de conséquence, il n'est plus réellement possible d'imaginer sanctionner l'illicite étatique par l'intermédiaire de la mise en œuvre de la responsabilité pénale individuelle (§ 2).

§1. Remise en question de la pertinence du droit international humanitaire

Nous assistons depuis quelques années à une véritable dilution de la notion de conflit armé (A) qui a directement contraint la Cour pénale internationale à délaissier la mise en œuvre du droit international humanitaire (B).

A. DILUTION DE LA NOTION DE CONFLIT ARME

La dilution de la notion de conflit armé résulte à la fois d'un désengagement de l'Etat sur le terrain des conflits et d'une difficulté accrue à distinguer les périodes de paix et de guerre.

a) Désétatisation des conflits armés

Les conflits armés ont profondément évolué depuis la codification du droit international humanitaire qui date, en grande partie, de 1949.

Les règles protégeant les victimes de la guerre ont été conçues en réaction aux deux conflits majeurs du vingtième siècle et qui correspondaient à des « hypothèses classiques d'affrontement entre Etats »⁷³⁸. Les formes de la violence ont cependant évolué, rendant bien souvent obsolète la réglementation protectrice. Serge Sur note ainsi le développement d'une violence « indirecte et subversive » largement due à une réglementation très restrictive du recours à la force et à l'effet de la dissuasion nucléaire⁷³⁹.

Les guerres étatiques qui représentent encore dans l'esprit collectif⁷⁴⁰, le modèle classique sont en constante diminution depuis 1945. Comme le constate Serge Sur, « (d)urant les décennies de l'après seconde guerre mondiale, la guerre clausewitzienne, celle de la montée aux extrêmes, *la guerre totale, a disparu* » mais « les conflits de faible intensité (...) ont été plus fréquents que les guerres classiques »⁷⁴¹. John Mueller parle même d'obsolescence des guerres interétatiques⁷⁴². Pourtant il considère que face à un déclin de la guerre, nous restons confrontés à une persistance du « warfare »⁷⁴³ et nous nous trouvons parfois face à des situations tout aussi dramatiques que celles résultant d'un conflit armé international.

⁷³⁸ SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, 2004, p. 396.

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 397.

⁷⁴⁰ « Le recours à la guerre a longtemps été considéré comme un *attribut essentiel de la souveraineté de l'Etat*, permettant ainsi de le singulariser par rapport à toute autre organisation politique » in SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, 2004, p. 56. De plus, l'Etat a longtemps été le seul à disposer des moyens techniques de provoquer un conflit armé.

⁷⁴¹ SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, 2004, p. 400, souligné dans le texte.

⁷⁴² Voir notamment MUELLER (J.), *Retreat from Doomsday : the Obsolescence of Major War*, Basic Books, New York, 1989.

⁷⁴³ MUELLER (J.), *The Remnants of War*, Cornell University Press, 2004, p. 1.

En toute hypothèse et pour les conflits armés internationaux subsistants, les Etats se désengagent progressivement du terrain des hostilités notamment en recourant à des sociétés militaires privées. Haykel Ben Mahfoudh constate ainsi à juste titre l'apparition d'un double phénomène de « désétatisation de la guerre » et de « privatisation des conflits et de la sécurité »⁷⁴⁴.

Pudiquement dénommées « sociétés militaires privées », les entreprises telles que Executive Outcomes ont essentiellement pour mission de fournir du personnel militaire. Un mercenaire est une personne qui offre ses services en matière de guerre à un Etat en contrepartie d'une rémunération. Bien qu'il s'agisse d'un phénomène extrêmement ancien, le recours au mercenariat fait l'objet d'un développement sans précédent. Loin de la figure traditionnelle du mercenaire, des sociétés militaires privées se sont emparées de cette activité fructueuse et ont diversifié leur offre de services (protection de personnalités, garde rapprochée, soutien logistique, analyse stratégique, etc.) si bien que même des organisations internationales ou des organisations non gouvernementales y ont recours pour leur protection.

Le phénomène revêt une ampleur assez importante en Irak. Les Etats-Unis y emploient environ 20000 personnes, ces derniers représentant le second contingent militaire sur place avant celui du Royaume-Uni. Dans le cas américain, le recours à des sociétés spécialisées dans le mercenariat s'est également révélé être un excellent moyen de contourner l'autorisation du Sénat pour l'envoi de troupes. La généralisation du recours à ce type de personnel pose divers problèmes du point de vue de la diffusion et du respect du droit international humanitaire. Ces sociétés ne peuvent techniquement pas assumer le rôle protecteur dévolu aux armées régulières que ce soit en termes de recrutement, de formation, de prévention des violations du droit international humanitaire et de suivi des effectifs en cas de violations avérées.

Le conflit irakien fait toutefois figure d'exception aujourd'hui dans la mesure où, les conflits armés sont davantage internes qu'internationaux. Ces conflits sont alors alimentés par « des

⁷⁴⁴ BEN MAHFOUDH (H.), « Acteurs non étatiques et conflits armés non internationaux », *Acteurs non étatiques et droit international*, Pedone, Paris, 2007, p. 227.

revendications de *minorités* ou des *affrontements ethniques* »⁷⁴⁵ et les souffrances des populations se trouvent bien souvent exacerbées dans ce contexte⁷⁴⁶.

Les règles régissant les conflits armés internes sont moins élaborées que celles relatives aux conflits armés internationaux et il est de surcroît, plus difficile de contrôler leur respect effectif par les parties. En effet, l'Etat sur le territoire duquel se déroule le conflit est souverain et jouit par conséquent d'une indépendance qui lui fait échapper à tout mécanisme de contrôle international. Moins réglementés que les conflits armés internationaux, il est également plus difficile de diffuser parmi les différents acteurs d'un conflit armé interne les règles minimales qui doivent s'appliquer. Les conflits armés internes souffrent en effet d'une carence en ce qui concerne la diffusion des règles protectrices. Comment s'assurer que des rebelles respecteront des règles dont les seules armées régulières ont connaissance ?

Le schéma actuel des conflits armés qui fait la part belle aux conflits armés internes, n'est donc pas favorable à une diffusion large du droit international humanitaire. Si les conflits armés internationaux favorisent particulièrement le recours à des personnels issus de sociétés militaires privées, les conflits armés internes sont le terrain de tous les trafics⁷⁴⁷. Ainsi, « (l)'affaiblissement de l'autorité de l'Etat a comme conséquence quasi mécanique la déliquescence des armées nationales et leur remplacement par de véritables entreprises de guerre, comme ce fut le cas en République Démocratique du Congo, au Liberia ou en Sierra Leone »⁷⁴⁸.

Les modifications récentes des conflits armés ont un impact direct sur le corps de droit qui les régit. Le droit international humanitaire, largement inadapté à la structure nouvelle que revêtent les conflits actuels, en ressort affaibli. Ce « retard sur les avancées technologiques ou

⁷⁴⁵ SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, 2004, p. 396.

⁷⁴⁶ « (g)uerre du fils contre le père, du frère contre le frère et du voisin contre le voisin, la guerre civile débouche sur une lutte sans merci, qui ne se limite pas au choc des armes. Délations, vengeances et règlements de comptes sont le lot quotidien des combattants et des populations. La guerre civile libère les tensions et les haines accumulées dans une société qui n'a pas su évoluer et dont le tissu social, soudain, se déchire » in BUGNION (F.), « Le droit international humanitaire coutumier et les conflits armés non internationaux », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 179.

⁷⁴⁷ Voir notamment MUELLER (J.), *The Remnants of War*, Cornell University Press, 2004, p. 4 : « I argue that much remaining warfare is fundamentally trivial – perpetrated by small bands of predatory thugs and criminals, very often drugged or drunken, who are chiefly motivated, like ordinary criminals, by a quest of fun and profit, not by grand ideological, cultural, ethnic, or civilizational visions ».

⁷⁴⁸ BEN MAHFOUDH (H.), « Acteurs non étatiques et conflits armés non internationaux », *Acteurs non étatiques et droit international*, Pedone, Paris, 2007, p. 227.

les modifications stratégiques »⁷⁴⁹ pourrait-il être dépassé grâce une lecture flexible et dynamique du droit international humanitaire comme semble le suggérer Robert Kolb ? Nous ne le pensons pas car ce sont les fondements mêmes du droit international humanitaire qui paraissent aujourd'hui menacés par une difficulté accrue à distinguer les phases de paix des périodes de guerre.

b) Brouillage de la distinction entre l'état de paix et l'état de guerre

C'est principalement l'irruption d'une nouvelle forme de terrorisme qui fragilise la distinction entre l'état de paix de l'état de guerre. Si les effets du terrorisme « classique » n'étaient pas susceptibles de remettre en cause la distinction traditionnelle entre l'état de paix et l'état de guerre⁷⁵⁰, il en va tout autrement des effets de l'hyperterrorisme⁷⁵¹. De la même manière qu'il n'existe pas de définition juridique du terrorisme⁷⁵², on ne peut définir ce nouveau concept d'hyperterrorisme si ce n'est par le fait qu'il amplifie et décuple les effets du premier concept. Les attentats du 11 septembre 2001 ont marqué l'apparition de ce phénomène qui aboutit à un brouillage évident du schéma traditionnel proposé par le droit international public : il n'est plus possible de savoir précisément ce qui distingue l'état de paix de l'état de guerre.

Les attaques du 11 septembre ont fait autant de victimes qu'une offensive militaire classique. Par leur ampleur, ces attentats sont sans précédent : 2973 personnes ont en effet perdu la vie dans ces attaques⁷⁵³. Pour la première fois, un acteur non étatique acquière une capacité de destruction massive. À titre de comparaison, les attentats du 11 septembre ont fait plus de victimes que la bataille de Pearl Harbor. George P. Fletcher considère le terrorisme comme « a higher, more dangerous version of crime, a kind of super-crime incorporating some of the

⁷⁴⁹ KOLB (R.), *Ius in bello : le droit international des conflits armés*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2003, p. 8.

⁷⁵⁰ « Les menaces que ces réseaux (*les réseaux terroristes*) pouvaient représenter étaient perçues comme d'ordre transnational, fondamentalement civil, appelant sans doute une surveillance et une coopération interétatiques, mais qui n'atteignaient pas le seuil de la sécurité internationale au sens militaire du terme » *in* SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, 2004, p. 495.

⁷⁵¹ Sur la notion d'hyperterrorisme, Voir HEISBOURG (F.), *Hyperterrorisme : la nouvelle guerre*, Odile Jacob, Paris, 2003.

⁷⁵² « A concept like terrorism that lies at the centre of our political life may not lend itself to the discipline of legal thinking » *in* FLETCHER (G.), « The Indefinable Concept of Terrorism », *JICJ* 2006, n°5, p. 911.

⁷⁵³ Ce bilan ne prend pas en compte les victimes indirectes de l'effondrement du World Trade Center c'est-à-dire de l'ensemble des personnels administratifs (les pompiers et autres fonctionnaires de la ville de New York) ayant participé au déblayage de la zone et ayant contracté des cancers et infections mortelles. Selon certaines associations, près de 3000 victimes supplémentaires seraient à déplorer du fait du taux de toxicité des débris des deux tours.

characteristics of warfare »⁷⁵⁴. En quelques heures et en l'absence de conflit armé international, 3000 personnes ont perdu la vie. De plus, « (l)es évènements du 11 septembre ont aussi magnifié un autre changement ou un changement perçu, par rapport aux menaces et actions militaires du passé, à savoir l'indifférence des auteurs aux conséquences de leurs actes sur eux-mêmes - le suicide était en effet un élément-clef de leur tactique, il a facilité leurs actions et était un élément psychologique puissant de leur impact politique »⁷⁵⁵. Xavier Crettiez constate une véritable « rupture des formes », le 11 septembre rompant avec les logiques formelles de la guerre⁷⁵⁶.

La traditionnelle distinction entre criminalité et action militaire est également rompue car des criminels peuvent commettre autant, voire plus de troubles qu'une armée régulière. Les grandes menaces n'émanent donc plus d'Etats mais de groupes privés même s'il ne faut pas minimiser les soutiens étatiques que ces groupes peuvent recevoir. Des individus partiellement isolés peuvent donc se trouver au centre d'une dynamique destructrice alors qu'on a eu pendant longtemps une image « exclusivement positive de la société civile et des O.N.G., considérés comme des partenaires modestes, compassionnels et bienveillants dans les relations internationales »⁷⁵⁷.

Le fait que le Conseil de sécurité ait considéré que le terrorisme international constituait une menace à la paix et à la sécurité internationale et ait rappelé le droit naturel de légitime défense⁷⁵⁸, a immédiatement placé la riposte américaine sur le terrain de l'article 51 de la Charte et donc dans le cadre du recours à la force. En autorisant les Etats-Unis à agir dans le cadre de l'article 51 de la Charte, le Conseil de sécurité a donc assimilé les attentats à un acte d'agression. Les réactions successives qui ont notamment conduit au renversement du régime des Talibans en Afghanistan participent à ce que les autorités américaines qualifient de « guerre contre le terrorisme ». Comme le constate Hélène Trigroudja, « (f)aire de cette lutte contre le terrorisme une « guerre » engendre une *désétatisation* ou une *privatisation* de la notion de guerre, car l'on admet que cette dernière puisse être enclenchée par un groupe privé

⁷⁵⁴ FLETCHER (G.), « The Indefinable Concept of Terrorism », *JICJ* 2006, n°5, p. 900.

⁷⁵⁵ HUNTER (R.), « La lutte contre le terrorisme, vecteur d'un renouveau de la pensée stratégique ? », *Sécurité Globale*, n°3, 2008, p. 132.

⁷⁵⁶ CRETTIEZ (X.), *Les formes de la violence*, La Découverte, 2008, p. 87.

⁷⁵⁷ SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, 2004, p. 495.

⁷⁵⁸ Voir les résolutions 1368 et 1373 des 12 et 28 septembre 2001.

et être menée contre ce groupe privé » et c'est également reconnaître à ce dernier « une puissance similaire à celle de l'Etat »⁷⁵⁹.

La nature juridique des attaques du 11 septembre est donc bien ambiguë : s'agit-il d'un crime ou d'un acte de guerre qui engendrerait l'application du droit international humanitaire ?

Les autorités américaines entretiennent une véritable confusion en « militarisant » le droit pénal⁷⁶⁰. En juillet 2008, lors de l'annonce de l'arrestation de Radovan Karadzic, ancien président des Serbes de Bosnie recherché pour génocide, crimes contre l'humanité, infractions graves aux Conventions de Genève et violations des lois ou coutumes de la guerre, les Etats-Unis ont salué l'arrestation d'un « Oussama Ben Laden d'Europe ». L'assimilation de Karadzic à un terroriste contribue indirectement à légitimer « la guerre contre le terrorisme ». En assimilant un criminel de guerre, voire un génocidaire à un terroriste, les Etats-Unis légitiment ainsi leur politique de lutte contre le terrorisme.

Pourtant, appliquer le droit des conflits armés à la guerre contre le terrorisme pose un certain nombre de problèmes notamment car la distinction entre combattants et non-combattants n'a aucun sens dans ce domaine. L'insistance avec laquelle on a rappelé la nécessité de traiter les prisonniers talibans selon les règles de la Convention de Genève sur les prisonniers de guerre est difficilement compréhensible. Sans remettre en cause la nécessité de traiter avec humanité ces individus, il faut bien reconnaître que la thèse américaine du vide juridique n'est pas sans fondement. Plaider pour une application pure et simple du droit international humanitaire à ces personnes affaiblit incontestablement ce corps de règles. Il est en effet normal que les hommes capturés en Afghanistan n'aient pas reçu le statut de prisonnier de guerre car Al Qaida n'est pas un organe de l'Etat Afghan⁷⁶¹.

De plus, rattacher la lutte contre le terrorisme aux dispositions régissant les conflits armés imposerait de vivre en permanence sous l'égide de ce corps de règles et d'appliquer durablement une législation d'exception. En effet, « c'est une guerre bien curieuse que déclare le terrorisme : sans belligérants, sans champ de bataille, sans égalité des armes, sans face à

⁷⁵⁹ TIGROUDJA (H.), « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la « guerre au terrorisme » ? », *AFDI* 2002, p. 88.

⁷⁶⁰ DELMAS-MARTY (M.), « The Paradigm of the War on Crime : Legitimizing Inhuman Treatment ? », *JICJ* 2007, n°3, p. 585.

⁷⁶¹ Voir notamment SASSOLI (M.), « Terrorism and War », *JICJ* 2006, n°5, p. 972 et s.

face ; la guerre se ressent partout mais ne se voit nulle part »⁷⁶². Du fait du caractère dématérialisé du terrorisme, la guerre visant à le détruire pourrait être permanente.

Le développement du terrorisme constitue donc un défi important à de nombreux niveaux. L'hyperterrorisme brouille les frontières entre l'état de paix et l'état de guerre et, en ce sens, il fragilise le droit international humanitaire qui ne constitue pas, en tout état de cause, une réponse adaptée. En obscurcissant les notions de guerre et de paix, le terrorisme affaiblit la portée du droit international humanitaire. Comme le remarque très justement Hélène Tigroudja, c'est « le droit international dans son ensemble qui a été ébranlé par les attentats »⁷⁶³. Le brouillage des catégories juridiques classiques est total et pousse Brigitte Stern à élaborer un nouveau concept, celui de « guerre civile internationale »⁷⁶⁴. Selon elle, la distinction traditionnelle entre conflit armé interétatique et conflit armé non interétatique ne permet pas de prendre en compte la réalité post 11 septembre car « cette structure binaire ne répond plus à la complexification de la structure de la société internationale »⁷⁶⁵. De plus, « (a)lors que la réalité internationale d'aujourd'hui ne connaît plus la stricte distinction entre les deux aspects fondamentaux de la vie politique internationale, la paix et la guerre, le droit international n'a pas encore pris connaissance de cette évolution »⁷⁶⁶.

Le recours croissant à des forces internationales de maintien de la paix achève de brouiller la distinction entre paix et guerre. L'intervention des casques bleus se situe entre ces deux alternatives : chargés de maintenir la paix, ils sont armés et prennent en charge militairement la gestion d'une zone territoriale. Ces soldats peuvent donc être conduits à intervenir en dehors de tout conflit à titre préventif. En août 2008, au lendemain de la mort de 10 soldats français en Afghanistan, on pouvait lire dans la presse française que la France était « en guerre ». Pourtant, la réalité est moins tranchée, la France n'est pas en guerre contre l'Afghanistan, les soldats français interviennent plutôt comme des forces de police même si

⁷⁶² *Reflexions sur le terrorisme*, commentaire d'Antoine Garapon, p. 190.

⁷⁶³ TIGROUDJA (H.), « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la « guerre au terrorisme » ? », *AFDI* 2002, p. 81.

⁷⁶⁴ STERN (B.), « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, p. 29 et suivantes. Ce terme « emprunterait des caractères aux deux concepts préexistants : guerre civile, car elle oppose un ou des Etats à des entités non étatiques, mais guerre internationale, car le conflit ne reste pas confiné dans les frontières d'un Etat, mais est devenu planétaire » (p. 32).

⁷⁶⁵ STERN (B.), « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, p. 31.

⁷⁶⁶ KHAN (D.-E.), « Les juridictions militaires et d'exception et les opérations de militaire à l'étranger. Rapport de synthèse », *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation*, LAMBERT ABDELGAWAD (E.) (dir.), p. 491.

leur action reste militaire. Le développement des coalitions et des interventions menées sous le mandat de l'ONU provoque bien une dilution de la notion de guerre.

Comme nous l'avons constaté plus haut, l'ancrage traditionnel du droit pénal international au droit international public se faisait par l'intermédiaire du droit international humanitaire, branche extrêmement ancienne du droit international public. Le droit pénal international apparaissant souvent comme le bras armé du droit international humanitaire, il était jusqu'à présent assez logique de rattacher le droit pénal international au droit international public. Pourtant, la modification de la structure des conflits armés et l'apparition de menaces inédites remettent profondément en cause les règles voire l'existence même du droit international humanitaire. Affaibli, le droit international humanitaire n'est plus à même d'assurer une intégration du droit pénal international au droit international public.

Les Etats semblent d'ores et déjà avoir pris acte de l'affaiblissement de la portée normative du droit international humanitaire. En effet, le 12 août 2008, au lendemain du conflit russo-géorgien, la Géorgie a introduit une instance devant la Cour internationale de Justice contre la Fédération de Russie au sujet des «actes qu'elle a commis sur le territoire de Géorgie et dans les environs», en violation de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (CIEDR) de 1965. Le communiqué de presse précise que dans sa requête, la Géorgie «demande également que les droits individuels» que «toutes les personnes se trouvant sur le territoire de Géorgie» tirent de la convention «soient pleinement respectés et protégés».

Dans ce conflit, la Géorgie clairement victime d'une agression armée se tourne vers le droit international des droits de l'homme plutôt que vers le droit international humanitaire, clairement applicable en l'espèce. Même si c'est probablement la difficulté de saisir la CIJ qui justifie un tel choix, il est tout à fait nouveau que des Etats fassent appel de la sorte au respect des « droits individuels ». La Géorgie préfère traiter les attaques dont elle et sa population ont été victimes comme des atteintes à des droits individuels plutôt que comme des violations du droit international humanitaire. Un véritable glissement est donc en train d'intervenir et qui confirme le caractère obsolète du droit international humanitaire.

Le droit international humanitaire est, par conséquent, de moins en moins à même de sanctionner les crimes relevant de la compétence de la Cour pénale internationale.

B. DISTANCIATION DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES VIS-A-VIS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

La Cour pénale internationale, que ce soit par son mode de création ou par certaines dispositions de son Statut, met très clairement en lumière un phénomène de distanciation vis-à-vis du droit international humanitaire.

a) Création de la CPI en dehors de tout conflit armé

Le Tribunal de Nuremberg et les deux tribunaux *ad hoc* ont été établis consécutivement à un conflit armé international. C'est pour réagir aux violations du droit des conflits armés que ces tribunaux ont été créés.

La création de la CPI résulte d'un processus tout à fait différent. Contrairement à ses prédécesseurs, la CPI en tant qu'institution permanente est créée pour l'avenir, indépendamment de tout lien avec un conflit armé particulier. Cette circonstance peut constituer un facteur de mutation du droit pénal international. Auparavant conçu comme une sanction exceptionnelle aux violations du droit international humanitaire, le mécanisme répressif international s'institutionnalise et affaiblit le lien intrinsèque qui l'unissait au droit des conflits armés. Même si certains crimes relevant de la compétence de la Cour ne peuvent intervenir qu'en cas de conflit armé - crimes de guerre et crime d'agression - ou si d'autres, sont nettement favorisés par la survenance d'un tel conflit⁷⁶⁷ - crime contre l'humanité et génocide -, le mode de création de la Cour pénale internationale fait sortir le droit pénal international de l'emprise du conflit armé. Un crime contre l'humanité pourrait ainsi être réprimé par la CPI alors même qu'il aurait été commis indépendamment de tout conflit armé. Des perspectives intéressantes découlent de cette observation et confirment l'autonomie grandissante du droit pénal international vis-à-vis du droit international public.

La mise en place des Tribunaux *ad hoc*, au-delà de la répression des violations graves du droit international humanitaire dans les régions concernées, permettait également de faire la

⁷⁶⁷ Le préambule du Statut de la CPI en réaffirmant que « tous les Etats doivent s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force » reconnaît implicitement qu'il existe un lien important entre les conflits armés et les crimes internationaux.

lumière sur un conflit et d'établir les responsabilités de chaque partie⁷⁶⁸, contribuant ainsi au rétablissement et au maintien durable de la paix. Le Statut de la CPI vise au contraire des « situations ». Ce terme est bien évidemment plus neutre que celui de conflit armé et marque une volonté de désengagement sur le terrain du droit international public. La CPI ne se voit donc pas assigner de tâche relative au rétablissement de la paix. La création de la CPI n'est donc liée à aucun conflit armé en particulier et c'est pourquoi elle n'a pas vocation première à rétablir la paix.

Le Tribunal Militaire International de Nuremberg a été créé pour juger et punir de façon appropriée et sans délai, « les grands criminels de guerre » des pays européens de l'Axe.

Le TPIY a été créé pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 tandis que le TPIR a été créé afin de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda. Ces deux juridictions ont donc été ouvertement créées pour réprimer les violations du droit international humanitaire.

Même si l'article 8 du Statut de la Cour pénale internationale réprime le crime de guerre et renvoie donc indirectement au droit international humanitaire, la CPI a été créée dans une optique différente. Le préambule du Statut précise que la Cour a compétence « à l'égard des crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ». L'article premier du Statut fait quant à lui référence aux « crimes les plus graves ayant une portée internationale » et l'article 5 aux « crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ».

L'approche suivie est donc bien différente de celle adoptée lors de la création des Tribunaux *ad hoc*. D'une approche centrée sur la répression des violations du droit humanitaire, on passe à une approche plus pénaliste basée sur la gravité du crime commis. Alors que les TPI exerçaient leur compétence à l'égard des « personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire », la CPI exerce sa compétence à l'égard des

⁷⁶⁸ Il n'est pas certain que cet objectif ait été correctement atteint par les TPI. C'est notamment l'opinion des serbes en ce qui concerne le TPIY et des hutus en ce qui concerne le TPIR. Ces juridictions ont donc parfois été taxées de partialité.

« crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ». Le Statut de la CPI semble donc privilégier une approche axée davantage sur le crime et sur sa gravité. Cette orientation conduira nécessairement la Cour à s'affirmer davantage comme une cour pénale à vocation générale que comme une cour destinée à sanctionner les interdictions pénales liées au droit des conflits armés.

La compétence de la CPI ne s'organise donc pas autour de la répression des violations du droit international humanitaire auxquelles le Statut de la CPI ne fait d'ailleurs pas référence.

b) Affaiblissement de l'incrimination de crime de guerre

Alors que les articles 6 et 7 relatifs au crime contre l'humanité et au crime de génocide se contentent de comporter une définition du crime en question, l'article 8 relatif au crime de guerre comporte un paragraphe introductif rédigé comme suit : « La Cour a compétence à l'égard des crimes de guerre, en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle ». Cette disposition est tout d'abord redondante vis-à-vis de l'article 5 du Statut qui établit déjà la compétence de la Cour à l'égard du crime de guerre. Mais l'objet de cet article est ailleurs et vise en réalité à exclure la compétence de la CPI à l'égard des crimes de guerre « isolés »⁷⁶⁹.

La Cour sera « en particulier » compétente pour juger les crimes de guerre commis en exécution d'un plan ou les crimes de guerre commis à grande échelle. Selon William Bourdon, cette disposition introduit un « seuil de compétence »⁷⁷⁰. Durant les négociations relatives au Statut de Rome, la délégation américaine voulait introduire le terme « seulement » à la place du terme « en particulier ». Cette voie n'a pas été retenue et finalement l'article 8 paragraphe premier « provides a practical guideline for the ICC and above all the Prosecutor on what type of war crimes they should primarily focus, given the limited resources of the

⁷⁶⁹ Ce qui ne signifie pas pour autant que la définition du crime de guerre en soit altérée : « To be sure, article 8 para. 1 does not address or even alter the definition of war crimes under article 8. Plan, policy and large-scale commission are by no means required elements of war crimes » in ARNOLD (R.), BENNION (E.), COTTIER (M.), DORMANN (K.), VISEUR SELLERS (P.), ZIMMERMANN (A.), « Article 8 » in TRIFFTERER (O.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck. Hart. Nomos, 2008, p. 299.

⁷⁷⁰ BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 67.

ICC »⁷⁷¹.

Cette disposition révèle un affaiblissement de l'incrimination de crime de guerre dans le statut de la CPI. Pour conserver sa place au sein du Statut de la CPI, le crime de guerre doit emprunter certains traits caractéristiques du crime contre l'humanité tels que l'existence d'un plan ou d'une politique ou encore la commission de crimes analogues à grande échelle. Si le crime de guerre a toujours sa place dans le Statut de la CPI⁷⁷², il est toutefois intéressant de noter que d'une part, la Cour est encouragée à ne pas poursuivre les crimes de guerre isolés et que d'autre part, ce crime est directement concurrencé par le potentiel attractif du crime contre l'humanité et du génocide. De plus, nous allons assister à une forme de concurrence entre les crimes relevant de la compétence de la CPI. Cette concurrence se fera à la faveur du crime contre l'humanité et du crime de génocide car ils n'ont pas besoin d'être commis en relation avec un conflit armé. Ils peuvent être caractérisés en l'absence de conflit armé. Ils sont en effet autonomes et peuvent être perpétrés en temps de paix.

Les juridictions pénales internationales vont être de plus en plus fréquemment appelées à se prononcer sur des crimes de ce genre⁷⁷³, si bien que l'incrimination de crime de guerre pourra se révéler superflue. Sur l'échelle de la gravité, le crime contre l'humanité et le crime de génocide occupent en effet une place privilégiée qui relègue le crime de guerre à une position pratiquement accessoire.

Admettre que des crimes de grande ampleur puissent être commis indépendamment d'un conflit armé est donc nouveau. Initialement, le crime contre l'humanité était lié à un contexte de conflit armé. Ce n'est qu'en 1998, avec l'adoption du Statut de Rome qu'il obtient une autonomie complète. Dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, le conflit armé constituait la condition *sine qua non* qui régissait les différents crimes relevant de la compétence du tribunal. Les crimes contre l'humanité doivent en effet avoir été commis « à la suite de tout crime entrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime »⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ ARNOLD (R.), BENNION (E.), COTTIER (M.), DORMANN (K.), VISEUR SELLERS (P.), ZIMMERMANN (A.), « Article 8 » in TRIFFTERER (O.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck. Hart. Nomos, 2008, p. 299.

⁷⁷² Il faut d'ailleurs noter que l'article 8 fait partie des articles les plus longs du Statut.

⁷⁷³ Voir notamment dans le Chapitre II du titre II de cette partie, le paragraphe intitulé « banalisation de l'inhumain ». L'augmentation des revendications et des conflits interethniques poussera le Procureur à retenir le crime contre l'humanité et le génocide au détriment du crime de guerre car il ne sanctionne pas, contrairement aux deux autres incriminations, un comportement discriminatoire.

⁷⁷⁴ Voir article 6 de l'accord de Londres portant statut du tribunal de Nuremberg du 8 août 1945.

Le Statut du TPIY établit lui aussi un lien entre crime contre l'humanité et conflit armé. L'article 5 prévoit que le Tribunal est habilité à juger les personnes présumées responsables de certains crimes « lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit ». Le TPIY admet toutefois en 1997 dans l'affaire Tadic qu'il n'existe pas en droit coutumier de lien entre la commission d'un crime contre l'humanité et un conflit armé.

L'article 3 du Statut du TPIR évacue quant à lui toute référence au conflit armé et donne compétence au tribunal international pour juger les personnes responsables de certains crimes lorsqu'ils ont été commis « dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit ». Il suffit donc qu'une personne ait agi dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique pour pouvoir être éventuellement reconnue coupable de crime contre l'humanité. L'exigence d'un conflit armé en tant que tel ne figure pas dans le Statut du TPIR. On peut déjà y voir une première forme de recul du droit international humanitaire dans l'activité des juridictions pénales internationales.

La Cour pénale internationale va encore plus loin et allège encore le critère retenu dans le Statut du TPIR. D'un critère cumulatif – attaque généralisée *et* systématique – nous passons à un critère alternatif, l'attaque pouvant être « généralisée *ou* systématique ». Comme le constate Mireille Delmas-Marty, cette notion d'attaque introduit entre le temps de guerre et le temps de paix, un laps de temps indéfini et mieux adapté aux formes actuelles de criminalité globale⁷⁷⁵. La consécration de situations qui ne correspondent plus à la paix mais qui n'entrent pas non plus dans la définition d'un conflit armé affaiblit également la portée du droit international humanitaire.

En définitive, il n'est donc plus réellement possible de soutenir que la mission de la CPI s'inscrive dans le droit international public. C'était en effet la référence au droit international humanitaire qui permettait d'ancrer le droit pénal international à l'ordre juridique international. Sans ce point d'ancrage qui s'est finalement révélé assez artificiel, le droit pénal international affirme sa spécificité. L'attitude récente de l'ONU vis-à-vis de la Cour pénale internationale renforce cette idée.

⁷⁷⁵ Cours au Collège de France (5/03/2007), *Les interdits fondateurs : le paradoxe pénal* (non publié).

Les résolutions 1422 et 1487 du Conseil de sécurité des Nations Unies ont toutes les deux pour objet de stopper les éventuelles poursuites dont pourraient être victimes des ressortissants d'Etats non parties au traité de Rome et participant à des opérations de maintien de la paix⁷⁷⁶. Même si ces résolutions sont directement liées à l'hostilité des Etats-Unis à la Cour pénale internationale, il faut toutefois noter qu'elles établissent une séparation nette entre l'emploi de la force et la justice pénale internationale. Ceux qui maintiendront la paix dans le cadre des Nations Unies et dont leur Etat national n'a pas ratifié le traité de Rome ne pourront pas être attraités devant la Cour pénale internationale. Le maintien de la paix, activité clé des relations internationales se trouve ainsi en partie exclu du contrôle de la CPI. La justice pénale internationale ne se rapporte donc pas au système international dès lors qu'elle fait l'objet d'une application aléatoire.

De plus, le désengagement de l'Etat dans les conflits armés ne permet pas à la mise en jeu de la responsabilité pénale individuelle de constituer un palliatif à la responsabilité étatique.

§2. Impossibilité de sanctionner l'illicite étatique par le biais individuel

Selon Raphaëlle Maison, le principe de la responsabilité pénale individuelle trouve sa source dans la responsabilité étatique pour crime d'Etat⁷⁷⁷. Elle ancre donc fondamentalement le droit pénal international au droit international public. En effet, « la décision de poursuivre apparaît comme une sanction de l'Etat d'où émane l'activité criminelle qui met en danger l'ordre public du droit des gens »⁷⁷⁸. La source de la responsabilité pénale individuelle se trouve dans « la réaction au crime d'Etat »⁷⁷⁹. Elle y voit même une forme de réparation de l'illicéité étatique.

⁷⁷⁶ Voir résolution 1422 du Conseil de sécurité adoptée le 12 juillet 2002 : « *Demande*, conformément à l'article 16 du Statut de Rome, que, s'il survenait une affaire concernant des responsables ou des personnels en activité ou d'anciens responsables ou personnels d'un Etat contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome à raison d'actes ou d'omissions liés à des opérations établies ou autorisées par l'Organisation des Nations Unies, la Cour pénale internationale, pendant une période de 12 mois commençant le 1er juillet 2002, n'engage ni ne mène aucune enquête ou aucune poursuite, sauf si le Conseil de sécurité en décide autrement ».

⁷⁷⁷ MAISON (R.), *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en DIP*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

⁷⁷⁸ *Ibid.* p. 433.

⁷⁷⁹ *Ibid.*

La justice pénale internationale apparaît ainsi selon certains comme un « succédané de la justice interétatique »⁷⁸⁰. Le TPIY a en effet condamné pénalement des serbes pour le génocide de Srebrenica alors que la CIJ ne l'impute pas à la Serbie. Selon Syméon Karagiannis, « (e)n sanctionnant des dirigeants » la justice pénale internationale « épargne au droit international d'avoir à sanctionner les Etats »⁷⁸¹. La justice pénale internationale serait donc destinée à soulager et à compléter le droit de la responsabilité étatique.

Selon Raphaëlle Maison, la responsabilité pénale individuelle, telle qu'elle se trouve mise en œuvre par les juridictions pénales internationales, est une extension de la responsabilité de l'Etat qui relève bien du droit international public. La responsabilité pénale individuelle et par conséquent, le droit pénal international trouveraient donc leur fondement exclusif dans le droit international public. Si cette thèse a, pendant un temps, pu paraître fondée, tel n'est plus le cas aujourd'hui. À la faveur des évolutions des conflits armés mais également de la pratique des juridictions pénales internationales, cette analyse n'est plus satisfaisante.

Il est en effet de plus en plus rare que des personnes étatiques soient attirées devant les juridictions pénales internationales (A) mais en tout état de cause, dans l'hypothèse où elles le seraient, il ne faudrait nullement analyser la mise en jeu de leur responsabilité pénale comme une forme de responsabilité pénale de l'Etat (B).

A. RARÉFACTION DES OCCASIONS D'ATTRAIRES DES RESPONSABLES ÉTATIQUES

Les juridictions pénales internationales éprouvent des difficultés croissantes à atteindre l'Etat au travers le jugement pénal d'individus. Le crime d'agression qui aurait réellement permis de sanctionner des responsables étatiques est tombé en désuétude tandis que la CPI accepte d'être instrumentalisée par les Etats, abandonnant ainsi sa crédibilité pour effectuer par la suite de telles poursuites.

⁷⁸⁰ KARAGIANNIS (S.), « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique », *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 61.

⁷⁸¹ *Ibid.*

a) Désintérêt pour le crime d'agression

L'abandon progressif du crime d'agression invalide la thèse selon laquelle la responsabilité pénale individuelle permettrait de sanctionner l'illicite étatique.

Selon l'article 6 a) du Statut du TMI de Nuremberg, il faut entendre par crime contre la paix, « la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression ou d'une guerre de violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent »⁷⁸². On parle dorénavant de crime d'agression, expression plus neutre que celle de crime contre la paix.

Le manque d'intérêt actuel pour le crime d'agression marque une régression du droit international par rapport au procès de Nuremberg qui l'avait expressément sanctionné. Le crime contre la paix n'est-il pas, dans la majeure partie des cas, celui qui engendrera tous les autres⁷⁸³ (crimes de guerre, crime contre l'humanité et même, génocide) ? Comme le rappellent Patricia Buirette et Philippe Lagrange, « la guerre est criminogène »⁷⁸⁴ donc établir une sanction pénale à son déclenchement constituerait un moyen dissuasif important, capable de briser la spirale infernale des crimes qui en découlent⁷⁸⁵.

Il est intéressant de noter que cette notion aurait pu faire le lien entre le droit international public et le droit pénal international car le crime contre la paix ne peut être commis que par des autorités officielles et au nom d'un Etat. Condamner pénalement un individu pour ce crime aurait permis de donner un réel sens à l'interdiction du recours à la force, règle fondamentale du droit international et permettrait de sanctionner tout particulièrement des responsables étatiques car le « (l)e fait d'agression n'est généralement imputé qu'aux agents

⁷⁸² Voir article 6 de l'accord de Londres portant statut du tribunal de Nuremberg du 8 août 1945.

⁷⁸³ « Déclencher une guerre d'agression n'est donc pas seulement un crime d'ordre international : c'est le crime international suprême, ne différant des autres crimes de guerre que du fait qu'il les contient tous » *in Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg*.

⁷⁸⁴ BUIRETTE (P.), LAGRANGE (P.), *Le droit international humanitaire*, Editions La Découverte, Paris, 2008, p. 112.

⁷⁸⁵ « (l)a violence entraîne la violence (...) les circonstances peuvent transformer des gens ordinaires en tueurs » *in ibid*.

d'un Etat, et plus particulièrement à ses principaux dirigeants politiques »⁷⁸⁶. Il s'agit d'un « leadership crime, un crime de leader »⁷⁸⁷.

Les Statuts des TPI ne mentionnent pas le crime d'agression, se contentant de donner compétence au TPIY et au TPIR pour juger les violations graves du droit international humanitaire à savoir les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le crime de génocide. Le crime d'agression, qui ne correspondait d'ailleurs pas vraiment au contexte des conflits yougoslave et rwandais, est donc totalement passé sous silence dans les Statuts des TPI. Comme le remarque Mireille Delmas-Marty, le crime d'agression est « resté en panne » tandis que le crime de guerre s'est consolidé et que le crime contre l'humanité s'est autonomisé⁷⁸⁸. Danilo Zolo constate à cet égard : « (i)nternational crimes relating to *jus in bello*, i.e. war crimes, which are usually considered less serious than the crime of aggression, have been prosecuted and punished with special severity, especially by the ICTY, whereas « the suprem international crime » – war of aggression – mostly committed by political and military authorities of major powers, has not been mentioned in the statutes of international tribunals »⁷⁸⁹. Il s'agit selon cet auteur, d'une « normative and judicial pathology »⁷⁹⁰.

La justice pénale internationale évoluerait donc à une double vitesse, d'un côté les violations du *jus in bello* seraient correctement réprimées tandis que d'un autre, les violations du *jus at bellum* seraient ignorées. Comme le constate Aurélien-Thibault Lemasson, « (l)a compétence *ratione materiae* des juridictions internationales pénales récentes à l'égard du crime contre la paix est cruellement et délibérément précaire »⁷⁹¹. Il note par ailleurs un « contraste saisissant entre, d'une part, l'ampleur des travaux de recherche sur le crime contre la paix et, d'autre part, la modestie des consécutions »⁷⁹².

Le statut de la CPI fait pourtant réapparaître en 1998 l'incrimination de crime d'agression⁷⁹³. L'article 5 du Statut de la CPI donne en effet compétence à la Cour pour poursuivre les

⁷⁸⁶ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 53.

⁷⁸⁷ CONDORELLI (L.), « Responsabilité internationale d'Etats et d'individus en cas d'actes d'agression ou de terrorisme international », *Annuaire brésilien de droit international* 2006 p. 86.

⁷⁸⁸ Cours au Collège de France (5/02/2007), *Les interdits fondateurs : le paradoxe pénal* (non publié).

⁷⁸⁹ ZOLO (D.), « Who is Afraid of Punishing Aggressors ? On the Double-Track Approach to International Criminal Justice », *JICJ* 2007, n°4, p. 804.

⁷⁹⁰ *Ibid.* p. 804.

⁷⁹¹ LEMASSON (A.-T.), « Le crime contre la paix ou d'agression », *RSC* 2006, p. 289.

⁷⁹² *Ibid.* p. 281.

⁷⁹³ Même si l'insertion du crime d'agression dans l'article 5 du Statut de la Cour s'est faite très tard lors des négociations du Statut de Rome.

personnes responsables du crime d'agression. Pourtant, contrairement aux trois autres crimes relevant de la compétence de la Cour, celui-ci ne fait pas l'objet d'une définition, ce qui suspend automatiquement la compétence de la Cour à son égard. Le second paragraphe de l'article 5 précise en effet : « La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard. Cette disposition devra être compatible avec les dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies », privant ainsi la compétence de la CPI à l'égard de ce crime⁷⁹⁴. C'est donc par le biais de la procédure d'amendement et de révision du Statut que le crime devra être défini avant de pouvoir être réprimé par la CPI.

La Conférence de révision du Statut de la CPI se réunira prochainement mais quelles sont les chances d'aboutir à une définition ?

Comme le remarque William Bourdon, il s'agit « du crime international par nature le plus politique »⁷⁹⁵ et les Etats ne s'empresseront donc certainement pas de remédier à cette lacune statutaire. Les Etats ne veulent pas voir leurs possibilités d'actions militaires limitées⁷⁹⁶. Ils se réservent ainsi le droit d'agir militairement sans risquer de voir engagée la responsabilité pénale de leurs dirigeants sur ce seul fondement. En tout état de cause, même si les Etats parvenaient à définir le crime d'agression, que le Statut de la CPI intégrait cette modification, quelles sont les chances de voir effectivement un individu condamné pour agression ? Comme nous l'avons remarqué plus haut, les guerres interétatiques sont en passe de devenir obsolètes et les conflits armés se déroulent aujourd'hui souvent dans les frontières d'un seul et même Etat.

Le divorce semble donc, à bien des égards, consommé entre le droit international public et le droit pénal international. Le droit pénal international perd peu à peu les liens qu'il possédait

⁷⁹⁴ Sur le caractère illogique de cette démarche, voir ZIMMERMANN (A.), « Article 5 » in TRIFFTERER (O.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck. Hart. Nomos, 2008, p. 135 : « Pending the entry into force of such an amendment, the crime of aggression is, its status as a crime under customary international law notwithstanding, *de facto* not included in the Statute and one might wonder whether this *de jure* inclusion for political reasons, while keeping the hope alive that the crime might also *de facto* be included in the future, is legally relevant ».

⁷⁹⁵ BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 37.

⁷⁹⁶ À titre d'exemple, l'attaque de l'Irak par les Etats-Unis constitue bien un acte d'agression et par voie de déduction, un crime d'agression. En tout état de cause, rappelons que les Etats-Unis ne sont pas parties au Statut de Rome.

avec le droit international ; il cible des agissements criminels de nature plus individuelle que collective, permettant ainsi à la figure étatique d'être épargnée.

De plus, alors même que le Sénat français a adopté en première lecture le 10 juin 2008 le projet de loi portant adaptation du droit pénal au Statut de la CPI, il n'est nullement question de permettre la répression du crime d'agression. Si les Etats ayant ratifié le Statut de Rome incluent peu à peu dans leurs droits nationaux le crime de génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre, le crime d'agression est exclu de ce processus d'intégration. Ce crime est d'une nature si politique qu'il est inconcevable pour les Etats d'en réprimer pénalement la commission⁷⁹⁷. Compte tenu du caractère subsidiaire de la compétence de la CPI, l'essentiel des poursuites devrait pourtant avoir lieu à l'échelon national. Or, comme les droits nationaux se refusent à exercer ce genre de poursuites, il y a fort à parier que le crime d'agression ne sera jamais sanctionné.

L'impression que les juridictions pénales internationales seront de moins en moins appelées à sanctionner les responsables étatiques est renforcée par une certaine instrumentalisation de la CPI par les Etats.

b) Instrumentalisation de la CPI par les Etats eux-mêmes par le mécanisme des auto-renvois

La responsabilité pénale individuelle ne peut pas être conçue comme une forme de responsabilité étatique car bien souvent, les individus déférés devant la CPI ne permettent pas d'atteindre les Etats pour lesquels ils pourraient éventuellement être soupçonnés d'agir.

La Cour pénale internationale ne permettra pas de sanctionner indirectement des Etats car ce sont les Etats eux-mêmes qui font appel à la Cour, souvent d'ailleurs pour se affaiblir leurs opposants politiques⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ La Russie fait figure d'exception dans ce domaine (voir les articles 353 à 355 du code pénal de la Fédération de Russie ainsi que l'article 359).

⁷⁹⁸ « Self-referral had the great benefit of avoiding confrontation with states. It might even have encouraged ratifications of the ICC Statute when non-party states saw that the Prosecutor was not threatening their vital interests, indeed he might even be counted upon to partner with governments in the pursuit of their adversaries. With the first arrest warrants, it became obvious that this distorted the vision of those who struggled so hard to create the Court because of its comfortable relationship with states and its one-sidedness » *in* SCHABAS (W. A.), « Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court », *JICJ* 2008, vol. 6, n°4, p. 760.

Jusqu'à présent, quatre situations ont été déférées au Procureur. Trois l'ont été par des Etats. Ainsi, le 16 décembre 2003, le Président ougandais Yoweri Museveni a pris la décision de déférer la situation dans le nord du pays au Procureur de la CPI. De même, alors que le Procureur a fait savoir aux États parties qu'il était prêt, en vertu de l'article 15 § 1 du statut, à ouvrir une enquête de sa propre initiative concernant les crimes commis en République démocratique du Congo, le Président de la RDC a décidé de déférer la situation au Procureur de la CPI. Le 16 juin 2004, le Procureur a donc officiellement ouvert la première enquête de la CPI. Le 29 juillet 2004, le Procureur de la Cour pénale internationale a annoncé l'ouverture d'une enquête sur les crimes commis dans le Nord de l'Ouganda. Le 7 janvier 2005, le Procureur de la Cour pénale internationale a été saisi par le gouvernement centrafricain des crimes commis au cours du conflit ayant abouti à la prise de pouvoir du Président Bozizé.

Il est particulièrement frappant de constater que dans ces trois cas de figure, ce sont les Etats sur le territoire desquels les crimes ont été commis qui ont déféré la situation au Procureur de la CPI. On aurait légitimement pu s'attendre à ce que ce soit des Etats tiers qui « dénoncent » les crimes commis en cas de défaillance de l'Etat à les prévenir ou à les réprimer. Que faut-il en conclure ? Est-ce pour faire preuve de coopération face à des auto-saisines imminentes du Procureur que la République démocratique du Congo a par exemple déféré la situation du Procureur en vertu du a) de l'article 13 ?

Dans le cas ougandais, on peut même craindre un risque d'instrumentalisation de la Cour. En effet, le président Museveni qui avait offert une amnistie aux dirigeants de la LRA si le processus de paix aboutissait, a finalement décidé de déférer la situation de son pays au Procureur de la CPI. La saisine de la CPI a donc semble-t-il pesé dans la signature d'un accord de paix avec les forces rebelles responsables des crimes internationaux. Il faut noter que lors des travaux de la Commission du droit international sur la création d'une cour criminelle internationale, le représentant du Chili, Edmundo Varga Carreno soulignait que « (l) a création d'une cour criminelle internationale ne saurait signifier que l'Etat doive renoncer à l'exercice de sa compétence »⁷⁹⁹.

Seule l'affaire soudanaise, parce qu'elle a été déférée par le Conseil de sécurité, semble à même d'impliquer des responsables étatiques. Le Procureur de la CPI a d'ailleurs récemment

⁷⁹⁹ *Annuaire de la Commission du droit international 1994*, vol. I. p. 33, §12.

affiché sa volonté d'attirer devant la Cour le président en exercice du Soudan, Omar Hassan Ahmad Al Bashir. Plus la saisine de la CPI est éloignée des autorités de l'Etat sur le territoire duquel les crimes sont commis, plus la CPI a de chances d'attirer des personnes officielles. C'est cependant certainement pour cette raison que les enquêtes piétinent et que les chances d'aboutir à des condamnations pour les crimes commis s'amenuisent.

Les modalités de saisine de la Cour pénale internationale qui étaient supposées permettre à un Etat de dénoncer les agissements d'un autre membre de la Communauté internationale, ont ainsi été largement dévoyées par certains Etats africains. La Cour pénale internationale ne peut dès lors pas apparaître comme une Cour au service du droit international public. Les accusés attirés devant la Cour pénale internationale apparaissent ainsi comme des individus isolés, dont l'éventuelle condamnation ne sera pas susceptible de rejaillir sur leur Etat national. Le droit pénal international trouve ainsi son fondement dans un ordre juridique qui n'est pas celui du droit international public.

De plus, le fait que les conflits armés internes constituent aujourd'hui la majeure partie des conflits dans le monde relativise la possibilité de pacifier les relations entre Etats en procédant au jugement des criminels de masse. Les juridictions pénales internationales vont devoir juger un nombre croissant d'individus, indépendamment de leur qualité officielle.

Enfin, la qualité officielle des accusés ne revêt pas toujours un aspect fondamental devant les TPI, ce qui prouve qu'on ne cherche pas réellement à poursuivre les individus responsables du crime d'Etat. La poursuite de responsables des médias par le TPIR démontre en effet, que le droit pénal international s'est détaché des objectifs du droit international public et a diversifié les personnes susceptibles de répondre de leurs actes devant des juridictions internationales. La diversification des personnes soumises au respect des normes pénales internationales invalide la thèse soutenue par Raphaëlle Maison.

Le « développement d'une violence incontrôlée, notamment du fait d'acteurs non étatiques »⁸⁰⁰, limite par ailleurs la possibilité pour la CPI de juger des responsables étatiques. En toute hypothèse, si la CPI était appelée à juger un responsable étatique, le fondement de la

⁸⁰⁰ SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, 2004, p. 393.

responsabilité encourue ne constituerait pas davantage une sanction indirecte de l'illicite étatique.

B. FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ ENCOURUE PAR LES HAUTS RESPONSABLES

Avant d'aborder le fondement réel de la responsabilité pénale des hauts dirigeants, il convient de dissiper les confusions relatives au rôle de la structure étatique dans la commission d'un crime de masse.

a) Confusion quant à l'implication de la structure étatique dans le crime de masse

L'écueil visant à concevoir la responsabilité pénale internationale comme une forme de responsabilité interétatique s'explique certainement par la difficulté d'appréhender les crimes de masse au regard des outils juridiques classiques⁸⁰¹. Le crime contre l'humanité ou le génocide sont des crimes de masse d'une part, parce qu'ils touchent un large nombre de victimes et d'autre part, parce qu'ils sont commis par un grand nombre de commettants⁸⁰². Du fait de leur caractère exceptionnel et démesuré, il est donc très difficile d'appréhender correctement ces crimes.

L'organisation étatique fait alors rapidement figure de coupable idéal face à cette macro-criminalité. Cette attitude qui a naturellement tendance à occulter les responsabilités individuelles⁸⁰³ est par conséquent dangereuse. Si certains peuvent considérer que reconnaître un Etat comme responsable d'un crime constitue une avancée pour le droit, nous considérons au contraire que cette attitude a plutôt tendance à dédouaner la population de cet Etat de la responsabilité qui est la sienne dans le ou les crimes en question.

⁸⁰¹ « Traditionally, the difficulty in attributing criminal behaviour (as defined in international criminal law) to individuals derives from the fact that classical criminal law categories are built on a « mononuclear » paradigm (one author, one fact, one victim). Such categories therefore seem largely inapplicable to macrocriminality. Oversimplifying, one could say that « individual » criminal responsibility, as a principle, is inadequate for explaining « collective » criminality » *in* MANACORDA (S.), « Foreword », *JICJ* 2007, n°4, p. 913.

⁸⁰² L'exemple du génocide rwandais est à cet égard très parlant.

⁸⁰³ « The focus on the state and the lack of criminological, sociological and anthropological studies have meant that actor's behaviour has never been at the center of concern for these researchers » *in* LIWERANT (S.), « Mass Murder : Discussing Criminological Perspectives », *JICJ* 2007, n°4, p. 927.

Analyser des crimes de masse comme des crimes de l'Etat résulte d'un raisonnement contestable notamment parce qu'il aboutit à déculpabiliser les populations sur qui pèsent la responsabilité principale.

La politique génocidaire menée en Allemagne par le IIIème Reich a profondément marqué la perception et la manière dont sont depuis analysés les crimes de masse. Au sortir de la seconde guerre mondiale, on a cru que sans l'Etat, les nazis n'auraient pas pu arriver à leurs fins⁸⁰⁴. En raison du caractère « industriel » de la Shoah, un lien systématique entre l'Etat et la commission d'un génocide a été établi. Pourtant, des crimes de masses plus récents prouvent bien que l'Etat n'est pas toujours impliqué ou peut l'être à un degré bien moindre. L'exemple du génocide rwandais est à cet égard éloquent.

De plus, même dans le cas de la Shoah, toute la responsabilité du crime ne saurait être endossée par une personne morale. En effet, « millions of Germans contributed to the injustices committed by the major war criminals tried by the IMT »⁸⁰⁵. L'organisation minutieuse et implacable du génocide des juifs a donné à penser que l'Etat allemand était le seul responsable. Pourtant c'est oublier les responsabilités collectives qui sous-tendent ces phénomènes. Même dans le cas du IIIème Reich, on ne peut occulter totalement la responsabilité du peuple allemand d'autant plus qu'Adolf Hitler est arrivé au pouvoir dans des conditions tout à fait démocratiques. Analyser les crimes de masse comme des crimes d'Etat aboutit donc à dédouaner les populations de leur responsabilité en la matière. Cette lecture des faits est donc contestable puisqu'elle conduit à éluder des questions fondamentales. Il ne suffit pas de pointer du doigt et de juger quelques responsables de haut rang pour empêcher de tels crimes de se reproduire. Plutôt que de voir les leaders politiques comme des criminels en puissance qui oppriment la population, pourquoi ne pas s'interroger sur le rôle joué par la population elle-même ?

Ce n'est pas parce que les dirigeants étatiques « représentent » l'Etat qu'ils sont condamnés mais parce qu'ils sont en position d'autorité et représentent la population.

⁸⁰⁴ « At Nuremberg, for the first time in history, individuals stood trial for what was arguably state policy » in BURCHARD (C.), « The Nuremberg Trial and its Impact on Germany », *JICJ* 2006, n°4, p. 806.

⁸⁰⁵ *Ibid.* p. 824.

b) Responsabilité liée à la place des dirigeants dans la chaîne de commandement

Quand bien même des chefs d'Etat ou autres responsables politiques seraient jugés, le fondement de leur responsabilité ne se situe pas dans une sanction de l'illicite étatique. Les dirigeants politiques ou militaires sont le cas échéant sanctionnés en raison de leur place au sein de la chaîne de commandement. La responsabilité des dirigeants s'explique donc assez simplement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à des notions de droit international public. La responsabilité pénale individuelle mise en œuvre par les juridictions pénales internationales ne connaît donc pas d'explication sous-jacente en relation avec le droit de la responsabilité étatique. La preuve en est d'ailleurs que la responsabilité pénale des individus touche et est appelée à toucher plus souvent des personnes qui ne sont pas directement liées aux autorités officielles.

Toutefois, le Procureur de la CPI a récemment annoncé son intention d'engager des poursuites à l'égard du président soudanais en exercice, Omar Hassan Ahmad Al Bashir et relancé la question de la responsabilité encourue par les hauts dirigeants. Luis Moreno-Ocampo, a en effet présenté le 14 juillet 2008 des éléments de preuve qui démontrent que le Président du Soudan, a commis des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre au Darfour et a demandé la délivrance d'un mandat d'arrêt à la Chambre préliminaire I. Omar Al Bashir est en effet soupçonné d'avoir cherché à détruire, dans une large mesure, les ethnies four, masalit et zaghawa en tant que telles. Le Procureur a même informé les autorités étatiques qu'elles devaient se tenir prêtes à effectuer des arrestations.

Le fait que des dirigeants étatiques puissent faire l'objet de sanctions pénales, ne signifie pas que le droit pénal international sanctionne l'illicite étatique. Non loin d'invalider notre thèse, cet exemple prouve bien que la responsabilité des dirigeants n'est pas différente de celle encourue par les opérationnels ou les subalternes. Dans la mesure où les peuples ont des dirigeants, il est normal que ces dirigeants jouent, en cas de violence avérée, un rôle plus important que le citoyen anonyme. De la même manière qu'en droit interne, certaines personnes voient leur responsabilité accrue du fait de leurs fonctions, les dirigeants politiques « centralisent » les agissements de l'exécutif et sont particulièrement visés par les juridictions pénales internationales. Il ne faut donc pas analyser l'éventuel jugement d'un dirigeant étatique par une juridiction internationale comme une mise en jeu de la responsabilité internationale de l'Etat. Il s'agit seulement de prendre en compte le niveau de responsabilité

exercé par cette personne compte tenu de sa position officielle.

Pour apporter une réponse efficace aux défis actuels, il faut donc sortir du carcan interétatique du droit pénal international pour cibler les menaces réelles. Ces menaces proviennent de personnes qui n'agissent pas au nom d'un Etat. C'est notamment le cas des employés des sociétés militaires privées mais aussi des casques bleus qui agissent comme des gendarmes de la paix, indépendamment de tout lien avec leur Etat national.

Après quelques années de fonctionnement, les juridictions pénales internationales laissent peu à peu transparaître leur véritable identité. Ces juridictions, pénales par nature, n'ont d'autre objectif que de réprimer des crimes dont l'extrême gravité heurte la conscience. Même si au départ, elles ont semblé être intégrées au droit international public, elles affirment de plus en plus leur caractère autonome. Ce faisant, les juridictions pénales internationales se révèlent peut-être moins ambitieuses que ce que l'on aurait pu croire lors de leur création⁸⁰⁶.

Si dans un premier temps le droit pénal international a semblé s'intégrer au droit international public, l'isolement dans lequel certaines notions se sont développées ne laisse planer aucun doute quant à l'autonomie des deux matières.

SECTION II : DISSOCIATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

En raison des évolutions évoquées dans la section précédente, nous constatons que le droit pénal international et le droit international public répondent à des régimes différents et élaborent des solutions distinctes. Nous sommes en effet aujourd'hui confrontés à un véritable dédoublement de certains concepts à la fois internationaux et pénaux (§ 1), ce qui n'est pas sans conséquences d'un point de vue juridictionnel (§ 2).

⁸⁰⁶ FERNANDEZ (J.), « Génèse et déclin de l' « esprit de Rome » », *AFRI* 2006, vol. VII, p. 59-76.

§1. Dédoublement des notions

Sous des appellations similaires, des notions totalement distinctes ont pris forme à la fois en droit international public et en droit pénal international. Le droit de la responsabilité (A) et la définition des crimes (B) ont en effet vu leur régime se scinder.

A. LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ

Si le dédoublement du critère du contrôle s'est fait à la faveur des juridictions pénales internationales, la CIJ a, quant à elle, admis qu'un Etat pouvait être responsable d'un génocide.

a) Dédoublement du critère de contrôle

En droit international public, un acte doit être imputable à un Etat pour engager sa responsabilité. Cette donnée qui constitue sans hésitation possible un principe général du droit n'est toutefois pas envisagée de la même manière en droit international public et en droit pénal international. La CIJ et le TPIY ont à ce sujet, des divergences profondes témoignant de l'isolement et de l'indépendance des deux matières.

Un Etat ne peut voir sa responsabilité internationale engagée que si une violation d'une obligation internationale lui est imputable. En principe, l'Etat qui peut voir sa responsabilité engagée par l'ensemble de ses organes n'est pas responsable du fait des particuliers. Lorsque la question s'est posée de savoir sous quelles conditions les actes de troupes paramilitaires pouvaient engager la responsabilité d'un Etat ou d'une personne physique, des solutions distinctes ont été élaborées par la CIJ d'une part et par le TPIY d'autre part.

C'est la CIJ qui s'est en premier lieu prononcée sur cette question à l'occasion d'un différend opposant le Nicaragua aux Etats-Unis. Les violations du droit international humanitaire commises par les opposants nicaraguayens au régime sandiniste étaient-elles imputables aux Etats-Unis ? La Cour n'a pas répondu à cette question par l'affirmative dans la mesure où bien que déterminant, le soutien des Etats-Unis à ces troupes ne permettait pas de conclure que « les Etats-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de

l'homme et au droit humanitaire allégués par l'Etat demandeur »⁸⁰⁷.

Pour être imputables à l'Etat américain, les violations des droits de l'homme commises par les *contras* auraient dû l'être à l'occasion d'opérations « effectivement » contrôlées par les Etats-Unis, peu important à cet égard les preuves tangibles d'assistance, d'équipement et autres formes de financement. L'Etat, pour se voir imputer les actes de troupes paramilitaires ne doit pas se contenter d'apporter une simple assistance financière et technique ; il doit participer à la planification des opérations militaires et doit les superviser. Il doit en d'autres termes disposer d'un contrôle « effectif » sur les troupes en question⁸⁰⁸. Voici donc résumée la position de la Cour internationale de Justice sur la question de l'imputabilité des actes de troupes paramilitaires à un Etat.

Pourtant, en 1999, le TPIY appelé à se prononcer à son tour sur cette question, a adopté une position différente. Afin de déterminer quelles règles du droit international humanitaire devaient s'appliquer aux victimes des serbes de Bosnie, le TPIY a dû trancher la nature du conflit armé - interne ou international - qui a secoué la région. Ainsi, bien que chargé en premier lieu de se prononcer sur la responsabilité pénale individuelle, le TPIY s'est, à titre exceptionnel, prononcé sur des questions d'imputabilité de la responsabilité étatique⁸⁰⁹.

Le TPIY, pour déterminer si les actes des serbes de Bosnie étaient imputables à la Serbie, a adopté une position différente de celle de la CIJ. Il a en effet abandonné le critère défini plus haut et identifié comme étant le critère du contrôle effectif au profit de celui du contrôle global: « In the case at issue, given that the Bosnian Serb armed forces constituted a "military organization", the control of the FRY authorities over these armed forces required by international law for considering the armed conflict to be international was *overall control* going beyond the mere financing and equipping of such forces and involving also participation in the planning and supervision of military operations. By contrast, international rules do not require that such control should extend to the issuance of specific orders or instructions relating to single military actions, whether or not such actions were contrary to

⁸⁰⁷ Arrêt de la CIJ du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), *Rec.* 1986, § 115, p. 64-65.

⁸⁰⁸ « Pour que la responsabilité juridique de ces derniers soit engagée, il devrait en principe être établi qu'ils avaient le contrôle effectif des opérations militaires au cours desquelles les violations en question se seraient produites » *in ibid.* p. 65.

⁸⁰⁹ Ce n'est pas parce que le juge pénal international applique à titre incident des règles de droit international public « pur » qu'il devient automatiquement un juge international.

international humanitarian law »⁸¹⁰.

L'imputabilité des actes de troupes paramilitaires à un Etat n'exige pas que ce dernier ait émis des ordres spécifiques à l'occasion de chaque opération militaire. C'est sur ce point précis que la position du TPIY se distingue de celle adoptée par la CIJ. Nous constatons donc une fois encore que les juges du TPIY cherchent à ancrer leur raisonnement au droit international public. D'ailleurs, à travers cet exemple, il est évident qu'ils cherchent même à faire évoluer le contenu du droit international public.

La controverse entre les deux juridictions est intacte comme en témoigne la réaffirmation par la CIJ en 2007 de la pertinence du critère du contrôle effectif. Dans une affaire opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie, la CIJ devait déterminer si les diverses violations des droits de la personne humaine commises en Bosnie-Herzégovine constituaient un génocide imputable à la Serbie Monténégro. La CIJ, tout en ayant conscience du critère développé par le TPI dans l'arrêt Tadic, choisit de maintenir la position qu'elle avait adoptée en 1986 à savoir l'exigence d'un contrôle effectif sur les troupes paramilitaires. En effet, elle considère qu'il n'appartient pas au TPIY de se prononcer sur la responsabilité des Etats, mais bien sur la responsabilité pénale des individus.

Ces divergences jurisprudentielles mettent en évidence la dualité du régime de l'imputabilité. Les juridictions pénales internationales sont autonomes par rapport à la CIJ et elles n'hésitent pas à élaborer des positions ouvertement contraires à des solutions établies de longue date. Les TPI affirment donc à la fois leur volonté de jouer un rôle dans l'évolution du droit international et leur autonomie par rapport aux solutions traditionnelles. Comme le constate Eric David, « (r)esponsabilité internationale classique ou responsabilité internationale pénale, aucune des deux n'absorbe ou n'exclut l'autre : chacune a son champ d'application propre, et il peut arriver qu'une violation du droit des conflits armés entraîne la responsabilité de l'Etat auquel elle est imputable, mais non la responsabilité internationale pénale de l'agent qui l'a commise, ou l'inverse, ou les deux »⁸¹¹.

Le TPIY constate lui-même qu'il existe à présent une dualité en matière de responsabilité : « (l)a responsabilité pénale individuelle pour violation du droit international humanitaire ne

⁸¹⁰ Le Procureur c/ Dusko Tadic, Chambre d'appel, Arrêt, 15 juillet 1999, § 145.

⁸¹¹ DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 677.

dépend pas de la participation de l'État et, réciproquement, sa participation à la perpétration du crime n'en excuse pas pour autant l'auteur »⁸¹².

C'est dans ce contexte que la CIJ a admis la possibilité d'imputer un génocide à un Etat.

b) Possibilité d'imputer un génocide à un Etat

L'arrêt du 27 février 2007 a donné l'occasion à la CIJ de se prononcer sur la mise en jeu de la responsabilité d'un Etat pour génocide. Cette affaire qui avait pour toile de fond les diverses violations des droits de la personne humaine commises en Bosnie-Herzégovine dans les années 90 s'est vite focalisée autour de la question de savoir si ces violations constituaient un génocide imputable à la Serbie Monténégro. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide constituait en effet pour la Bosnie-Herzégovine, le seul moyen d'attirer la Serbie Monténégro devant la CIJ.

Pour la Serbie, « la convention sur le génocide n'engage pas la responsabilité des Etats à raison d'actes de génocide en tant que tels » et consiste en une obligation de prévention et de répression de ce crime. La Cour reconnaît que la Convention de 1948 n'impose pas expressément aux parties de ne pas commettre elles-mêmes de génocide⁸¹³.

Selon Pierre-Marie Dupuy, les travaux préparatoires de la Convention de 1948 révèlent que les délégations ont pris « grand soin de limiter son objet à la détermination des seules obligations d'encadrement faites aux Etats parties à l'égard des individus placés sur leur territoire »⁸¹⁴. De plus, comme le constate John Quigley, « (t)he articles that impose duties on states nowhere specify that a state must refrain from perpetrating genocide »⁸¹⁵. Luigi Condorelli insiste lui aussi sur le fait que la Convention de 1948 « prend le génocide en considération en tant que crime d'individu »⁸¹⁶ : « (c)e sont les individus qui font le génocide, ce sont les Etats qui doivent prévenir, réprimer, saisir les organes des Nations-Unies »⁸¹⁷.

⁸¹² Affaire *Kunurac*, Chambre de première instance, 22/02/2001, § 470.

⁸¹³ Voir § 166 de l'arrêt.

⁸¹⁴ DUPUY (P.-M.), « Crime sans châtimeut ou *mission accomplie* ? », RGDIP 2007, p. 246.

⁸¹⁵ QUIGLEY (J.), *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Ashgate, 2006, p. 223.

⁸¹⁶ CONDORELLI (L.), « Responsabilité internationale d'Etats et d'individus en cas d'actes d'agression ou de terrorisme international », *Revue brésilienne de droit international* 2006, p. 96.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 98.

Ainsi, « the view that States can commit genocide in the sense of « State crimes » finds little support »⁸¹⁸. De plus, la transposition du critère de l'intention à des personnes morales n'est pas aisée. Comme le remarque Antonio Cassese, « (s)tates have consistently shied away from the notion that they themselves might be held criminally responsible for genocide. In their view, states as international subjects may not commit *crimes* proper: they can only incur state responsibility for *internationally wrongful acts* », par conséquent, « it would be inappropriate to apply criminal law categories to their conduct »⁸¹⁹.

La CIJ choisit pourtant d'une manière audacieuse d'affirmer que les Etats sont tenus en vertu de la Convention de 1948 de ne pas commettre, par l'intermédiaire de leurs organes ou de personnes ou groupes de personnes dont le comportement leur est attribuable, le génocide ni aucun des autres actes énumérés à l'article III. La Cour considère que l'article premier de la Convention rédigé comme suit: « Les Parties contractantes confirment que le génocide, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens, qu'elles s'engagent à prévenir et à punir » a pour effet d'interdire aux Etats parties de commettre eux-mêmes un génocide⁸²⁰. Comme les Etats ont qualifié le génocide de crime de droit des gens, ils se sont logiquement engagés à ne pas commettre eux-mêmes le génocide. De plus, « (i)l serait paradoxal que les Etats soient ainsi tenus d'empêcher, dans la mesure de leurs moyens, des personnes sur lesquelles ils peuvent exercer une certaine influence de commettre le génocide, mais qu'il ne leur soit pas interdit de commettre eux-mêmes de tels actes par l'intermédiaire de leurs propres organes, ou des personnes sur lesquelles ils exercent un contrôle si étroit que le comportement de celles-ci leur est attribuable selon le droit international »⁸²¹. Pour la Cour, « l'obligation de prévenir le génocide implique nécessairement l'interdiction de le commettre »⁸²².

Ainsi, si un organe de l'Etat commet un génocide, celui-ci engage la responsabilité de cet Etat. Certains auteurs critiquent cette attitude qui aboutit à l'assimilation systématique du crime d'un organe étatique à un crime de l'Etat: « La Cour retient donc la règle de l'attribution « automatique »: un génocide commis ne serait-ce que par un seul organe de l'Etat est un génocide commis par l'Etat lui-même ! (...) Là où, hier encore, on se demandait

⁸¹⁸ SCHABAS (W.A.), *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, p. 446.

⁸¹⁹ *Ibid.* p. 877.

⁸²⁰ Voir § 166 de l'arrêt précité.

⁸²¹ *Ibid.*

⁸²² *Ibid.*

si un Etat peut commettre un génocide, la Cour répond non seulement que c'est possible, mais aussi que c'est facile ! »⁸²³. Ces auteurs considèrent qu'avant d'imputer un génocide à un Etat, la Cour devra s'assurer que « ses dirigeants ont adopté, entrepris ou approuvé, de manière expresse ou implicite (par leur comportement) un plan, une politique ou des actes génocidaires »⁸²⁴.

Le passage dans lequel la Cour considère que la Convention de 1948 met à la charge des Etats une obligation de ne pas commettre le génocide n'est à notre sens pas satisfaisant car il ne prend pas en compte la nature particulière de la responsabilité étatique. Cette responsabilité n'a jamais été de nature pénale mais elle se trouve à présent actionnée pour sanctionner des actes de nature criminelle commis par des organes étatiques.

Lorsque la CEDH reconnaît qu'un Etat a violé l'article 3 de la Convention relatif à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, elle n'impute pas réellement l'acte criminel à l'Etat comme le raisonnement de la CIJ semble désormais l'autoriser. En effet, selon l'article premier de la Convention EDH les parties reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction un ensemble de droits et de libertés que le reste de la convention énumère. Ainsi, lorsqu'un Etat est condamné pour violation de l'article 3, la Cour ne lui impute pas réellement l'acte de torture, elle le sanctionne pour n'avoir pas su garantir à un individu le droit de ne pas être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

L'attitude de la CIJ visant à admettre qu'un Etat puisse être tenu responsable pour un crime est donc tout à fait nouvelle et témoigne d'un véritable dédoublement des notions. En admettant que les dispositions de la convention de 1948 sont applicables à un Etat, la CIJ attire vers elle un concept purement pénal qui ne relève pas du droit international public. De la même manière que les juridictions pénales internationales ont façonné un critère d'imputabilité qui leur était propre, la CIJ utilise un instrument du droit pénal international pour mettre en jeu la responsabilité d'un Etat. Ces emprunts respectifs fragmentent les notions juridiques existantes et témoignent de l'existence de corps de règles distincts.

⁸²³ BANNELIER (K.), CHRISTAKIS (T.), « Qu'est-ce qu'un génocide et quand un Etat est-il responsable pour ce crime ? Analyse de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro* (26 février 2007) », *RBDI* 2007, p. 279.

⁸²⁴ *Ibid.*, p. 281.

Que ce soit dans le cas de l'imputabilité ou du génocide, si les termes sont les mêmes, les conditions d'application diffèrent. Nous sommes donc face à des questions nettement séparées. Pierre-Marie Dupuy met en lumière la « dualité » de la responsabilité pour crime de génocide, « pénale lorsqu'elle vise les individus, non pénale lorsqu'elle est susceptible de s'appliquer à un Etat »⁸²⁵. Luigi Condorelli soulève lui aussi le problème de l'enchevêtrement des responsabilités⁸²⁶. A propos du crime de génocide, Joe Verhoeven constate quant à lui que « (l)es deux « crimes », qui se situent dans deux plans différents, ne sont pas parfaitement interchangeables »⁸²⁷. Leurs définitions sont donc soumises à d'importantes variations.

B. LA DEFINITION DES CRIMES

Comme certaines notions ont désormais une existence à la fois en droit international public et en droit pénal international, des définitions différenciées ont vu le jour dans chacun de ces domaines. Sous un vocabulaire unique, le génocide et l'agression font l'objet d'une perception différente selon qu'ils relèvent du droit pénal international ou du droit international public.

a) Le génocide

La CIJ s'est prononcée dans son arrêt du 27 février 2007 sur des questions qui avaient déjà été abordées sous l'angle de la responsabilité pénale individuelle par le TPIY. Cet arrêt porte les traces d'une dissociation des régimes afférant au crime de génocide. Bien que la Cour ait admis la possibilité qu'un Etat puisse être internationalement responsable pour un acte criminel, elle n'a pas été en mesure d'imputer le génocide de Srebrenica à la Serbie Monténégro.

Pour engager la responsabilité pénale d'un individu pour génocide, il est nécessaire de prouver que celui-ci a commis un meurtre ou un autre acte visé par la Convention de 1948 en

⁸²⁵ DUPUY (P.-M.), « Crime sans châtement ou *mission accomplie* ? », RGDIP 2007, p. 249.

⁸²⁶ CONDORELLI (L.), « Responsabilité internationale d'Etats et d'individus en cas d'actes d'agression ou de terrorisme international », *Revue brésilienne de droit international* 2006 p. 54 : « S'il s'agit d'un comportement, il y a un responsable, pas deux, sauf si les deux sont en coopération, mais pour le même génocide peut-on accuser d'une part Monsieur Milosevic, et de l'autre part l'Etat auquel appartient Monsieur Milosevic ? Est-ce qu'il n'y a pas double emploi entre ces procédures ? ».

⁸²⁷ VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide – Originalité et ambiguïté », *RBDI* 1991, p. 12.

ayant l'intention de détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, en tant que tel.

Pour engager la responsabilité d'un Etat sur ce même fondement, les choses sont plus complexes. Selon la Serbie, pour établir la responsabilité de l'Etat pour génocide, il faut que la responsabilité d'un auteur individuel ait été préalablement établie, conformément aux règles du droit pénal. Selon cette argumentation, la compétence de la CIJ pour se prononcer sur l'imputabilité d'un génocide à un Etat serait donc subordonnée à la condamnation pénale de certains individus pour ces faits. La CIJ réaffirme sa capacité à déterminer seule si un génocide a été commis⁸²⁸ et conclut qu'un Etat « peut voir sa responsabilité engagée en vertu de la Convention pour génocide et complicité de génocide, sans qu'un individu ait été reconnu coupable de ce crime ou d'un crime connexe »⁸²⁹.

Certains juges de la CIJ émettent pourtant des doutes concernant la capacité de la CIJ à constater un génocide. Dans son opinion séparée, le juge Tomka rappelle que la compétence de la CIJ n'est nullement pénale et que la procédure applicable est inadaptée aux besoins du procès pénal. D'ailleurs, contrairement à une juridiction pénale, la CIJ ne dispose pas d'un règlement de preuve et de procédure qui puisse l'aider à déterminer si un crime a été commis. Enfin, aucune procédure d'appel n'existe devant la CIJ⁸³⁰. Pour l'ensemble de ces raisons, le juge Tomka considère que la CIJ ne devrait pas se prononcer sur la question de savoir si un Etat a commis en génocide au sens de l'article IX de la Convention de 1948.

De surcroît, selon le juge Mahiou, « la Cour n'est pas équipée juridiquement et matériellement pour mener les enquêtes nécessaires pour établir la culpabilité des personnes qui seraient les auteurs d'actes de génocide, alors même que cela est le point de départ pour ensuite établir si ces actes sont imputables à des personnes ou organes relevant, à un titre ou un autre, de l'Etat mis en cause pour violation de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide »⁸³¹. *A contrario*, cela signifie que si une nouvelle affaire de

⁸²⁸ « Les différences entre la Cour et les juridictions appelées à juger des personnes accusées d'infractions pénales, sur le plan de la procédure et des pouvoirs qui leur sont conférés, ne signifient pas en elles-mêmes que la Cour soit empêchée de conclure qu'il y a eu commission du génocide ou des autres actes énumérés à l'article III. En vertu de son Statut, la Cour est habilitée à entreprendre cette tâche, en appliquant le critère d'établissement de la preuve qui convient s'agissant d'accusations d'une exceptionnelle gravité », § 181 de l'arrêt.

⁸²⁹ § 182 de l'arrêt.

⁸³⁰ Pour l'ensemble de ces arguments, voir l'opinion séparée du juge Tomka, § 60.

⁸³¹ Opinion dissidente du Juge Mahiou, § 62.

ce type venait à se présenter devant la CIJ, sans qu'aucune juridiction pénale internationale ne se soit prononcée, la CIJ serait incapable de la traiter correctement car la société des Etats ne l'a pas dotée de moyens adéquats pour réaliser une telle tâche⁸³².

Dans l'affaire opposant la Bosnie-Herzégovine à la Serbie Monténégro, la CIJ conclut que des meurtres et des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale ont été commis à Srebrenica avec l'intention spécifique de détruire en partie le groupe des Musulmans de Bosnie-Herzégovine comme tel. La Cour en conclut donc que des actes de génocide ont été commis dans le cadre d'opérations menées par des membres de la VRS.

Pour les raisons abordées plus haut, la CIJ n'a pas imputé à la Serbie Monténégro la responsabilité de ces actes de génocide. En utilisant le terme d'actes de génocide⁸³³ et non celui de génocide, la CIJ affirme son indépendance par rapport au droit pénal international⁸³⁴. S'interroger sur l'imputabilité d' « actes de génocide » à un Etat permet à la CIJ de nuancer son propos et de distinguer naturellement son raisonnement de celui du TPIY. De plus, en parlant d'actes de génocide et non d'un génocide, la Cour montre également qu'à ses yeux, l'Etat serbe n'a pas donné l'ordre de détruire la population musulmane.

Cet arrêt n'en est pas moins paradoxal : alors que la CIJ reconnaît que des actes de génocide ont été commis, elle refuse de les imputer à la Serbie. Les interactions entre le droit pénal international et le droit international public provoquées par la CIJ se révèlent donc stériles car le droit international public ne prévoit pas réellement de responsabilité de l'Etat pour un fait qui constituerait un crime en droit pénal.

⁸³² « Dans la présente affaire, le rôle joué par le TPIY, l'apport des différents organes des Nations Unies et d'autres instances régionales ou nationales ainsi que le changement de régime opéré à Belgrade, avec la chute des dirigeants de la RFY impliqués dans les violences en Bosnie, ont facilité l'établissement des faits et l'accès aux preuves. Mais, dans un autre contexte où les dirigeants de l'Etat mis en cause seraient toujours en place et où il n'y aurait pas de tribunal pénal international chargé de poursuivre les auteurs d'actes de génocide, la Cour serait pratiquement dans l'impossibilité de réunir les éléments suffisants pour lui permettre de se prononcer sur la réalité des actes de génocide et d'en tirer les conclusions sur l'implication éventuelle d'un Etat ; cela serait d'autant plus vrai que la Cour a montré qu'elle a une approche très restrictive dans la mise en œuvre et l'interprétation de son Règlement, en refusant de jouer un rôle plus actif dans l'établissement des faits et la recherche de la vérité » *in* Opinion dissidente du Juge Mahiou, § 62.

⁸³³ Voir § 395 de l'arrêt précité.

⁸³⁴ TEANI (A.L.), « L'arrêt de la Cour internationale de Justice du 26 février 2007, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ? », *RSC* 2007, n°4, p. 776.

La fragmentation de la notion de génocide révèle une véritable dissociation entre le droit pénal international et le droit international public.

b) L'agression

Bien que faisant formellement partie des crimes relevant de la compétence répressive de la Cour pénale internationale, les individus responsables du crime d'agression ne peuvent, à l'heure actuelle, être poursuivis sur ce fondement. En effet, ce crime très particulier au confluent du droit et des relations internationales ne fait pas encore l'objet d'une définition en droit international. Les négociations menées en vue de définir le crime d'agression pour les besoins de la Cour pénale internationale révèlent une fois de plus une tendance à la fragmentation.

En dépit de certains obstacles, des négociations sont menées au sein de l'Assemblée des Etats parties au Statut de la CPI afin de définir le crime d'agression⁸³⁵. A la demande de l'Assemblée des États Parties, une réunion informelle intersessions du groupe de travail spécial sur le crime d'agression s'est tenue au Liechtenstein Institute on Self-Determination de la Woodrow Wilson School de l'Université de Princeton en juin 2007. A cette occasion, les différentes délégations ont pu rappeler la distinction qu'il convient d'établir entre un crime d'agression susceptible de relever de la compétence de la CPI et un acte d'agression portant atteinte à la paix et à la sécurité internationales⁸³⁶.

Le rapport du groupe de travail spécial sur le crime d'agression consacre une autonomie totale entre la CPI et le Conseil de sécurité concernant le constat d'un acte d'agression⁸³⁷. Les délégations ont en effet relevé que « le Conseil de sécurité ne serait pas lié par les dispositions du Statut de Rome en matière d'agression, lesquelles ne définiraient l'agression que pour les besoins des poursuites pénales qui seraient engagées à l'encontre des individus responsables. Pour sa part, la Cour n'était pas liée par le constat de l'existence d'un acte d'agression, que ce constat émane du Conseil de sécurité ou de tout autre organe extérieur à la Cour »⁸³⁸. Le rapport établit ainsi que la CPI et le Conseil de sécurité sont « investis de rôles autonomes et

⁸³⁵ Voir article 5 2) du Statut de la CPI : « La Cour exercera sa compétence à l'égard du crime d'agression quand une disposition aura été adoptée conformément aux articles 121 et 123, qui définira ce crime et fixera les conditions de l'exercice de la compétence de la Cour à son égard ».

⁸³⁶ ICC-ASP/6/20, p. 96.

⁸³⁷ *Ibid.*, § 24, p. 90.

⁸³⁸ *Ibid.*

complémentaires »⁸³⁹.

Comme le constate Aurélien-Thibault Lemasson, « (l)e contraste est fort entre, d'une part, la recherche d'une définition conventionnelle de l'agression en vue de faire répondre diplomatiquement et pécuniairement les Etats de leurs comportements collectifs et, d'autre part, la recherche de sa définition criminelle en vue de poursuivre pénalement des individus pour leurs fautes personnelles »⁸⁴⁰.

Un autre problème se pose également car, si en droit international l'agression est illicite, la légitime défense ne l'est pas et n'est dès lors pas susceptible d'engager la responsabilité d'un Etat. Du point de vue du droit pénal international, une telle distinction n'a aucun sens car un même acte – le recours à la force armée – pourrait être qualifié de licite ou d'illicite selon les circonstances. Si des responsables officiels agressaient un Etat, ils seraient considérés comme pénalement responsables devant la CPI alors que s'ils agissaient dans le cadre de la légitime défense, ils ne le seraient pas alors que l'acte et les effets sont identiques. Un tel régime ne serait pas satisfaisant. Il ne serait pas logique qu'un même acte – l'emploi de la force – engage ou n'engage pas la responsabilité d'un individu devant la CPI. Il ne serait pas non plus satisfaisant qu'un individu agissant dans le cadre de la légitime défense, pour défendre son pays soit tenu responsable pénalement.

Selon Luigi Condorelli, si un acte d'agression est avéré entre deux Etats, il existe nécessairement des individus coupables du crime d'agression⁸⁴¹. En revanche, il n'est pas selon lui nécessaire pour attirer un individu devant la CPI, qu'une agression en bonne et due forme soit constatée car des individus isolés – des terroristes ou encore des groupes mafieux - peuvent se rendre coupable du crime d'agression.

Des concepts comme le génocide ou l'agression répondent par conséquent à des régimes juridiques différents selon qu'ils sont appliqués dans le cadre du droit international interétatique ou dans celui du droit pénal international. La CIJ qui, conformément au TPIY, a reconnu qu'un génocide avait bien eu lieu dans l'enclave musulmane de Srebrenica, ne l'a pas imputé à la Serbie, contrairement aux souhaits de la Bosnie-Herzégovine. Au fur et à mesure du développement des juridictions pénales internationales et du droit pénal international, on a

⁸³⁹ *Ibid.*

⁸⁴⁰ LEMASSON (A.-T.), « Le crime contre la paix ou l'agression », *RSC* 2006, p. 286-287.

⁸⁴¹ CONDORELLI (L.), « Responsabilité internationale d'Etats et d'individus en cas d'actes d'agression ou de terrorisme international », *Annuaire brésilien de droit international* 2006 p. 88.

de plus en plus le sentiment que deux mondes juridiques distincts régissent les notions de génocide, de crime contre l'humanité et d'agression.

Le droit pénal international et le droit international public suivent donc des voies distinctes. À première vue issues d'un socle commun, ces deux matières affirment peu à peu leurs différences et leur autonomie. Le droit international public n'englobe pas les problématiques pénales qui relèvent encore actuellement de la compétence des Etats. Des conséquences juridictionnelles découlent bien évidemment de la dissociation constatée.

§2. Conséquences juridictionnelles de la dissociation

Parce que l'on a longtemps pensé que le droit pénal international se rattachait au droit international public, certaines frictions sont apparues entre la Cour internationale de justice et les juridictions pénales internationales. Dorénavant dépassées, ces frictions ont contraint à la fois la CIJ et les juridictions pénales internationales à définir plus strictement leurs domaines de compétence (A). Tandis que la CIJ réaffirme sa compétence en matière de droit international général, les juridictions pénales internationales voient l'impact qu'elles pourraient avoir sur ce dernier, limité dans la mesure où elles ne peuvent pas être considérées comme des juridictions internationales (B).

A. SÉPARATION DES COMPÉTENCES JUDICIAIRES

a) Affirmation par la CIJ d'une compétence de principe sur le droit international

L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice le 26 février 2007 est extrêmement riche d'enseignements en ce qui concerne notre problématique dans la mesure où il permet de mettre face à face les deux corpus de droit que constituent le droit pénal international et le droit international public.

En premier lieu, la CIJ observe que « le TPIY n'était pas appelé dans l'affaire Tadic, et qu'il n'est pas appelé en règle générale, à se prononcer sur des questions de responsabilité internationale des Etats, sa juridiction étant de nature pénale et ne s'exerçant qu'à l'égard des

individus »⁸⁴². Le TPIY s'est donc, dans l'arrêt précité, intéressé à « une question dont l'examen n'était pas nécessaire pour l'exercice de sa juridiction »⁸⁴³.

Tout en affirmant donner un poids important aux constatations de fait et aux qualifications juridiques du TPIY, la CIJ ne se sent pas liée par les solutions élaborées par le TPIY lorsque celui-ci se prononce « sur des questions de droit international général qui n'entrent pas dans son domaine spécifique de compétence, et dont la résolution n'est d'ailleurs pas toujours nécessaire au jugement des affaires pénales qui lui sont soumises »⁸⁴⁴.

Le message de la CIJ est donc on ne peut plus clair concernant la vocation du TPIY à utiliser le droit international général : il ne s'agit pas de son domaine de compétence et il n'est pas susceptible pour cette raison de faire évoluer la jurisprudence en la matière. La CIJ laisse ainsi « clairement entendre que ce tribunal pénal spécialisé n'a pas autorité pour faire jurisprudence sur une question de droit international général »⁸⁴⁵.

La position de la CIJ reflète l'ampleur des ambiguïtés véhiculées par le concept de droit pénal international et par les juridictions qui le développent. D'un côté, la CIJ ne peut ignorer totalement l'existence du TPIY notamment parce qu'il a été créé par le Conseil de sécurité et qu'il a eu l'occasion de se prononcer sur des aspects connexes au problème soulevé devant elle. Pourtant, d'un autre côté, elle refuse de se voir dicter des solutions en matière de droit international qu'elle qualifie elle-même de « général ».

Selon la CIJ, les TPI jouissent donc d'un champ d'action réduit ne comprenant pas le droit international général. Raphaëlle Maison, dans le cours qu'elle a dispensé à l'Institut des Hautes Etudes Internationales analyse ce passage comme une position judiciaire de supériorité en matière de droit international général⁸⁴⁶. La CIJ proclamerait donc sa supériorité sur les autres juridictions internationales.

Notre analyse se propose d'aller plus loin et de constater qu'en réalité la CIJ aboutit à dénier

⁸⁴² CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie Montenegro), arrêt, 26/02/2007, § 403.

⁸⁴³ *Ibid.*

⁸⁴⁴ *Ibid.*

⁸⁴⁵ DUPUY (P.-M.), « Crime sans châtimeut ou *mission accomplie* ? », RGDIP 2007, p. 252.

⁸⁴⁶ MAISON (R.), « L'imputation en droit international public », Cours dispensé à l'Institut des hautes études internationales de Paris, mars 2008.

aux TPI⁸⁴⁷ la qualité de juridiction internationale. Il y a d'ailleurs fort à parier que la CIJ adoptera une position identique à l'égard de la Cour pénale internationale.

La Cour internationale de Justice, organe principal des Nations Unies considère donc que les juridictions pénales internationales ne doivent pas se prononcer sur des questions de droit international général. Ce refus constitue une preuve du phénomène de distanciation qui se produit entre le droit international public et le droit pénal international⁸⁴⁸. Le droit pénal international en tant que droit appliqué et développé par ce type de juridictions se trouve ainsi implicitement exclu du champ du droit international public par la CIJ.

Le TPIY a dû se prononcer dans l'affaire *Zigic* sur l'éventuelle incompatibilité entre les décisions du TPIY et celles de la CIJ. L'accusé soutenait en effet que le Tribunal et la CIJ dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie* étaient confrontés à des questions identiques notamment sur la nature du conflit armé en Bosnie-Herzégovine, sur l'identité des parties au conflit. Par conséquent, en raison de possibles contradictions, le TPIY devrait se conformer aux décisions rendues par la CIJ car cette dernière est l'organe judiciaire principal des Nations Unies. La Chambre de première instance rappelle pourtant que « la CIJ, en tant qu'organe judiciaire principal des Nations Unies, statue sur des questions relatives à la responsabilité des États tandis que le Tribunal, créé par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, statue sur la responsabilité pénale des individus ». Le Tribunal rejette donc l'argument tiré de la primauté de la CIJ sur le TPIY en rappelant que les deux juridictions remplissent des missions tout à fait différentes qui n'impliquent pas que le TPIY attende la décision de la CIJ sur le fond de l'affaire. Le TPIY ajoute par ailleurs, que la suspension du procès dans l'attente d'une décision au fond serait contraire à l'objectif qui a présidé à la création du Tribunal et priverait l'accusé de son droit à être jugé rapidement et équitablement⁸⁴⁹.

Le Statut de la CPI renferme également des dispositions visant à établir une séparation nette entre le droit pénal international et le droit international public.

⁸⁴⁷ L'attitude de la CIJ à l'égard du TPIY est transposable au TPIR.

⁸⁴⁸ Pour une opinion contraire voir DUPUY (P.-M.), « Crime sans châtimeut ou *mission accomplie* ? », RGDIP 2007, p. 254. L'auteur considère en effet qu'en agissant ainsi la CIJ a permis de dégager une « hiérarchie fonctionnelle et une division internationale du travail judiciaire ébauchant ainsi l'amorce d'une structuration du « pouvoir » judiciaire international ».

⁸⁴⁹ Voir décision relative à la « Requête de la Défense relative à la concurrence de procédures portant sur les mêmes questions, devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et la Cour internationale de Justice » du 5/12/2000.

b) Limitation de l'impact de la CPI sur le droit international

Selon l'article 10 du Statut CPI : « 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 ».

Cet article officialise une séparation entre le droit pénal international et le droit international public⁸⁵⁰. Les règles du droit pénal international tel qu'elles sont exposées dans le Statut de la CPI ne limitent pas les règles du droit international. Elles ne peuvent pas non plus les affecter de quelque manière que ce soit. Il est normal que les dispositions du Statut de Rome ne limitent pas les règles du droit international car tous les Etats n'y sont pas parties. Il s'agit évidemment de préserver la souveraineté des Etats tiers.

De plus, l'article 25 4) du même Statut précise également qu' « (a)ucune disposition du présent Statut relative à la responsabilité pénale des individus n'affecte la responsabilité des États en droit international ». Il existe une volonté très nette de distinguer les deux questions. La Cour internationale de Justice parle à cet égard d'une « dualité en matière de responsabilité »⁸⁵¹.

Le document « les éléments des crimes » contient lui aussi une disposition analogue : « Rien dans cet élément ne doit être interprété comme limitant ou portant préjudice en aucune manière aux règles de droit international existantes ou en cours d'élaboration concernant la mise au point, la production, le stockage et l'emploi d'armes chimiques »⁸⁵².

Si pour respecter la souveraineté des Etats, il paraît logique que les règles de droit international existantes ne soient pas affectées par le droit pénal international, il est plus surprenant que les règles de droit international en formation soient ainsi préservées des

⁸⁵⁰ Pour une analyse différente, voir BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 74 : « Cet article a une portée assez simple. Il traduit la volonté des Etats de rappeler que le Statut de la Cour pénale internationale ne peut pas être considéré comme un code pénal international. Il ne s'agit pas en effet d'un texte ayant une valeur d'icône, devant être considéré comme figeant l'état du droit de façon définitive. Bien au contraire, l'évolution du droit international et la coutume sont de nature à faire évoluer le Statut (...) ».

⁸⁵¹ CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie Montenegro), arrêt, 26/02/2007, § 173.

⁸⁵² Voir *Eléments des crimes*, article 8, 2), b), xviii, note de bas de page n°48, p. 29.

interactions avec le droit pénal international. Une nette séparation est donc consacrée par le Statut de la CPI entre les deux matières. Il n'est dès lors plus possible d'assimiler les juridictions pénales internationales à des juridictions internationales.

B. IMPOSSIBILITÉ POUR LES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES D'ÊTRE QUALIFIÉES D'INTERNATIONALES

De la même manière que l'on rattache fréquemment le droit pénal international au droit international public, il est courant d'assimiler les juridictions pénales internationales à des juridictions « internationales » au sens du droit international public.

Le TPIY lui-même n'émet aucun doute quand au fait qu'il constitue bien une juridiction internationale : « Il s'agit du premier verdict de culpabilité ou d'innocence d'une personne eu égard à des violations graves du droit international humanitaire qui soit rendu *par une juridiction véritablement internationale*, le Tribunal international étant la première instance de cette nature instaurée par l'Organisation des Nations Unies. Ses seuls prédécesseurs, à savoir les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo, avaient un caractère multinational et non international, dans la mesure où ils ne représentaient qu'une partie de la communauté mondiale »⁸⁵³. Dans l'affaire Kupreskic, la Chambre de première instance du TPIY considère qu'« (i)l est indéniable que le TPIY est une juridiction internationale »⁸⁵⁴.

Dans son ouvrage intitulé *Interprétation et création du droit international*⁸⁵⁵, Robert Kolb inclut immédiatement l'étude des travaux des tribunaux pénaux internationaux dans le champ de son étude, au même titre que la jurisprudence de la Cour internationale de Justice. Cette démarche pragmatique permet à l'auteur d'analyser la manière dont le juge international interprète et crée du droit. A l'appui de son raisonnement, Robert Kolb fait usage d'exemples issus de la pratique des TPI, démontrant ainsi que les juridictions pénales internationales constituent bien des juridictions internationales.

⁸⁵³ Affaire *Tadic*, Chambre de 1^{ère} Instance, 7/05/97, § 1.

⁸⁵⁴ Affaire *Kupreskic*, Chambre de première instance, 14/ 01/2000, § 539.

⁸⁵⁵ KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international*, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006.

De plus, le fait que le droit pénal international apparaisse aujourd'hui aux yeux de certains comme « une terre de prédilection pour la création de nouvelles juridictions internationales »⁸⁵⁶ semble bien confirmer l'appartenance des TPI à la catégorie des juridictions internationales. Il n'est pourtant pas si aisé d'assimiler une juridiction pénale internationale à une juridiction internationale comparable à la Cour internationale de Justice.

Une juridiction internationale peut se définir comme une « (i)nstitution investie du pouvoir de juger, c'est-à-dire de trancher des litiges entre Etats par décision obligatoire »⁸⁵⁷. Pour Carlo Santulli une juridiction est un organe qui met fin à un différend par une décision obligatoire rendue en application du droit⁸⁵⁸ et elle ne peut être décelée que par son activité productive à savoir l'acte juridictionnel⁸⁵⁹.

Dans le contexte des débats relatifs à la prolifération des juridictions sur la scène internationale⁸⁶⁰ et aux risques de fragmentation du droit international qui y sont associés⁸⁶¹, il est légitime de déterminer si les organes répressifs que sont les TPI constituent bien des juridictions internationales.

Carlo Santulli s'est largement interrogé sur cette question⁸⁶², n'hésitant pas à qualifier les juridictions pénales internationales de « choses »⁸⁶³. Selon lui, il est inutile pour déterminer la nature d'une juridiction de s'attacher au nom donné par les Etats à l'organe dont on cherche à savoir s'il constitue une juridiction internationale⁸⁶⁴. Pour être qualifié de juridiction internationale, un organe doit remplir certaines caractéristiques et il est sans importance en ce qui nous concerne que le Conseil de sécurité ait qualifié de tribunaux internationaux, les tribunaux *ad hoc*.

⁸⁵⁶ KARAGIANNIS (S.), « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique », *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, p. 59.

⁸⁵⁷ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 628.

⁸⁵⁸ SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *AFDI* 2000, p. 61.

⁸⁵⁹ *Ibid.* p. 63.

⁸⁶⁰ Voir colloque de la Société française de droit international sur *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003.

⁸⁶¹ CONFORTI (B.), « Unité et fragmentation du droit international : « Glissez, mortels, n'appuyez pas ! » », *RGDIP* 2007, p.5-18, DUPUY (P.M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *Cours général de droit international public*, *RCADI* 2002, GATTINI (A.), « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP* 2006, p. 303-336, HUESA VINAIXIA (R.) et WELLENS (K.) (dir), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2006.

⁸⁶² SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *AFDI* 2000, p. 58-81.

⁸⁶³ *Ibid.* p. 60 : « (l)e Conseil de sécurité a pu légalement créer la chose qu'il a mise sur pied ».

⁸⁶⁴ SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 3.

Il semble que la condition relative au règlement d'un différend ne soit pas remplie par les tribunaux *ad hoc*. En effet, un différend est « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »⁸⁶⁵ et la nature pénale de ces tribunaux ne permet pas de dire qu'un désaccord sur un point de droit ou de fait existe entre deux personnes. L'activité répressive implique un déséquilibre des parties et des thèses soutenues. Même si en droit international, le modèle se veut plus largement accusatoire, la défense et l'accusation ne sont pas deux parties qui s'opposent sur un point de droit ou de fait. Un tribunal pénal est chargé d'identifier et de réprimer les personnes responsables d'actes criminels et on ne peut pas réellement dire qu'un tribunal de ce type mette fin à un différend entre deux parties. On pourrait éventuellement étirer la notion de partie pour y inclure d'une part, l'accusé et de l'autre, la communauté internationale cherchant à faire protéger ses intérêts fondamentaux mais cette démarche n'est pas satisfaisante et ne répond pas à la réalité du procès pénal.

En droit interne, les tribunaux pénaux sont considérés comme des juridictions mais la structure des sociétés internes diffère profondément du modèle international. Son caractère décentralisé et égalitaire explique le caractère rudimentaire de son système judiciaire. Parce que les Etats sont également souverains, le recours au juge est totalement discrétionnaire. La définition de la juridiction proposée par Carlo Santulli intègre donc ces caractéristiques et il serait dès lors compréhensible qu'il dénie aux TPI la qualité de juridiction internationale pour cette raison. Étrangement pourtant, il se fonde sur un autre argument pour le faire. Il considère que le fait que le Statut du TPIY fasse référence à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie empêche ce tribunal de dire le droit international⁸⁶⁶. Or, dans son optique, un organe doit « dire le droit international » pour être considéré comme une juridiction internationale.

Lorsque Carlo Santulli se propose d'examiner si la Cour pénale internationale est une juridiction internationale, il se penche sur la notion de différend international. Il ne soulève pas d'objections de principe à ce qu'un différend existe devant des juridictions pénales même

⁸⁶⁵ *Affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine*, CPIJ, 30/08/24, Grèce c. Grande-Bretagne, *Rec. CPJI Série A*, n°2, p. 11.

⁸⁶⁶ SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *AFDI* 2000, p. 64. Cet argument vaut probablement aussi pour le TPIR puisque l'article 23 de son statut contient aussi une référence à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux du Rwanda.

s'il reconnaît que le différend « a ses particularités qui tiennent notamment à ce que le contenu des prétentions des parties est très strictement encadré par le droit »⁸⁶⁷.

Même s'il refuse d'écarter d'office la qualité de juridiction internationale aux TPI et à la CPI pour incapacité à régler un différend international, son argumentaire tend cependant à s'en rapprocher. Il considère en effet que les décisions de la CPI ne jouissent pas de l'autorité de la chose jugée car au lieu de régler un litige, elles « indiquent aux Etats ce qu'ils doivent faire pour respecter le Statut »⁸⁶⁸.

L'absence des Etats à l'instance transparait clairement de ce raisonnement et c'est parce qu'ils ne sont pas présents à l'instance que l'organe qualifié de tribunal pénal international n'en est pas un. Pourtant, Carlo Santulli réfute cette idée dans un ouvrage plus récent⁸⁶⁹ et utilise largement les décisions rendues par les tribunaux pénaux internationaux pour illustrer une autre conception du droit du contentieux international⁸⁷⁰. Les tribunaux *ad hoc* dont les particularités sont évoquées avant d'être écartées⁸⁷¹, semblent dorénavant remplir les critères leur permettant d'accéder au statut de juridiction internationale. Ce revirement est difficilement compréhensible et le rattachement des « organes répressifs » au droit du contentieux international paraît artificiel.

Les juridictions pénales internationales ne constituent pas des juridictions internationales au sens du droit international public, d'une part parce que le droit pénal international ne se rattache pas au droit international public et, d'autre part, parce que les juridictions pénales internationales ne règlent pas de différends entre Etats.

Comme nous avons tenté de le démontrer, le droit pénal international n'est pas du droit international public. Tout d'abord, la société des Etats ne constitue pas le forum approprié pour régler des situations interindividuelles. De plus, l'attitude des Etats montre que ces

⁸⁶⁷ *Ibid.* p. 67.

⁸⁶⁸ *Ibid.* p. 69.

⁸⁶⁹ « Le contentieux international ne coïncide pas avec le contentieux interétatique. D'une part, en effet, la grande majorité des différends qui relèvent du contentieux international n'oppose pas des Etats entre eux » *in* SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 6.

⁸⁷⁰ Voir notamment en ce qui concerne l'existence d'un différend les pages 206-207, en ce qui concerne l'*amicus curiae* la page 305 et également la page 309 relative à l'égalité procédurale.

⁸⁷¹ « Les principes qui gouvernent la présentation des témoins s'appliquent aux juridictions pénales, mais leur mise en œuvre soulève des difficultés particulières (qui ont conduit à en altérer substantiellement le régime) » *in* SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 537.

derniers n'ont pas de volonté réelle d'abandonner leurs compétences en matière pénale. Enfin, la dissociation des régimes applicables aux crimes internationaux confirme cette interprétation.

Le droit appliqué par ces juridictions, n'est donc pas, du droit international public. C'est en grande partie pour cette raison qu'il est impossible de considérer les juridictions pénales internationales comme de véritables juridictions internationales. L'étude de la structure et du fonctionnement des juridictions pénales internationales confirme qu'elles ne s'intègrent pas correctement dans l'ordre juridique international. De plus, comme nous avons déjà eu l'occasion de le constater, les Etats ne participent pas de près ou de loin aux procès qui se déroulent devant les juridictions pénales internationales⁸⁷². Sans implication de l'Etat, comment considérer que l'activité juridictionnelle se rattache au droit international public et à l'ordre juridique international ?

Le droit international public et le droit pénal international affirment donc leur autonomie à travers la dissociation des crimes tels que le génocide ou l'agression mais également de leurs organes juridictionnels.

⁸⁷² Voir Partie I, Titre II, Chapitre I.

*
* *

L'attitude de l'Organisation des Nations Unies ne fait que renforcer le sentiment d'un détachement du droit pénal international vis-à-vis du droit international public et de l'ordre juridique international en règle générale. Suite à la délivrance d'un mandat d'arrêt contre le président soudanais, Ban Ki-moon, le Secrétaire Général des Nations Unies a tenu à rappeler publiquement que la CPI était une institution indépendante des Nations Unies. L'insistance avec laquelle Ban Ki-moon rappelle l'indépendance de la Cour pénale internationale marque une volonté très nette de distinguer opérations de maintien de la paix et action judiciaire au Soudan. Alors que Luis Moreno-Ocampo considère que « (n)o one could have predicted the speed of this integration between the international system of peace and security and the new permanent system of international justice »⁸⁷³, les faits penchent au contraire pour une lecture différente. La CPI n'est pas intégrée au système des Nations Unies et elle n'a pas vocation à le devenir.

Après avoir vu que le droit pénal international était nettement détaché du droit international public, il convient à présent de voir comment se manifeste l'autonomie croissante du droit pénal international.

⁸⁷³ *International Herald Tribune*, 2/07/09.

TITRE II

L'AUTONOMISATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

L'impossibilité de rattacher l'ensemble normatif que constitue le droit pénal international au droit international public nous pousse à admettre son autonomisation. Le droit pénal international possède en effet des marques de spécificité propres. Contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, le droit pénal international trouve sa source à une échelle relativement infime ; celle de l'individu. De manière tout aussi surprenante, le droit pénal international puise ensuite sa force dans la mise en avant du modèle et des structures étatiques. L'autonomisation du droit pénal international s'inscrit donc dans le cadre de modèles bien connus qui permettent de rassurer l'ensemble des acteurs en présence.

Détaché du modèle inadapté que constituait pour lui le droit international public, le droit pénal international se consolide à présent en toute autonomie autour de la notion d'individualisme et ce, en référence au modèle interne. Au-delà de la consolidation d'un droit pénal international, nous assistons en réalité à l'apparition d'un droit pénal unifié ou encore mondial.

Le droit pénal unifié qui trouve son essence dans les valeurs individualistes (Chapitre I), se consolide en référence au modèle interne (Chapitre II).

CHAPITRE I

L'INDIVIDUALISME, VECTEUR D'UNE MONDIALISATION DU DROIT PENAL

Comme le droit pénal international ne peut pas être rattaché au droit international public, les problématiques abordées par les juridictions pénales internationales sont traitées à l'aide d'un prisme individualiste. Les crimes relevant de la compétence des juridictions pénales internationales sont jugés à l'aune de la sphère individuelle et les dynamiques de groupe sont, bien souvent, passées sous silence (Section I). Si cette tendance était déjà perceptible dans l'activité des tribunaux *ad hoc*, elle s'est manifestement développée dans le cadre de la Cour pénale internationale. L'individualisme, non loin de fractionner le droit pénal permet au contraire de l'unifier et de lui conférer une portée mondiale (Section II).

SECTION I : DIFFUSION DES VALEURS INDIVIDUALISTES

Les juridictions pénales internationales réservent une place d'honneur à l'individu en tant que tel. Détaché de son environnement historique, l'individu occupe une place centrale dans le déroulement du procès pénal international (§ 1). L'introduction du droit des droits de l'homme dans l'enceinte du procès pénal international joue également un rôle fondamental dans la diffusion des valeurs individualistes (§ 2).

§1. Montée en puissance de l'individu

Les juridictions pénales internationales qui mettent moins l'accent sur l'Histoire que sur les récits individuels, contribuent à placer l'individu au centre du droit pénal international (A). La place grandissante accordée aux organismes privés témoigne de la même dynamique (B).

A. MINIMALISATION DU CONTEXTE HISTORIQUE

En minimalisant le contexte historique, on assiste à une diminution de la dimension collective entourant les crimes de masse.

a) Mise en avant de la responsabilité personnelle des accusés

Comme nous l'avons constaté dans l'introduction, il existe à l'heure actuelle un vaste mouvement visant à la fois, à juger et à réparer les préjudices de l'histoire. Pourtant, les juridictions pénales internationales se défendent de juger l'histoire. Elles préfèrent mettre l'accent sur les responsabilités individuelles.

Comme il est techniquement impossible de juger l'histoire, les juridictions pénales internationales se contentent de juger les hommes et les femmes qui la font. Le site Internet du TPIY précise en effet qu' « (e)n jugeant les accusés sur la base de leur responsabilité *personnelle*, directe ou indirecte, le TPIY *personnalise* la culpabilité, évitant ainsi que des communautés entières ne soient collectivement tenues pour responsables des souffrances endurées par d'autres »⁸⁷⁴.

Les jugements rendus par les juridictions pénales internationales évacuent le plus possible les références historiques. Ce faisant, les juges développent une vision individualiste des crimes commis en les extrayant du contexte historique. Pierrette Poncela remarque en effet que le TPIY évite de parler de la guerre et que celle-ci se trouve par conséquent morcelée en affaires criminelles multiples⁸⁷⁵.

Le TPIY semble donc catégoriquement rejeter le fait que des collectivités entières puissent être tenues pour responsables de certains crimes. En individualisant les responsabilités de chacun et en évacuant le contexte politique et social, on aboutît à juger les responsables de crimes de masse comme s'ils avaient agi dans un contexte tout à fait normal. Or, ce n'est pas le cas car l'existence d'un conflit armé modifie un certain nombre de données fondamentales en ce qui concerne le passage à l'acte.

⁸⁷⁴ <http://www.un.org/icty/index-f.html>

⁸⁷⁵ PONCELA (P.), « Mesure et motivation de la peine dans les jugements du TPIY », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, p. 328.

Le procès de Slobodan Milosevic a illustré de manière toute à fait intéressante ce propos. Afin de répondre aux accusations pesant contre lui, l'ancien président serbe a immédiatement choisi d'ancrer sa défense dans un contexte historique. Pour lui, le juger, c'est également juger le peuple serbe, ce qui ne paraît bien évidemment pas concevable. Ainsi, inscrire son action dans la destinée du peuple serbe devait lui permettre d'alléger sa responsabilité. Le décès prématuré de Slobodan Milosevic n'a pas permis de déterminer si cette attitude avait porté ses fruits.

Toutefois, il faut souligner que les juridictions pénales internationales éprouvent des réticences à ce que les accusés adoptent de telles lignes de défense. Les juges sont en effet bien conscients de leur incapacité et de leur manque de légitimité à juger l'histoire des peuples. Pourtant, n'est-ce pas indirectement le résultat auquel ils aboutissent lorsqu'ils jugent un chef d'Etat arrivé démocratiquement au pouvoir ?

L'arrestation récente de Radovan Karadzic relance le débat. En effet, au-delà du consensus international ayant suivi l'annonce de son arrestation, d'importantes voix discordantes se font tout de même sentir au sein de la communauté serbe. Le 29 juillet 2008 à Belgrade, près de 15 000 personnes se sont rassemblées, à l'appel de l'opposition nationaliste, pour exprimer leur soutien à Karadzic. Lorsque l'on juge une personne considérée comme un héros national, n'est-ce pas indirectement son peuple que l'on juge ?

Les juridictions pénales internationales en focalisant leurs accusations sur les faits commis par des individus précis évacuent l'épineuse question du jugement des peuples. Ces juridictions ne peuvent juger que des personnes physiques strictement identifiées. Ce faisant, elles mettent délibérément de côté les aspects historiques. Le contexte historique ne peut jamais servir de ligne de défense devant les juridictions pénales internationales : le fait qu'un peuple ait persécuté un autre peuple pendant des décennies ne peut, par exemple, jamais justifier les crimes commis par un individu dans un esprit de vengeance.

La justice pénale internationale parce qu'elle met en lumière les responsabilités des peuples à un moment donné peut paraître partielle et même partielle. Critiquant la manière dont le TPIR a reconnu la responsabilité de responsables des médias dans le génocide rwandais, Gabriele Della Morte considère que: « a long historical process of over 400 years, involving, inter alia, colonial domination by Germany and Belgium, should also be taken into account when trying

to understand which factors led to the genocide »⁸⁷⁶.

Parce que le droit pénal international est un droit jeune, la justice pénale internationale se saisit de situations catastrophiques et établit les responsabilités de chacun à un moment précis. Certains peuples peuvent s'être livrés à des persécutions réciproques pendant des années, sans qu'aucun juge n'intervienne. Un peuple opprimé pendant des décennies peut à un moment donné – c'est ce qui s'est passé au Rwanda – se rebeller et commettre l'irréparable. Le juge pénal international s'immisce alors dans le cercle de la violence et condamne un groupe. En revanche, aucun mécanisme ne permet de prendre en compte les persécutions passées qui ont servi de terrain favorable à la montée de la haine.

Lorsque la justice pénale internationale aura acquis une maturité suffisante, les critiques relatives à sa partialité pourront être écartées mais la criminalisation soudaine d'un domaine qui ne relevait jusqu'à présent pas des tribunaux pose en effet quelques problèmes.

En dépit de l'horreur des crimes réprimés par les juridictions pénales internationales, on comprend dès lors mieux le fondement de certaines critiques qui sont adressées à ces juridictions. Ce n'est pas tant leur partialité qui pose problème – par exemple le fait que les hutus soient jugés pour le génocide des tutsis ou encore que les serbes soient plus soumis à la répression que les autres communautés yougoslaves – mais plutôt le fait que ces juridictions figent les responsabilités de certains groupes ethniques sans tenir compte des antécédents historiques. Même si le cercle de l'impunité doit cesser, le moment qui sera choisi pour le faire peut apparaître totalement aléatoire.

Il est donc intéressant de constater qu'à l'heure actuelle, l'accent est placé sur l'individu et non sur la communauté humaine responsable du crime. Alors que la communauté tutsie apparaît clairement comme la victime de la communauté hutu, tout est fait pour brouiller ce lien et pour « individualiser » la répression, pour éviter à un peuple d'assumer la responsabilité du massacre d'un autre.

Les juridictions pénales internationales affichent ainsi une ambition assez réduite : condamner au pénal des individus ayant commis des crimes de masse sans incriminer des communautés entières.

⁸⁷⁶ DELLA MORTE (G.), « De-mediatizing the *Media* case, elements of a critical approach », *JICJ* 2005, vol 3, n° 4, p. 1027-1028.

Le droit pénal international se caractérise donc par une large prise en compte du comportement criminel de l'individu. Des phénomènes qui étaient auparavant injusticiables comme la guerre, font désormais l'objet d'un important contentieux. On passe donc d'une vision globale des conflits à une vision particulière tout à fait inédite. Comme le remarque Antoine Garapon, « (l)es rapports historiques ne sont plus entendus comme des relations collectives et politiques, ce qui caractérise le modèle westphalien, mais comme un immense réseau de relations interpersonnelles »⁸⁷⁷. L'histoire est désormais « perçue en termes individuels »⁸⁷⁸.

La prise en compte grandissante de la dimension individuelle qui alimente les crimes de masse constitue un terrain tout à fait favorable au développement d'un droit pénal mondial. Plus les événements sont traités par le prisme du particulier, plus il devient possible d'envisager la constitution d'un corpus juridique « désétatisé ». En simplifiant les dynamiques des crimes de masse, il devient plus concevable de les juger.

b) Impossibilité pour la CPI de participer à l'établissement de la vérité historique

Les TPI sont des tribunaux *ad hoc* créés spécifiquement pour rétablir la paix dans un Etat ou dans une région en particulier. Sans juger l'histoire, ces juridictions ont donc développé une connaissance approfondie des conflits rwandais et yougoslaves permettant ainsi d'établir un certain nombre de faits historiques de manière indéniable et de contribuer ainsi à la réconciliation nationale⁸⁷⁹.

En effet, comme le résume le site internet du TPIY : « (à) mesure que le TPIY progresse dans son action, il met en lumière des pans entiers de l'histoire des conflits qui ont eu lieu en l'ex-Yougoslavie dans les années 1990. Des faits auparavant contestés ont été établis au-delà de

⁸⁷⁷ GARAPON (A.), *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, Paris, 2008, p. 62.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ Il faut bien distinguer cette question de la question précédemment abordée : les juridictions pénales internationales bien qu'elles jugent l'histoire et finalement les actions des peuples, ne l'admettent jamais. Elles font abstraction de cette réalité et se focalisent sur les jugements d'individus criminels. Dans ce paragraphe, nous abordons un autre point : celui de la révélation de données historiques. Il n'y a donc pas de contradiction entre ces deux paragraphes car même si les TPI ne peuvent pas juger des peuples, ils peuvent néanmoins éclairer les historiens sur certains faits. L'histoire ne peut pas servir de justification aux actes des accusés (c'est ce qui ressort des audiences dans l'affaire Milosevic) mais les juges sont volontiers prêts à proposer une vision historique du conflit.

tout doute raisonnable dans les jugements rendus par le Tribunal »⁸⁸⁰. Les TPI ont donc contribué à la manifestation de la vérité historique même si certains le contestent⁸⁸¹. C'est leur connaissance approfondie des conflits rwandais et yougoslave qui a permis aux TPI de dégager des bribes de vérité. Le volume des accusés et des accusations portées a également eu un impact à ce niveau car plus une juridiction doit juger de criminels, plus elle est apte à dégager le contexte global dans lequel la conduite s'est insérée.

En revanche, la Cour pénale internationale ne pourra pas remplir une telle mission. Le contexte historique sera en effet pris en compte de manière nettement moins approfondie devant la CPI que devant les juridictions *ad hoc*. La Cour pénale internationale jouit en effet d'une compétence très étendue : plus d'une centaine d'Etats ont ratifié le traité de Rome et la possibilité pour le Conseil de sécurité de déférer une situation en l'absence de ratification de l'Etat concerné a considérablement élargi cette compétence qui devient quasiment mondiale⁸⁸².

Compte tenu de la diversité des affaires potentiellement recevables, il faut donc s'attendre à ce que les éclaircissements de nature historique soient bien moins nombreux devant la CPI qu'ils ne l'étaient devant les TPI. La Cour pénale internationale va en effet devoir se prononcer sur des crimes commis dans des circonstances si diverses qu'elles ne lui permettront pas à chaque fois de procéder à une analyse historique poussée. La CPI connaît déjà actuellement quatre situations concernant respectivement la République démocratique du Congo, l'Ouganda, la République centrafricaine et le Soudan. La CPI doit donc poursuivre des individus soupçonnés d'avoir commis d'importantes infractions en rapport avec quatre conflits différents et qui n'ont d'autre point commun que de se dérouler en Afrique.

La CPI ne peut donc pas matériellement contribuer à la manifestation de la vérité historique. De plus, le faible nombre d'affaires et donc d'accusés par situation ne permettra pas d'établir

⁸⁸⁰ <http://www.un.org/icty/index-f.html>

⁸⁸¹ Voir CAVOSKI (K.), « Juger l'histoire », *L'apartheid judiciaire ou le TPI, arme de guerre*, Editions l'Age d'Homme, Lausanne, 2002 : « (l)e TPI s'est arrogé le droit de fixer et de juger sans appel – comme le fait tout tribunal de dernière instance- des faits *historiques* (...) il ne juge pas seulement des personnes mises en accusation, mais également l'histoire elle-même (...) (n)e se contentant pas d'établir des faits historiques, il s'est encore mis à les *corriger* et à les *modifier*, aboutissant à recréer l'histoire » » p 80-81.

⁸⁸² A l'exception toutefois des membres permanents du Conseil de sécurité qui n'ont pas ratifié le Statut (Etats-Unis, Russie et Chine). Mis à part ces trois Etats, qui pourront s'opposer à ce que le Conseil de sécurité défère une situation au procureur de la CPI, la compétence de la CPI est virtuellement mondiale.

des recoupements intéressants. Seule la situation concernant la République démocratique du Congo offre trois affaires, chacune des trois autres situations ne donnant lieu qu'à une affaire unique.

L'étendue de la compétence de la CPI couplée au faible nombre d'actes d'accusation constitue donc un obstacle à la manifestation de la vérité historique. Comment identifier les facteurs ayant entraîné un déclenchement des violences grâce au jugement d'une poignée de personnes ? Cette entreprise est impossible à réaliser car étrangère à la mission de la CPI qui s'apparente donc à n'importe quelle juridiction pénale interne.

L'augmentation du nombre de situations susceptibles d'être étudiées par la CPI s'accompagne donc d'une redéfinition des objectifs de la justice pénale internationale. Auparavant liée à un conflit en particulier, qu'il s'agisse de la seconde guerre mondiale pour le Tribunal de Nuremberg ou des conflits en Yougoslavie et au Rwanda pour les TPI, la justice pénale internationale tend aujourd'hui à être « décontextualisée ». La création de la CPI, très souvent présentée comme une continuation de ces juridictions, s'inscrit donc dans un processus différent, nettement plus proche de celui qui anime les juridictions pénales internes.

Alors que par leurs jugements, le TMI et les TPI avaient pour objectif de permettre un retour durable à la paix et à la stabilité, la CPI apparaît comme une juridiction à vocation essentiellement pénale. En abandonnant cette aspiration à peser sur la stabilité des relations internationales, la justice pénale internationale révèle son véritable caractère. La dimension « géopolitique » qui semblait entourer la justice pénale internationale est donc à présent clairement abandonnée au profit d'une logique purement pénale.

Parallèlement à ce phénomène de « déshistoricisation » qui conduit indubitablement à placer l'accent sur l'individu, des organismes privés spécialisés dans l'aide humanitaire se voient accorder un poids très important.

B. ACCENTUATION DE LA PLACE ACCORDÉE AUX ORGANISMES PRIVÉS

Le rôle croissant joué par les organisations non gouvernementales à la fois sur le terrain opérationnel et sur le terrain judiciaire parachève de manière indéniable la montée en

puissance de l'individu. Ces ONG qui prennent naissance dans la sphère privée relayent, une fois constituées, des valeurs liées à la protection de l'individu. En effet, elles agissent comme les portes parole de la société civile internationale. Or cette société civile internationale s'inscrit profondément dans la sphère individuelle.

a) Sur le terrain opérationnel

Le développement de l'aide humanitaire a permis d'individualiser les souffrances vécues par les victimes de la guerre. Ce faisant, une conception nouvelle de la justice pénale internationale s'est dégagée, accordant un poids important aux récits personnels davantage qu'aux conflits de groupes.

Le développement de l'aide humanitaire ainsi que sa médiatisation ont contribué de manière indirecte à la montée en puissance de l'individu à l'échelle mondiale. Selon Rony Brauman, la guerre du Biafra qui s'est déroulée à la fin des années 60 « est l'événement fondateur de l'action humanitaire moderne »⁸⁸³ car « (c)'est dans ce contexte que pour la première fois, certains de ces organismes d'aide ainsi que des acteurs humanitaires dénoncèrent publiquement les massacres dont ils étaient témoins »⁸⁸⁴. L'humanitaire moderne s'est construit en réaction à la traditionnelle discrétion du CICR, resté particulièrement silencieux face aux atrocités perpétrées par les nazis lors de la seconde guerre mondiale. Ce mouvement vient donc en aide aux victimes en même temps qu'il dénonce les causes des maux subis par les populations.

L'acteur humanitaire devient un témoin à charge et en dénonçant, il mobilise l'opinion publique agissant ainsi comme derniers recours contre les crimes de masse⁸⁸⁵. Comme le constatent Didier Fassin et Estelle d'Halluin : « À travers son activité de témoignage, il (*l'humanitaire*) dessine une carte du bien et du mal sur laquelle on trouve des agresseurs que l'on dénonce (le Nigéria, l'Irak, la Russie, la Serbie, etc.) et des victimes que l'on défend (les Biafrais, les Kurdes, les Tchétchènes, les Kosovars, etc.). Témoigner, c'est mettre en cause, au double sens d'accuser ceux que l'on rend responsables d'une « crise humanitaire » et de

⁸⁸³ BRAUMAN (R.), « Les liaisons dangereuses du témoignage humanitaire et des propagandes politiques », *Crises extrêmes : face aux massacres, aux guerres civiles et aux génocides*, La Découverte, Paris, 2006, p. 188.

⁸⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁸⁵ *Ibid.* p. 201.

construire un dispositif par lequel on peut rendre publique cette accusation »⁸⁸⁶.

La médiatisation de l'action humanitaire a permis à l'opinion publique internationale de se forger la conviction qu'il fallait réprimer les crimes dont le personnel humanitaire a été le témoin. La mise à jour par le personnel humanitaire d'un certain nombre de situations catastrophiques a agi comme un stimulant pour réprimer ceux qui en endossent la responsabilité. Le développement de l'aide humanitaire a donc fortement stimulé la mise en place de juridictions pénales internationales.

L'introduction relativement récente de la psychiatrie humanitaire permet de faire éclore « des histoires singulières en lieu et place des masses indifférenciées des camps »⁸⁸⁷. La multiplication des récits et expériences purement individuels conduit à effacer le contexte historique dans lesquels ils s'inscrivent⁸⁸⁸. L'aide procurée par les ONG aux populations civiles lors de situations de conflits, a permis de mettre en avant quantité de drames individuels liés à la guerre. Ce mouvement a naturellement entraîné une certaine « déshistoricisation »⁸⁸⁹ des drames vécus et donc, indirectement, de la répression des crimes internationaux.

L'action humanitaire traduit bien évidemment aussi un recul du rôle joué par les Etats. Les ONG interviennent dans des Etats qui n'ont pas les moyens ou le désir de venir en aide aux populations en danger. La structure étatique se trouve dépassée, doublée ou supplantée par des organismes privés souvent étrangers. Une relation d'homme à homme se tisse, sans passer par l'intermédiaire de la personne étatique. Les relations interindividuelles se multiplient donc au civil par le biais de l'action humanitaire.

La multiplication des relations interindividuelles sur le terrain opérationnel rejaille sur l'activité des juridictions pénales internationales qui accordent un crédit important aux travaux des organisations non gouvernementales.

⁸⁸⁶ FASSIN (D.), D'HALLUIN (E.), « Témoigner sur la Palestine », *Crises extrêmes : face aux massacres, aux guerres civiles et aux génocides*, La Découverte, Paris, 2006, p. 206.

⁸⁸⁷ *Ibid.* p. 216.

⁸⁸⁸ « Les vignettes ne disent que les souffrances intimes d'hommes et de femmes exposées à de pures violences saisies dans l'instant et déliées de toute référence historique » *in idid.* p. 219.

⁸⁸⁹ *Ibid.* p. 220.

b) Sur le terrain du droit

Une organisation non gouvernementale est « une institution créée par une initiative privée – ou mixte – à l'exclusion de tout accord intergouvernemental, regroupant des personnes privées ou publiques, physiques ou morales, de nationalités diverses »⁸⁹⁰. Une telle institution ne poursuit pas de but lucratif ; elle cherche en revanche à « tenter d'infléchir ou de corriger l'action des sujets de droit international »⁸⁹¹. L'origine privée et le caractère transnational de ce type d'organisation ressort clairement de la définition proposée.

Contrairement à une organisation internationale classique qui se définit comme « un groupement d'Etats auquel des fonctions et des moyens d'action sont assignés d'une manière permanente »⁸⁹² ou encore comme « une association d'Etats établie par voie conventionnelle, qui poursuit des objectifs communs au moyen d'organes permanents qui lui sont propres et possède une personnalité juridique distincte de celle des Etats membres »⁸⁹³, ce sont bien des individus qui se trouvent au cœur du processus de formation d'une organisation non gouvernementale. Les ONG ne trouvent pas leur fondement dans une alliance entre Etats, mais dans une association entre divers individus partageant les mêmes convictions.

Parmi les organisations non gouvernementales, le Comité international de la Croix-Rouge⁸⁹⁴ occupe une place tout à fait particulière. C'est la volonté de personnes privées soucieuses de la protection des victimes de la guerre qui a permis au CICR de voir le jour. Sa création ne résulte pas d'un traité international mais du droit suisse et les membres du Comité sont des personnes privées indépendantes des autorités étatiques. Toutefois, compte tenu du mandat d'assistance et de protection des victimes des conflits armés qui lui a été confié par les Etats dans les Conventions de Genève, le CICR s'apparente aujourd'hui à un service public international dépassant certainement la définition classique de l'ONG.

Sur le plan opérationnel, le CICR assume une assistance humanitaire aux victimes de la guerre en intervenant en faveur des prisonniers, des blessés, des malades et des civils. Présent sur le théâtre des conflits qu'ils soient de nature interne ou internationale, le CICR peut formuler des observations utiles aux juridictions pénales internationales. Ces dernières

⁸⁹⁰ DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, LGDJ, 6^{ème} édition, p. 694.

⁸⁹¹ *Ibid.*

⁸⁹² *Ibid.* p. 785.

⁸⁹³ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 793.

⁸⁹⁴ Ci-après, le CICR.

peuvent en effet utiliser ces données afin d'aider au jugement des personnes qui comparaissent devant eux. Les observations de nature factuelle ou technique du personnel du CICR ont ainsi été utilisées dans une certaine mesure par les TPI⁸⁹⁵.

Dans l'affaire *Blaskic*, le TPIY constate que « le rapport de la commission mixte de Busovaca, en date du 21 avril, indique que le CICR avait enquêté dans l'après-midi à Ahmici et constaté que tous les Musulmans localisés à Ahmici - ouest étaient partis et que 90 % des maisons, ainsi que la mosquée du secteur est, avaient été détruites »⁸⁹⁶. De même, toujours dans cette affaire, la Chambre d'appel prend en considération le fait que les mauvais traitements étaient notoires et avaient été signalés, entre autres, par des représentants du CICR pour déterminer si l'accusé savait ou avait des raisons de savoir que des individus placés sous son autorité commettaient des actes criminels dans les centres de détention⁸⁹⁷.

Au-delà de ces rapports tout à fait factuels, des documents de nature plus juridique émanant du CICR sont au centre de bien des raisonnements menés par les juges pénaux internationaux.

Dès l'achèvement des travaux ayant mené à la signature et à la ratification des Conventions de Genève de 1949, le CICR a entrepris d'en rédiger un commentaire afin d'aider les gouvernements, les forces armées et les sociétés nationales de la Croix-Rouge à assumer les responsabilités qui découlent de ces engagements⁸⁹⁸. Les personnes physiques sont également visées qu'elles soient militaires ou civiles dès lors que, dans l'optique du CICR, la connaissance et la diffusion du droit international humanitaire constituent des étapes indispensables pour en assurer le respect. Ce commentaire fut confié à des personnes très impliquées dans le processus de révision et d'adoption des Conventions de Genève, au premier rang desquelles figure Jean Pictet.

Chacune des quatre conventions fait l'objet d'un ouvrage et chaque article de la convention y est analysé. Les articles sont souvent replacés dans leur contexte juridico-historique et c'est notamment le cas de l'article premier de la convention de Genève pour l'amélioration du sort

⁸⁹⁵ Même si le CICR se défend d'être un organe d'enquête pour préserver sa neutralité et sa capacité d'intervention dépendante de l'accord des Etats, les TPI accordent beaucoup de crédit à ses constatations, le faisant ainsi légèrement sortir du domaine dans lequel il cherchait à se cantonner jusqu'alors. Les efforts de discrétion dont a fait preuve le CICR se trouvent ainsi partiellement anéantis par les TPI.

⁸⁹⁶ Affaire *Blaskic*, Chambre de première instance I, 3/03/00, § 418.

⁸⁹⁷ Affaire *Blaskic*, Chambre d'appel, 29/07/04, § 618.

⁸⁹⁸ Voir l'avertissement accompagnant les commentaires des Conventions.

des blessés et des malades dans les forces armées en campagne⁸⁹⁹. S'en suit un travail de définition des termes employés. Les objectifs de la conférence diplomatique transparaissent ici et là afin d'éclaircir le contenu des articles. Le commentaire des conventions souligne également le poids à accorder aux différents articles des conventions. Certains sont plus importants que d'autres, c'est notamment le cas de l'article 3 commun⁹⁰⁰ et de son alinéa 4⁹⁰¹. Ces commentaires sont rapidement devenus incontournables⁹⁰² alors même que « publié par le Comité international de la Croix-Rouge, ce commentaire reste l'œuvre personnelle de ses auteurs »⁹⁰³ et que « seuls les Etats parties sont habilités à donner, par voie de consultation mutuelle, une interprétation officielle et en quelque sorte authentique⁹⁰⁴ » des Conventions.

L'étude de la jurisprudence des TPI confirme le caractère incontournable de certaines prises de position du CICR : les références aux commentaires des Conventions de Genève et de leurs protocoles additionnels sont innombrables et ce sont même souvent les parties⁹⁰⁵ qui incitent les juridictions à en faire application⁹⁰⁶.

Lorsqu'il s'agit de définir la notion de traitement inhumain, les commentaires des Conventions se révèlent très utiles : « Cette interprétation va dans le sens de l'approche adoptée par le CICR dans son commentaire de l'article 147 de la IV^e Convention de Genève. Pour expliquer ce terme, il fait référence à l'article 27 de la Convention et affirme que "[l] e traitement envisagé par cet article serait donc un traitement tel qu'il cesserait d'être humain". Le commentaire de l'article 119 confirme également ce point de vue puisqu'il y est dit que "[l] e présent alinéa ... réaffirme les idées humanitaires consacrées par les articles 27 et 32, et souligne ainsi la nécessité de ne jamais perdre de vue ces principes essentiels". Dans le

⁸⁹⁹ « Les Conventions de 1864 et de 1906 ne contenaient aucune disposition semblable. Celle de 1864 (article 8) disait simplement : (...) » in *Commentaire de la convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, p. 26.

⁹⁰⁰ « Cet article, commun aux autres Conventions de Genève de 1949, en est l'un des plus importants. Il marque une nouvelle étape dans le développement incessant de l'idée qui est à la base de la Croix-Rouge et dans sa transcription en obligations internationales » in *Commentaire de la convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, p. 40.

⁹⁰¹ « Cette disposition est essentielle. Sans elle, l'article 3, ni aucun autre à sa place, n'aurait jamais été voté », in *Commentaire de la convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*, p. 64.

⁹⁰² « In the development of any legal advice regarding the 1949 Geneva Conventions, they (*les commentaires*) are the first reference to which one resorts (...) » in PARKS (H.), « Pictet's Commentaries », *Etudes en l'honneur de J. Pictet*, MNP, 1984, p. 497.

⁹⁰³ Voir l'avertissement accompagnant les commentaires des Conventions.

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ Devant les TPI, les parties ne sont pas des Etats.

⁹⁰⁶ Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, 16/11/98, § 450 : « La Défense cite à l'appui de cet argument le Commentaire de l'article 147 de la IV^e Convention de Genève ».

commentaire de l'article 51 de la II^e Convention de Genève, le traitement inhumain en tant qu'infraction grave est également défini par référence à l'article 12 de cette Convention, qui dispose que les personnes protégées doivent être traitées avec humanité. En conséquence, le commentaire de l'article 51 explique que "les traitements envisagés ici sont donc de ceux qui sont contraires à cette prescription générale" »⁹⁰⁷.

Toujours dans cette affaire, la Chambre de première instance cite un passage relativement conséquent du commentaire de l'article 147 de la quatrième Convention⁹⁰⁸ soulignant ainsi son aspect pédagogique. Les auteurs du commentaire se sont interrogés sur le but de la convention et ont cherché à identifier ce que pouvait constituer un traitement inhumain dans ce contexte.

Le TPIY, de la même manière qu'il se réfère aux commentaires des Conventions de Genève, utilise également pour les besoins de son raisonnement, le commentaire de leurs protocoles additionnels. Pour savoir si les membres d'une défense territoriale doivent être considérés comme des combattants durant toute la durée du conflit ou seulement lorsqu'ils participent directement aux hostilités, la Chambre d'appel se réfère au commentaire des protocoles⁹⁰⁹ qui rejette l'idée d'un statut de « quasi-combattants »⁹¹⁰ pour décider que les membres des forces armées demeurant chez eux dans la région du conflit, restent des combattants, qu'ils soient au combat ou non, momentanément armés ou non.

Il est donc clair que les TPI recourent fréquemment aux commentaires des Conventions de Genève dans l'exercice de leurs fonctions. Il va dorénavant falloir déterminer quelle place ces commentaires occupent dans le raisonnement du juge. Ont-ils une place décisive dans la formulation de la norme juridique ? C'est principalement à l'occasion de la découverte de la norme coutumière que le juge pénal international recourt aux commentaires des Conventions de Genève.

⁹⁰⁷ Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, 16/11/98, § 519.

⁹⁰⁸ « [i] l ne saurait s'agir, semble-t-il, uniquement de traitements qui porteraient atteinte à l'intégrité physique ou à la santé ; le but de la présente Convention est certainement d'accorder aux personnes civiles, au pouvoir de l'ennemi, une protection telle qu'elles conservent leur dignité humaine et ne soient pas ravalées au niveau de la bête. Cela amène à penser que par "traitement inhumain" on ne peut pas se contenter d'envisager uniquement ce qui a trait à l'intégrité physique ou à la santé. Il semble, par exemple, que certaines mesures qui tendraient à laisser des internés civils sans aucun rapport avec l'extérieur, en particulier avec leur famille, ou qui les soumettraient à des atteintes graves à leur dignité d'hommes, devraient être considérées comme des traitements inhumains », *Ibid.* § 521.

⁹⁰⁹ Affaire *Kordic*, Chambre d'appel, 17/12/04, n° IT-95-14/2-T, § 51.

⁹¹⁰ Commentaire des protocoles additionnels, § 1677.

Dans l'affaire *Delalic*, pour déterminer la nature du conflit armé, la Chambre de première instance affirme d'emblée « s'inspirer » du Commentaire de la IV^e Convention de Genève⁹¹¹, qui considère que « (t) out différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention de membres des forces armées » est un conflit armé international et que « (n)i la durée du conflit, ni le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne jouent de rôle »⁹¹². De même, lorsqu'il faut régler la question de savoir si les victimes étaient des personnes protégées au sens de la IV^e convention de Genève, le TPIY qui doit éclaircir la notion de personne au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elle n'est pas ressortissante, considère que : « Il convient de faire observer que l'expression "au pouvoir de" est utilisée à l'article 4 dans son sens général. Elle ne doit pas être comprise uniquement au sens physique d'être détenu mais elle indique que le civil en question se trouve sur un territoire placé sous le contrôle de la partie adverse »⁹¹³ et une note de bas de page nous renvoie au commentaire de la convention en question. Dans ce cas, le lecteur distrait qui ne prend pas le temps de vérifier le contenu de la note, n'est pas forcément conscient de la provenance des affirmations du Tribunal. Cette question semble toutefois accessoire puisque la chambre admet plus loin que « cette question ne se pose pas en l'espèce puisque nul ne conteste que les victimes des crimes allégués étaient, pendant toute la période considérée, emprisonnées dans un camp de détention relevant des autorités bosniaques, partie au conflit »⁹¹⁴. Dans cette hypothèse relativement répandue de renvoi aux commentaires par note de bas de page, l'impact sur la décision du tribunal semble infime.

Parfois, il s'agit de confirmer un raisonnement déjà construit : « La référence, dans l'article 3 1) c) commun, à la prohibition de toute «distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue» ne place *aucune réserve* à l'exigence impérative de traitement humain de toutes les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités et, en particulier, elle ne limite pas les actes prohibés par cet article aux seuls actes motivés par la discrimination. Les commentaires des Conventions de Genève par le Comité international de la Croix-Rouge confirment cette interprétation »⁹¹⁵.

⁹¹¹ Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, 16/11/98, § 208.

⁹¹² Commentaire p. 26.

⁹¹³ Affaire *Delalic*, Chambre de première instance, 16/11/98, § 246.

⁹¹⁴ *Ibid.*

⁹¹⁵ Affaire *Aleksovski*, Chambre d'appel, 24/03/00, § 22.

Plus loin, la Chambre de première instance « souhaite insister sur la nécessité d'envisager de façon plus souple les conditions posées par l'article 4 de la IV^e Convention de Genève » car « (l)e Commentaire de la IV^e Convention de Genève nous impose de garder à l'esprit que "les Conventions sont faites avant tout pour protéger des individus et non pas pour servir les intérêts des États" ». Elle « est donc d'avis que les Conventions devraient couvrir le plus grand nombre de personnes possible »⁹¹⁶ refusant ainsi de faire dépendre la qualité de personne protégée de la seule nationalité comme le prévoit l'article 4 de la IV^e Convention⁹¹⁷. Le commentaire se trouve ici au cœur d'une interprétation audacieuse du droit international humanitaire. Il joue ici alors le rôle de révélateur de l'esprit et du but de la convention, facilitant l'interprétation qu'en fera le juge.

Nous constatons donc qu'un organisme privé chargé de protéger les victimes de la guerre, a influencé de manière directe la détermination des normes appliquées par les juridictions pénales internationales.

Cet exemple, choisi parmi bien d'autres, montre à quel point les juridictions pénales internationales placent leur travail sous le signe de l'individualisme. Les ONG constituent en effet le symbole de la montée en puissance de l'individu sur la scène mondiale. En leur accordant une place au sein du procès pénal, les TPI et la CPI portent la voix des revendications des individus.

Concernant la CPI, l'empreinte des ONG a été perceptible dès le stade des négociations visant à la création de cette juridiction⁹¹⁸. Certaines ONG se sont d'ailleurs « servies » d'États faibles sur la scène internationale pour faire passer leurs positions.

L'article 15 du Statut de la CPI prévoit que le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la compétence de la Cour. Le Procureur qui vérifie le sérieux des renseignements reçus, peut rechercher des renseignements supplémentaires auprès d'États, d'organes de l'Organisation des Nations Unies, d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ou d'autres sources

⁹¹⁶ *Ibid.* § 263.

⁹¹⁷ « Sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes ».

⁹¹⁸ Pour une critique du rôle joué par les ONG aux différents stades de la procédure, voir SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre O.N.G. et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, p. 29-45.

dignes de foi qu'il juge appropriées, et recueillir des dépositions écrites ou orales au siège de la Cour. Les ONG constituent donc selon cet article une source digne de foi. Par le canal des ONG, ce sont en réalité les valeurs individuelles qui seront véhiculées.

Alors que le contexte historique est gommé pour mettre à jour les aspects personnels de la responsabilité, les ONG font la promotion des valeurs individualistes. Ce mouvement est amplifié par l'impact croissant des droits de l'homme sur l'activité des juridictions pénales internationales.

§ 2. Prise en compte grandissante des droits de l'homme

La multiplication des références au droit des droits de l'homme dans le domaine pénal véhicule des valeurs individualistes. Après avoir identifié la logique qui anime le droit international des droits de l'homme (A), nous verrons que ce corps de règles s'est infiltré dans la jurisprudence des TPI ainsi que dans le Statut de la CPI (B).

A. L'INDIVIDU AU CENTRE DES DROITS DE L'HOMME

Après avoir pris conscience du rôle central joué par l'individu dans le droit international des droits de l'homme, nous constaterons que cette branche du droit est en pleine expansion.

a) Consistance des droits de l'homme

Le droit international des droits de l'homme est constitué de l'« ensemble des règles juridiques internationales qui reconnaissent sans discrimination aux individus des droits et facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles »⁹¹⁹. Le droit des droits de l'homme comprend l'« (e)nsemble des droits et des libertés fondamentales inhérentes à la dignité de la personne humaine et qui concerne tous les êtres humains »⁹²⁰. Les droits de l'homme sont surtout opposables aux Etats⁹²¹ car c'est le pouvoir qui peut les menacer.

⁹¹⁹ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2006, p. 14.

⁹²⁰ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 396.

⁹²¹ « Techniquement parlant, les Droits de l'Homme sont, plutôt, des libertés. Libertés si essentielles que leur respect s'impose aux Etats dont la législation interne doit en organiser l'exercice, ou, au moins, ne pas entraver la jouissance » in LOMBOIS (C.), *Droit pénal international*, Dalloz, 1979, p. 200.

Les droits de l'homme qui se sont, dans un premier temps, affirmés dans les Constitutions nationales mais font dorénavant l'objet de normes internationales. Ces normes sont d'ailleurs en pleine expansion et une grande partie des conventions multilatérales à portée universelle les concerne. La Charte des Nations Unies en affirmant l'importance du respect des droits de l'homme a initié un mouvement tout à fait favorable au développement du droit international des droits de l'homme.

Dans ce contexte, nous constatons que l'individu occupe une place fondamentale. En effet, les droits de l'homme constituent un « ensemble de facultés et prérogatives considérées comme appartenant naturellement à tout être humain »⁹²². Dans la mesure où ils sont attachés à la qualité de personne humaine, « les droits de l'homme sont des droits individuels, dont l'individu est titulaire »⁹²³. C'est donc bien l'individu qui se trouve au centre de ce corps de règles. Les droits de l'homme de « première génération » constitués des droits civils et politiques sont fondés sur le concept de liberté, indissociable de la personne humaine. Ce sont des droits propres que la personne humaine possède comme telle et qui sont opposables à l'Etat dont elle relève⁹²⁴. La protection de l'individu constitue la raison d'être du droit des droits de l'homme.

Le champ lexical de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 est à cet égard très clair : « *Tout individu* a droit (...) », « *Nul* ne sera tenu en esclavage (...), « *Chacun* a le droit (...) », « *Toute personne* a droit (...) »⁹²⁵.

C'est donc l'individu qui est titulaire et jouit des droits énumérés. On ne cherche pas a priori à protéger un groupe mais bien tout individu en tant que tel, fût-il isolé. En effet, « (d)roits de l'individu, les droits de l'homme ne sauraient être confondus avec les droits des collectivités »⁹²⁶.

C'est ce point qui distinguait jusqu'à présent le droit des droits de l'homme du droit international humanitaire. En effet, comme le remarque Serge Sur, le droit international

⁹²² CORNU (G.), Vocabulaire juridique, PUF, 2007, p. 335.

⁹²³ SUDRE (F.), Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, Paris, 2006, p. 86.

⁹²⁴ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 2006, p. 212.

⁹²⁵ Articles 3, 4, 6 et 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Italiques ajoutés par nous.

⁹²⁶ SUDRE (F.), Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, Paris, 2006, p. 94.

humanitaire « ne vise pas tant les individus que la protection collective des populations »⁹²⁷. Cette différence s'explique par le fait que le droit international des droits de l'homme s'applique en temps de paix tandis que le droit international humanitaire s'applique en temps de guerre⁹²⁸.

En théorie, les juridictions pénales internationales ne devraient pas faire application du droit des droits de l'homme car leur mandat consiste à réprimer les violations du droit international humanitaire. L'objet du droit pénal international « n'est pas d'assurer à l'individu la protection internationale de ses droits mais de réprimer les violations particulièrement graves des droits essentiels de la personne humaine ou des principes du droit humanitaire (...) commises par des personnes privées agissant en tant qu'agents publics »⁹²⁹.

Pourtant, comme le constate Hervé Ascensio, « (c)omme les juridictions compétentes en matière de droits de l'homme, les juridictions pénales internationales s'intéressent aux individus en tant que tels »⁹³⁰. Cette attitude a été favorisée par l'effacement des différences conceptuelles entre le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme.

b) Expansion des droits de l'homme

Le droit international des droits de l'homme tend de plus en plus à englober le droit international humanitaire. Une véritable expansion des droits de l'homme est donc en marche.

Salvatore Zappalà appelle ainsi à dépasser « toute dichotomie, dans la conviction que les valeurs protégées par ces deux ensembles normatifs se sont désormais rapprochées : l'égalité entre les êtres humains et la dignité humaine »⁹³¹. Pierre-Marie Dupuy constate que les droits de l'homme et le droit humanitaire protègent « la dignité de la personne humaine en toutes

⁹²⁷ SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre O.N.G. et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, p. 35.

⁹²⁸ D'ailleurs, l'article 15§2 de la CEDH autorise une dérogation à l'article 2 de la Convention qui garantit le droit à la vie en ce qui concerne « les décès résultant d'actes licites de guerre ». On peut donc déduire de cette disposition que les deux branches du droit voient leurs champs d'application cloisonnés.

⁹²⁹ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2006, p. 33.

⁹³⁰ ASCENSIO (H.), « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 408.

⁹³¹ ZAPALLA (S.), « Le droit international humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations Unies pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda », *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, 2003, p. 112.

circonstances, de guerre comme de paix »⁹³². Dans un mouvement parallèle Theodor Meron considère que le droit humanitaire est dans un processus d'humanisation⁹³³. L'abandon du terme de droit de la guerre au profit du droit international humanitaire constitue déjà un premier indice de l'influence des droits de l'homme sur la matière. L'extension du régime des conflits armés internationaux aux conflits armés internes en constitue un second.

Au chapitre des points communs, nous pouvons constater que les deux matières placent l'individu au centre de leurs préoccupations. Dans un cas, l'individu est titulaire de droits et dans l'autre, d'obligations⁹³⁴. Les valeurs défendues sont également en grande partie, communes. Elles visent à protéger l'individu soit de manière directe au travers des mécanismes de protection des droits de l'homme, soit de manière indirecte par la répression de ceux qui bafouent la dignité humaine.

Originellement distincts, le droit international des droits de l'homme et le droit pénal international tendent à se rapprocher à mesure que se développe l'expression de « violations massives des droits de l'homme »⁹³⁵. De plus, la multiplication des conflits armés internes tend à brouiller la frontière traditionnelle entre ces deux corps de règles⁹³⁶. Il est en effet nettement plus difficile de constater l'existence d'un conflit armé interne que d'un conflit armé international. Ce n'est pas que le seuil de violence diffère car les conflits internes sont souvent plus cruels notamment en raison de la dimension ethnique qu'ils revêtent. Le déclenchement d'un conflit armé international est plus visible puisqu'il implique l'intrusion d'un Etat sur le territoire d'un autre. Dans les conflits armés internes, les violences doivent atteindre un certain seuil pour recevoir une telle qualification et il rapidement apparu

⁹³² DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2006, p. 235.

⁹³³ MERON (T.), « The Humanization of Humanitarian Law », *AJIL* 2000, vol. 94, p. 239-278.

⁹³⁴ TREVES (T.), *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Guiffre, 2005, voir chapitre VI intitulé : « L'individuo come titolare di diritti e di obblighi : diritti dell'uomo e crimini internazionali », p. 189-220.

⁹³⁵ Voir notamment un communiqué de presse du Conseil de Sécurité du 25 mai 2004 (CS/ 2690) relatif à la situation au Darfour et intitulé : « Préoccupé par les violations des droits de l'homme au Darfour, en particulier des actes à caractère ethnique, le Conseil exige que les responsables rendent des comptes », le Conseil de Sécurité se dit profondément « préoccupé par les informations selon lesquelles des violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire continuent d'être perpétrées au Darfour, notamment des attaques aveugles contre des civils, des violences sexuelles, des déplacements forcés et des actes de violence, en particulier des actes à caractère ethnique ».

⁹³⁶ « The current changing nature of conflicts from international to internal is closely related to the normative developments (...) The change in direction toward intrastate or mixed conflicts – the context of contemporary atrocities – has drawn humanitarian law in the direction of human rights law » in MERON (T.), « The Humanization of Humanitarian Law », *AJIL* 2000, vol. 94, p. 243-244.

nécessaire de promouvoir le respect de règles minimales de protection de la personne humaine.

C'est la raison pour laquelle le Conseil de sécurité fait à la fois référence au droit international des droits de l'homme et au droit international humanitaire dans les récentes décisions relatives aux crimes commis au Darfour, région du Soudan. Dans la résolution 1556 du 15 juillet 2004⁹³⁷, le Conseil de sécurité condamne « tous les actes de violence et violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire commis par toutes les parties à la crise ». Il condamne « *de nouveau* fermement toutes les violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire au Darfour » dans la résolution 1706 du 31 août 2006⁹³⁸. Il n'est donc plus aisé de distinguer les champs d'application respectifs de ces deux branches du droit. La lecture de ces résolutions nous apprend que l'application de l'un n'empêche pas la mise en œuvre de l'autre.

Il est donc important de préciser que, même s'ils répondent à des besoins distincts, le droit pénal international et le droit international des droits de l'homme ont tendance à s'associer pour préserver certaines valeurs. Dans son cours dispensé à l'Académie de droit international de la Haye, le Professeur Theodor Meron souligne dans son premier chapitre : « The humanization of the law of war »⁹³⁹.

Le rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour remis au Secrétaire général des Nations unies révèle à certains égards également une confusion entre le droit pénal international et le droit international des droits de l'homme. Ce rapport qui conclut à la nécessité pour le Conseil de sécurité de déférer au Procureur de la Cour pénale internationale la situation au Darfour mêle en effet violations du droit international des droits de l'homme et violations du droit international humanitaire.

Cette expansion du droit international des droits de l'homme se reflète également dans l'activité des juridictions pénales internationales. Il convient dès à présent d'identifier comment ces juridictions se réfèrent à cette branche du droit.

⁹³⁷ S/RES/1556 (2004).

⁹³⁸ S/RES/1706 (2006).

⁹³⁹ MERON (T.), « International Law in the Age of Human Rights », *RCADI* 2003, vol. 301, p. 24 et s.

B. LES RÉFÉRENCES AUX DROITS DE L'HOMME

Les juridictions pénales internationales appliquent, de plus en plus, dans l'exercice de leurs fonctions des normes issues du droit international des droits de l'homme. C'est en premier lieu dans le cadre de la jurisprudence des TPI que ce phénomène a pris de l'ampleur avant d'être institutionnalisé par le Statut de la CPI.

a) La jurisprudence des TPI

Les normes issues du droit international des droits de l'homme se sont peu à peu glissées dans le raisonnement des juges des TPI. Les jugements et les arrêts des TPI font référence à des conventions du droit international des droits de l'homme. Il est également très fréquent de rencontrer des références à la jurisprudence de la CEDH.

Le droit international des droits de l'homme influence par conséquent la formation des normes appliquées par les juridictions pénales internationales⁹⁴⁰. Lorsque les juges se trouvent confrontés à une difficulté d'interprétation, il leur arrive fréquemment de recourir à la jurisprudence de la CEDH. Dans l'affaire *Aleksovski*, le TPIY a jugé utile de rappeler la définition de l'expression « traitement inhumain » proposée par la Cour européenne des Droits de l'Homme. En effet, l'article 3 commun aux Conventions de Genève évoque la notion de traitement inhumain sans la définir. Le TPIY a donc jugé utile de recourir à la jurisprudence de la CEDH, « seul, parmi les organes chargés de suivre l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, à avoir défini cette expression »⁹⁴¹. Le jugement fait clairement apparaître ce passage de l'arrêt *République d'Irlande contre Royaume-Uni*: « un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité pour tomber sous le coup de l'article 3 (Convention européenne des Droits de l'Homme). La notion de « minimum de gravité » est, par la force des choses, toute relative, et dépend de l'ensemble des circonstances entourant l'affaire, telles que la durée du traitement infligé, ses conséquences sur les plans physique et moral et, dans certains cas, le sexe, l'âge, l'état de santé de la victime, etc. »⁹⁴². Dans cette même affaire le TPIY se réfère également à l'article 5 de la Déclaration universelle des droits

⁹⁴⁰ Voir LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « Les Tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », *Les sources du droit international pénal*, Société de Législation Comparée, 2004, p. 97-134.

⁹⁴¹ Affaire *Aleksovski*, jugement, 25/06/1999, § 53.

⁹⁴² CEDH, arrêt *République d'Irlande c. Royaume-Uni*, série A, n°25, 18/01/1978, p. 14.

de l'homme de 1948, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à la Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants⁹⁴³.

Dans l'affaire *Blaskic*, pour déterminer si les actes énumérés dans l'acte d'accusation étaient assimilables à des persécutions et donc si le principe de légalité avait été respecté, la Chambre d'appel du TPIY rappelle que « (l)e principe de légalité est consacré, entre autres, par l'article 15 du Pacte international adopté le 16 décembre 1966 et par l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme signée le 4 novembre 1950 »⁹⁴⁴.

La Convention européenne des droits de l'homme ainsi que les arrêts rendus par la CEDH constituent donc une importante base de données pour les juridictions pénales internationales.

Parmi toutes les références utilisées par les TPI pour déterminer les normes applicables, les droits de l'homme occupent une place tout à fait particulière. Certains auteurs critiquent cette méthode lorsqu'elle a pour effet d'augmenter les prescriptions de nature criminelle⁹⁴⁵

La confusion entre les deux branches du droit est ainsi alimentée par les juridictions pénales internationales elles-mêmes⁹⁴⁶. Cette tendance qui n'était que latente dans la jurisprudence des TPI voit son existence consacrée dans le Statut de la CPI.

b) Le Statut de la CPI

L'article 21 paragraphe 3 du Statut de la CPI relatif au droit applicable est rédigé comme suit : « L'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus et exemptes de toute discrimination

⁹⁴³ Affaire *Aleksovski*, Chambre de première instance, 25/06/1999, § 54.

⁹⁴⁴ Affaire *Blaskic*, Chambre d'appel, 29/07/2004, § 141.

⁹⁴⁵ METTRAUX (G.), "Using human rights law for the purpose of defining international criminal offences – the practice of the ICTY", *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Bruxelles, 2002, p. 183-216.

⁹⁴⁶ Ce n'est pas toujours le cas ; la Chambre de première instance du TPIY a eu l'occasion de rappeler dans l'affaire *Krnjelac* que « lorsqu'elle se reporte à la définition de la torture qui est donnée dans le domaine des droits de l'homme, la Chambre de première instance doit tenir compte des différences structurelles qui existent entre cette branche du droit et le droit international humanitaire, en particulier de la fonction et du rôle distincts attribués aux États et aux individus dans chaque régime » (jugement, 15/03/2002, § 181). De plus, la Chambre rappelle qu'il existe « une tendance, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, à allonger la liste des buts défendus, mais la Chambre de première instance doit appliquer le droit international humanitaire coutumier en l'état où il était *au moment des faits* » (*Ibid*, § 186).

fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité ». L'application et l'interprétation du droit pénal international doivent donc être compatibles avec le droit international des droits de l'homme.

Cet article qui n'a pas d'équivalent dans les Statuts des TPI est une disposition centrale régissant le droit applicable. Les droits de l'homme apparaissent donc comme des préceptes absolus à respecter en toutes circonstances. Le refus des discriminations est également un élément central dans la problématique des droits de l'homme. En revanche, c'est par rapport aux articles du Statut qu'il faut raisonner pour caractériser une éventuelle discrimination. A ce stade, droit pénal international et droits de l'homme se mélangent donc.

L'article 21 § 3 qui fait du respect des droits de l'homme une obligation générale contribue à placer l'individu au centre du procès pénal international. Les droits de l'homme serviront à la fois à interpréter des incriminations et à définir les populations protégées par ses dispositions mais également à protéger les accusés. Ainsi, le procès pénal international doit se dérouler dans le respect du droit au procès équitable. Plusieurs dispositions du Statut de la CPI protègent d'ailleurs ce droit, il s'agit des articles 17, 20 et 68. Il s'agit d'une catégorie particulière de droits de l'homme appelée droits de procédures et qui ne renvoie pas à une liberté matérielle⁹⁴⁷.

Le 13 juin 2008, la Chambre de première instance I de la Cour pénale internationale a décidé de suspendre sur ce fondement la procédure engagée à l'encontre de Thomas Lubanga. En effet, le Procureur n'avait communiqué ni à la Défense, ni aux juges, d'importants éléments de preuve potentiellement à décharge. Cette décision de suspension de la procédure a été confirmée par la Chambre d'appel⁹⁴⁸.

L'individu en tant que tel se trouve donc au centre des enjeux du procès pénal international. Déconnecté des enjeux historiques et doté de nombreux droits, il apparaît comme le véritable vecteur d'un droit mondial. En plaçant l'individu au centre du raisonnement juridique, les

⁹⁴⁷ SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2006, p. 332.

⁹⁴⁸ *Affaire Lubanga*, Chambre d'appel, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber I entitled "Decision on the release of Thomas Lubanga Dyilo", 21/10/2008.

juridictions pénales internationales ont en effet effacé les barrières traditionnelles de la souveraineté et dépassé les différences existant entre les divers systèmes juridiques.

Les valeurs individualistes peuvent facilement véhiculer un droit unifié et cohérent. La réprobation des crimes de masse fait l'objet d'un large consensus dans le monde et en se concentrant sur leur répression, il est possible de faire tomber les obstacles qui empêchaient l'unification du droit. L'unification du droit se fait à la faveur d'une expansion des valeurs et des procédures occidentales. Dans les sociétés occidentales, l'individu occupe une place centrale et il est titulaire de nombreux droits qu'il peut faire valoir devant de nombreuses juridictions. C'est la diffusion de ce modèle qui explique le développement d'un droit pénal mondial.

SECTION II : UN DROIT PÉNAL MONDIAL

La mondialisation du droit se définit comme « l'uniformisation, ou du moins l'harmonisation, des règles applicables aux individus »⁹⁴⁹ et « (u)n droit mondialisé suppose une application uniforme des règles d'origine internationale aux particuliers, principaux intéressés »⁹⁵⁰.

L'uniformisation des règles pénales au niveau mondial (§ 1) permet de constater l'existence d'un droit pénal mondial distinct des schémas que l'on pouvait rencontrer jusqu'à présent (§ 2).

§1. Uniformisation des règles pénales applicables aux individus

La pénalisation des activités humaines est en cours à l'échelle mondiale. Ces dernières années, la répression pénale des crimes les plus graves s'est en effet imposée : l'amnistie n'est plus une solution acceptable et les commissions Vérité et Réconciliation qui se situaient entre justice et pardon, n'ont pas prospéré. On note un véritable durcissement de la réponse apportée aux crimes de masse qui est à l'heure actuelle nécessairement de nature pénale. Au

⁹⁴⁹ COSNARD (M.), « La création normative des Etats, Point de vue publiciste », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, p. 150.

⁹⁵⁰ *Ibid.* p. 159.

niveau mondial, des réponses homogènes aux crimes de masse se sont donc imposées, principalement grâce à deux mécanismes. Le premier mécanisme résulte de la mise en place par les juridictions *ad hoc* et par la CPI, d'un système unifié de répression pénale (A). Le second découle de l'harmonisation des législations internes des Etats ayant ratifié le Statut de Rome (B).

A. UNIFICATION DES RÈGLES PENALES INTERNATIONALES

Malgré la diversité des juridictions pénales internationales existantes, une certaine unité se dégage de leurs modalités de fonctionnement.

Avec la mise en place des TPI et de la CPI, on note une uniformisation voire une unification du régime applicable au génocide, au crime contre l'humanité et au crime de guerre. La répression de l'un de ces crimes se déroulera de manière sensiblement identique quelle que soit la juridiction pénale internationale saisie.

Lorsque des conventions internationales sont adoptées dans le domaine pénal, elles se contentent la plupart du temps de définir des infractions tout en laissant aux Etats le soin d'adopter des sanctions pénales. Les conventions internationales constituent donc dans ce domaine, des instruments incomplets nécessitant une intervention substantielle des Etats. Sans modifications législatives de fond, la convention reste lettre morte. Les Statuts ainsi que les Règlements de procédure et de preuve des juridictions pénales internationales constituent au contraire de véritables codes pénaux miniatures vecteurs d'une unification du droit pénal.

Le Statut du TPIR définit de manière presque identique au Statut du TPIY les différents crimes relevant de sa compétence - crime de guerre, crime contre l'humanité et crime de génocide - . Comme nous l'avons déjà signalé⁹⁵¹, le Statut du TPIR a été largement calqué sur celui du TPIY. Entre ces deux juridictions, il existe donc une unité indéniable. Les points communs ne s'arrêtent d'ailleurs pas à la définition des crimes mais irriguent l'ensemble de la procédure et du droit applicables. Ainsi, l'existence de deux juridictions distinctes, bien loin de fragmenter les règles pénales applicables aux grands crimes, a, au contraire, contribué à

⁹⁵¹ Voir Partie I, Titre I, Chapitre I.

l'émergence d'un droit pénal mondial. Les juges ont dû parfaire et compléter les éléments fournis dans leurs Statuts et une fois encore une unité jurisprudentielle s'est dégagée.

L'existence de plusieurs chambres de première instance pouvait faire craindre que des divergences jurisprudentielles n'entravent l'émergence d'un droit pénal à vocation mondiale. La création d'une Chambre d'appel a naturellement permis l'harmonisation des solutions adoptées. De surcroît, la composition mixte des Chambres d'appel du TPIY et du TPIR permet de considérer que les TPI possèdent une chambre d'appel « commune ». Les divergences éventuelles entre le TPIY et le TPIR se trouvent donc une fois de plus atténuées par ce mécanisme. Le caractère obligatoire des décisions de la Chambre d'appel assure une cohérence à l'ensemble normatif en construction.

Une unification du droit pénal est donc en marche. Le Statut de la CPI reprend et consolide des solutions élaborées par les TPI *ad hoc*. La création de la Cour pénale internationale permet aussi de renforcer l'unité ainsi obtenue. D'une part, le Statut de la CPI s'inspire grandement des Statuts des juridictions *ad hoc* et d'autre part, il intègre des innovations jurisprudentielles des TPI. Il existe toutefois quelques exceptions à cette logique, certaines créations jurisprudentielles⁹⁵² n'ayant pas été « validées » par la Conférence de Rome. Ces variations minimales ne remettent pas en cause l'unité du droit pénal mondial. De plus, comme n'importe quelle forme de droit, le droit pénal mondial est appelé à évoluer car il ne saurait être conçu comme un droit figé.

Les règles procédurales ont également fait l'objet d'une importante conceptualisation de la part des juridictions pénales internationales. On considère aujourd'hui que les juridictions pénales internationales « appliquent des règles de procédure (...) communes à tous les Etats »⁹⁵³. Le RPP du TPIY « consiste en un ensemble de règles hétéroclites provenant d'origines diverses »⁹⁵⁴ et s'inspire à la fois du modèle de la *common law* et des systèmes romano-germaniques. À ce titre, Jérôme de Hemptinne considère que le RPP réalise une « hybridation » des deux grandes traditions juridiques⁹⁵⁵. Bien que le Règlement initial s'inscrive plus volontiers dans le cadre de la *common law*, ses modifications successives ont

⁹⁵² C'est notamment le cas de l'entreprise criminelle conjointe.

⁹⁵³ DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2005, p. 167.

⁹⁵⁴ DE HEMPTINNE (J.), « L'hybridité et l'autonomie du règlement de procédure et de preuve du TPIY », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 135.

⁹⁵⁵ *Ibid.* p. 137.

conduit à tempérer fortement cette donnée. Par exemple, le juge ne se cantonne plus à un rôle d'arbitre et il devient, comme dans les systèmes romano-germaniques, un véritable acteur du procès.

Les sanctions pénales encourues pour génocide, crime contre l'humanité ou crime de guerre sont communes aux différentes juridictions internationales et se limitent à des peines d'emprisonnement⁹⁵⁶. En revanche, il persiste d'importantes disparités dans le prononcé des peines entre le TPIY et le TPIR et parfois entre les différentes chambres d'une même juridiction⁹⁵⁷.

Les juridictions pénales *ad hoc* et la CPI constituent ainsi un système dont l'objectif principal est la répression des crimes de masse. La mise en place d'un tel système a indirectement incité certaines autorités judiciaires nationales à mettre en œuvre des mécanismes comparables.

En effet, comme le remarque Guy Canivet, « (s)ous l'influence de la mondialisation, les diverses institutions judiciaires nationales traitent de plus en plus de problèmes juridiques semblables »⁹⁵⁸ et le juge peut ainsi s'inspirer des "mécanismes de décodage interprétatif dans une culture autre que la sienne"⁹⁵⁹.

Les solutions élaborées par les juridictions pénales internationales sont en effet facilement « transposables » dans les divers droits internes⁹⁶⁰. Contrairement aux traités internationaux qui nécessitent, en principe la ratification par l'Etat, la jurisprudence internationale pénètre plus facilement dans les ordres juridiques étatiques. Nul besoin de se demander si la France a ratifié une convention ou si elle agit conformément à une pratique depuis assez longtemps pour appliquer une solution élaborée par une juridiction internationale. Il n'est même pas nécessaire d'obtenir un quelconque exequatur de la décision en question. Les juges internes

⁹⁵⁶ Contrairement aux TMI qui avaient prononcé de nombreuses condamnations à mort.

⁹⁵⁷ Voir notamment SCALIA (D.), « Constat sur le respect du principe nulla poena sine lege par les tribunaux pénaux internationaux », *RIDC* 2006, p. 185-209.

⁹⁵⁸ CANIVET (G.), « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, p. 45

⁹⁵⁹ *Ibid.* p. 46.

⁹⁶⁰ Pour une opinion contraire en ce qui concerne la réception des jugements internationaux par les Etats concernés, voir DICKINSON (L.), « The Promise of Hybrid Courts », *AJIL* 2003 : « Because the work of the international courts is physically remote from the countries in question, and the judges and personnel have not been drawn from the local population, there is little opportunity for domestic legal professionals to absorb, apply, interpret, critique, and develop the international norms in question (...) In short, the mere existence of an international court does not create a channel for its jurisprudence to be used and developed, or even merely respected and understood, on a local level » p. 305.

n'ont qu'à se référer à la jurisprudence issue des juridictions pénales internationales pour lui accorder un effet. Il n'est plus nécessaire alors de se demander si les normes internationales sont directement invocables dans l'ordre juridique interne. La question de l'effet direct est également sans pertinence dorénavant.

Lorsque le juge crée du droit, et c'est d'autant plus vrai sur la scène internationale, il raccourcit grandement les délais habituels de production normative. Alors que les diverses étapes de la négociation conventionnelle agissent comme autant d'obstacles à formation de la règle de droit et que la coutume reste tributaire d'une pratique non équivoque, la source prétorienne n'est pas soumise à ce genre de contingences ou d'incertitudes. Alors que les arrêts de la Cour internationale de Justice restent cantonnés à un public restreint et n'ont pas réellement vocation à pénétrer dans les ordres juridiques internes, la jurisprudence pénale internationale pourrait suivre un chemin différent. Il s'agit donc d'un formidable outil de diffusion du droit pénal mondial.

Julie Allard et Antoine Garapon évoquent l'existence d'un véritable commerce des juges dans ce domaine⁹⁶¹. Il s'agit plus précisément d'un « forum informel d'échanges situé le plus souvent aux marges des mécanismes institutionnels »⁹⁶². Les juges pénaux internes sont aujourd'hui les « discutants d'un droit global »⁹⁶³. Les jurisprudences étrangères ou internationales agissent ainsi comme réservoir d'idées mis à la disposition des juges internes au risque toutefois que certaines juridictions s'adonnent au « cherry picking ».

Nous trouvons dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation une allusion à un arrêt du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (Furundzija, 1998) ou à un arrêt du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone⁹⁶⁴. La Cour cite l'arrêt de la Cour d'appel qui se réfère au fait que « des magistrats étrangers aient jugé, dans des espèces très différentes, que l'amnistie ne pouvait couvrir des faits de torture ».

Si certaines juridictions internes ont pris acte de l'unification des règles pénales appliquées par les juridictions pénales internationales, le Statut de la CPI entraîne, pour les Etats qui l'ont

⁹⁶¹ ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit*, Editions du Seuil et La République des Idées, 2005, p. 9.

⁹⁶² *Ibid.* p. 11.

⁹⁶³ *Ibid.* p. 91.

⁹⁶⁴ Cass. crim, 17 juin 2003, 02-83986.

ratifié, une véritable obligation de poursuivre les auteurs de génocide, de crime contre l'humanité et de crime de guerre.

B. UNIFORMISATION DES DROITS NATIONAUX PAR LE STATUT DE LA CPI

Si la création des juridictions pénales internationales a permis de construire un système de répression des crimes de masse basé sur des règles communes, la contribution de la Cour pénale internationale à la mondialisation du droit pénal va au-delà.

Le Traité de Rome possède en effet d'importantes vertus uniformisatrices ou, tout du moins, harmonisatrices. L'harmonisation est une « (o)pération consistant à unifier des ensembles législatifs différents par élaboration d'un droit nouveau empruntant aux uns et aux autres »⁹⁶⁵.

Le Traité de Rome a pour objet principal la création d'une juridiction pénale internationale et il semble s'adresser exclusivement aux juges internationaux. Le Statut régit le fonctionnement de la Cour pénale internationale et n'a pas à première vue d'impact sur les droits étatiques : il intègre des aspects structurels, procéduraux et normatifs afin de permettre à la juridiction de fonctionner normalement.

Malgré tout, en dépit de son incontestable aspect judiciaire, la ratification par les Etats du Statut de Rome peut avoir des retombées normatives substantielles dans les ordres juridiques internes⁹⁶⁶. En effet, en vertu de l'article premier du Statut de la CPI, la compétence de la Cour n'est que complémentaire vis-à-vis de celle des juridictions nationales des Etats parties. C'est donc en premier lieu aux Etats de mettre en œuvre les prohibitions établies dans le Statut. En ratifiant le traité de Rome, les Etats se sont indirectement engagés à adapter leurs législations au droit international et à jouer un rôle décisif dans la répression des atteintes graves aux droits de la personne humaine⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2007, p. 455.

⁹⁶⁶ « Il sistema penale della Corte non costituisce solo un universo normativo che opera attraverso il diagramma applicativo della complementarità della sua giurisdizione. Le categorie richiamate sono destinate ad esercitare una forte influenza sugli ordinamenti degli Stati (...) » in GAMBERINI (A.), « Principi fondativi del diritto penale internazionale e trasformazioni dei sistemi criminali. Una breve riflessione », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 333.

⁹⁶⁷ « Dans un système de complémentarité, les Etats (...) gardent l'exercice du droit de punir, la justice internationale n'ayant une vocation à juger que par subsidiarité, si les Etats concernés n'exercent pas ou ne peuvent exercer leurs prérogatives en conformité avec les exigences internationales » in GIUDICELLI-

L'article 17 du Statut relatif à la recevabilité des affaires illustre la manière dont le principe de complémentarité est appelé à jouer : « Eu égard au dixième alinéa du préambule et à l'article premier, une affaire est jugée irrecevable par la Cour lorsque :

a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, *à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ;*

b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, *à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ; (...)* ».

Les deuxième et troisième paragraphes de l'article 17 indiquent ensuite comment reconnaître l'Etat qui manque de volonté pour poursuivre les crimes internationaux ou celui qui est dans l'incapacité de le faire. Nous sommes donc bien en présence ici d'une disposition fondamentale, même si elle paraît quelque peu noyée dans le corps du Statut. Elle a malgré tout fait l'objet de longs débats et d'importantes négociations.

Ainsi, contrairement aux Statuts des TPI qui prévoient que des tribunaux *ad hoc* priment sur la compétence des juridictions nationales, le Statut de Rome fait la part belle à ces mêmes juridictions : elles se voient attribuer une compétence de principe dans la répression des crimes internationaux. Dans ces conditions, et même si aucune obligation de mise en conformité du droit national au Statut n'est expressément prévue⁹⁶⁸, il est tout à fait logique d'imaginer que pour remplir à bien cette tâche, les Etats doivent disposer dans leurs arsenaux juridiques, d'outils adéquats. Soulignons toutefois qu'il est toujours possible de réprimer des crimes internationaux par l'intermédiaire d'incriminations de droit commun mais dans ce cas, la spécificité du comportement criminel est totalement laissée de côté.

DELAGE (G.), « Poursuivre et juger selon les « intérêts de la justice ». Complémentarité ou/et primauté ? », *RSC* 2007, p. 474.

⁹⁶⁸ « L'exigence soulignée dans le Préambule que « ces crimes ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le *cadre national* et par le renforcement de la coopération internationale » (considérant n. 4) ne se traduit pas forcément par un devoir de modification du droit interne et encore moins par un principe d'identité entre le Statut et les législations étatiques. De ce premier élément, une obligation de conformité ne semble pas, à proprement parler, pouvoir être tirée » *in* MANACORDA (S.), WERLE (G.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome, le paradigme du « *Völkerstrafgesetzbuch* » allemand », *RSC* 2003, p. 506.

La ratification de cet instrument international impliquerait donc une certaine adaptation des droits nationaux au droit pénal international, sous peine de le rendre inefficace⁹⁶⁹. Ratifier le Statut portant création de la Cour pénale internationale, ce n'est donc pas seulement accepter que d'hypothétiques ressortissants soient jugés par un tribunal international, c'est aussi s'engager à modifier et à « modeler » s'il y a lieu, son droit national. Ce qui pouvait donc apparaître dans un premier temps comme une soupape de sécurité pour la souveraineté de l'Etat⁹⁷⁰ est en réalité à double tranchant. La ratification du Statut de la CPI a donc provoqué de vifs débats en ce qui concerne l'adaptation des divers droits pénaux au droit pénal international⁹⁷¹.

En France, le Sénat a adopté en première lecture en juin 2008 le projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale. La Coalition française pour la CPI a formulé dans ce cadre des observations pour « assurer l'intégrité du nouveau droit pénal international et permettre à la France de rattraper son retard en matière de répression des crimes internationaux »⁹⁷². Elle souhaite que le droit pénal français soit calqué sur les dispositions normatives du Statut de la CPI, c'est-à-dire que le droit français reprenne les définitions exactes des crimes internationaux tels qu'elles résultent du traité de Rome.

L'exposé des motifs de ce projet de loi démontre la réception par les autorités françaises de ces revendications : « Si, en tant qu'acte constitutif d'une organisation internationale, la convention internationale n'oblige pas les États qui y sont Parties à prévoir dans leur droit interne l'incrimination des infractions qui relèvent de la compétence de la Cour, les États

⁹⁶⁹ Pour une opinion contraire, voir affaire *Hadzihasanovic*, Chambre de première instance, 15/03/2006, § 257 : « Plusieurs Etats ont également déclaré qu'ils considéraient leur droit pénal interne suffisant pour poursuivre des crimes de guerre. Enfin à l'inverse de ce qui prévaut avec le Tribunal et le TPIR, le Statut de Rome pour la Cour pénale internationale prévoit que, dans ses relations avec les juridictions nationales, le principe "ne bis in idem" interdit qu'un deuxième procès soit mené à l'encontre d'un accusé qui aurait déjà été jugé par une juridiction nationale pour une conduite également sanctionnée par ledit Statut. Ce faisant, le statut de la Cour pénale internationale laisse la qualification du crime à la discrétion des juridictions nationales ».

⁹⁷⁰ « L'adoption des statuts de la CPI n'a été possible que parce que a été affirmé le principe de la complémentarité de la compétence de la CPI par rapport à celle des juridictions nationales (...) Ainsi, la Cour n'a pas vocation à se substituer aux juridictions nationales qui sont *a priori* les plus habilitées, et les plus légitimes à engager des poursuites à l'encontre de leurs ressortissants présumés responsables des crimes internationaux visés à l'article 5 du statut de la CPI » in BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 94-95.

⁹⁷¹ Concernant la France, voir notamment les travaux de la Coalition française pour la Cour pénale internationale (www.cfcpi.fr).

⁹⁷² Voir le site Internet de la Coalition française pour la CPI : <http://www.cfcpi.fr/spip.php?rubrique17>. Cette organisation s'adonne donc à une forme de lobbying, plus proche de la culture américaine que de la culture parlementaire française. La « mondiaméricanisation » (voir HAZAN (P.), *Juger la guerre, juger l'histoire : Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, PUF, Paris, 2007, p. 70) du droit pénal est donc bien en marche.

considérés ont néanmoins intérêt, afin à la fois d'éviter que la juridiction internationale ne se trouve compétente du fait de la carence de la législation pénale interne et de donner toute sa portée au « principe de complémentarité » énoncé à l'article 1^{er} du traité, à disposer de l'arsenal législatif permettant, le cas échéant, de punir les comportements prohibés par la convention de Rome. Tel est, au demeurant, le choix fait par le Gouvernement français »⁹⁷³.

Le projet de loi a entre autres, pour objectif d'incorporer les dispositions de l'article 8 du Statut de la CPI relatif aux crimes de guerre en droit interne et de compléter les incriminations existantes en matière de crime contre l'humanité. Le rapporteur relève que le projet de loi ne prévoit pas de donner une compétence universelle aux juridictions françaises pour poursuivre les auteurs de crimes internationaux dans la mesure où cette compétence avait déjà été reconnue aux juridictions françaises sur le fondement de conventions internationales pour certaines catégories d'infractions, parmi lesquelles les actes de torture et de terrorisme.

Stefano Manacorda et Gerhard Werle admettent que dans ce domaine, une « certaine disharmonie entre droit international et droit interne » reste admissible « à la condition qu'elle ne se traduise pas par une répression inefficace »⁹⁷⁴.

L'Allemagne a adopté en 2002 un code pénal international, le *Völkerstrafgesetzbuch* qui adapte le droit pénal allemand au Statut de la CPI. Un code pénal spécial⁹⁷⁵ a donc été adopté pour réaliser l'ajustement des dispositions allemandes aux dispositions internationales. Mis à part le génocide, les crimes internationaux ne jouissaient pas d'une réelle reconnaissance en droit allemand⁹⁷⁶. Le législateur allemand est même parfois allé plus loin que le Statut de Rome en admettant l'applicabilité de normes relatives aux conflits armés internationaux à des conflits internes, mais ceci en conformité avec la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*. L'adoption du Statut de la CPI a donc permis à l'Allemagne de remettre totalement à plat son droit pénal afin d'y inclure les crimes internationaux et de prévoir les modalités de leur poursuite. La même démarche semble possible en France – sans toutefois avoir recours à un code pénal distinct - même si le projet de loi d'adaptation mentionné plus haut traverse

⁹⁷³ Projet de loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale présenté au nom de Dominique de Villepin par Pascal Clément.

⁹⁷⁴ MANACORDA (S.), WERLE (G.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome, le paradigme du « Völkerstrafgesetzbuch » allemand », *RSC* 2003, p. 509.

⁹⁷⁵ « (l)e code allemand vise à assurer l'autonomie de la réglementation dont on assure la mise en œuvre, en plaçant le nouveau corpus à l'extérieur tant du Code pénal que du Code pénal militaire (...) » *in ibid.* p. 510.

⁹⁷⁶ Le crime contre l'humanité était en effet inexistant en droit allemand.

diverses difficultés⁹⁷⁷. L'incrimination de crime de guerre devrait donc faire prochainement son entrée dans le droit français, plus de cinquante années après la ratification par la France des Conventions de Genève.

La Grande-Bretagne a quant à elle adopté le « International Criminal Court Act (2001) » dont le paragraphe 50 est rédigé comme suit « “genocide” means an act of genocide as defined in article 6, “crime against humanity” means a crime against humanity as defined in article 7, and “war crime” means a war crime as defined in article 8.2 ». Ce renvoi au Statut de Rome produit une véritable harmonisation : le droit qui sera appliqué sera conforme au droit pénal international.

Le Statut de la CPI aurait donc servi de déclencheur à l'insertion réelle du droit pénal international dans les droits internes. En ratifiant le traité de Rome, les Etats s'engagent à exercer en premier lieu la répression des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du génocide et doivent, pour ce faire, compléter leurs codes pénaux. Une harmonisation sans précédent des droits internes se réalise donc dans un domaine intimement lié aux intérêts de l'Etat mais il ne faut pas pour autant sous-estimer les phénomènes de « renationalisation » ou d' « internisation » du droit international qui apparaissent « lorsque des règles, intégrées au droit interne à partir du droit international, sont interprétées dans un sens autonome »⁹⁷⁸.

Le Statut de la CPI permet donc d'harmoniser indirectement les droits internes des Etats qui l'ont ratifié. Cet outil possède donc des vertus « uniformisantes » tout à fait exceptionnelles à l'égard des droits nationaux. Les vertus harmonisatrices du Statut de Rome se heurtent toutefois à un obstacle de taille : l'absence de ratification universelle du Traité de Rome. Tant que certains Etats très puissants refuseront de devenir partie au Statut de la Cour, l'harmonisation du droit pénal ne pourra pas réellement avoir une portée mondiale⁹⁷⁹. Si le droit pénal fait bien l'objet d'un développement mondial, il n'est donc pas pour autant diffusé à l'échelle universelle. Ce différentiel entre échelle mondiale et échelle universelle résulte directement de la nature tout à fait singulière du droit appliqué par les juridictions pénales internationales et des rapports ambigus qu'il entretient avec le droit international.

⁹⁷⁷ Ce texte avait été présenté au Parlement en 2006, avant d'être retiré par le gouvernement, puis de nouveau présenté.

⁹⁷⁸ MANACORDA (S.), WERLE (G.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome, le paradigme du « Völkerstrafgesetzbuch » allemand », *RSC* 2003, p. 510.

⁹⁷⁹ Les Etats-Unis, la Russie et la Chine n'ont pas ratifié le Traité de Rome.

§2. Des rapports ambigus avec le droit international

L'originalité du droit pénal mondial réside dans sa faculté à se détacher du droit international public (A) tout en se rapprochant de la doctrine privatiste internationale (B).

A. MONDIALISATION ET INTERNATIONALISATION

Pour analyser le plus justement possible la nature du droit pénal mondial, il convient de distinguer très clairement le phénomène de mondialisation du droit de celui de son internationalisation.

Sous l'influence des juridictions pénales internationales, le droit pénal se mondialise. Le droit international occupe une place de choix dans l'unification des règles applicables aux individus car « (t)oute norme du droit international a vocation à l'universalité et semble donc le vecteur rêvé de la mondialisation du droit »⁹⁸⁰. Toutefois, l'universalisme convoité sur la scène interétatique est différent de l'universalisme naissant qui se développe dans le domaine pénal. Dans le premier cas, on cherche à réglementer des situations qui échappaient auparavant au droit alors que dans le second, on souhaite affiner et harmoniser des solutions existantes.

Il faut pourtant veiller à ne pas assimiler droit international et droit mondial. Le droit mondial englobe, contrairement au droit international, des règles régissant les relations interindividuelles. Si au départ, l'émergence d'un droit mondial était très liée au libéralisme économique⁹⁸¹, ce n'est plus le cas aujourd'hui et le droit pénal fait lui aussi partie des domaines touchés par ce phénomène⁹⁸².

⁹⁸⁰ COSNARD (M.), « La création normative des Etats, Point de vue publiciste », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, p. 150.

⁹⁸¹ « La volonté des opérateurs du commerce international est un puissant vecteur d'un droit mondialisé » *in* LOQUIN (E.), RAVILLON (L.), « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, p. 91.

⁹⁸² « L'évolution est particulièrement manifeste dans les matières économiques et commerciales au sens large. On se gardera de croire qu'elle doit y être limitée. Tout au contraire, le champ de la « globalisation » s'accroît (...) La répression des crimes « internationaux » (crimes contre l'humanité, génocide, etc.) confirme toutefois que des secteurs qui lui sont en principe tout à fait étrangers ne sont pas épargnés » *in* VERHOEVEN (J.), « Souveraineté et mondialisation : libres propos », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, p. 54.

De plus, lorsque des conventions internationales sont adoptées dans le domaine du droit pénal qui nous intéresse, ces conventions se contentent la plupart du temps de définir des infractions tout en laissant aux Etats le soin d'adopter des sanctions pénales. Les conventions internationales constituent donc dans ce domaine, des instruments incomplets nécessitant une intervention ultérieure des Etats. Comme le remarque Michel Cosnard, « (l)e droit des traités étant avant tout une technique, il fait la part belle à ses auteurs et principaux bénéficiaires : les Etats »⁹⁸³ ce qui le conduit à douter des vertus uniformisatrices du droit conventionnel⁹⁸⁴. En effet, l'âpreté des négociations multilatérales n'est pas un vecteur d'uniformité du droit car il n'est pas rare de « perdre » certains Etats au cours du processus. De plus, il est souvent possible pour les Etats de formuler des réserves ce qui, une fois de plus, ne permet pas d'unifier de manière complète les règles de droit. La diversification des engagements conventionnels apparaît ici comme un obstacle à l'uniformisation du droit. De surcroît, pour obtenir une plus large adhésion étatique à une convention, il est fréquent de formuler des règles générales qui seront par la suite interprétées de manière différente par les diverses juridictions appelées à en faire application, ce qui réintroduit une fois de plus un aléa juridique. Chaque étape de la vie du traité peut ainsi permettre à des « obstructions individuelles »⁹⁸⁵ de s'exprimer.

La contribution du droit international public à l'unification du droit pénal dans certaines matières est donc limitée. Michel Cosnard constatait en 1999 que la mondialisation du droit nécessitait la création de nouveaux instruments juridiques⁹⁸⁶. Les statuts des juridictions pénales internationales pourraient tout à fait constituer les nouveaux instruments juridiques auxquels cet auteur faisait référence. Grâce à ces statuts, les juges ont pu développer en toute indépendance et en bénéficiant d'une légitimité importante, des règles applicables aux violations graves du droit international humanitaire. L'action combinée de juges internationaux et d'instruments juridiques à potentiel hautement normatif comme c'est le cas des Statuts⁹⁸⁷ a donc permis au droit pénal de se « mondialiser ».

⁹⁸³ COSNARD (M.), « La création normative des Etats, Point de vue publiciste », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, p. 151.

⁹⁸⁴ « (l)e droit des traités semble le pire des vecteurs de la mondialisation du droit » *in ibid.* p. 153.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ *Ibid.* p. 172 et p. 174 : « Je pense que la mondialisation du droit est à l'heure actuelle une utopie et que les instruments sont encore à découvrir ».

⁹⁸⁷ Contrairement au Statut de la CIJ, les Statuts des juridictions pénales internationales contiennent des dispositions de fond et des lignes directrices précises à destination des juges. Ces instruments fonctionnent en effet à la manière de codes pénaux miniatures.

Comme le remarquent Julie Allard et Antoine Garapon, «(l)ongtemps cantonnés à l'interprétation rigoureuse du droit, les juges sont peut-être les agents les plus actifs de la mondialisation et, partant, les ingénieurs de sa transformation »⁹⁸⁸. Une « vaste toile judiciaire globale »⁹⁸⁹ serait en voie de formation, les juges des différents Etats ainsi que les juges internationaux développeraient ainsi des échanges et même, des relations qui pourraient aboutir à unifier le droit au-delà des frontières.

Selon Mireille Delmas-Marty, « le droit comparé a pour ambition de découvrir le droit mondial caché »⁹⁹⁰. Les juridictions pénales internationales, en utilisant de nombreuses sources internes opèrent un véritable travail de comparatiste qui permet de découvrir ce droit mondial.

On assiste ainsi grâce aux juridictions pénales internationales à une revalorisation du droit comparé. Après avoir été longtemps négligée, cette discipline renaît devant les juridictions pénales internationales sous un jour nouveau. Les juges, en s'appropriant les méthodes comparatistes, unifient le droit pénal.

Le droit mondial qui ne peut pas prendre forme totalement indépendamment d'instruments issus du droit international public ne doit pourtant pas être confondu avec ce dernier. Ce droit mondial vise à harmoniser les règles de droit applicable aux individus et non à créer des règles de droit applicables aux sujets de droit international. A cet égard, certains mécanismes relevant du droit international privé semblent plus à même de saisir la spécificité du droit pénal mondial.

B. DES SIMILITUDES AVEC LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Alors que le droit international public est constitué de l'ensemble des normes et des institutions destinées à régir la société internationale⁹⁹¹, le droit international privé a vocation à régir les relations privées internationales nées de la rencontre de divers ordres juridiques. Le

⁹⁸⁸ ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Seuil et la République des Idées, 2005, p. 6.

⁹⁸⁹ *Ibid.* p. 7.

⁹⁹⁰ DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2005, p. 72.

⁹⁹¹ DUPUY (P.M.), *Droit international public*, 7^e éd., Dalloz, 2004, p.1.

droit international public règle les relations entre Etats et le droit international privé, les relations entre individus⁹⁹². Ainsi, « (a)lors que les problèmes caractéristiques de droit international public sont la souveraineté sur un territoire ou le non-respect d'un traité par une partie, les questions de droit international privé naissent de la conclusion d'un contrat entre entreprises établies dans des pays distincts, de l'établissement de relations de famille entre personnes de nationalité différente, de la succession d'une personne laissant des biens dans deux ou plusieurs pays »⁹⁹³.

En France, le droit pénal est considéré comme une branche du droit privé même si ce n'est pas le cas dans tous les Etats⁹⁹⁴. Il est dès lors légitime de s'interroger sur l'éventuel rattachement du droit pénal international au droit international privé.

Le rattachement partiel du droit pénal international au droit international privé s'appuie sur un raisonnement audacieux. Comme le constate Chérif Bassiouni, le droit pénal international trouve son fondement dans le système juridique international et dans les systèmes internes. Or, le droit international privé est majoritairement d'origine interne.

Le droit pénal international pourrait trouver son fondement dans le droit international privé. Cette démarche visant à rapprocher le droit pénal mondial du droit international privé n'est pas isolée. Alberto do Amaral Junior, appelé à se prononcer sur la fragmentation et la cohérence dans le droit international contemporain affirme s'inspirer des travaux d'Eric Jayme dans le domaine du droit international privé⁹⁹⁵. C'est reconnaître qu'il existe d'intéressantes interactions entre le droit international public et le droit international privé et qu'il est tout à fait possible de construire un raisonnement qui emprunte à ces deux matières.

Même si les sources du droit pénal mondial sont proches de celles du droit international public, son objet principal - la réglementation des conduites individuelles - et ses modalités d'exécution se rapprochent de l'objet et des techniques du droit international privé. Comme nous l'avons constaté plus haut, les traités portant sur des problématiques de droit international privé sont quelque peu « négligés » par les Etats qui privilégient naturellement

⁹⁹² LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1999, p. 1.

⁹⁹³ AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, Paris, 2000, p. 1.

⁹⁹⁴ En Allemagne et en Grèce le droit pénal constitue une branche du droit public. En effet, le criminel, par son comportement anti-social porte atteinte à la stabilité étatique.

⁹⁹⁵ DO AMARAL JUNIOR (A.), « Le « dialogue » des sources : fragmentation et cohérence dans le droit international contemporain », *Regards d'une génération sur le Droit International*, Pedone, Paris, 2008, p. 8.

les traités relatifs aux relations internationales⁹⁹⁶. Si les questions intéressant les relations interindividuelles font l'objet d'un nombre réduit de conventions internationales, c'est parce qu'elle ne sont pas du ressort traditionnel de la sphère internationale. Il faut souligner que même au sein d'un Etat fédéral, les relations de ce type relèvent généralement de la compétence des autorités fédérées⁹⁹⁷, on imagine mal dès lors qu'elles puissent être intégralement aménagées au niveau international.

L'autonomie du droit international privé par rapport au droit international public est dans une certaine mesure envisageable. Carine Brière constate notamment en ce qui concerne les conflits de conventions internationales en droit privé que : « le phénomène des conflits de traités en droit public est autonome de celui existant en droit privé car les finalités du droit international privé sont distinctes de celles du droit international public »⁹⁹⁸. La Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 deviendrait inapplicable car les principes d'interprétation qu'elle dégage « n'ont pas été formulés en tenant compte de l'intention qui caractérise les conventions de droit privé, telle l'unification dans un domaine donné de règles de droit international privé ou de droit matériel »⁹⁹⁹.

Il serait donc possible de dissocier les conventions relatives au droit international privé du droit international public. Certes, cette théorie largement fondée sur un ouvrage de Telitha Vassali di Dachenhausen¹⁰⁰⁰ n'est pas dominante, mais elle a le mérite de doter le droit international privé d'une existence autonome par rapport au droit international public et de conforter ainsi notre thèse.

Joe Verhoeven semble pour sa part regretter que le droit pénal ne soit pas davantage pris en compte par le droit international privé: « Il est très remarquable que le droit international privé ne soit traditionnellement pas plus soucieux du droit pénal que son homologue public. Alors

⁹⁹⁶ « Ces traités portent sur des matières intéressant les intérêts des particuliers, et l'Etat qui n'y est qu'indirectement intéressé ne les considère pas comme étant aussi urgents que les traités concernant ses relations avec les Etats étrangers. Cela est si vrai que si les traités tendent à se développer en droit commercial international, c'est parce que le commerce international tend à devenir une affaire d'Etat » in LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1999, p. 21.

⁹⁹⁷ Aux Etats-Unis, la majorité des normes pénales est édictée au sein des entités fédérées. Le droit pénal fédéral régit quant à lui des matières limitées (lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme, falsification de devises, etc.).

⁹⁹⁸ BRIERE (C.), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 347, Paris, 2001, p. 161.

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ VASSALI DI DACHENHAUSEN (T.) *Il coordinamento tra convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Edition scientifique, Naples, 1993.

même que les conflits de lois et de juridictions se multiplient, parce que les relations privées s'internationalisent chaque jour davantage, et que les techniques de solution s'affinent considérablement en fonction de la diversité des besoins à satisfaire, les lois pénales et les jugements répressifs étrangers y demeurent totalement soustraits »¹⁰⁰¹. Cet auteur appelle d'ailleurs les juridictions internes à jouer un rôle plus important dans ce qu'il nomme l' « ordre répressif universel » notamment en acceptant d'appliquer la loi pénale étrangère¹⁰⁰².

François Rigaux affirmait en 1989 qu'« à défaut d'institutions qui y seraient propres, il n'existe pas d'ordre juridique international privé »¹⁰⁰³. La justice pénale internationale si elle est « trop peu autonome pour constituer un véritable ordre juridique » est aujourd'hui « néanmoins suffisamment identifiable pour être qualifiée d'espace normatif »¹⁰⁰⁴.

Les Conventions de Genève ou de la Convention sur le génocide ne permettent pas de réprimer directement leurs violations. Ces conventions qui élaborent des règles applicables par tous les Etats, visent à unifier les divers droits internes. Dans ce sens, les conventions précitées entrent parfaitement dans la logique du droit international privé car même si la majorité des règles de cette branche du droit est d'origine interne, « la constatation d'un état de fait particulariste ne doit pas faire renoncer à une conception universaliste de la discipline, celle-là même que symbolise l'expression de « droit international privé » »¹⁰⁰⁵. En effet, « (l)es *universalistes* estiment qu'il est non seulement souhaitable, mais possible de parvenir à une unification du droit international privé, à des règles de droit international privé communes à tous les Etats »¹⁰⁰⁶.

Toutes les conventions internationales relatives au droit privé n'ont pas pour objectif d'unifier le droit. Certaines conventions se contentent d'unifier les règles de conflit, c'est-à-dire qu'elles se bornent à déterminer un principe de renvoi à une loi nationale. Il existe en effet une différence importante entre d'une part, une convention déterminant en cas de vente internationale de marchandise, la loi applicable en cas de litige et d'autre part, une convention prohibant certains actes alors qu'ils ne présentent pas nécessairement d'élément d'extranéité.

¹⁰⁰¹ VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 55.

¹⁰⁰² *Ibid.* p. 71.

¹⁰⁰³ RIGAUX (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989, I, vol 213, p. 29.

¹⁰⁰⁴ DELMAS MARTY (M.), *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004, p. 460.

¹⁰⁰⁵ AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, Paris, 2000, p. 4.

¹⁰⁰⁶ LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1999, p. 17.

La première catégorie de conventions permet de donner la préférence à une loi nationale et d'éviter que plusieurs Etats ne revendiquent l'application de la leur, tandis que la seconde évince toute référence aux droits internes au profit d'un droit unifié et potentiellement universel.

Les Statuts des juridictions pénales internationales qui contribuent à homogénéiser les règles internationales sont tout à fait conformes à l'optique de la doctrine universaliste privatiste. L'idéal de l'homogénéité juridique serait donc potentiellement en train de se réaliser grâce à l'impulsion des juridictions pénales internationales.

Une unification du droit pénal est bel et bien en train de se produire. Le Statut de la CPI reprend et consolide des solutions élaborées par les TPI. En adoptant cette convention, les Etats qui s'engagent à exercer en premier lieu la répression des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du génocide vont devoir compléter leurs codes pénaux. Ainsi, une unification sans précédent des droits internes peut voir le jour dans un domaine intimement lié aux intérêts de l'Etat. Cette évolution est porteuse d'espoir si l'on considère que l'homogénéisation des solutions juridiques à travers le monde constitue un progrès.

Face à l'apparition d'une forme de droit pénal mondial, il est important de conserver un certain nombre de repères et de ne pas sombrer dans un enthousiasme trop marqué. En effet, certains risques ne peuvent pas être ignorés. Comme le rappelle Michel Cosnard, « (l)es règles de droit doivent être le produit de cette démocratie »¹⁰⁰⁷, or comme l'admet Mireille Delmas-Marty, « (l)'élaboration et l'application d'un droit commun à vocation mondiale échappent encore aujourd'hui à une démocratisation qui est restée, pour l'essentiel, limitée au droit interne »¹⁰⁰⁸.

Nous sommes donc confronté à un déficit démocratique que seul un retour des Etats pourra combler. D'ailleurs, « (l)'objectif d'un droit mondial n'est certainement pas la disparition des

¹⁰⁰⁷ COSNARD (M.), « La création normative des Etats, Point de vue publiciste », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, p. 172.

¹⁰⁰⁸ DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2005, p. 154. Voir également GAMBERINI (A.), « Principi fondativi del diritto penale internazionale e trasformazioni dei sistemi criminali. Una breve riflessione » in *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, p. 333 : « I meccanismi pattizi non valgono a garantire una formazione della norme penale espressione della volontà popolare, spesso poco rispettata dai Governi che stipulano gli accordi e dagli Stati che li ratificano ».

Etats et du droit national »¹⁰⁰⁹. Seules les institutions de la démocratie participative établies dans le cadre national permettent aux citoyens d'exprimer leur point de vue¹⁰¹⁰. Il va sans dire que les organisations non gouvernementales, même si elles défendent de justes causes, ne peuvent pallier ce déficit démocratique. À cet égard, le processus de responsabilisation des Etats enclenché par le Statut de la CPI devrait contenir les dangers les plus importants.

Le développement du droit pénal mondial s'accompagne donc d'une revalorisation du modèle étatique qui permettra de prévenir les dangers inhérents à toute forme de droit mondial.

¹⁰⁰⁹ DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2005, p. 173.

¹⁰¹⁰ Ces institutions devraient toutefois faire l'objet d'une mise à jour. Le droit de vote des étrangers aux élections législatives permettrait de mieux prendre en compte les mutations de populations. Le développement de l'e-democracy peut constituer également une autre piste de réflexion à ce sujet.

CHAPITRE II

LE MODELE INTERNE, CENTRE DE CONVERGENCE DES INTERETS

Les juridictions pénales internationales ont substantiellement contribué à unifier le droit pénal. Toutefois, l'unification peut présenter certains dangers. En effet, « (l)'adoption d'une règle unique risque alors d'être une façon déguisée d'imposer l'hégémonie d'un système »¹⁰¹¹. Une unification complète du droit semble irréalisable et peu souhaitable¹⁰¹² car elle ne permettrait plus de prendre en compte les réalités sociales alors que le droit a pour objet fondamental de les régir¹⁰¹³. En tout état de cause, lorsque le phénomène d'unification est en marche, il doit se limiter « à tracer quelques règles de base générales sans vouloir entrer trop dans les détails et vouloir effacer toutes les différences possibles »¹⁰¹⁴. Les exigences démocratiques peuvent également être mises à mal par ce processus.

C'est la raison pour laquelle, un double mouvement de convergence vers le modèle étatique s'opère actuellement. D'une part, le procès pénal international ressemble de plus en plus au procès pénal interne (Section I) et d'autre part, les Etats réintègrent dans leurs propres systèmes nationaux les acquis et les avancées réalisées par les juridictions pénales internationales (Section II). La revalorisation du modèle étatique permet de faire face à certains de ces dangers. En effet, plus familiers du droit pénal international, les Etats peuvent à présent l'intégrer et l'assimiler tout en l'adaptant à leurs spécificités nationales.

¹⁰¹¹ DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2005, p. 121.

¹⁰¹² « Une mondialisation poussée et effective du droit ne nous semble pas réalisable » in DUJARDIN (R.), « La mondialisation du droit : la globalisation et la « qualité » du droit », *La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universel*, Colloque international de Tunis du 9 mai 2003, p. 15.

¹⁰¹³ « Le droit doit refléter les réalités et les évolutions sociales » in *ibid.* p. 16.

¹⁰¹⁴ *Ibid.* p. 32.

SECTION I : NORMALISATION DU PROCÈS PÉNAL INTERNATIONAL

Les juridictions pénales internationales, non loin de construire une humanité fraternelle révèlent au contraire la banalité du mal et de l'inhumain (§ 1). Cette banalisation de l'inhumain s'accompagne d'une banalisation des règles applicables au procès pénal international. Le droit pénal international ressemble donc de plus en plus au droit pénal interne (§ 2). En perdant son caractère exceptionnel, la répression pénale internationale dépasse les limites qui bridaient jusqu'alors l'émergence d'un droit pénal global.

§ 1. Banalisation des crimes les plus graves

La multiplication des crimes les plus graves fissure l'idée d'une humanité porteuse de valeurs communes (A). Paradoxalement, la création de la Cour pénale internationale qui réprime les atrocités commises aggrave ce phénomène de banalisation (B).

A. L'HUMANITÉ, UN CONCEPT EN PERTE DE VITESSE

Alors qu'au sortir de la seconde guerre mondiale, la prohibition absolue du crime contre l'humanité semblait porteuse de nombreuses espérances, la réalité est à nouveau bien sombre aujourd'hui. La banalisation des crimes les plus graves ne permet plus de faire de l'humanité le pivot central d'un nouveau droit pénal mondial.

a) Idée d'un droit commun de l'humanité

Mireille Delmas Marty plaide pour « un droit commun de l'humanité qui ne soit fondé ni sur un simple matérialisme (...) ni sur une vérité révélée par telle ou telle religion, mais qui soit fondé sur une spiritualité qui puisse être acceptée par toutes les cultures et toutes les religions »¹⁰¹⁵. Mireille Delmas-Marty qui s'est beaucoup interrogée sur la mondialisation du droit considère que l'interdit pénal pourrait fonder ce qu'elle appelle le « droit commun de l'humanité »¹⁰¹⁶. Ce droit commun serait susceptible, selon cet auteur, de structurer le droit international.

¹⁰¹⁵ DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2005, p. 123.

¹⁰¹⁶ Voir notamment, DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2005, 142 p.

Dans cette optique, la multiplication des juridictions pénales internationales, l'ouverture de procès sur la base de la compétence universelle et la levée des immunités de certains anciens chefs d'Etat doivent être analysées comme autant de preuves de l'avènement d'un droit commun de l'humanité.

Tout en étant consciente des dangers entourant ce droit mondial en formation¹⁰¹⁷, Mireille Delmas-Marty souligne le caractère central de la prohibition du crime contre l'humanité : « Au-delà même de la Déclaration « universelle » des droits de l'homme, l'humanité est reconnue, à partir du procès de Nuremberg, victime de crimes que l'on nommera précisément crimes « contre l'humanité ». Elle devient ensuite titulaire d'un « patrimoine commun », qui l'engage vis-à-vis des générations futures »¹⁰¹⁸.

Le TPIY rappelle à propos du crime contre l'humanité que « les crimes contre l'humanité transcendent aussi l'individu puisqu'en attaquant l'homme, est visée, est niée, l'Humanité ». En effet, « (c)'est l'identité de la victime, l'Humanité, qui marque d'ailleurs la spécificité du crime contre l'humanité »¹⁰¹⁹.

Parce que l'humanité peut se définir en tant que victime, elle prend enfin forme et se dote d'un certain nombre de droits. Selon Mireille Delmas-Marty, « l'humanité se précise à travers l'interdit fondateur du crime « contre l'humanité »¹⁰²⁰. C'est à partir du rejet de ce crime reconnu officiellement après la seconde guerre mondiale que la communauté humaine mondiale pourra se constituer comme telle.

Si l'émergence d'un droit commun en matière pénale semble être une réalité, elle ne s'articule pas autour du concept d'humanité.

¹⁰¹⁷ Il ne faudrait pas en effet que ce droit commun se réduise à « l'extension hégémonique d'un système unique ». (in DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2005, p. 14.) En effet, « beaucoup de juristes redoutent l'avènement d'un droit hégémonique, inspiré d'un seul système »,

¹⁰¹⁸ DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Editions du Seuil, Paris, 2004, p. 9.

¹⁰¹⁹ Affaire *Erdemovic*, Chambre de première instance, Jugement portant condamnation, 29/11/1996, § 28.

¹⁰²⁰ DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, Editions du Seuil, Paris, 1998, p. 187. De plus, « (i)l faut attendre l'apparition en droit pénal des crimes « contre l'humanité », différents des crimes ordinaires », si atroces soient-ils, et progressivement détachés des crimes de guerre, pour concevoir l'humanité comme catégorie juridique spécifique » in DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Editions du Seuil, Paris, 2004, p. 76.

b) Fissuration du concept d'humanité par la mise à jour de la cruauté humaine

Selon Mireille Delmas-Marty, « le crime contre l'humanité serait bien la borne commune à toutes les cultures, celle qui marque, malgré le pluralisme et la tolérance, mais aussi en leur nom, le point à ne pas franchir »¹⁰²¹. Pourtant, Mireille Delmas-Marty considère qu'au Rwanda, les hutus n'éprouvent pas de sentiment de culpabilité. Au contraire, ils estiment, tout comme Eichmann avoir perdu la guerre car ils n'ont pas tué l'ennemi¹⁰²².

Après le procès de Nuremberg, on a longtemps voulu croire que la Shoah n'avait pas d'équivalent et qu'elle constituait un événement qui ne serait pas jamais amené à se reproduire¹⁰²³. Les réactions qui ont suivi la révélation du génocide juif semblaient empêcher qu'une telle tragédie ne se reproduise un jour. Avec l'apparition de la notion de crime contre l'humanité, on a même éprouvé le sentiment que le rejet provoqué par ce crime pourrait structurer et fonder l'humanité moderne. Pourtant, depuis 1945, les tragédies humaines ont continué à se succéder, sans que la communauté internationale ne soit capable de les empêcher. Si l'ampleur des crimes soviétiques est parfois évoquée, aucune répression pénale n'a jamais été envisagée.

Après la fin de la guerre froide, la création des TPI a suscité un renouveau dans le domaine répressif international. Ce renouveau a été parachevé par la création de la CPI et de divers tribunaux hybrides.

Pourtant, non loin de parfaire une conception nouvelle de l'humanité, les juridictions pénales internationales ont fissuré ce concept. Parce qu'elles mettent quotidiennement à jour la cruauté humaine, les juridictions pénales internationales ont brisé l'image naïve d'une humanité fraternelle. Il n'est plus possible de prétendre aujourd'hui que les crimes de masse sont des événements exceptionnels dont nous pourrions éviter la survenance. Ce discours dominant après la seconde guerre mondiale n'est plus recevable.

¹⁰²¹ DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, Editions du Seuil, Paris, 1998, p. 192.

¹⁰²² DELMAS MARTY (M.), Cours Collège de France, 12/03/07, Les interdits fondateurs : le paradoxe pénal (non publié)

¹⁰²³ « La monstruosité des génocides nazis a longtemps été telle qu'on n'imaginait pas – ou guère – que cet insupportable crime pût jamais connaître de nouvelles manifestations » in VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide – Originalité et ambiguïté », *RBDI* 1991, p. 5.

Plus on juge de criminels de masse, plus ce crime apparaît banal aux yeux de tous et plus on brise le mythe d'une humanité unie et soudée. Mettre à jour les haines interethniques les plus incompréhensibles ne permet pas de dégager une solidarité entre les peuples. Cette démarche aboutit au contraire à souligner les différences et les incompréhensions existant entre les différentes communautés humaines.

La lecture des jugements des juridictions pénales internationales, par les détails très fournis qu'elle offre – et que les TMI ne fournissaient pas –, fait toute la lumière sur la cruauté humaine. Les sévices les plus cruels se trouvent décrits dans les moindres détails. Cette surexposition de l'inhumain, pour nécessaire qu'elle soit, joue toutefois un rôle extrêmement négatif dans la perception que l'on peut avoir du concept d'humanité. Paradoxalement, la lecture des jugements et des sentences prononcés par les TPI, plutôt que de renforcer l'idée d'une humanité unie face à la réprobation des grands crimes, souligne la cruauté humaine.

De plus, le fait que les TPI prononcent des condamnations multiples et cumulatives alourdit encore le malaise. Beaucoup de criminels sont condamnés par le TPIY à la fois pour crime de guerre et crime contre l'humanité. Devant le TPIR, les condamnations pour génocide sont plus fréquentes et se cumulent aisément avec d'autres.

Si l'on a pu avoir l'impression que la politique d'extermination menée par le IIIème Reich était le fruit d'une froide machination administrative qui dépassait les individus, on ne constate rien de tel en ce qui concerne l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Aucune superstructure n'explique l'ampleur des crimes commis dans ces deux pays. Sans nier totalement l'existence de certaines formes d'incitation globale à la haine, le libre-arbitre individuel ne semble pas avoir été totalement aboli et ce sont bien des hommes qui ont décidé de persécuter ou d'exterminer d'autres hommes.

John Quigley remarque quant à lui que: « (t)he killings in Rwanda in 1994 differ from those that occurred in the Balkans in the early 1990s, or those committed by the Third Reich during World War II. In the latter two situations, killings were carried out by military and associated forces. In Rwanda, killing was carried out by broad masses of the Hutu population of Rwanda. Ordinary citizens participated in killing in a way that was not true of the other two cases ».

La mise en lumière par le TPIR de l'implication de citoyens ordinaires dans un génocide d'une telle ampleur a bien évidemment contribué à affaiblir le concept d'humanité comme porteur de valeurs communes.

A travers ces exemples, le concept d'humanité apparaît affaibli et ne nous semble pas capable de constituer la dynamique nécessaire au développement d'un droit pénal mondial.

De plus, le développement d'un terrorisme de masse incarné par les attentats du 11 septembre contribue également à anéantir le mythe d'une humanité unie autour de certaines valeurs communes¹⁰²⁴. L'ère de l'hyperterrorisme¹⁰²⁵ nous fait définitivement prendre conscience de l'incapacité de la population mondiale à s'identifier à des valeurs communes. De plus, la « société civile, tant vantée, s'est révélée pouvoir être extrêmement incivile »¹⁰²⁶.

Dans une société mondiale si diversifiée mais surtout de plus en plus inégalitaire, il est difficile de donner corps à la notion d'humanité. Les pressions économiques que les pays développés font subir aux pays en développement constituent d'importants facteurs de déstabilisation de ce concept. Quelle humanité pourrait se construire sur des bases si inégalitaires et donc si instables ?

Enfin, l'ampleur des dommages portés à l'environnement constitue une illustration flagrante de l'incapacité des hommes à raisonner à long terme et à préserver un environnement sain pour les générations futures. C'est pourtant bien – entre autres – de la survie de l'espèce humaine qu'il s'agit. À titre d'exemple, les stratégies adoptées dans le domaine énergétique sont très destructrices et ne font que souligner l'égoïsme dont une large partie de la population mondiale fait preuve. Les répercussions désastreuses actuelles et futures de ces

¹⁰²⁴ TIGROUDJA (H.), « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la « guerre au terrorisme » ? », *AFDI* 2002, p. 81-82. Les attentats du 11 septembre révèlent selon cet auteur, un « nouveau visage de l'individu ». Alors qu'on a longtemps cherché à protéger l'individu contre l'arbitraire étatique, l'individu lui-même inflige à ses semblables des maux parfois pires que ceux infligés par l'Etat. Comme l'écrit Brigitte Stern, « l'individu peut être un monstre encore plus froid que l'Etat » (*in* STERN (B.), « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, p. 5).

¹⁰²⁵ Voir HEISBOURG (F.), *Hyperterrorisme : la nouvelle guerre*, Odile Jacob, Paris, 2003. Selon François Heisbourg l'hyperterrorisme se caractérise par « la conjonction de la destruction de masse, rendue possible par l'accès aux technologies contemporaines, et de la nature apocalyptique des organisateurs des attentats » (*in ibid.* p. 9). « La destruction des deux tours du *World Trade Center* a provoqué la mort de plus de 5000 personnes, ce qui en fait, de très loin, l'agression terroriste la plus importante de l'histoire (...) Au-delà du nombre de morts, la destruction du *World Trade Center* a franchi un seuil qualitatif, la destruction des *Twin Towers* étant comparable à l'effet qu'aurait produit sur ces édifices l'explosion d'une charge nucléaire tactique » (*in ibid.* p. 10).

¹⁰²⁶ STERN (B.), « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, p. 5.

comportements nous empêchent de considérer le concept d'humanité comme porteur de valeurs communes.

Les différentes actions caritatives menées par des ONG offrent cependant des exemples de solidarité. On a d'ailleurs parfois le sentiment que plus les individus sont éloignés les uns des autres, plus ils manifestent une forme de solidarité. Il est en effet souvent plus facile pour un individu de manifester sa solidarité envers un enfant du bout du monde par le biais d'une donation à une fondation par exemple, que de le faire à un échelon plus proche de lui. Sur le thème des discriminations et de l'intolérance – terreau fertile pour les crimes de masse –, il est la plupart du temps plus facile de s'en indigner lorsqu'elles sévissent à des milliers de kilomètres. L'existence d'une certaine forme de solidarité internationale ne fait donc pas échec au raisonnement précédent. Il s'agit en effet bien souvent d'une solidarité « à distance ». La solidarité se définit comme une dépendance mutuelle entre les êtres humains, existant à l'état naturel et due au besoin qu'ils ont les uns des autres. Soutenir financièrement un projet au bout du monde peut-il d'ailleurs réellement être considéré comme une forme de solidarité ?

La création de la Cour pénale internationale, même si elle a suscité de nombreux espoirs, ne pourra pas redonner une consistance à la notion d'humanité.

B. AGGRAVATION DE LA BANALISATION

La banalisation des crimes graves et le développement de leurs poursuites bouleverse la perception que l'on pouvait avoir, jusqu'à présent, de la justice pénale internationale. Celle-ci, est plus fréquemment mise en œuvre en raison d'une part, de la création d'une Cour permanente et d'autre part, de l'utilisation de l'ensemble des infractions pénales visées par le Statut. Nous assistons donc à ce que Mireille Delmas-Marty désigne comme une banalisation de l'inhumain¹⁰²⁷.

La création de la Cour pénale internationale a suscité un réel enthousiasme dans la communauté des juristes. Par son caractère permanent, cette juridiction devrait réprimer

¹⁰²⁷ Voir Cours donné au Collège de France : *Le paradigme du crime de guerre : limiter l'inhumain*, 5/02/2007 (non publié).

efficacement les crimes les plus graves et apporter, en plus de la justice, la stabilité dans le monde.

Pourtant, en faisant preuve d'un peu plus de pragmatisme, nous constatons que la création d'une juridiction permanente pour juger les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide postule le caractère banal de ces crimes. De plus, en tout état de cause, « (q)uelle que soit l'efficacité de la répression, elle ne remplacera jamais la prévention »¹⁰²⁸.

Selon Serge Sur, l'institution d'une juridiction permanente destinée à juger les grands crimes comporte un risque important de « banalisation de ces infractions, en dépit de l'accent mis sur leur dénonciation » qui « ne manque pas de soulever un certain malaise »¹⁰²⁹. *A contrario* et en raison de leur caractère ponctuel et de leur compétence clairement limitée, les TPI ne sont pas tombés dans l'écueil « de banaliser des infractions monstrueuses »¹⁰³⁰. Établir de manière permanente une juridiction de ce type, c'est en effet se résigner à admettre que les crimes les plus atroces font partie du mode de fonctionnement habituel des communautés humaines. Le caractère permanent de la CPI institutionnalise donc la résignation générale qui entoure la commission de ces crimes. Dans la mesure où on a la certitude que dans une ou plusieurs parties du monde, des crimes contre l'humanité sont commis, il est apparu logique d'instituer une juridiction permanente. Les Etats acceptent donc avec fatalité ces phénomènes dramatiques.

Comme nous l'avons déjà constaté, les seules situations entrant actuellement dans la compétence de la CPI se déroulent en Afrique et plus précisément en République démocratique du Congo, en Ouganda, en République centrafricaine et au Soudan. L'Afrique constitue donc le terrain d'action privilégié de la CPI¹⁰³¹. Sans stéréotyper les violences africaines, on ne peut nier l'importance du facteur ethnique dans bon nombre de conflits¹⁰³². Que les différences soient réelles, inventées ou tout simplement exacerbées, elles constituent la base de bien des discriminations et de nombreux crimes. Le caractère ethnique de

¹⁰²⁸ VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide – Originalité et ambiguïté », *RBDI* 1991, p. 25.

¹⁰²⁹ SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre O.N.G. et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, p. 29.

¹⁰³⁰ *Ibid.* p. 45.

¹⁰³¹ Rappelons que les Etats africains représentent en 2009 environ un tiers des Etats parties au Statut de Rome.

¹⁰³² Sur la notion d'ethnie, on peut considérer qu'il s'agit d'une « donnée anthropologique incontournable, en dépit des critiques virulentes qui lui ont été adressées récemment » (*in* DE HEUSCH (L.), « L'ethnie : les vicissitudes d'un concept », *Archives européennes de sociologie* 1997, vol 38, n°2, p. 204). De plus, cette « conscience ethnique n'est pas propre aux sociétés que l'on qualifiait hier d'archaïques (*in ibid.* p. 205).

nombreux conflits en Afrique - notamment comme au Darfour - va quelque peu bouleverser l'équilibre existant entre les trois grands crimes c'est-à-dire entre le génocide, le crime contre l'humanité et le crime de guerre.

Nous allons assister à un accroissement des condamnations pour crime contre l'humanité et pour génocide car ces crimes contiennent tous les deux à des échelles diverses, un important élément discriminatoire nécessaire pour saisir la teneur des violences à caractère ethnique.

En effet, en raison de la diminution constante des conflits armés internationaux et du caractère toujours plus désorganisé des conflits armés internes, il sera de plus en plus difficile pour la CPI de retenir l'incrimination de crime de guerre. La hiérarchie implicite des grands crimes consiste à considérer le crime de guerre comme un crime moins grave que le crime contre l'humanité. Le crime de génocide est quant à lui considéré par le TPIR comme « le crime des crimes »¹⁰³³. En effet, « (l)e crime de génocide se singularise par son *dolus specialis* (dol spécial), qui requiert que le crime ait été commis dans l'intention de "détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel" »¹⁰³⁴.

Auparavant d'un usage exceptionnel, la qualification de génocide est appelée à connaître un important essor. Seules quelques condamnations ont été prononcées sur ce fondement par le TPIY. C'est bien évidemment le TPIR qui a condamné le plus grand nombre de personnes pour avoir commis le crime de génocide. Avec l'institution d'une cour permanente qui semble à l'heure actuelle ne s'intéresser qu'aux situations africaines, les chances de prononcer des condamnations pour le crime des crimes augmentent grandement.

Les notions de crime contre l'humanité et de génocide sont amenées à se développer. On n'hésite d'ailleurs pas à parler de « génocide économique »¹⁰³⁵ comme si le crime des crimes pouvait s'adapter à toutes les réalités et à toutes les injustices constatées dans le monde.

La notion de génocide apparue juridiquement après l'Holocauste ne s'en était, pour l'heure, pas réellement détachée. L'ampleur et l'atrocité de ce crime lui ont assigné, dans l'imaginaire collectif, un caractère tout à fait exceptionnel. La mise en lumière des conflits interethniques

¹⁰³³ Affaire *Akayesu*, Chambre de première instance I, Sentence, 2/10/1998.

¹⁰³⁴ Affaire *Rutanga*, Chambre de première instance I, jugement et sentence, 6/12/1999, § 451.

¹⁰³⁵ CASSESE (A.), JOUVE (E.) (dir.), *Pour un droit des peuples, essais sur la déclaration d'Alger*, Berger-Levrault, 1978, p. 198.

particulièrement nombreux en Afrique va incontestablement multiplier les poursuites pour génocide devant la Cour pénale internationale. La multiplication des occasions de faire usage de la qualification de crime de génocide va de pair avec une diminution de l'emploi de la notion de crime de guerre. D'un emploi moins exceptionnel que jusqu'à présent, les incriminations de crime contre l'humanité et de génocide vont supplanter les crimes de guerre dans le contentieux de la Cour pénale internationale, permettant à cette dernière de s'affirmer en tant que cour pénale internationale spécialisée dans les crimes de masse. Du fait de la dilution de la notion de conflit armé, la CPI aura à connaître davantage des crimes contre l'humanité et du génocide que des crimes de guerre.

Une évolution très sensible est donc sur le point de se concrétiser avec la CPI. Le TPIY a prononcé de nombreuses condamnations pour crimes de guerre mais compte tenu du caractère génocidaire du conflit rwandais, la notion de crime de guerre n'a pratiquement pas été abordée par le TPIR. Avec la CPI, le déclin des condamnations pour « simple » crime de guerre devrait pour les raisons évoquées plus haut, se confirmer. Il faut toutefois s'attendre à ce que cette incrimination subsiste si elle est utilisée « en renfort » d'une incrimination pour crime contre l'humanité ou pour génocide.

Ainsi, la création de la Cour pénale internationale, bien loin de revaloriser la condition humaine, met au contraire en évidence ses aspects les plus cruels. Si le concept d'humanité a pu apparaître, dans un premier temps, comme le vecteur idéal d'un droit pénal mondial, force est de constater que c'est plutôt l'individualisme qui réalisera ce dessein.

Face à une banalisation sans commune mesure de l'inhumain, le concept d'humanité n'apparaît plus comme porteur d'un droit pénal mondial. Ce qui pouvait apparaître comme grandiose dans la justice pénale internationale disparaît peu à peu au profit de l'individualisme et du repli sur soi. Comme s'interroge Andreas Auer, l'évolution du droit telle que nous la connaissons aujourd'hui n'est-elle pas « l'expression d'un aveu que l'horreur est devenue, de nos temps, à tel point banale et omniprésente que même le droit ne peut plus en faire abstraction ? »¹⁰³⁶

Cette banalisation s'accompagne d'une normalisation du procès pénal international.

¹⁰³⁶ HENZELIN (M.), ROTH (R.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, 2002, avant propos p. XVI.

§ 2. Normalisation du procès pénal international

Le procès pénal international dont on a longtemps souligné les aspects exceptionnels tend à se « normaliser¹⁰³⁷ » c'est-à-dire à ressembler de plus en plus à un procès classique : les procédures employées sont calquées sur les procédures internes (A) et les situations susceptibles d'être appréhendées par la justice pénale internationale sont en perpétuelle augmentation (B).

A. RAPPROCHEMENT AVEC LES PROCÉDURES INTERNES

Le procès pénal international s'apparente de plus en plus à un procès pénal classique. Que ce soit par la possibilité offerte à l'accusé de négocier un accord sur le plaidoyer, par l'indépendance affichée par le Procureur de la CPI ou par une prise en compte accrue des droits des victimes, nous assistons à une véritable normalisation du procès pénal international.

a) Possibilité de négocier un accord sur le plaidoyer

L'acceptation de la procédure du plaidoyer de culpabilité devant l'ensemble des juridictions pénales internationales est tout à fait significative quant à la nature profondément pénale de ces juridictions.

La procédure anglo-saxonne de *common law* régit en partie les procès pénaux internationaux. Parmi bien d'autres différences existant entre la *civil law* et la *common law*, le plaidoyer de culpabilité constitue probablement la plus importante. Le plaidoyer de culpabilité se définit comme "a negotiated agreement between a prosecutor and a criminal defendant whereby the defendant pleads guilty to a lesser offense or to one of multiple charges in exchange for some concession by the prosecutor, usually a more lenient sentence or a dismissal of the other charges"¹⁰³⁸.

¹⁰³⁷ Normaliser signifie ramener à la norme, à un état normal, habituel, régulier ce qui avait cessé de l'être ou rendre normal ce qui ne l'était pas encore. La justice pénale internationale ne répondait jusqu'à présent à aucun modèle prédéfini. Elle ne respectait aucun standard établi.

¹⁰³⁸ Voir Black's law dictionary.

Un « *plea bargaining* » est un accord passé dans un procès pénal entre l'accusation et la défense en vue de régler l'affaire contre le défendeur. L'accusé accepte de plaider coupable en échange de certaines concessions de la part de l'accusation (réduction ou élimination de certaines charges et/ ou diminution de la peine). Le but est aussi parfois d'encourager certaines personnes à coopérer avec l'accusation pour déceler des faits criminels de plus large ampleur.

Le terme anglais de *plea bargaining* reflète plus clairement que le terme utilisé en français d'accord sur le plaidoyer, l'idée de marchandage judiciaire. To *bargain* signifie marchander ou encore entrer en négociations. « *To make a good bargain* » signifie réaliser une bonne affaire. Créée aux Etats-Unis pour limiter les coûts liés à la justice, cette technique judiciaire a persisté. Le fait que cette pratique se soit développée aux Etats-Unis n'est pas surprenant¹⁰³⁹. Cet ingénieux système de marchandage judiciaire a donc vu le jour dans un contexte géographique et culturel très particulier. Ce système a été conservé aux Etats-Unis où il a été érigé en système pénal à part entière, si bien qu'il s'est développé dans d'autres Etats. Du point de vue de l'accusé, les avantages sont nombreux : celui-ci évite en effet l'aléa lié à tout procès devant un jury mais n'est pas sans danger¹⁰⁴⁰.

Toutefois, malgré certains avantages pratiques, le principe du plaidoyer de culpabilité est controversé, surtout dans les pays de *civil law*. Plaider coupable permet en effet à un accusé de voir les charges pesant contre lui réduites et sa peine, allégée, sans rapport avec le crime qu'il a ou n'a pas commis. Deux affaires pourtant identiques peuvent donner lieu à deux peines totalement différentes. Ce système est basé sur une crainte du modèle judiciaire. C'est d'ailleurs pour ces raisons que divers Etats acceptent le principe du *plea bargaining* mais le limitent. Certains Etats s'ils acceptent le principe d'un accord entre la défense et l'accusation sur les charges pesant sur l'accusé, ne tolèrent en aucun cas un marchandage sur la peine et

¹⁰³⁹ En effet, ce vaste Etat fédéral aux ressources publiques limitées ne pouvait pas à l'origine gérer les phénomènes criminels de la même manière qu'en Europe.

¹⁰⁴⁰ Cette procédure peut avoir pour effet pervers d'inciter une personne innocente à plaider coupable d'un chef d'accusation pour éviter d'être déclarée coupable d'un chef d'accusation plus important. Cette manœuvre s'explique par l'incertitude entourant le procès pénal. Cet aléa peut être excessivement mis en valeur par le procureur afin d'inciter l'accusé à plaider coupable. Dans la majeure partie des cas, c'est la méfiance envers le système judiciaire et la crainte d'être jugé par un jury qui incite un accusé à plaider coupable de certains chefs d'accusation. De plus, un plaidoyer de culpabilité évite à la victime de venir témoigner au procès et accélère significativement le déroulement du procès.

réaffirment leur entière maîtrise à ce sujet. D'autres limitent la possibilité de plaider coupable à certaines infractions, c'est le cas en France mais aussi en Inde.

La pratique du *plea bargaining*, même si elle est loin de faire l'unanimité en droit pénal comparé (s'il en est besoin, il suffit rappeler le débat qui a eu lieu en France lors de l'introduction pourtant très limitée du plaider coupable) a néanmoins été introduite devant les juridictions pénales internationales.

Comment alors même que pour des crimes de droit commun, la pratique du *plea bargaining* est largement contestée, peut-on accepter qu'un criminel soupçonné d'avoir commis un ou des crimes de guerre, un crime contre l'humanité ou un génocide plaide coupable ?

Si certains Etats refusent d'introduire cette procédure pour des crimes de droit commun, *a fortiori*, ils la rejettent pour des crimes d'une plus grande gravité. Si l'on refuse qu'un criminel de droit commun marchandise les chefs d'accusation formulés à son encontre, il est inconcevable qu'un criminel de masse puisse le faire. De plus, dans le cadre des juridictions pénales internationales, ce sont des juges professionnels et non pas un jury populaire qui jugent les accusés, limitant ainsi l'aléa judiciaire.

Ainsi, en admettant la possibilité pour les accusés de plaider coupable, les juridictions pénales internationales risquent de prononcer des peines sans rapport avec la gravité des crimes commis. En théorie, si la négociation judiciaire touche les chefs d'accusation, il ne doit pas concerner la peine. D'ailleurs, les TPI rappellent fréquemment que si une fourchette des peines existe dans l'accord conclu entre l'accusation et la défense, elle ne lie en aucun cas la Chambre pour la peine qu'elle prononcera. Il s'agit d'une différence majeure avec le système américain qui admet le « *sentencing bargaining* ».

Le *plea bargaining* s'il présente certains avantages pratiques, ne facilite pas pour autant la recherche de la vérité. Les TPI ont été créés dans l'objectif de rétablir la paix et la sécurité internationale en Ex-Yougoslavie et au Rwanda et ils ne parviendront réellement à rétablir la paix et la sécurité dans ces régions que s'ils réussissent à établir la vérité sur ces conflits. La découverte de la vérité seule permettra le retour à la normale. L'établissement de la vérité est la condition fondamentale au rétablissement et au maintien de la paix. Pour Julian Fernandez, « (l) a pratique croissante des plaidoyers de culpabilité a fini par achever l'espoir d'une vérité

complète en altérant les faits et en privant le débat public par des procès ne statuant que sur la peine applicable »¹⁰⁴¹. Comment en effet établir la vérité et donc contribuer au rétablissement de la paix et de la sécurité lorsque certains faits sont mis de côté et certains chefs d'accusation (y compris des chefs d'accusation de génocide) abandonnés ?

La recherche de la vérité dans un conflit complexe tel qu'une guerre, ne se satisfait pas de la grande souplesse de ce mécanisme pénal procédural interne. Un conflit armé est par nature constitué de faits complexes et il est illusoire de le reconstituer sans l'ensemble des faits pertinents. De plus, cette procédure fait perdre aux victimes la voix que leur donne le procès.

L'acceptation du plaidoyer de culpabilité, au-delà de l'aspect choquant qu'elle revêt pour des crimes aussi graves que ceux relevant de la compétence des juridictions pénales internationales, constitue pourtant un très bon indicateur de la nature réelle de ces juridictions. En faisant droit à un tel mécanisme, les juridictions pénales internationales affirment clairement le caractère essentiellement pénal de leur mission. Derrière les déclarations d'intention visant à la manifestation de la vérité et au rétablissement de la paix internationale, la réalité est bien moins ambitieuse et semble s'écarter des objectifs affichés par la communauté internationale elle-même. En faisant droit à une telle procédure, les juridictions pénales internationales s'écartent des objectifs qui auraient pu légitimement ancrer leur action au droit international public.

L'acceptation du *plea bargaining* devant les TPI et la CPI est tout à fait révélatrice d'un rapprochement entre le procès pénal international et le procès pénal classique, se déroulant dans l'enceinte nationale. Le Procureur, personnage clé au sein des juridictions pénales internationales, tend lui aussi dorénavant à afficher son indépendance. Ce faisant, il raisonne de plus en plus à la manière de ses homologues internes.

b) Indépendance affichée du Procureur de la CPI

Contrairement à Carla Del Ponte qui a admis à plusieurs reprises ne pas pouvoir tenter de

¹⁰⁴¹ FERNANDEZ (J.) « L'expérience mitigée des tribunaux pénaux internationaux. Les limites de la justice pénale internationale », *AFRI 2008*, p. 233.

poursuites pour des raisons politiques¹⁰⁴², le procureur de la CPI, Luis Moreno-Ocampo affiche dans ce domaine une forte détermination.

Le Procureur de la Cour pénale internationale, en présentant une requête pour obtenir la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre du président soudanais Omar Hassan Ahmad Al Bashir, affirme clairement sa volonté de dissocier le droit pénal international du jeu des relations interétatiques. Faisant fi des risques réels de déstabilisation de la région qu'impliquerait la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'un chef d'Etat en exercice, le juge affirme son indépendance par rapport au jeu des relations interétatiques. Le Procureur souhaite mener sa politique répressive en toute indépendance, sans être tributaire des réactions des Etats composant la Communauté internationale. L'avenir déterminera s'il est réellement possible d'adopter un tel comportement¹⁰⁴³.

Aucune comparaison véritable ne peut être faite entre l'arrestation de Slobodan Milosevic et l'inculpation éventuelle du président soudanais. En effet, l'ancien président serbe a été remis par les autorités de son pays d'origine au TPIY qui a lui-même été créé par le Conseil de sécurité afin de rétablir la paix dans la région des Balkans.

Dans cette affaire, il faut rappeler que la Cour pénale internationale voit ses capacités d'action restreintes et ce d'autant plus que l'Etat soudanais n'a pas ratifié le Statut de Rome. Comment ce mandat d'arrêt, dans l'hypothèse où il était confirmé par la CPI, pourrait-il techniquement être exécuté ? Si l'on imagine mal les autorités soudanaises remettre leur propre chef d'Etat à la CPI, les risques de déstabilisation nationale et régionale sont, quant à eux, hautement probables.

Au-delà du caractère apparemment irréalisable des poursuites intentées à l'encontre du président soudanais, c'est le sentiment d'indépendance affichée par le Procureur de la CPI qui frappe. Il cherche à assumer le rôle qui lui a été confié en toute autonomie, sans se soucier des éventuelles retombées politiques de ses actes. Il ne prend par exemple nullement en compte le fait que le Soudan n'ait pas ratifié le Statut de Rome. En agissant ainsi, il affirme le caractère purement pénal de sa fonction qui ressort par conséquent épurée de toute donnée ou pression

¹⁰⁴² Il en va ainsi notamment de l'absence de poursuites contre les membres du front patriotiques rwandais qui se sont, eux aussi, rendus coupables en 1994 de crimes répréhensibles par le TPIR.

¹⁰⁴³ Les difficultés auxquelles Carla Del Ponte a été confrontée lorsqu'elle était Procureur des TPI permettent d'exprimer un certain scepticisme sur cette question.

politique.

Le Procureur de la CPI agit ainsi à la manière d'un procureur classique. Dans les sociétés démocratiques, l'activité du Procureur se veut libre et il revendique un droit de poursuite qui soit exempt de pressions même si en réalité, cette situation n'est pas non plus tout à fait exacte. En décidant de poursuivre un chef d'Etat, le procureur de la CPI veut faire de la CPI, une juridiction « normale » qui poursuit tous les criminels, quelle que soit leur qualité officielle. En agissant ainsi, le procureur donne le sentiment qu'il exerce ses fonctions dans un cadre tout à fait ordinaire et dénué d'enjeux politiques et stratégiques.

Ce phénomène de distanciation entre le contexte politique qu'il soit interne ou international et les poursuites engagées par la Cour pénale internationale n'est autre qu'une conséquence de l'autonomisation du droit pénal international. Le droit pénal international affirme en effet sa vocation à connaître tous les responsables de crimes de masse, quelle que soit leur qualité officielle. Le Procureur veut donc faire comparaître le président soudanais sans tenir compte de sa position officielle et même si les titulaires d'immunités ne peuvent jamais s'en prévaloir devant les juridictions pénales internationales, il s'agit bien évidemment d'une manière de normaliser le fonctionnement de la juridiction.

c) Amélioration de la place accordée aux victimes devant la CPI

Reconnaître les droits des victimes contribue à « normaliser » le procès pénal international, à le calquer sur les procédures internes. L'attention croissante portée à la voix des victimes constitue un indice important d'une mutation des finalités de la justice pénale internationale. D'une justice visant à réprimer les atteintes aux droits de la personne et des peuples, elle se transformerait en une justice plus individualiste et finalement plus classique, empruntant beaucoup aux modèles internes.

L'article 68 du Statut de la CPI est relatif à la protection et à la participation des victimes au procès. Jusqu'à l'adoption du Statut de Rome, les victimes occupaient une place relativement réduite dans le procès pénal international. En effet, devant les TPI, « la place de la victime

était pour l'essentiel réduite à celle de témoin »¹⁰⁴⁴.

Devant les juridictions pénales internationales, le procureur possède le monopole du déclenchement des poursuites et il est par conséquent inconcevable que les victimes puissent détenir ce rôle. En revanche, avec la reconnaissance dans le Statut de la CPI d'un droit à réparation, « le statut de victime ne se confond pas nécessairement avec celui de témoin »¹⁰⁴⁵. Il faut opérer une distinction entre la victime dans le cadre d'une situation portée devant la Cour et la victime dans le cadre d'une affaire¹⁰⁴⁶.

La question de l'accès des victimes à la procédure connaît des développements importants et occupe une place désormais centrale dans chacune des affaires en cours, au risque peut-être de perturber l'activité répressive de la Cour. En effet, on peut craindre que les décisions relatives aux modalités de comparution des victimes se multiplient au détriment de la répression pénale. De plus, comme le statut de victime n'avait pas été exploré en des termes si poussés par les tribunaux *ad hoc*, les différentes chambres composant la CPI semblent réellement « jongler » avec cette question.

La création en vertu de l'article 79 du Statut d'un fonds au profit des victimes est tout à fait significative de la volonté de l'institution que représente la CPI, de normaliser la répression des crimes de masse. De plus, l'article 77 du Statut de la CPI prévoit que la Cour peut ajouter à la peine d'emprisonnement, une amende. Par la suite, la Cour a également la possibilité d'ordonner que le produit des amendes et tout autre bien confisqué soit versé au fonds d'indemnisation des victimes. On note donc une fois de plus un réel alignement de la procédure internationale sur la procédure interne, ce qui n'était pas le cas des TPI¹⁰⁴⁷.

En rendant possible l'indemnisation des victimes, la CPI se rapproche des modèles internes, sans toutefois résoudre la question du bien fondé d'une indemnisation pour ce type de crimes. L'indemnisation des préjudices subis est en effet bien difficile car, comme le remarque Antoine Garapon, il s'agit de « préjudices qui ont des dimensions inhabituelles, démesurées, à

¹⁰⁴⁴ ASCENSIO (H.), MAISON (R.), « L'activité des juridictions pénales internationales (2006-2007) », *AFDI* 2007, p. 438.

¹⁰⁴⁵ BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, p. 202.

¹⁰⁴⁶ Affaire Lubanga, Chambre préliminaire I, 17/01/2007.

¹⁰⁴⁷ Les Statuts des TPI ne permettent pas aux juges d'infliger des amendes aux condamnés et aucun fonds d'indemnisation des victimes n'a été créé dans leur enceinte.

la limite du pouvoir d'une institution humaine »¹⁰⁴⁸.

La prise en compte des intérêts des victimes par la CPI est tout à fait conforme aux évolutions que l'on peut rencontrer dans les sociétés démocratiques. La victime joue en effet un rôle de plus en plus important dans l'enceinte pénale mais également en dehors. Du point de vue de l'égalité des forces en présence au procès pénal international, il est à craindre, comme le note Antoine Garapon, que les victimes deviennent un « parquet bis »¹⁰⁴⁹. La Défense doit donc faire face à la fois au Procureur et aux victimes.

Le procès pénal international semble donc partager les mêmes codes que les procès se déroulant dans les pays occidentaux et plus précisément aux Etats-Unis. Le modèle américain est donc parvenu, en dépit de l'hostilité américaine à l'institution de la Cour pénale internationale, à imprégner les aspects fondamentaux du procès pénal international. Certains parlent même de « mondiaméricanisation » dans la mesure où « (l)es processus de judiciarisation, de psychologisation, de moralisation des rapports sociaux sont des traits puissants de la culture américaine »¹⁰⁵⁰.

L'évolution ultime de la juridicisation des rapports interindividuels se situe dans le cadre, non plus du droit pénal, mais du droit civil. Bien que cette question ne concerne pas directement le droit des victimes devant la CPI, elle permet toutefois de mieux comprendre cette évolution.

Plusieurs associations juives ont intenté aux Etats-Unis des actions judiciaires contre des banques suisses. Elles souhaitent en effet obtenir réparation au titre des comptes dormants issus des biens spoliés par les nazis et dont les produits de la vente avaient été placés en Suisse. Ces actions reposent sur l'*Alien Tort Act* et prennent la forme de *class actions*. En demandant une indemnisation et en cherchant à quantifier précisément le montant de l'indemnité, ne fait-on pas faire perdre à ces crimes leur caractère tout à fait particulier ? Il est donc probable compte tenu de ces évolutions récentes, que l'on retienne plus souvent la qualification de génocide ou de crime contre l'humanité et que les victimes obtiennent une

¹⁰⁴⁸ GARAPON (A.), *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, Paris, 2008, p. 81.

¹⁰⁴⁹ GARAPON (A.), *La montée en puissance du juge*, invité du cours de DELMAS MARTY (M.), Chaire d'études juridiques comparatives et internationalisation du droit (cours du Collège de France, 27 février 2006, non publié) : les forces imaginantes du droit, la refondation des pouvoirs.

¹⁰⁵⁰ HAZAN (P.), *Juger la guerre, juger l'histoire : Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, PUF, Paris, 2007, p. 70.

réelle possibilité d'indemnisation pécuniaire. Comme s'interroge très justement Antoine Garapon : « (e)n choisissant de se placer sur un terrain économique pour satisfaire des demandes d'une autre nature, ces actions civiles ne risquent-elles pas d'affaiblir leur cause ? »¹⁰⁵¹.

Dans un mouvement identique, l'Italie a annoncé en août 2008 indemniser la Libye pour la période coloniale qui dura de 1911 à 1942. Cinq milliards de dollars devraient être versés sous forme d'investissement dans les vingt-cinq prochaines années et porteront sur des projets d'infrastructure sur le sol libyen. Cette indemnisation intervient toutefois en dehors de tout contentieux judiciaire et semble par certains abords relever davantage de la stratégie commerciale que de la repentance historique.

En tout état de cause, il existe indéniablement au niveau mondial un mouvement en faveur des victimes, qu'elles soient encore en vie et aptes à témoigner, ou au contraire qu'elles soient décédées depuis de très nombreuses années¹⁰⁵².

La Cour pénale internationale s'apparente donc de plus en plus à une juridiction « de droit commun », qui n'aurait d'autre fonction que de juger des criminels certes particulièrement dangereux, mais sans atteindre l'organisation étatique qui pourrait avoir joué un rôle important dans la perpétration des crimes. Ainsi, la possibilité de déférer un individu devant la CPI, en dépit de son caractère exceptionnel, ne peut être assimilée à une mise en œuvre indirecte de la responsabilité étatique. De plus, selon l'article 78 du Statut de la CPI, la Cour peut ajouter une amende à la peine d'emprisonnement prononcée¹⁰⁵³, rapprochant ainsi le modèle international du modèle interne.

Avec la création de la Cour pénale internationale, nous constatons que le procès pénal international repose de plus en plus sur les standards traditionnels du procès pénal.

¹⁰⁵¹ GARAPON (A.), *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, Paris, 2008, p. 79.

¹⁰⁵² L'indemnisation de l'esclavage entre dans cette catégorie.

¹⁰⁵³ « This is the first time ever in international criminal justice that the possibility of ordering fines for international crimes is explicitly provided for. At the Conference, fines as separate penalty were widely considered as inadequate in view of the seriousness of the crimes. However, they were found to be appropriate as possible supplementary sanctions in addition to imprisonment » in FIFE (R.E.), « Article 77 » in TRIFFTERER (O.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck. Hart. Nomos, 2008, p. 1425.

À ce titre, les références opérées par les TPI à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, font souvent l'objet de critiques de la part de la doctrine mais c'est oublier le caractère profondément pénal de la Convention EDH. Ce n'est pas uniquement parce que le droit des droits de l'homme et le droit international humanitaire ont des objectifs communs que de telles références prolifèrent, c'est avant tout parce que dans les deux cas, nous sommes en présence d'affaires pénales. En effet, à Strasbourg environ deux affaires sur trois sont des affaires de nature pénale¹⁰⁵⁴. Le droit pénal apparaît donc comme étant le réel ciment des références opérées par les TPI à la jurisprudence européenne.

Ajoutons enfin que le TPIY tend lui aussi à ressembler de plus en plus à une juridiction « classique ». La Chambre de première instance a mis en accusation Florence Hartmann, l'ancien porte-parole de Carla Del Ponte pour outrage au Tribunal, et ce, en vertu de l'article 77 A du Règlement de preuve et de procédure. Elle est poursuivie pour avoir divulgué dans son livre *Paix et châtime*¹⁰⁵⁵ l'existence de deux décisions confidentielles rendues par la Chambre d'appel. Alors même que le mandat du TPIY consiste à juger les responsables de violations graves du droit international humanitaire, le défenseur de Florence Hartmann rappelle que sa cliente est poursuivie pour une infraction « intellectuelle » et qu'à ce titre, elle ne devrait pas figurer dans le box des accusés¹⁰⁵⁶.

Cette affaire qui pourrait sembler anecdotique est au contraire tout à fait révélatrice du tournant pris par les juridictions pénales internationales. Elles souhaitent calquer leur fonctionnement sur celui des juridictions internes et ne se bornent pas seulement à traiter les aspects dramatiques d'un conflit. Elles peuvent également aborder des questions plus légères qu'il s'agisse pour la CPI des modalités de réparation des victimes ou pour le TPIY du respect de la confidentialité des documents.

La normalisation des procédures applicables au procès pénal international se conjugue avec une banalisation de la mise en œuvre de l'action pénale internationale.

¹⁰⁵⁴ PRADEL (J.), CORSTENS (G.), *Droit pénal européen*, Dalloz, Collection précis Dalloz, Paris, 2002, p. 14.

¹⁰⁵⁵ HARTMANN (F.), *Paix et châtime*, Flammarion, 2007, 319 p. Voir notamment p. 119 : « Le parquet ne comprend pas que les juges du TPI aident un Etat à soustraire des preuves à la connaissance d'une autre instance judiciaire internationale des Nations unies, la CIJ, afin de statuer sur le fond et de prononcer une éventuelle condamnation ». Voir également p. 122 : « Les informations impliquant directement l'Etat serbe dans la guerre en Bosnie et dans les massacres de Srebrenica restent ainsi inaccessibles à la CIJ et au public. Le parquet n'est pas en mesure de dénoncer le scandale publiquement, les juges ayant rendu chacune de leurs décisions avec la mention « confidentielle » ».

¹⁰⁵⁶ La chambre lui accorde le droit d'occuper, lors des audiences, le banc des avocats.

B. AUGMENTATION DES SITUATIONS POTENTIELLEMENT SOUMISES À LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

Une diversification des formes de violence entrant dans le champ de la justice pénale internationale couplée à une compréhension très extensive des éléments constitutifs du génocide aboutit à un élargissement des crimes faisant l'objet d'une répression internationale.

a) Entrée de nouvelles formes de violence dans le champ de la justice pénale internationale

John Mueller développe une théorie tout à fait intéressante sur les conflits armés en général et sur les conflits armés internes en particulier. Selon cette théorie, « (t)he institution of war is clearly in decline » même si John Mueller constate « the persistence of warfare »¹⁰⁵⁷. Les guerres interétatiques classiques sont de plus en plus rares et les conflits armés internes qui persistent ne seraient pas vraiment des guerres au sens strict.

En effet, « (m)ost, though not all, civil war consists primarily of criminal and warlord predation, not clashes between ethnic or civilizational groups, and it is often carried out by small numbers of people »¹⁰⁵⁸. John Muller analyse donc les conflits armés internes comme l'expression d'une forme de criminalité. Il considère en effet que les guerres civiles en Afrique ressemblent davantage à des entreprises de violence menées par des seigneurs de guerre ou par des gangs¹⁰⁵⁹. Il préfère dès lors analyser ces conflits comme des crimes de haute intensité que comme des guerres de faible intensité. Cette analyse permet d'espérer, avec la mise en place de gouvernements effectifs, d'éradiquer ce genre de phénomènes. Une bonne gouvernance permettrait selon lui, de faire baisser ce type de criminalité particulièrement dangereuse.

Son analyse des conflits armés internes est empreinte de bon sens. Alors que dans les guerres classiques, les guerriers qui se font la guerre épargnent les civils et cherchent à mettre fin au plus vite au conflit, dans les guerres civiles actuelles, les civils sont les premiers visés - les criminels s'en prenant plus volontiers aux faibles - et les « combattants » qui profitent des pillages n'ont pas d'intérêt à ce que les hostilités cessent. D'ailleurs, « much remaining

¹⁰⁵⁷ MUELLER (J.), *The Remnants of War*, Cornell University Press, 2004, p. 1.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*, p. 2.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, p. 6.

warfare is fundamentally trivial – perpetrated by small bands of predatory thugs and criminals, very often drugged or drunken, who are chiefly motivated, like ordinary criminals, by a quest of fun and profit, not by grand ideological, cultural, ethnic, or civilizational visions »¹⁰⁶⁰.

Il développe donc une approche plus criminelle que guerrière des tensions internes et conforte l'idée selon laquelle les juridictions pénales internationales ne sont pas des outils de sanction du droit international public, mais bien d'un droit au centre duquel se situe l'individu.

Si l'on juge des criminels et non des guerriers, il devient tout à fait normal que la juridiction en place évacue le droit international public et fasse une large place à la logique pénale. Cette analyse qui peut-être à certains égards discutable¹⁰⁶¹, n'est pourtant pas dénuée d'intérêt en ce qui concerne le problème de l'ordre juridique de rattachement du droit pénal international. Si les crimes commis par les individus jugés devant les juridictions pénales internationales s'analysent avant tout comme des actes criminels « classiques », il est tout à fait logique que leur répression s'inscrive dans un contexte purement pénal. Selon cette analyse, il est donc tout à fait logique que l'aspect pénal des juridictions pénales internationales ait poussé dans ses ultimes retranchements l'aspect interétatique. En conséquence, des crimes qui étaient auparavant considérés comme intimement liés à la personne étatique¹⁰⁶² – et c'est principalement le cas du crime de génocide – voient leur régime aligné sur celui des crimes de droit commun.

Comme le constate Pierre Hazan, la justice pénale internationale voit triompher une « vision pénale, sinon policière du monde »¹⁰⁶³. Le Procureur de la Cour pénale internationale s'intéresse d'ailleurs à des situations qui n'entrent pas, à première vue, dans le champ

¹⁰⁶⁰ *Ibid.* p. 4.

¹⁰⁶¹ John Mueller récuse parfois trop rapidement certains facteurs tels que les luttes intercommunautaires ou ethniques et le poids de l'histoire des peuples. Il dit notamment : « What passed for « ethnic warfare » in Bosnia and Croatia seems then to have been something far more banal : the creation of communities of criminal violence and predation » (p. 92). Cette explication semble trop simpliste même si elle peut apparaître à certains égards plus rassurante. Il est en effet plus satisfaisant d'un point de vue moral, de considérer que toutes les violences sont perpétrées par des criminels que d'admettre que dans un contexte troublé, tout un chacun puisse commettre des actes répréhensibles. De plus, en rejetant la réalité de certaines discriminations, John Mueller pourrait affaiblir la portée d'incriminations telles que le crime contre l'humanité ou le génocide.

¹⁰⁶² « La remarque ramène, une fois de plus, à l'Etat. Celui-ci occupe dans la matière du génocide une place tout à fait centrale : c'est que le crime ne peut être commis sans lui (...) (d)errière le génocide, c'est la criminalité étatique qui pose les questions les plus fondamentales » in VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide – Originalité et ambiguïté », *RBDI* 1991, p. 26.

¹⁰⁶³ HAZAN (P.), *Juger la guerre, juger l'histoire : Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, PUF, Paris, 2007, p. 81.

opérationnel de la Cour. Il s'agit notamment du cas des violences post-électorales qui ont secoué le Kenya fin 2007, début 2008. En effet, la Commission Waki – une commission d'enquête chargée de faire la lumière sur ces incidents – a préconisé, lors de la remise de son rapport en octobre 2008, la création d'un tribunal spécial pour le Kenya. Selon la presse, « (s)i des manœuvres parvenaient à étouffer cette première tentative de rendre la justice, tactique dont le Kenya est familier, l'ensemble du dossier, liste des noms et éléments de preuves, serait transmis à la Cour pénale internationale, à La Haye »¹⁰⁶⁴. En juillet 2009, Kofi Annan a remis au Procureur de la CPI des documents sous scellés relatifs aux violences post-électorales qui lui avaient été transmises par la Commission Waki. En réalité, depuis 2008, le Procureur suit de très près le traitement dont font l'objet ces violences dans le cadre d'une « analyse préliminaire de la situation ». Le Procureur est en liens étroits avec les autorités kenyanes qui se sont par ailleurs engagées, dans l'hypothèse où les procédures répressives internes n'aboutissaient pas dans un délai d'un an, à renvoyer la situation à la Cour en vertu de l'article 14 du Statut.

Le fait que le Procureur de la CPI s'implique dans la répression de ce type de violences reflète un changement dans la nature même de la justice pénale internationale. En l'espèce en l'absence d'un conflit armé, il sera impossible en effet de retenir l'incrimination de crime de guerre à l'encontre des responsables présumés. Il en va de même en ce qui concerne l'incrimination de génocide, les groupes politiques ne faisant pas partie des groupes protégés. Reste l'incrimination de crime contre l'humanité, mais elle ne correspond pas non plus aux faits rapportés qui constituent plutôt des « situations de troubles et tensions internes telles que les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence ou les actes de nature similaire »¹⁰⁶⁵. En théorie, la Cour pénale internationale n'est pas compétente pour juger ce type d'actes. En revanche, le Procureur cherche par son action à inciter le Kenya à poursuivre les responsables. Le nouveau rôle de la CPI se dessine donc peu à peu en s'écartant du modèle fourni par le TPIY.

Compte tenu du fait que la totalité des affaires actuellement pendantes à la Cour concerne des crimes commis en Afrique, on peut même se demander si la CPI n'est pas en train de se transformer en une juridiction africaine de droit commun.

¹⁰⁶⁴ Article de Jean-Philippe Remy paru dans *Le Monde* daté du 18/10/2008 (« Au Kenya, une commission d'enquête identifie les responsables des violences post-électorales »).

¹⁰⁶⁵ Voir article 8 d) du Statut de la CPI.

Comme nous l'avons à diverses reprises souligné, la CPI apparaît de plus en plus comme une juridiction de droit commun, apte à sanctionner des violences de forte intensité, mais qui ne constituent pas nécessairement un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou un génocide. La CPI s'apparente ainsi à une juridiction pénale classique chargée de juger des crimes qui ne sont pas liés à la guerre ni même à de réels affrontements interethniques.

De plus, la création du Tribunal Spécial pour le Liban chargé de poursuivre les personnes responsables de l'attentat ayant coûté la vie à l'ancien premier ministre libanais Rafic Hariri ainsi qu'à 22 autres personnes, achève de modifier la vision traditionnelle de la justice pénale internationale. Si ce Tribunal est largement inspiré du modèle fourni par le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone et peut être qualifié de juridiction mixte ou hybride, il n'est pas compétent à l'égard des mêmes crimes. Le TSL a pour fonction principale de juger les individus responsables de l'attentat du 14 février 2005. La compétence du TSL a toutefois été étendue aux attentats survenus au Liban entre le 1^{er} octobre 2004 et le 12 décembre 2005 et présentant un lien de connexité avec l'attentat du 14 février et à condition qu'ils soient d'une nature et d'une gravité similaires.

À la différence des autres juridictions pénales internationales, le Tribunal devra appliquer au fond, le droit libanais et en particulier les dispositions du code pénal relatives à la poursuite et à la répression des actes de terrorisme et des crimes et délits contre la vie et l'intégrité physique des personnes. Le TSL est compétent « pour assurer la répression non de crimes internationaux mais de crimes *de droit commun* »¹⁰⁶⁶. Cette juridiction confirme donc l'analyse selon laquelle le procès pénal international tend à se normaliser. Dans ce cadre, ce n'est pas un crime exceptionnel qui tend à se banaliser mais un crime assez classique qui fera l'objet de poursuites.

Autre différence par rapport aux TPI ou à la CPI, « (l)e Tribunal spécial est en principe compétent de manière *exclusive* pour juger toute l'affaire relative aux attentats visés dans le statut »¹⁰⁶⁷. Cette nouvelle forme de justice pénale est donc plus ciblée et entend faire la lumière sur tous les aspects du drame. Alors que les TPI se sont attachés à juger les principaux responsables des violations graves du droit international humanitaire et du

¹⁰⁶⁶ ASCENSIO (H.), MAISON (R.), « L'activité des juridictions pénales internationales (2006-2007) », *AFDI* 2007, p. 430.

¹⁰⁶⁷ LÉLARGE (A.), « Le Tribunal spécial pour le Liban », *AFDI* 2007, p. 405.

génocide en ce qui concerne le Rwanda et que la CPI ne jouit que d'une compétence complémentaire à celle des juridictions nationales, le TSL entend résoudre l'ensemble de l'affaire Hariri, sans recourir à la justice libanaise.

La création du TSL n'implique pas selon Aurélia Lelarge, une redéfinition du concept de justice pénale internationale¹⁰⁶⁸ dès lors qu'elle est chargée de réprimer des crimes ne relevant pas de la compétence des juridictions pénales internationales – le terrorisme – et ce, en vertu du droit libanais. Pourtant, au vu de la présente étude, la création du TSL paraît tout à fait cohérente avec les évolutions soulignées. Aurélia Lelarge craint une « dangereuse redéfinition » ou une « dilution de la « justice pénale internationale » dont il résulterait un certain « galvaudage »¹⁰⁶⁹ et préfère y voir une « expérience d'internationalisation de la justice pénale »¹⁰⁷⁰. En quoi le fait d'analyser de manière objective les contours actuels du droit pénal international et de la justice pénale internationale serait-il dangereux ?

Si la Cour pénale internationale et les juridictions pénales internationales en règle générale tendent à diversifier les crimes pouvant faire l'objet d'une répression pénale internationale, le crime de génocide fait quant à lui l'objet d'une véritable normalisation.

b) Normalisation du crime de génocide

La normalisation du crime de génocide s'opère à la faveur d'un certain nombre de facteurs. En abaissant les critères permettant de constater qu'un génocide a été commis, ce crime perd peu à peu son caractère exceptionnel¹⁰⁷¹. Il fait par conséquent l'objet d'un traitement nettement plus ordinaire.

Tout d'abord, le crime de génocide n'implique plus nécessairement pour être constitué d'être un crime de masse. En effet, selon John Quigley, bien que les crimes de masse nazis aient justifié l'adoption de la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, le

¹⁰⁶⁸ « L'inscription de l'activité de cette juridiction dans le cadre de la « justice pénale internationale » impliquerait une redéfinition de sa finalité et une diversification sans précédent de son objet » *in ibid.* p 420.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.* p. 420.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.* p. 428.

¹⁰⁷¹ Contre cette évolution, voir KOLB (R.), *Droit international pénal*, 2008, p. 74-75 : « Aujourd'hui, il s'impose de revenir vers une conception étroite du crime de génocide. Il ne faut pas succomber aux chants des sirènes de certains journalismes ou de certaines campagnes d'ONG. Le DIP doit rester à l'écart de telles campagnes politiques s'il veut conserver sa crédibilité ».

texte de cette convention permet de couvrir des crimes d'une ampleur plus réduite¹⁰⁷². La Convention de 1948, capable de sanctionner des criminels isolés et de protéger des groupes de plus en plus restreints, révélerait ainsi toute son utilité pratique. Dès lors, une généralisation de l'utilisation de l'incrimination de génocide est envisageable.

D'une part, un individu seul pourrait être reconnu coupable du crime de génocide. En effet, tandis que le crime contre l'humanité se caractérise par l'ampleur ou par le caractère systématique des meurtres ou autres attaques, la spécificité du crime de génocide réside dans l'intention de détruire un groupe national, ethnique ou religieux. Il n'existe donc pas d'obstacle à ce qu'un individu isolé soit reconnu coupable de ce crime dès lors qu'il est bien animé par une intention destructrice. Dans l'affaire Jelusic, le TPIY a admis cette possibilité : « Les meurtres commis par l'accusé suffisent à établir l'élément matériel du crime de génocide et il est *a priori* possible de concevoir que l'accusé nourrissait le projet d'exterminer un groupe dans son ensemble, sans que cette intention soit soutenue par un minimum d'organisation à laquelle participent d'autres individus ». En effet, comme « les rédacteurs de la Convention n'ont pas considéré l'existence d'une organisation ou d'un système mis au service de l'objectif génocidaire comme un élément constitutif du crime (...) ils n'ont pas écarté l'hypothèse d'un individu qui chercherait à lui seul à détruire un groupe en tant que tel »¹⁰⁷³. Admettre que des individus isolés puissent être reconnus coupables de génocide banalise indéniablement ce crime et ouvre la voie à une utilisation généralisée de cette incrimination.

Un génocide pourrait donc être commis par un individu isolé même si le nombre de victimes est également très réduit¹⁰⁷⁴. Tout un chacun pourrait donc être condamné pour avoir voulu détruire en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux. Au-delà des critiques que peut susciter une telle évolution, il est particulièrement intéressant de remarquer à quel point le droit pénal international tend à se « standardiser » et à sanctionner des comportements de plus en plus ordinaires.

Toutefois, c'est principalement en admettant que des groupes de plus en plus restreints

¹⁰⁷² QUIGLEY (J.), *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Ashgate, 2006, p. 170.

¹⁰⁷³ Affaire *Jelusic*, Chambre de première instance I, 14/12/1999, § 100.

¹⁰⁷⁴ « Genocide may be alleged in situations like that in Rwanda, where atrocities were widespread. It may also be alleged in situations like that in Bolivia, where there was a handful of victims » in QUIGLEY (J.), *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Ashgate, 2006, p. 164.

puissent être visés par une intention génocidaire que le crime de génocide tend à se banaliser.

À ce titre, nous pouvons nous reporter à l'opinion individuelle du juge Lauterpacht dans l'affaire du génocide : «Pouvons-nous concevoir que ce qui équivaut à un génocide soit constitué par un acte unique de caractère horrible ? Ou peut-il être seulement constitué par une série d'actes qui, n'étant individuellement pas plus qu'un meurtre ou de graves dommages corporels causés à des personnes, sont, lorsqu'on les considère cumulativement, la preuve d'une activité systématique équivalente à un génocide ? La seconde possibilité semble logiquement être la plus convaincante. Un meurtre unique ou un acte horrible ne peut constituer un génocide »¹⁰⁷⁵.

Cette conception semble toutefois dépassée car les conditions permettant de déclarer un individu coupable d'un génocide se sont grandement assouplies. En admettant la possibilité d'un génocide ultra ciblé, on retombe dans des questions de droit commun pur, sans aucune réelle inspiration internationale. Plus exploitable, la notion de génocide pourrait ainsi aboutir à une unification des droits pénaux nationaux. Les juges internes et internationaux pourraient ainsi réprimer pour génocide des actes criminels « classiques ».

Accepter que des groupes sans cesse plus restreints puissent être victimes d'un génocide équivaut à abandonner l'idée de réprimer la criminalité étatique. Plus le crime de génocide est perçu et réprimé comme un crime ordinaire, moins il apparaît adapté à la répression de l'illicite étatique. En qualifiant de génocide des actes criminels « ordinaires », les juges risquent de diluer la substance de ce crime et de masquer l'implication éventuelle de l'appareil étatique dans ce crime.

Joe Verhoeven considérait en 1991 que le crime de génocide ne pouvait être commis sans l'Etat¹⁰⁷⁶. Au vu de ces éléments, l'implication de l'Etat dans la commission du crime de génocide n'apparaît plus aussi déterminante en 2009. Joe Verhoeven considérait également au début des années 90 que par voie de conséquence, le génocide ne pouvait pas être réprimé par ce même Etat. Or, une fois encore, les mutations du concept de génocide rendent inopérantes les réticences à ce que le génocide soit sanctionné au niveau étatique.

¹⁰⁷⁵ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, CIJ Recueil 1997, p. 282.*

¹⁰⁷⁶ VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide – Originalité et ambiguïté », *RBDI* 1991, p. 26.

Le TPIY avait déjà en partie ouvert la voie à une diffusion plus large du crime de génocide en retenant qu'un génocide avait été commis dans l'enclave musulmane de Srebrenica. Dans l'affaire *Krstic*¹⁰⁷⁷, le TPIY a reconnu que les Musulmans de Bosnie constituaient un groupe protégé qui a été victime d'un génocide. Or, seuls les hommes ont été exterminés. Femmes et jeunes enfants ont, quant à eux, été évacués. Dans ce cas de figure, on s'écarte donc des rafles juives et de l'intransigeance des tueurs Hutus qui tuaient même les femmes Hutus portant un bébé conçu avec un Tutsi.

Pour admettre qu'un génocide a eu lieu, les conditions ne sont donc plus aussi strictes qu'avant. Il n'est plus nécessaire de prouver que l'ensemble du groupe a été physiquement visé. L'intention de détruire un groupe était présente même si les femmes et les enfants ont été préservés. Tuer l'ensemble de la population masculine en âge de procréer compromet en effet grandement la pérennité du groupe.

Les évolutions mentionnées ont pour conséquence prévisible une généralisation de l'emploi de l'incrimination de génocide.

Au-delà de la normalisation très visible du crime de génocide, il faut également remarquer que les crimes les plus graves peuvent, tout comme les crimes classiques, faire l'objet de différents modes de commission comme la complicité par exemple. En prononçant des condamnations pour complicité ou tentative de génocide, les juridictions pénales internationales contribuent encore à normaliser le régime applicable aux crimes les plus graves. La tentative et la complicité constituent bien selon la Convention de 1948 des infractions répréhensibles, ce qui indique finalement, comme le laisse entendre John Quigley que cette Convention a toujours renfermé de larges possibilités d'application. L'application à des crimes que l'on a toujours présenté comme extraordinaires, des modes classiques de commission des infractions pénales les banalise indéniablement.

Un individu peut tenter de commettre un génocide de la même manière qu'il peut tenter de commettre un meurtre. L'application de catégories d'infractions inachevées à des crimes contre l'humanité ou au crime de génocide signifie que ce type de crimes peut rentrer dans des catégories bien connues du droit pénal. Indirectement, cette circonstance permet

¹⁰⁷⁷ Affaire *Krstic*, Chambre de première instance I, 2/08/2001, § 560.

d'imaginer dompter ces incriminations. En retombant sur des modèles connus, on relativise d'un certain point de vue le caractère exceptionnel de ces crimes. Si les outils classiques du droit pénal permettent d'appréhender ces crimes, ils perdent, par voie de conséquence, leur caractère incontrôlable.

Le Procureur de la CPI, Luis Moreno-Ocampo, considère que le Président Al Bashir a élaboré une politique consistant à détruire trois groupes ethniques qu'il considérait comme des menaces, les Four, les Massalit et les Zaghawa. Il n'hésite pas à retenir la qualification de génocide pour ces crimes¹⁰⁷⁸. Nous sommes donc face à un génocide multiple, qui cible diverses ethnies.

En rendant des crimes insoutenables justiciables et en leur appliquant une procédure classique, les juridictions pénales internationales modifient la perception de la répression des grands crimes. La banalisation des crimes les plus graves par les TPI et la CPI a dédramatisé ce pan du droit pénal et permet ainsi d'envisager une répression plus efficace par le biais des autorités étatiques. La normalisation du procès international permet aux Etats de s'approprier pleinement cette partie du droit pénal. Alors que les Etats étaient très réticents vis-à-vis des normes purement internationales, ils font dorénavant preuve d'ouverture sur ces questions.

¹⁰⁷⁸ Rony Brauman, ancien président de Médecins sans frontières, n'a pas hésité à critiquer frontalement Luis Moreno-Ocampo en ce qui concerne la qualification retenue concernant les violences au Darfour (Forum for New Diplomacy, rencontre entre Luis Moreno-Ocampo et le International Herald Tribune organisé par l'Académie diplomatique internationale le 2 juillet 2009). Pour Rony Brauman, aucun élément sur le terrain ne permet de laisser penser qu'un génocide se soit produit au Darfour.

SECTION II : RENATIONALISATION DU DROIT PENAL INTERNATIONAL

Si la figure étatique a pu à certains égards paraître désemparée face à l'activisme des TPI, des évolutions récentes témoignent d'une véritable reprise en main du processus répressif par les Etats (§ 1). Les Etats qui font leur grand retour sur le terrain du droit pénal ont en effet pour certains, considérablement changé d'attitude. Pour les autres, des mécanismes palliatifs existent (§ 2).

§1. Réappropriation d'une compétence de principe

Une quinzaine d'années après la création du TPIY, le retour des Etats dans le domaine pénal est rapidement apparu comme nécessaire (A) et porteur d'innovations non négligeables (B).

A. COMPETENCE DE PRINCIPE ATTRIBUEE AUX ETATS

Tenant compte de la nécessité de revaloriser le modèle étatique, le Statut de la CPI reconnaît aux Etats une compétence de principe à l'égard des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du crime de génocide.

a) Nécessité d'un retour à l'échelon étatique

Même si les juridictions pénales internationales ont permis de juger de grands criminels et de développer des règles pénales substantielles, elles présentent néanmoins divers défauts. Il faut en effet admettre que « le « tout international » a vacillé au tournant du XXI^e siècle » et que « (l)e juge interne reste le juge de droit commun du droit international »¹⁰⁷⁹.

En premier lieu, ces juridictions dont la compétence est toujours limitée sur un plan géographique ou temporel, ne sont pas en mesure de réprimer l'ensemble des crimes commis. Une juridiction unique comme la Cour pénale internationale ne peut pas techniquement juger l'ensemble des criminels relevant potentiellement de sa compétence. En dépit de leur

¹⁰⁷⁹ ASCENSIO (H.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), SOREL (J.-M.), « Conclusion générale », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006, p. 318.

caractère monstrueux, ces crimes se produisent en effet très fréquemment et la Cour ne sera appelée à juger qu'une « infime partie des personnes responsables pour les atrocités commises dans un pays déterminé »¹⁰⁸⁰. Comme le remarque Robert Kolb, la CPI est composée de 15 juges, il est par conséquent « irréaliste de penser qu'elle pourra traiter les milliers de cas issus d'une crise sociale grave au sein de laquelle sont commis des crimes de guerre massifs, des crimes contre l'humanité et des génocides »¹⁰⁸¹.

De plus, seules les juridictions internes sont capables de mener une répression exhaustive et par la même, efficace. Bien souvent, les juridictions internationales se contentent de juger de hauts responsables sans pouvoir condamner l'ensemble des coupables, majoritairement de rang inférieur. Ce type de justice est donc très limité et peut même avoir un effet assez pervers qui est celui de dédouaner les populations et les subalternes. Pour s'assurer de la non répétition d'un crime de masse, mieux vaut qu'une justice de proximité soit rendue plutôt qu'une justice lointaine qui condamne seulement de hauts responsables. Les crimes de masse ne peuvent pas se produire sans une large implication des individus composant la population et c'est auprès d'eux qu'il faut mener une politique répressive visible. Chacun doit être conscient du fait que ses actes sont justiciables et il est clair que les juridictions pénales internationales ne peuvent pas matériellement aboutir à un tel résultat. Le fait que le TPIY ait jugé certains subalternes ne remet pas en cause cette conclusion car les condamnations de ce genre restent trop peu nombreuses pour avoir un impact significatif.

De plus, les juridictions pénales internationales sont encore souvent perçues comme une justice de vainqueurs, manquant par là même d'objectivité. Comment ne pas acquiescer à ces préjugés au regard de la politique répressive menée par le TPIR ? Seuls sont poursuivis les membres de la communauté hutu alors qu'il est avéré que les membres de la communauté tutsi se sont eux aussi rendus coupables de graves exactions¹⁰⁸². L'ombre d'une justice sélective plane donc encore sur les juridictions pénales internationales.

¹⁰⁸⁰ MAYSTRE (M.), WERNER (A.), « Un modèle de tribunal « internationalisé » : analyse du et perspectives sur le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahm, Bâle, 2008, p. 440.

¹⁰⁸¹ KOLB (R.), *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahm, Bâle, 2008, p. 258.

¹⁰⁸² Créée avant tout pour réprimer le génocide des tutsis, le TPIR ne voit pourtant pas sa compétence limitée à ce crime et peut poursuivre des personnes pour un « simple » crime de guerre ou une « simple » crime contre l'humanité. Carla del Ponte expose dans son ouvrage, *La Caccia*, les résistances de la part du gouvernement rwandais lorsqu'elle a suggéré de poursuivre des membres du FLR pour les exactions commises.

Au-delà des limitations inhérentes à la compétence de ces juridictions, les résultats obtenus par les TPI peuvent apparaître bien minces. Certains contestent le faible nombre de condamnations prononcées par les TPI. Quant à la CPI, les divers rebondissements dans l'affaire Lubanga sapent le crédit dont bénéficiait jusqu'à présent la Cour. Cette juridiction n'arrive pas encore à manifester toute l'indépendance dont elle a besoin pour fonctionner. Face à la situation au Darfour, le président Sarkozy a fait savoir lors d'une rencontre avec le président soudanais que dans l'hypothèse où les autorités soudanaises modifiaient de manière importante leur politique au Darfour, la France ne s'opposerait pas à un gel des poursuites. Cette procédure prévue à l'article 16 du Statut de la CPI permet au Conseil de sécurité statuant en vertu du Chapitre VII de la Charte, de bloquer les poursuites pour une durée de 12 mois renouvelables. Même si cette résolution n'a que peu de chances d'aboutir¹⁰⁸³, l'attitude du président français est révélatrice d'une certaine instrumentalisation de la Cour. Elle est véritablement conçue comme une arme de négociation par les Etats.

De plus, les tensions internes au sein des TPI ont parfois pu ralentir le fonctionnement même des juridictions. C'est ce que révèlent des ouvrages récents émanant d'anciens personnels du TPIY. Il en ressort également que des considérations politiques et diplomatiques influencent la décision de poursuivre et la conduite des procès¹⁰⁸⁴. Ces désagréments bien qu'ils soient sans doute inévitables, ont atteint une telle ampleur devant les TPI qu'ils font légitimement douter de la capacité de ces juridictions à rendre une justice de qualité. Axel Poullard constate quant à lui que « (l)a justice du Tribunal est totalement instrumentalisée »¹⁰⁸⁵. Entre enjeux stratégiques et diplomatiques, il n'est pas toujours certain que les juridictions pénales internationales puissent rendre une justice de qualité. En conséquence, une revalorisation des systèmes répressifs nationaux est apparue nécessaire.

C'est l'une des raisons pour lesquelles, les Etats sont appelés à jouer un rôle fondamental dans ce domaine.

L'intérêt d'un retour à l'échelle nationale est tout à fait logique si l'on tient compte des

¹⁰⁸³ Les Etats-Unis ont en effet fait savoir qu'ils utiliseraient leur veto si une telle résolution était proposée au vote. Il faut noter à cet égard que c'est la première fois que les Etats-Unis font un geste positif en direction de la Cour pénale internationale.

¹⁰⁸⁴ HARTMANN (F.), *Paix et châtement*, Flammarion, 2007, DEL PONTE (C.), *La caccia, io e i crimini di guerra*, Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2008.

¹⁰⁸⁵ POUILLARD (A.), « L'autorité face à la force : l'exemple du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004, p. 451.

problèmes posés par l'éloignement géographique entre les crimes commis et le lieu de leur jugement. La justice possède intrinsèquement des vertus sociales apaisantes mais encore faut-il qu'elle soit accessible aux populations concernées.

Les juridictions pénales internationales sont confrontées à des difficultés importantes pour comprendre le contexte dans lequel les crimes qu'ils ont à réprimer ont été commis. Les juges du TPIY ont par exemple dû s'imprégner des particularités du système communiste afin de juger à bon escient les personnes qui étaient déférées devant eux. La longueur des procédures ouvertes devant les juridictions pénales internationales s'explique en grande partie par la nécessité, pour l'ensemble des juges, de s'imprégner de la vie politique, économique et sociale des régions dans lesquelles les crimes ont été commis. Pour les juges occidentaux, il est d'ailleurs particulièrement difficile d'appréhender la particularité d'un système de gouvernement communiste. Les mentalités des populations concernées sont également très particulières et les juges siégeant au sein des juridictions pénales internationales doivent faire d'importants efforts pour les comprendre. Un comportement identique ne sera pas apprécié de la même manière en France qu'en Serbie. Les juges doivent donc assimiler la culture locale afin de pouvoir analyser de la manière la plus juste possible, l'ensemble des comportements soumis à leur appréciation. Les juges se trouvent de plus confrontés, pour se documenter, à la barrière de la langue et à l'impossibilité pour les traducteurs des juridictions de traduire l'ensemble des documents existants.

En comparaison, les juridictions nationales ne rencontrent pas ce type de difficultés. Les accusés peuvent donc être jugés sans qu'un travail préalable fastidieux sur le système politique et social soit mené. En tout état de cause, si des recherches supplémentaires devaient être menées, elles s'effectueraient dans la langue natale des membres du tribunal. La compréhension du comportement fautif apparaît donc plus aisée dans le contexte national.

En termes de coûts financiers, la répression dans le cadre national est également beaucoup plus économique que ne l'est la répression internationale. Même si la diversification des affaires a nécessairement un coût financier, celui-ci est incomparable avec les frais engagés pour créer de toutes pièces une juridiction pénale internationale.

De plus, les obstacles attachés à une conception erronée du droit pénal international et qui mêlaient sans cesse la personne étatique aux crimes de masse, ont peu à peu disparu. Cette

attitude empêchait indirectement les juridictions d'un autre Etat de juger ces crimes. En effet, nous constatons une véritable évolution des menaces : on ne juge plus forcément des responsables étatiques mais bien des rebelles, des terroristes, des casques bleus, c'est-à-dire des personnes dont le jugement ne rejaillira pas sur un Etat. Les menaces proviennent de personnes qui n'agissent pas au nom d'un Etat. C'est notamment le cas des employés des sociétés militaires privées mais aussi des casques bleus qui agissent comme des gendarmes de la paix, indépendamment de tout lien avec leur Etat national. La diversification des destinataires du droit pénal international déculpabilise nettement les juridictions nationales. Les juridictions nationales craignent donc moins de prendre part à la répression des violations du droit pénal international car l'inquiétude de froisser un autre Etat tend à disparaître.

De plus, les poursuites effectuées dans le cadre national ont plus de chances d'aboutir que les autres. En effet, l'existence de forces de police et donc d'enquête simplifie grandement la tâche des juridictions nationales. Alors que les TPI doivent demander la coopération des autorités étatiques pour intervenir, le cadre national, avec le degré d'organisation qui est le sien, est immédiatement opérationnel.

Face à l'exhaustivité et à la complétude des institutions nationales, les juridictions pénales internationales apparaissent souvent démunies et tributaires de ces mêmes autorités étatiques. Il n'existe pas de force de police internationale. Interpol qui constitue une organisation visant à promouvoir la coopération policière entre les Etats ne porte pas création d'un corps policier international. Selon l'article 2 de son Statut, Interpol a pour mission d'assurer et de développer l'assistance réciproque la plus large de toutes les autorités de police criminelle. Peu intrusive, l'organisation s'interdit toute activité ou intervention dans des questions ou affaires présentant un caractère politique, militaire, religieux ou racial¹⁰⁸⁶.

Même si Interpol ne constitue pas un corps policier à la disposition des juridictions pénales internationales, le mécanisme des « notices rouges » a permis l'arrestation de criminels recherchés par ces juridictions. Ces notices sont diffusées dans l'ensemble des 184 pays membres d'Interpol et valent demande d'arrestation et de mise en détention des individus en question. La notice rouge est l'un des principaux moyens par lesquels Interpol informe ses Etats membres qu'un mandat d'arrêt a été décerné par une autorité judiciaire à l'encontre d'une personne. Elle est utilisée pour demander l'arrestation ou la mise en détention

¹⁰⁸⁶ Voir article 3 du Statut d'Interpol.

provisoire en vue d'extradition d'individus recherchés. Il ne s'agit pas d'un mandat d'arrêt international, mais elle est fondée sur un mandat d'arrêt de sorte que de nombreux Etats la considèrent comme une demande d'arrestation provisoire recevable. C'est la police nationale du territoire sur lequel se trouve la personne recherchée qui procède à l'arrestation. Interpol n'est pas en mesure de contraindre les Etats à arrêter un individu faisant l'objet d'une notice rouge. Outre les Etats, Interpol a accordé aux juridictions pénales internationales et aux juridictions pénales internationalisées le droit de demander la publication de notices rouges.

Les juridictions nationales parce qu'elles sont en contact direct et permanent avec les forces de police d'enquête ou d'intervention, jouissent à cet égard d'un important avantage sur les juridictions pénales internationales. Ces dernières apparaissent en effet souvent comme privées des moyens les plus basiques pour permettre notamment l'arrestation des suspects qu'elles ont identifiés.

Enfin, contrairement aux juridictions pénales internationales, les juridictions nationales de droit continental peuvent prononcer des jugements en l'absence de l'accusé¹⁰⁸⁷. Le mauritanien Ely Ould Dah, a été condamné en juillet 2005 par la Cour d'assises de Nîmes, alors qu'il était en fuite, à une peine de 10 ans de réclusion, pour crimes de torture commis entre 1990 et 1991. Un ancien diplomate tunisien Khaled Ben Saïda été condamné le 15 décembre 2008 en son absence à huit ans de réclusion criminelle par la cour d'assises du Bas-Rhin pour des actes de torture infligés en 1996 dans son pays à une ressortissante tunisienne.

Parce que les juridictions nationales notamment françaises acceptent de juger une personne par contumace – on parle en France depuis 2004 de « défaut criminel » – , elles permettent aux victimes d'assister au procès et de voir leurs souffrances reconnues à leur juste valeur. La condamnation des accusés cesse de les faire jouir d'une impunité même s'ils ne sont pas immédiatement appréhendés par la suite. Plus les juridictions nationales procèdent à des jugements de ce type, plus elles développent leur pratique en matière de crimes internationaux.

Les avantages résultant d'une répression dans le cadre national sont certains et ont même été largement assimilés par les TPI. Ces derniers n'hésitent en effet plus à délocaliser certaines affaires dont ils ne peuvent ou ne veulent s'occuper, vers des juridictions nationales. Cette démarche est tout à fait significative d'une volonté de réassocier les Etats au processus pénal.

¹⁰⁸⁷ Traditionnellement les juridictions de common law ne procèdent pas au jugement en l'absence de l'accusé.

La mise en place des juridictions Gacaca au Rwanda en 2002 participe également à un processus de reprise en main à l'échelle locale. Les juridictions *gacaca* qui constituent un système de justice participative rencontrent un vif succès. Il s'agit d'un système traditionnel de règlement des différends au sein duquel les juges, les « Inyangamugayo » ne sont pas des professionnels. Ces juridictions cherchent à établir la vérité et condamnent les individus reconnus coupables. Une échelle des peines très claire est à leur disposition. Sans encenser outre mesure ce modèle qui souffre lui aussi de dysfonctionnements sévères¹⁰⁸⁸, il participe tout de même à une revalorisation de la structure locale au plein sens du terme.

De manière finalement assez paradoxale, le Statut de la CPI opère sur ce point des avancées décisives.

b) Le Statut de Rome

Contrairement au système qui prévalait dans le cadre des Tribunaux *ad hoc*, les juridictions nationales disposent, selon le Statut de la CPI, d'une compétence de principe pour juger les crimes internationaux. Alors que les TPI jouissent d'une primauté à l'égard des juridictions nationales, la CPI se trouve dans une position bien différente.

Alors même que l'objet principal du Statut de Rome est de fixer des règles régissant le fonctionnement de la Cour pénale internationale, les Etats ont également pris soin de réitérer leurs prérogatives dans ce domaine. C'est à eux qu'incombe en premier lieu la responsabilité de réprimer les crimes les plus graves. En créant la CPI, les Etats ont donc fermement réaffirmé leur aptitude à juger les crimes relevant de la compétence de la Cour. Il ne faut pas analyser cette compétence de principe comme une concession faite par la communauté internationale aux Etats. Ce sont les Etats, maîtres de leurs engagements internationaux qui ont décidé de rappeler leurs prérogatives et leur rôle naturel en matière pénale, avant de concéder, qu'en cas de défaillance, une juridiction internationale prendrait le relais dans la répression. Comme le constate Louise Arbour, « (t)here is no doubt that the State parties to the ICC Statute expressed an unequivocal preference for domestic prosecutions over international ones »¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁸ De nombreux élus Inyangamugayo ont eux-mêmes été accusés de génocide et ont par la suite dû abandonner leurs fonctions.

¹⁰⁸⁹ ARBOUR (L.), « Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction ? », *JICJ* 2003, p 585-586.

C'est tout d'abord dans le préambule du Statut de la CPI que l'on trouve trace de la volonté de réinvestir le modèle étatique. La répression des crimes les plus graves doit en effet « être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national » et « il est du devoir de chaque Etat de soumettre à sa juridiction criminelle les responsables de crimes internationaux ».

L'article premier du Statut de la CPI affirme que la compétence de la CPI est complémentaire par rapport à celle des juridictions pénales nationales¹⁰⁹⁰. Les Etats disposent donc d'une compétence de principe¹⁰⁹¹ tandis que la CPI dispose d'une compétence résiduelle, complémentaire ou encore subsidiaire.

En conséquence, la CPI doit logiquement s'abstenir d'exercer sa compétence si une juridiction nationale a déjà réprimé le crime ou est en train de le faire. C'est l'article 17 du Statut de la Cour qui règle les questions relatives à la recevabilité des affaires. Selon cet article, la Cour doit déclarer une affaire irrecevable lorsque l'affaire « fait déjà l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce » ou lorsque l'affaire « a fait l'objet d'une enquête de la part d'un Etat ayant compétence en l'espèce et que cet Etat a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée » ou encore lorsque « la personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte ».

La compétence de principe de l'ensemble des juridictions pénales nationales – et même de celles des Etats n'ayant pas ratifié le Statut de Rome - est donc garantie par cet article. Il existe toutefois des exceptions au respect de cette compétence. En effet, si l'Etat qui mène l'enquête ou les poursuites n'a pas la volonté ou ne dispose pas des capacités pour mener à bien cette tâche, la CPI peut alors intervenir et déclarer l'affaire recevable. De même, s'il s'avère que la décision de ne pas poursuivre un individu révèle en réalité un manque de volonté ou une incapacité à le faire, la CPI peut reprendre le contrôle et se saisir de l'affaire. Ainsi, si l'Etat fait preuve d'une mauvaise foi caractérisée et qu'il mène des poursuites fictives dans le seul but d'empêcher un individu d'être attiré devant la CPI, la Cour se substituera aux juridictions nationales. Il en ira de même si les poursuites nationales s'enlisent

¹⁰⁹⁰ « Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales ».

¹⁰⁹¹ MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14/12/06, p. 155-156.

ou manquent d'impartialité et traduisent en réalité une volonté de soustraire l'individu à la justice. Enfin, la CPI peut également outrepasser la compétence de principe dont bénéficient les Etats lorsque l'appareil judiciaire de ces derniers s'est effondré ou qu'il est indisponible.

Mises à part ces deux exceptions, les juridictions nationales demeurent cependant les juges naturels des crimes les plus graves. De manière assez logique, Louise Arbour déclare: « (i)t is therefore a fair assumption that State Parties to the ICC Statute will wish to investigate and prosecute crimes falling under their jurisdiction rather than defer to competence of the ICC »¹⁰⁹². Elle pense en effet que « (t)he greatest success of the ICC may consist of encouraging full and fair domestic prosecutions »¹⁰⁹³.

Si les Etats se sont en partie responsabilisés sur ces questions, il faut néanmoins souligner que certains Etats africains ont volontairement fait appel à la CPI pour les aider à régler des affaires qu'ils prétendaient ne pas pouvoir régler seuls. Il s'agit de l'Ouganda, de la République démocratique du Congo et de la République Centrafricaine. Par commodité ou pour se débarrasser d'opposants politiques, ces Etats ont déféré des situations se déroulant sur leur territoire au Procureur de la CPI. C'est ce qu'on appelle le phénomène des auto-renvois. Les rédacteurs du Statut de la CPI n'avaient pas envisagé ce cas de figure qui traduit d'une part, la faiblesse de certains systèmes judiciaires nationaux et d'autre part, le risque élevé d'instrumentalisation dont la Cour peut être victime.

Dans la définition des crimes et de la procédure pénale applicable, la reprise en main opérée par les Etats est également importante. Comparativement au pouvoir normatif dont les juges des TPI disposaient à l'égard de leur RPP, celui des juges de la CPI se trouve largement amoindri. En effet, aux termes de l'article 51 du Statut de Rome, ce ne sont plus les juges eux-mêmes qui adoptent le RPP mais bien l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome. Certes, les juges conservent la possibilité de proposer des amendements au RPP mais d'une part, ces amendements doivent ensuite être adoptés à la majorité des deux tiers de l'Assemblée des Etats parties et d'autre part, les juges sont désormais concurrencés dans cette prérogative d'amendement par tout Etat partie et surtout par le Procureur. L'article 14 préserve néanmoins la possibilité pour les juges d'établir des règles provisoires « dans les cas urgents où la situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue par le Règlement ».

¹⁰⁹² ARBOUR (L.), « Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction ? », *JICJ* 2003, p. 586.

¹⁰⁹³ *Idid.* p. 585.

Ces règles s'appliqueront jusqu'à ce que l'Assemblée des Etats Parties les adopte, les modifie ou les rejette.

En revanche, en vertu de l'article 52 du Statut de Rome, les juges adoptent à la majorité absolue le Règlement de la CPI, document dont les Tribunaux *ad hoc* n'étaient pas dotés. Le Règlement de la Cour comprend un certain nombre de normes relatives à la composition et à l'administration de la Cour, à la procédure devant la Cour, à la détention, à la participation des victimes ainsi qu'à leur réparation, à la coopération, etc. Par ce biais, les juges de la CPI exercent un certain pouvoir normatif, même s'il est incomparable avec celui dont les TPI jouissent. En effet, « (i)n the highly politicised negotiations for the Rome Statute of the ICC, states sought to minimise the Court's future law-making capacity by determining that the Elements of Crimes and the Rules of Procedure and Evidence would set out through negotiation by states at the Assembly of States Parties. These important matters were thus not left to the judges to determine through decision-making or adoption of an instrument »¹⁰⁹⁴.

L'attribution d'une compétence de principe aux Etats par le Statut de Rome est un signal fort de la volonté des Etats de se réinvestir dans la lutte contre les crimes les plus graves. Au-delà d'une simple adaptation de leurs législations au Statut de Rome, les Etats procèdent à de véritables innovations et vont parfois plus loin que les juridictions pénales internationales.

B. DES INNOVATIONS IMPORTANTES

Les innovations introduites dans les droits nationaux concernent aussi bien la définition des crimes que l'identification de leurs auteurs.

a) Dans la définition des crimes

En matière pénale, des innovations peuvent être introduites à la fois par le législateur mais également par les juridictions internes au moyen de l'interprétation.

En adaptant les normes internationales aux spécificités historiques qui sont les siennes, le législateur national innove dans la définition de certains crimes. Mireille Delmas-Marty

¹⁰⁹⁴ BOYLE (A.), CHINKIN (C.), *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 276.

identifie ce phénomène comme un mouvement de « renationalisation » du droit pénal¹⁰⁹⁵ qui touche tout particulièrement la définition du crime de génocide.

Ce n'est en effet pas tellement au niveau de l'acte répréhensible que les Etats font preuve d'originalité. Les éléments constitutifs objectifs font l'objet d'un large consensus, il s'agit du meurtre, de l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale (qui peut recouvrir de nombreux actes, tels que le viol et la torture), de la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, des mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe et du transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. L'article 211-1 du code pénal français reprend en effet dans cet ordre exact la liste des éléments constitutifs objectifs du crime de génocide. Ce n'est pas non plus au niveau de l'élément constitutif subjectif que les Etats se différencient des juridictions pénales internationales car la nécessité de prouver que l'accusé avait l'intention de détruire en tout ou partie un groupe est fort bien établie.

C'est en revanche dans la détermination du groupe protégé par la Convention de 1948 que les Etats ont fait preuve d'originalité. Sans révolutionner la définition globale du crime de génocide, les Etats admettent que certains groupes non visés par la Convention de 1948 puissent en être victimes. L'identification du groupe protégé par l'interdiction du génocide varie en fonction des Etats, de leur histoire et de leurs traumatismes respectifs et s'étend au-delà des groupes nationaux, ethniques, raciaux et religieux.

En Amérique latine, la notion de groupe protégé a été élargie aux groupes politiques tandis qu'au Cambodge a émergé la notion d'autogénocide¹⁰⁹⁶. Le droit s'adapte ainsi à l'histoire des peuples. Les dictatures militaires ont causé en Amérique latine de nombreuses violations des droits de la personne humaine et il apparaît logique que cette spécificité soit prise en compte dans la définition du crime de génocide. De même, le Cambodge qui a perdu plus de 20 % de sa population lors de la période du Kampuchéa démocratique, ne pouvait pas méconnaître la notion d'autogénocide.

Le pouvoir législatif n'est pas le seul organe national à innover en matière pénale. Les

¹⁰⁹⁵ DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Editions du Seuil, Paris, 2004, p. 82.

¹⁰⁹⁶ *Ibid.* Notons toutefois que la législation israélienne a restreint la notion de groupe protégé au peuple juif. Encore une fois, les aspects historiques apparaissent primordiaux.

juridictions internes sont en effet susceptibles d'interpréter de manière extensive certains éléments des crimes.

Le Brésil a à cet égard développé une vision très particulière de la notion de groupe protégé. Des chercheurs d'or ont en effet été reconnus coupables de génocide pour le meurtre de 12 membres d'une tribu amazonienne en 1993. Techniquement, la tribu Yanomami constitue bien un groupe ethnique et cette idée est particulièrement renforcée par le fait que les membres de ce groupe vivaient en autarcie totale. Au regard de la Convention de 1948 et de la notion de peuple autochtone, on aurait même pu imaginer qualifier cette tribu de groupe national. Cette tribu a été attaquée par ces chercheurs d'or afin de la faire fuir. En tuant une partie du groupe, les chercheurs d'or pensaient effrayer la population qui, forcée à fuir, aurait laissé le champ libre à leurs activités. Ce ne sont donc pas pour des raisons eugénistes et racistes que les membres de la tribu ont été tués mais plus simplement pour des raisons bassement « économiques ».

En réprimant ainsi ce massacre, les juridictions brésiliennes banalisent en quelque sorte le crime de génocide en le rendant plus facile à caractériser. Ce mouvement rejoint celui que nous avons évoqué plus au haut et comme les juridictions pénales internationales banalisent le crime de génocide, il devient de plus en plus aisé pour les juridictions internes de le retenir. On pourrait alors presque parler de « micro génocide ». Il faut toutefois rappeler que le Brésil, parce qu'il abrite la forêt amazonienne, recèle de nombreux peuples autochtones et que rares seront certainement les groupes si restreints à pouvoir être considérées comme les victimes d'un génocide. Cet exemple démontre en tout état de cause la vitalité du modèle pénal interne.

En admettant que des groupes de plus en plus restreints puissent être victimes d'un génocide, les juridictions nationales ouvrent la voix à de profonds bouleversements. Il ne sera plus possible à terme de considérer le génocide uniquement comme un crime de masse. A l'heure actuelle, force est de constater que seules les juridictions nationales sont prêtes à franchir ce pas¹⁰⁹⁷.

Toujours à propos du crime de génocide, un dernier exemple permet d'exposer le dynamisme des juridictions nationales dans le domaine pénal. Nicola Jorgic, un ressortissant bosniaque

¹⁰⁹⁷ Les juridictions pénales internationales n'ont jamais prononcé de condamnations dans ce sens.

d'origine serbe était le commandant d'un groupe paramilitaire qui a participé à des actes de terreur à l'encontre de la population musulmane dans la région de Doboï, en Bosnie-Herzégovine. Il a été condamné en Allemagne sur la base de l'article 220 a) du code pénal qui prohibe le génocide. Tout comme la Convention de 1948, cet article contient un élément subjectif constitué par l'intention de détruire en tout ou partie un groupe national, racial, ethnique ou religieux.

Selon l'accusé, pour que ce dol spécial soit constitué, il ne suffit pas de s'en prendre aux conditions de vie et de subsistance du groupe. Une « simple » attaque de ce type ne peut pas révéler l'intention de détruire le groupe en tant que tel. Toujours selon Jorgic, une destruction physique est nécessaire pour que soit constitué le crime de génocide. La destruction sociale du groupe n'est pas suffisante à cette fin.

Pour la juridiction allemande, l'article 220 a) du code pénal permet pourtant d'interpréter la notion de génocide comme comprenant des actes commis avec l'intention de détruire un groupe en tant qu'unité sociale. Le texte garantit l'existence à la fois physique et sociale du groupe. Condamné à une peine d'emprisonnement à vie, Jorgic a saisi la CEDH pour violation de l'article 7 de la Convention car selon lui, en adoptant une définition extensive de l'intention de détruire un groupe, l'Allemagne a violé le principe de légalité des peines. La Cour européenne a rejeté le recours formé par Jorgic¹⁰⁹⁸ et ce, alors même que son argumentation se basait sur un arrêt du TPIY qui reconnaissait que le génocide se limitait à la destruction physique ou biologique du groupe¹⁰⁹⁹. La Cour valide donc la définition extensive du crime de génocide adoptée par la juridiction allemande.

La CEDH n'a donc pas hésité à outrepasser les standards appliqués par le TPIY. Dans cette affaire, il est donc important de noter qu'une juridiction nationale a interprété de manière plus audacieuse qu'une juridiction pénale internationale les composantes du crime de génocide et ce, avec l'assentiment d'une juridiction régionale.

¹⁰⁹⁸ CEDH, Jorgic contre Allemagne, n°74613/01, 12/07/2007.

¹⁰⁹⁹ Affaire *Krstic*, Chambre de première instance, 2/08/2001.

b) Dans l'identification des responsables

Le retour des juridictions nationales s'accompagne d'une véritable diversification des personnes susceptibles d'être poursuivies pour des crimes de masse. Les juridictions néerlandaises jouent à cet égard un rôle pilote.

Rappelons pour mémoire que les juridictions pénales internationales poursuivent de manière assez homogène les responsables des crimes. Il s'agit presque toujours des personnes qui ont participé au crime ou qui ont facilité de façon directe sa commission. Les juridictions pénales internationales jugent également les responsables politiques ou militaires ayant planifié ou fermé les yeux sur certains crimes. Dans ce cadre, les condamnations les plus atypiques ont été prononcées par le TPIR dans l'affaire des médias¹¹⁰⁰ où plusieurs journalistes de la radio-télévision libre des mille collines et de la revue Kangura ont été condamnés pour incitation à la haine raciale envers la communauté tutsi. En dehors de cette affaire et face à la vaste tâche de sanctionner les responsables « directs », les juridictions pénales internationales n'ont guère cherché à établir des responsabilités plus lointaines. Plus nombreuses et mieux armées, les juridictions nationales peuvent s'adonner à des investigations plus approfondies.

Un tribunal néerlandais a en effet récemment condamné un vendeur de produits chimiques, Frans Van Anraat pour complicité de crime de guerre¹¹⁰¹. Il a en effet fourni au régime de Saddam Hussein du matériel chimique utilisé lors des attaques menées contre les Kurdes dans le nord de l'Irak en 1987 et 1988. Il était également accusé de complicité de génocide mais les juges ne sont pas parvenus à établir l'élément intentionnel, à savoir, la volonté de détruire, en tout ou partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux. En revanche, il est avéré que les substances qu'il vendait pouvaient être utilisées pour la production d'armes chimiques et notamment du gaz moutarde. Condamné à 15 ans de réclusion criminelle en première instance, Van Anraat a vu sa peine alourdie à 17 ans en appel.

Toujours aux Pays-Bas, le tribunal de La Haye a condamné en juin 2006 un négociant néerlandais en bois, Guus Kouwenhoven, pour avoir vendu des armes au Libéria alors que cet

¹¹⁰⁰ Affaires *Nahimana, Barayagwiza et Ngeze*.

¹¹⁰¹ Cour de district de La Haye, 23/12/2005, LNJ : AU8685. Voir sur cette affaire VAN DER WILT (H.), « Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction, reflexions on the Van Anraat case », *JICJ* 2006, vol 4, n°2, p. 239-257.

Etat était en pleine guerre civile et soumis à un strict embargo imposé par les Nations unies. Cet individu qui trafiquait du bois exotique contre des armes au Libéria a été condamné à huit ans de réclusion criminelle. S'il a finalement été acquitté du chef d'inculpation de crimes de guerre, Guus Kouwenhoven était néanmoins poursuivi pour violation du droit international humanitaire dans cette affaire dite du « bois du sang ».

Les juridictions nationales sont par conséquent plus à même d'identifier les responsabilités de chacun dans les contextes de violences collectives.

Seule la justice nationale est à l'heure actuelle capable d'enquêter et de démanteler des chaînes de responsabilité de cette complexité. Les juridictions pénales internationales n'ont pas vocation à attirer ce genre de personne. Elles se concentrent sur les responsables directs des atrocités sans réellement enquêter sur la fourniture des armes. Pourtant, même si ces poursuites paraissent moins spectaculaires – on ne s'intéresse pas à celui qui a utilisé l'arme mais à celui qui l'a fournie –, elles sont potentiellement susceptibles d'avoir un réel impact sur le terrain. La mise en place d'une politique répressive ciblée contre les trafiquants d'armes¹¹⁰² (qu'il s'agisse d'armes conventionnelles ou chimiques) aurait nécessairement un effet dissuasif sur ces pratiques. La limitation des armes en circulation peut avoir une véritable influence sur le terrain car elles entretiennent de nombreux conflits. Si les armes ne sont pas les responsables des tensions, des conflits et des violations des droits de la personne, leur profusion peut aggraver de manière dramatique certains conflits et contribuer à l'enlisement de certaines situations.

C'est d'ailleurs particulièrement aux juridictions des pays développés qu'il devrait appartenir de sanctionner ces pratiques car elles sont seules capables de lutter contre ce type de trafic. Elles disposent en effet des compétences techniques nécessaires pour mener à bien cette répression : elles sont familières des différentes techniques de fraude et autres montages financiers douteux. Les juges nationaux sont rompus aux différentes fraudes susceptibles de masquer les activités réelles des trafiquants d'armes. L'implication des juridictions nationales dans la lutte contre les crimes de masse est par conséquent synonyme d'une meilleure lutte contre cette forme très particulière de criminalité. De plus, compte tenu de la nationalité de la majorité des trafiquants, les juridictions nationales n'éprouveront pas de difficulté à trouver

¹¹⁰² Nous faisons particulièrement allusion aux marchands d'armes qui contournent les embargos imposés par le Conseil de Sécurité.

une solide base de compétence et ce, sans même avoir à enclencher le mécanisme de la compétence universelle.

Les conflits armés ainsi que les violences massives qui en résultent génèrent un important commerce que seules des juridictions nationales formées à la détection de montages financiers complexes sont capables de démanteler. La régulation du lucratif commerce des armes contribuerait bien évidemment à limiter de manière très efficace les violences faites aux personnes. En l'absence d'une réglementation précise du commerce des armes, les juridictions nationales peuvent trouver une forme de parade et chercher si en vendant des armes ou des produits chimiques, certaines personnes ne se rendent pas complices de crimes de guerre ou de crime contre l'humanité.

Il apparaît nécessaire de développer des incriminations spécifiques en ce qui concerne le trafic d'armes car s'il est relativement simple de retenir l'existence d'une intention criminelle lorsque l'on vend à un dictateur un agent chimique – le thiodiglycol - permettant la fabrication de gaz moutarde. Il est nettement plus difficile de le faire à l'égard d'armes légères qui peuvent servir à l'autodéfense. Il paraît en effet très difficile de condamner un trafiquant d'armes légères pour complicité de crime de guerre, de crime contre l'humanité ou de génocide. Il faudrait donc établir des normes pénales spécifiques à destination des trafiquants, ce qui n'empêcherait pas le cas échéant des condamnations multiples, à la fois pour trafic d'armes et pour complicité de crime de guerre ou autre.

Les juridictions nationales, plus polyvalentes que leurs homologues internationales, diversifient leurs investigations et prononcent par conséquent des condamnations à l'égard de personnes de plus en plus variées. La poursuite de trafiquants d'armes ne constitue à cet égard qu'un premier pas vers une diversification plus large¹¹⁰³.

De plus, il faut également remarquer que les juridictions internes sont également confrontées à des crimes à la fois plus violents et plus complexes. Il suffit de penser au cas Josef Fritzl¹¹⁰⁴

¹¹⁰³ En juin 2008, des familles de victimes du génocide de Srebrenica avaient demandé à un tribunal néerlandais la levée de l'immunité des casques bleus qui avaient pour mandat de protéger cette enclave. Selon les plaignants, ces hommes qui devaient protéger l'enclave ont une responsabilité directe en ce qui concerne le génocide. Le tribunal s'est rapidement déclaré incompétent pour juger cette affaire, mais il est possible qu'à l'avenir, les juridictions nationales aient également à traiter des questions similaires impliquant des casques bleus.

¹¹⁰⁴ Cet homme qui a séquestré sa propre fille durant 20 années dans sa cave la violait régulièrement. Sept enfants sont nés de cette union incestueuse.

en Autriche ou à l'affaire Fofana en France. Dans cette affaire, 26 coaccusés comparaissent devant la Cour d'assises des mineurs de Paris. Les questions de responsabilité individuelle et collective qu'il faudra résoudre dans cette affaire ne sont pas réellement différentes des questions que peuvent avoir à résoudre des juges internationaux confrontés à une chaîne de commandement. L'affaire Fofana donne tristement aux juridictions pénales françaises l'occasion de se prononcer sur des questions liées à la discrimination raciale. Les affaires portées à la connaissance des juridictions nationales sont donc plus complexes, plus violentes et impliquent de plus en plus d'intentions discriminatoires. Les juridictions pénales internes sont donc, à l'heure actuelle, plus aptes à juger les comportements relevant du droit pénal international car les différences entre les crimes de droit commun et les crimes de masse tendent à s'estomper.

Si pour des raisons évidentes, les Etats se sont réappropriés la répression des crimes les plus graves, certaines réalités ne sauraient pour autant être ignorées. Les réticences politiques ou l'incapacité à juger sur place certains criminels appellent principalement deux aménagements afin de garantir l'efficacité du dispositif.

§ 2. Aménagements

Certains mécanismes permettent donc de briser les résistances ou les défaillances qui entravent la répression des crimes de masse au niveau local car même si les autorités étatiques se trouvent réinvesties d'un rôle répressif important, tous les Etats ne sont pas en mesure de mener à bien cette mission. Pour être compatible avec une lutte efficace contre l'impunité, la revalorisation du modèle étatique s'accompagne d'une part, d'un élargissement des critères de compétence traditionnellement reconnus (A) et d'autre part, d'une forme de tutelle internationale (B).

A. LA COMPETENCE UNIVERSELLE

Si les Etats reviennent bien sur le devant de la scène répressive, nous verrons que ce ne sont pas forcément les Etats les plus directement concernés par les crimes qui se chargent effectivement de la répression.

a) Conditions générales de mise en œuvre

La compétence universelle se définit comme l'« aptitude reconnue aux tribunaux de tout Etat à juger des faits commis à l'étranger, quels que soient le lieu de l'infraction et la nationalité de l'auteur ou de la victime »¹¹⁰⁵. Il s'agit encore de la « vocation de tout Etat à criminaliser certaines infractions en l'absence de tout lien de rattachement, donc quel que soit le lieu de perpétration de l'acte, et indépendamment de la nationalité de l'auteur ou de la victime du crime »¹¹⁰⁶. Dans un premier temps, le mécanisme de la compétence universelle permet de « pallier l'absence de compétence des Etats nationaux »¹¹⁰⁷ et servait principalement à lutter contre la piraterie en haute mer qui échappe à toute juridiction nationale.

Il s'agissait de fait d'un « substitut au fonctionnement incertain de l'extradition »¹¹⁰⁸ mais elle s'est par la suite largement développée. Les juridictions pénales internationales ont elles-mêmes milité pour une diffusion plus large de la compétence universelle. A ce titre, les diverses procédures de délocalisation de procès qui devaient normalement se dérouler devant les TPI et leur renvoi « vers des pays n'ayant pas de lien direct avec les affaires traduit indiscutablement un ancrage de la compétence universelle (...) dans la pratique contemporaine »¹¹⁰⁹. Les juridictions pénales internationales encouragent donc elles-mêmes de telles procédures et permettent ainsi d'imaginer dissocier totalement le lieu des crimes du lieu de leur répression.

Ce mécanisme permet aux Etats de protéger non pas leurs propres intérêts mais « les intérêts de la communauté internationale et de l'humanité »¹¹¹⁰ en dehors de tout lien de rattachement territorial ou personnel. Julie Allard et Antoine Garapon considèrent que la compétence universelle manifeste une « solidarité transnationale entre juges pour lutter ensemble contre certains crimes particulièrement odieux »¹¹¹¹.

¹¹⁰⁵ SALMON (J.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 212.

¹¹⁰⁶ GRANT (P.) « Les poursuites nationales et la compétence universelle », *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008, p. 454.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

¹¹⁰⁸ MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14/12/06, p. 135.

¹¹⁰⁹ ASCENCIO (H.), MAISON (R.), « L'activité des juridictions pénales internationales (2006-2007) », *AFDI* 2007, p. 438.

¹¹¹⁰ DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2004, p. 532.

¹¹¹¹ ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Seuil et la République des Idées, 2005, p. 16.

Ce procédé ancien déroge grandement aux règles de compétence classiques¹¹¹² basées sur le principe de la territorialité et nécessite d'être prévu au sein d'une convention internationale¹¹¹³. Si tel n'était pas le cas et qu'un Etat A jugeait le national d'un Etat B pour un crime totalement étranger à son ordre juridique, l'Etat A porterait atteinte à la souveraineté de l'Etat B.

Les Etats prévoyant que leurs juridictions pourront faire application de la compétence universelle sont particulièrement motivés pour reprendre en main cette partie du droit pénal. La Belgique a fait preuve à cet égard de beaucoup d'audace et a démontré plus que n'importe quel Etat, sa volonté de s'impliquer dans la répression des crimes de masse en adoptant le 10 février 1999, une compétence universelle « absolue » concernant les violations graves du droit international humanitaire. Cette loi a fait l'objet de nombreuses critiques¹¹¹⁴ avant d'être profondément modifiée à la suite d'une condamnation de l'Etat belge par la Cour internationale de justice. En tout état de cause, l'acceptation complète de la faculté pour les Etats de juger n'importe quel crime commis dans le monde (aussi monstrueux soit-il) aboutirait à une situation chaotique¹¹¹⁵ peu souhaitable. Pour Joe Verhoeven, la loi belge sape la création de la CPI en la privant de sa raison d'être¹¹¹⁶.

Sous une forme moins absolue, la compétence universelle s'est néanmoins développée dans de nombreux Etats. À ce titre, Michel Massé constate que le développement de la compétence

¹¹¹² « Cette délégation expresse confère alors aux différents Etats le pouvoir de punir les crimes d'Etat par dérogation au principe de l'égalité entre les souverainetés. C'est donc pour un Etat un pouvoir de répression exceptionnel » in ROULOT (J.-F.), « La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France, une répression nationale d'un crime international », *RSC* 1999, p. 546.

¹¹¹³ VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 137. Voir également MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14 décembre 2006, p. 275 : « (i)l n'est pas possible de conclure à l'existence d'une règle générale d'origine coutumière établissant une compétence universelle au profit de tous les Etats pour poursuivre et juger les auteurs de tous les crimes de droit international (en italiques dans le texte) ». Pour une opinion plus nuancée sur la possibilité d'établir la compétence universelle par le biais de la coutume, voir DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 7^{ème} édition, 2004, p. 536 : « En l'état du droit international coutumier, il paraît en tout cas possible d'affirmer que la compétence universelle à l'égard des « crimes de droit international » accomplis par des individus existe non comme obligation mais comme faculté mais sous une forme néanmoins conditionnelle : l'Etat autre ceux de la nationalité de l'auteur ou du territoire sur lequel a été accompli l'acte incriminé ne peut entreprendre de poursuite que si le criminel présumé se trouve sur son territoire ou, éventuellement, que si la victime a sa nationalité ; toutefois l'initiative de poursuite judiciaire à l'encontre du criminel présumé paraît possible pour cet Etat même en l'absence d'une action judiciaire offrant suffisamment de garantie d'indépendance entreprise dans l'un des Etats possédant un titre à l'exercice d'une action judiciaire (...)».

¹¹¹⁴ Voir par exemple Joe Verhoeven: « (d)e (petits) Etats qui n'ont plus les moyens d'une politique étrangère – ou qui en ont perdu le sens- se donnent pour mission « extérieure » de poursuivre les criminels de par le monde » in VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 71.

¹¹¹⁵ VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 137.

¹¹¹⁶ VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 63.

universelle au sein de différents Etats participe d'une « certaine volonté de reprise en main du problème par les Etats eux-mêmes »¹¹¹⁷. La compétence universelle pour être viable doit être mise en œuvre lorsque le suspect se trouve sur le territoire de l'Etat qui souhaite l'enclencher ; on parle d'une compétence universelle « territorialisée ».

Le mécanisme de la compétence universelle doit être « intégré » en droit interne et faire l'objet d'une prescription dans les différents codes de procédure¹¹¹⁸. En France, l'article 689 du code de procédure pénale opère cette intégration de manière générale : « Les auteurs ou complices d'infractions commises hors du territoire de la République peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises soit lorsque, conformément aux dispositions du livre Ier du code pénal ou d'un autre texte législatif, la loi française est applicable, *soit lorsqu'une convention internationale donne compétence aux juridictions françaises pour connaître de l'infraction* (souligné par nous) ».

L'article 689-1 précise les modalités de mise en œuvre du principe de compétence universelle française que l'on peut qualifier de compétence universelle territorialisée selon l'expression de Brigitte Stern : « En application des conventions internationales visées aux articles suivants, peut être poursuivie et jugée par les juridictions françaises, si elle se trouve en France, toute personne qui s'est rendue coupable hors du territoire de la République de l'une des infractions énumérées par ces articles. Les dispositions du présent article sont applicables à la tentative de ces infractions, chaque fois que celle-ci est punissable ». La France met donc en œuvre ce qu'on appelle une compétence universelle territorialisée : ne pourront être poursuivis que les individus présents sur le sol français.

Sont ensuite énumérées aux articles suivants les Conventions ratifiées par la France prévoyant ce mécanisme. Les Conventions de Genève n'y figurent pas en dépit du fait qu'elles mentionnent expressément ce dispositif¹¹¹⁹. Brigitte Stern souligne les insuffisances de

¹¹¹⁷ MASSE (M.), « Droit pénal international. Actualité de la compétence universelle », *RSC* 2008, n°2, p. 442.

¹¹¹⁸ « L'existence d'une convention internationale ratifiée par l'Etat demeure finalement bel et bien la voie royale pour que le juge soit à même de fonder sa compétence universelle. Encore faut-il cependant que celle-ci – plus précisément que la disposition conventionnelle prévoyant le chef de la compétence universelle – fasse l'objet d'une incorporation en droit interne, et ce, de manière qui peut de prime abord paraître quelque peu paradoxale, qu'elle soit ou non *self-executing*, pour qu'elle soit réellement mise en œuvre par le juge » in MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14 décembre 2006, p. 805.

¹¹¹⁹ Voir les articles 49 de la Convention I, 50 de la Convention II, 129 de la Convention III et 146 de la Convention IV.

l'incorporation de la compétence universelle à la française. En effet, au-delà d'oublis notoires, la France considère toujours le principe de la compétence universelle comme une faculté donnée au juge de poursuivre les actes visés, et non comme une obligation¹¹²⁰. L'article 689-2 fait référence à la Convention contre la torture et les traitements inhumains et dégradants. C'est par le biais de cette convention que la plupart des poursuites contre des criminels de masse ont été intentées en France. La torture revêt en effet un aspect transversal et en fonction du contexte dans lequel elle est perpétrée, peut être constitutive d'un crime de guerre, d'un crime contre l'humanité et d'un génocide. Même si cette convention relève toutefois davantage du droit international des droits de l'homme que du droit pénal international, il s'agit pourtant à l'heure actuelle de l'un des seuls moyens de réprimer des crimes de masse.

Toutefois, lors de la création des TPI, la France a introduit dans son droit interne des dispositions ouvrant la voie à un exercice beaucoup plus large de la compétence universelle.

La loi n° 95-1 du 2 janvier 1995 porte adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 827 du Conseil de sécurité qui crée le TPIY. La loi n° 96-432 du 22 mai 1996 porte adaptation de la législation française aux dispositions de la résolution 955 du Conseil de sécurité qui crée le TPIR. L'article 2 de la loi relative au TPIY prévoit même en effet que « les auteurs ou complices des infractions mentionnées à l'article 1er peuvent être poursuivis et jugés par les juridictions françaises en application de la loi française, s'ils sont trouvés en France ». Cet article pose donc le principe de la compétence universelle des juridictions françaises pour les infractions mentionnées à l'article premier, c'est-à-dire pour toute personne poursuivie à raison des actes qui constituent, au sens des articles 2 à 5 du statut du tribunal international, des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, des violations des lois ou coutumes de la guerre, un génocide ou des crimes contre l'humanité, dès lors que l'auteur ou le complice de ces faits est trouvé sur le territoire français.

Au-delà d'une volonté visible de coopérer avec les juridictions pénales internationales, la France affiche donc également ses prétentions en ce qui concerne la répression des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Très tôt les autorités françaises ont donc ressenti la nécessité de réaffirmer leur aptitude à juger de tels crimes. Le texte prévoit également très

¹¹²⁰ STERN (B.), « La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997, p. 289.

logiquement que les juridictions françaises devront se dessaisir si le tribunal pénal international en fait la demande au nom de la primauté du tribunal international (article 3).

Dans la mesure où l'instauration du mécanisme de la compétence universelle n'était pas exigée par le Conseil de sécurité, l'insertion de la compétence universelle à propos de ces crimes est un indicateur très fort de la volonté de l'Etat français de se réappropriier le jugement de ces crimes.

Toutefois, la mise en œuvre de la compétence universelle par les autorités françaises pose certains problèmes d'ordre diplomatique. L'insistance des autorités judiciaires françaises à identifier les responsables de l'attentat visant le président rwandais en 1994 et ayant déclenché le génocide a profondément dégradé les relations entre le Rwanda et la France¹¹²¹. Ce mécanisme est en effet « porteur de germes fatals à la diplomatie internationale »¹¹²². Certaines techniques permettent toutefois de rendre l'exercice de la compétence universelle plus facile à accepter.

b) Pour une meilleure acceptation de la compétence universelle

Les poursuites basées sur le mécanisme de la compétence universelle, parce qu'elles sont totalement déconnectées des aspects territoriaux et personnels, peuvent apparaître comme artificielles¹¹²³. L'abandon de la compétence universelle absolue au profit d'une compétence « territorialisée » n'est pas à elle seule en mesure de faire disparaître ces critiques. En revanche, une dissociation entre la compétence judiciaire et la compétence législative serait tout à fait opportune, de même qu'un effort de régionalisation dans l'exercice de la compétence universelle.

En droit international privé, face à un conflit de lois, le juge qui détermine la loi applicable peut tout à fait désigner une loi étrangère¹¹²⁴ mais malgré les ressemblances que nous avons pu relever entre le droit pénal international et le droit international privé, tel n'est pas le cas

¹¹²¹ Le 24 novembre 2006, le Rwanda rompt ses relations diplomatiques avec la France et ordonne à l'ambassadeur de France sur place de quitter le pays dans les 24 heures.

¹¹²² GRANT (P.) « Les poursuites nationales et la compétence universelle », *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhalm, Bâle, 2008, p. 454.

¹¹²³ VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 71.

¹¹²⁴ « En droit international privé, la question des conflits de lois ne se confond pas avec celle des conflits de juridictions et il s'avère ainsi fréquent que les juridictions civiles ou commerciales du for aient à appliquer la loi civile ou commerciale étrangère » in MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14/12/06, p. 857.

devant les juridictions répressives. Même lorsque la compétence du juge répressif est établie de manière classique, il n'accepte pas d'appliquer la loi étrangère même si elle paraît être la plus appropriée et ce, au nom du principe de solidarité des compétences législative et judiciaire. Selon les partisans de l'application de la loi du for, les lois pénales ne peuvent pas contrairement aux lois civiles faire l'objet d'un conflit de lois.

Cette réticence, en partie compréhensible lorsqu'on connaît le lien essentiel unissant l'Etat à son droit pénal¹¹²⁵ devrait toutefois, selon certains¹¹²⁶, être dépassée dans l'hypothèse d'une mise en œuvre de la compétence universelle. Joe Verhoeven souligne en effet la contradiction inhérente à une fusion totale des compétences législative et judiciaire : « Faut-il préciser qu'il y a quelque paradoxe à ce qu'un juge se reconnaisse le droit de punir « universellement », si ce n'est pas le comble de l'arrogance, alors pourtant qu'il refuse en la matière tout crédit aux décisions d'une juridiction étrangère »¹¹²⁷.

La mise en œuvre de plus en plus fréquente de la compétence universelle justifierait une mise à l'écart du principe de solidarité des compétences. Lorsqu'un juge national se déclare compétent pour juger un crime commis à l'étranger, par un étranger et contre des étrangers, pourquoi ne pas appliquer la loi qui semble naturellement avoir à s'appliquer car « (l) a loi du for n'a guère de titre à s'appliquer à la répression d'une infraction qui n'a, par hypothèse, aucunement troublé l'ordre social du for »¹¹²⁸. Dans la plupart des cas, il s'agit d'une seule et même loi c'est-à-dire celle du territoire sur lequel le crime a été commis. De plus, l'application de la loi du for n'est pas sans poser problème au regard du principe de légalité des délits et des peines. Cette loi revêt en effet à l'égard de l'accusé un caractère tout à fait imprévisible.

L'Etat qui déciderait de mettre en œuvre la compétence étrangère pour faire barrage à l'impunité tout en appliquant la loi pénale la plus adéquate ne risquerait pas de froisser les

¹¹²⁵ La loi pénale n'est pas traitée comme les autres lois nationales, elle fait réellement l'objet d'un traitement particulier. Alors que les juges appliquent les lois civiles ou commerciales étrangères, ils refusent d'appliquer la loi pénale étrangère.

¹¹²⁶ Voir notamment, CAHN (O.), « Le jugement en France par délégation d'une juridiction pénale internationale », *RSC* 2008, n°2, p. 273-302.

¹¹²⁷ VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 56.

¹¹²⁸ *Ibid.*, p. 67.

Etats dont les suspects sont des ressortissants. Accepter d'appliquer la loi pénale étrangère, c'est « favoriser une plus grande acceptation par les Etats de la compétence universelle »¹¹²⁹. De plus, adopter une telle attitude limiterait les critiques relatives au néocolonialisme.

Le principe de la territorialité de la loi pénale peut donc être remis en question. Comme le constate Isabelle Moulier, « (e)n droit pénal français, en matière de compétence universelle, le principe de l'indissociabilité des compétences législative et judiciaire résulte de la jurisprudence mais ne se trouve nullement imposé par le législateur français »¹¹³⁰. De plus, « (l)e fait qu'il n'existe pas, en droit pénal, de règles bilatérales de conflit, commandant l'application de la loi du for ou de la loi étrangère, mais uniquement des règles unilatérales déterminant le champ d'application de la loi pénale dans l'espace n'emporte pas en effet *ipso facto* la conséquence selon laquelle le juge répressif ne pourrait jamais appliquer une loi pénale étrangère »¹¹³¹.

Si l'acceptation d'une dissociation des compétences législative et judiciaire est tout à fait souhaitable, peu d'indices nous informent à l'heure actuelle d'un changement allant dans ce sens.

L'attitude récente de l'Union Africaine quant au cas Hissène Habré est porteuse de solutions encourageantes. L'ancien président tchadien, réfugié au Sénégal depuis de nombreuses années devrait être prochainement jugé dans ce pays. Si dès 2000, des poursuites avaient été engagées à son encontre au Sénégal, elles n'avaient néanmoins pas abouti. C'est donc vers la justice belge que les plaignants s'étaient tournés. Grâce à la loi sur la compétence universelle, un mandat d'arrêt a pu être délivré à l'encontre d'Hissène Habré. La Belgique a par conséquent demandé aux autorités sénégalaises son extradition alors que dans le même temps, le Tchad levait l'immunité de son ancien chef d'Etat. Le 25 novembre 2005, lors de l'audience sur la demande d'extradition, la Cour d'appel de Dakar s'est déclarée incompétente pour juger de l'extradition de Hissène Habré vers la Belgique. Par la suite, démarche peu commune, le ministre de l'intérieur sénégalais a par décret mis Hissène Habré «à la disposition» du président de l'Union Africaine à savoir le président nigérian Olusegun Obasanjo.

¹¹²⁹ MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat soutenue à l'Université Paris I – Panthéon Sorbonne le 14/12/06, p. 877.

¹¹³⁰ *Ibid.*, p. 868.

¹¹³¹ *Ibid.*, p. 871.

C'est au moment précis où un ancien chef d'Etat africain résidant en Afrique allait être extradé pour être jugé en Belgique que l'Union africaine (UA) est intervenue. Le 24 janvier 2006, elle se prononce contre l'extradition d'Hissène Habré vers la Belgique. En juillet 2006, l'UA qui prend soin de rappeler que les crimes reprochés à Hissène Habré sont pleinement de la compétence de l'Union africaine, mandate la République du Sénégal de le poursuivre et de le juger « au nom de l'Afrique »¹¹³². L'Union africaine a décidé à cette occasion de « considérer le Dossier Hissène Habré comme le dossier de l'Union africaine ». L'Union africaine affiche clairement sa volonté de régler cette question sur le continent africain. Elle rappelle par cette démarche toute la légitimité des Etats africains à juger ce genre de criminels. Le Sénégal a suivi les recommandations de l'UA et a adopté le 31 janvier 2007, une loi introduisant la compétence universelle pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide.

Il s'agit d'une bonne utilisation de la compétence universelle. Cet ancien chef d'Etat africain pourra être jugé par une juridiction africaine. Nous sommes donc face à une compétence universelle « régionalisée ». Aucune critique tirée du caractère néocolonialiste de la procédure ne pourra être formulée à l'encontre du jugement qui sera rendu.

Lors du Sommet panafricain du 1er juillet 2008, le Comité des représentants permanents de l'Union africaine avait en effet recommandé aux Etats membres de « condamner sans équivoque les arrestations arbitraires de dignitaires africains par certains Etats non africains ». Les ambassadeurs constatent une « utilisation abusive du principe de la compétence universelle à l'encontre des fonctionnaires de l'Etat, y compris des chefs d'Etat et autres hauts fonctionnaires ». Cette forme de compétence universelle « régionalisée » est mieux acceptée car l'ancien chef d'Etat africain sera jugé en Afrique.

Notons toutefois que l'affaire Hissène Habré ne cesse de connaître des rebondissements. Il faut noter d'une part qu'après de nombreuses années de léthargie sur ce dossier – le Tchad n'ayant jamais demandé l'extradition d'Hissène Habré – l'ancien président et plusieurs chefs de la rébellion dans l'est du Tchad ont été condamnés à la peine capitale par la justice tchadienne. Hissène Habré a en effet été condamné à mort par contumace le 15 août 2008 par

¹¹³² Voir Conférence de l'Union africaine, 1^{er} et 2 juillet 2006, Assembly/AU/Dec.111 – 132 (VII).

la Cour criminelle de N'Djamena. D'autre part, Hissène Habré a porté plainte en octobre 2008 contre le Sénégal devant la Cour de justice de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (Cédéao) pour violation du principe de non rétroactivité de la loi pénale et non respect du droit à un procès équitable.

En tout état de cause, il est positif que ces questions soient réglées à l'échelle régionale, sur le continent africain et dans le cadre des institutions africaines.

Les critiques suivantes ne tiennent donc plus dans ce cas de figure: « La compétence universelle ne peut que susciter un monstrueux désordre si chacun prétend l'exercer et elle n'est que l'expression d'un pouvoir, et non de la justice, si certains seulement en revendiquent l'exercice, tout compréhensible que soit le besoin d'un « procès » qu'éprouvent les victimes d'infractions particulièrement odieuses. Plutôt que les intérêts de la justice et d'une communauté internationale digne de ce nom, elle pourrait bien ne servir que ceux d'Etats occidentaux enclins à maintenir dans une dépendance, néo-colonialiste aurait-on dit il y a plusieurs années, des sociétés auxquelles ils imposent leur conception de la démocratie »¹¹³³.

La compétence universelle n'est pas le seul mécanisme qui permette aux Etats de se réapproprier le droit pénal international. Si le principe de compétence universelle est souvent l'apanage des Etats occidentaux, le mécanisme suivant accompagne plutôt des Etats en proie à une désorganisation de leur système judiciaire.

B. LES JURIDICTIONS INTERNATIONALISEES

Les juridictions pénales internationalisées compensent l'incapacité de certains Etats à juger les crimes les plus graves, mais elles ne sauraient être analysées uniquement comme un mécanisme palliatif. Elles sont en effet porteuses d'un modèle judiciaire que les Etats qui les accueillent sont tout à fait à même de se réapproprier.

On désigne sous le terme de juridictions pénales internationalisées, les juridictions créées conjointement avec l'Organisation des Nations Unies dans les Etats ayant connu d'importants troubles et des crimes de masse. Ces juridictions sont qualifiées d'hybrides car elles sont

¹¹³³ VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, p. 63.

créées par ou avec un large concours de l'ONU, qu'elles sont composées à la fois de juges internes et de juges étrangers représentant la communauté internationale et enfin qu'elles appliquent aussi bien des normes issues du droit international que du droit interne. Les juridictions pénales internationalisées sont actuellement au nombre de 5 ; il s'agit du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, des Chambres extraordinaires du Cambodge, des Chambres pour crimes graves du Timor oriental, des Chambres 64 du Kosovo et de la Chambre pour crimes de guerre de Bosnie-Herzégovine.

Certaines de ces juridictions sont nées du désir très marqué des Etats concernés tandis que d'autres ont été plus clairement suggérées par l'ONU. Dans le premier cas, ce sont donc les autorités étatiques, conscientes des insuffisances de leurs institutions, qui sollicitent la mise en place de ce dispositif. Plusieurs déficiences peuvent nécessiter la création de juridictions de ce type : manque d'indépendance des juges, manque de moyens, manque de formation spécifique du personnel judiciaire sur ce type de crimes, etc. Dans la seconde hypothèse, le diagnostic reste le même. En tout état de cause « (i)l en ressort l'impression que la justice rendue est plus concertée qu'imposée, même dans le cadre des juridictions décidées par l'ONU en tant qu'administrateur provisoire du territoire »¹¹³⁴. Ces juridictions répondent donc toujours à un besoin étatique qu'il soit formulé de manière explicite ou implicite.

Anne-Charlotte Martineau considère que pour tenir compte des spécificités historiques et culturelles de chacun des Etats, le degré d'internationalité de ces juridictions varie¹¹³⁵. Nous considérons au contraire que c'est le degré de renationalisation du droit pénal qui est soumis à une variation.

Les juridictions pénales internationalisées présentent une large variété et se présentent « comme un large éventail de juridictions, allant d'une juridiction principalement interne incorporant une participation internationale (au Cambodge) à une juridiction principalement internationale intégrant des éléments nationaux (en Sierra Leone) »¹¹³⁶. Concernant le Tribunal spécial pour la Sierra Leone « l'oscillation entre « internationalisme » et

¹¹³⁴ SOREL (J.-M.), « Introduction », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006, p. 23.

¹¹³⁵ ROMANO (C.), BOUTRUCHE (T.), « Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice « hybride » », *RGDIP* 2003, p. 111.

¹¹³⁶ MARTINEAU (A.-C.), *Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride*, Pedone, Paris, 2007, p. 3.

« particularisme » se fait clairement en faveur du premier »¹¹³⁷ qui constitue plutôt une « juridiction internationale nationalisée »¹¹³⁸.

Ces juridictions se voient assigner une tâche de construction ou de reconstruction des systèmes judiciaires nationaux. Elles servent de transition et doivent permettre, à terme, aux Etats de régler eux-mêmes ce genre de situations. Les juridictions pénales internationalisées possèdent donc à l'égard des juridictions internes, un réel potentiel didactique.

Certains auteurs confrontés à la création de juridictions pénales internationalisées se posent la question suivante : « Est-ce un retour en grâce de la justice nationale, voire locale ? »¹¹³⁹. Nous répondrons pour notre part de manière affirmative à cette question.

Le mode de fonctionnement de ces juridictions permet aux populations locales de s'impliquer dans le jugement des responsables et de s'approprier les fruits de la répression pénale. Le jugement sur place des crimes locaux combine ainsi différents avantages tenant d'une part, à l'accès aux preuves et aux témoins et d'autre part, à la visibilité de la justice pour les peuples concernés. Contrairement aux juridictions purement internationales qui souffrent d'un déficit de proximité, ce type de juridiction est profondément ancré dans la structure locale. En effet, « (g)éographiquement plus proche de la population directement concernée, l'impact positif d'une justice visible et accessible pour la population locale doit être considéré comme un progrès véritable »¹¹⁴⁰. L'impact des décisions prononcées est donc comparable à celui des juridictions pénales nationales classiques.

Nous nous situons donc dans le cadre d'une renationalisation du droit pénal international, mais il s'agit cette fois d'une renationalisation « en douceur ». La création de ce type de juridiction permet de soutenir des autorités locales, souvent défailtantes ou peu disposées à juger réellement les criminels. D'ailleurs, « la multiplication des juridictions internationales

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 121.

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 114.

¹¹³⁹ ASCENSIO (H.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), SOREL (J.M.), *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, Paris, 2006, p. 318.

¹¹⁴⁰ MAYSTRE (M.), WERNER (A.), « Un modèle de tribunal « internationalisé » : analyse du et perspectives sur le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008, p. 439.

n'est pas sans limite (...) (i)l s'agit souvent plus de « stimuler » que de se substituer à l'échelon local »¹¹⁴¹.

Tous les crimes de masse ne revêtent pas les mêmes caractéristiques et grâce à l'ancrage de ces juridictions sur la scène locale, il est tout à fait possible de tenir compte de la spécificité des conflits. Plus proches géographiquement que les juridictions internationales puisque implantées sur le terrain des troubles, les juridictions internationalisées s'adaptent aux besoins de la société meurtrie.

Chaque juridiction est par conséquent dotée d'un Statut spécifique. Ainsi, l'article 7 du Statut du Tribunal Spécial pour la Sierra Leone qui vise la répression des crimes commis par des individus âgés de 15 à 18 ans permet de prendre en compte l'implication massive d'enfants soldats dans le conflit¹¹⁴². Si la CPI avait été saisie d'une affaire impliquant des mineurs, elle aurait dû se déclarer incompétente à leur égard en vertu de l'article 26 de son Statut qui prévoit que « (l)a Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime ».

Avec la création d'une juridiction pénale internationalisée, il est donc possible de créer un mécanisme répressif « sur mesure ». Si compte tenu de l'ampleur du phénomène des enfants soldats, il était impossible de ne pas permettre leur poursuite dès lors qu'ils avaient 15 ans, il était en revanche inconcevable de leur appliquer les mêmes peines qu'à des responsables majeurs. C'est pourquoi le paragraphe 2 de l'article 7 du Statut du TSSL prévoit que le Tribunal doit toujours ordonner en cas de responsabilité avérée des mesures visant à réintégrer les enfants : placement en foyer d'accueil, programmes éducatifs ou de désarmement, etc. En réalité, le Procureur du TSSL a fait savoir dans un communiqué de presse en 2002 qu'il ne poursuivrait pas de mineurs.

Le paragraphe premier du Statut du Tribunal indique que le Tribunal est compétent pour juger à la fois les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais. Plus précisément sur ce point, l'article 5 du statut intitulé « crimes

¹¹⁴¹ ASCENSIO (H.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), SOREL (J.-M.), « Conclusion générale », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006, p. 318.

¹¹⁴² « The Statute of the Special Court for Sierra Leone is unique in including provisions on jurisdiction over juveniles (...) Juveniles played a major role in the Sierra Leonean conflict » in SWART (B.), « Internationalized Courts and Substantive Criminal Law », *Internationalized Criminal Courts*, Oxford University Press, 2004, p. 311.

under sierra leonean law » donne compétence au Tribunal pour poursuivre d'une part les crimes de nature sexuelle commis sur de jeunes filles (Prevention of Cruelty to Children Act, 1926) et d'autre part, la destruction de propriétés privées ou publiques (Malicious Damage Act, 1861). Le droit interne de la Sierra Leone se trouve donc par cet article remis au premier plan.

Alors que pour Anne-Marie La Rosa les deux TPI, la CPI et le TSSL « font partie d'un système unique, toujours en formation, de justice pénale internationale »¹¹⁴³, il semble pourtant plus juste d'analyser la création de ce type de juridiction comme un moyen de réassocier les Etats à ce processus. Les logiques sont vraiment différentes entre les « véritables » juridictions pénales internationales et les juridictions internationalisées¹¹⁴⁴.

Le bilan du TSSL est pourtant mitigé. En effet, les retombées sur le système judiciaire national sont faibles voire inexistantes pour l'heure¹¹⁴⁵, probablement du fait que le TSSL ait été institué en marge du système judiciaire sierra léonais et non en son sein. Le TSSL a lui-même reconnu lorsqu'il a eu à juger de l'applicabilité de l'amnistie prévue par les accords de Lomé, être une juridiction internationale indépendante du gouvernement sierra léonais¹¹⁴⁶.

Un autre élément vient également brouiller la ligne de conduite qui animait le TSSL ; il s'agit de la décision de délocaliser le procès de Charles Taylor à La Haye. Les juridictions pénales internationalisées sont créées pour permettre à la population locale d'avoir une prise sur un procès qui la concerne au premier chef et cette délocalisation pour des raisons de sécurité annihile les efforts entrepris dans ce sens. C'est en réalité parce que la Sierra Leone n'a pas

¹¹⁴³ LA ROSA (A.-M.), « La contribution des tribunaux internationalisés au droit commun du procès pénal international : Le cas du Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, Paris, 2006, p. 163.

¹¹⁴⁴ Pour Yann Kerbrat, le TSSL est une juridiction internationale car d'une part, il a été institué par un traité international ayant déterminé sa compétence et d'autre part car il existe un accord de siège entre le gouvernement sierra léonais et le Tribunal (*in* KERBRAT (Y.), « Les conflits entre les Tribunaux pénaux hybrides et les autres juridictions répressives (nationales et internationales), *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, Paris, 2006, p. 192.).

¹¹⁴⁵ « (i)l est cependant vivement à regretter que la présence du TSSL sur place en Sierra Leone n'ait eu jusqu'à ce jour aucune influence quelconque, même indirecte, sur le développement du système judiciaire national » *in* MAYSTRE (M.), WERNER (A.), « Un modèle de tribunal « internationalisé » : analyse du et perspectives sur le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008, p. 439.

¹¹⁴⁶ Chambre d'appel, Decision to challenge on Lomé accord amnesty, Prosecutor v. Kallon and Kamara, 13/03/2004, § 88 : « Whatever effect the amnesty granted in the Lomé Agreement may have on a prosecution for such crimes as are contained in Article 2 to 4 in national courts of Sierra Leone, it is ineffective in removing the universal jurisdiction to prosecute persons accused of such crimes that other states have by reasons of the nature of the crimes. It is also ineffective in depriving an international court such as the Special Court of jurisdiction ».

osé réellement utiliser le TSSL comme un outil de renationalisation du droit pénal que son bilan semble aujourd'hui comme mitigé.

Un autre modèle de justice internationalisée plus convaincant est fourni par les Chambres extraordinaires du Cambodge. Les Chambres Extraordinaires du Cambodge reflètent la volonté des Etats de s'associer à la répression pénale des crimes de masse. Très intégrées au modèle interne cambodgien, ces chambres se nomment en réalité les «Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens pour la poursuite des crimes commis pendant la période du Kampuchéa Démocratique ». Les Chambres Extraordinaires font donc partie intégrante du système de tribunal cambodgien et la majorité du personnel est de nationalité cambodgienne. Ce Tribunal mixte est composé de deux chambres extraordinaires : une chambre de première instance et une chambre d'appel de la Cour Suprême créées par une loi ordinaire et intégrées au système judiciaire cambodgien, avec l'objectif de juger les hauts dirigeants du Kampuchéa démocratique et les responsables des crimes commis au Cambodge entre 1975 et 1979. Grâce à leur intégration au système cambodgien, les Chambres extraordinaires sont tout à fait à même de servir d'exemple et de constituer un modèle répressif acceptable pour les crimes les plus graves. Si des crimes comparables venaient à se reproduire au Cambodge, on peut donc tout à fait imaginer que ce modèle serait réutilisé et même que des unités spécialisées soient créées de manière permanente dans ce pays.

Ce modèle de justice est privilégié. Comme le constate Anne-Charlotte Martineau, « la majorité des JPI se greffe sur la structure judiciaire existante, ce qui permet d'instaurer un mécanisme de répression pénale sans bouleverser la structure juridictionnelle du pays et de participer à la formation et au renforcement du système judiciaire (ou du moins à celui de la capitale) »¹¹⁴⁷. En Bosnie-Herzégovine, la juridiction internationalisée consiste en une chambre spéciale au sein de la Cour d'Etat située à Sarajevo. Les Chambres 64 du Kosovo ne constituent pas une chambre spécialisée mais des formations *ad hoc*.

La création de ces juridictions est tout à fait significative de la nécessité de redonner la capacité aux populations locales de juger les criminels de masse. Ces juridictions s'analysent donc comme des mécanismes permettant, à terme, aux Etats de procéder eux-mêmes au

¹¹⁴⁷ MARTINEAU (A.-C.), *Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride*, Pedone, Paris, 2007, p. 70.

jugement des crimes commis sur leurs territoires. Elles constituent donc un modèle de justice transitoire, présageant du retour au premier plan des Etats dans le domaine pénal.

Les enjeux qui accompagnent la création de juridictions pénales internationalisées sont le renforcement des capacités des magistrats et l'amélioration des infrastructures judiciaires et pénitentiaires. Plus la juridiction internationalisée se trouve intégrée à un système national solide, meilleure sera l'assimilation des réflexes répressifs.

Les tribunaux du Kosovo et du Timor oriental sont les plus « internisés », ils fonctionnent comme de véritables substituts aux justices nationales. « Ni expériences *ad hoc*, ni modèles pour une nouvelle justice pénale internationale, ces juridictions seraient ainsi un instrument, un moyen (à un titre autre que le rôle rempli par le principe de complémentarité dans le Statut de Rome) visant à encourager et renforcer la répression par le pouvoir judiciaire national des auteurs de crimes internationaux »¹¹⁴⁸. Dans ce sens, les juridictions pénales internationalisées opèrent une certaine « restauration de la souveraineté étatique »¹¹⁴⁹.

Comme nous l'avons constaté tout au long de ce chapitre, les juridictions pénales internationales calquent de plus en plus leurs procédures sur les procédures internes tandis que les Etats se réapproprient la répression des crimes les plus graves. Le modèle interne se situe donc au centre de l'ensemble des questions pertinentes qui touchent au droit pénal actuel. Une dynamique transversale a donc conduit à une véritable revalorisation du modèle étatique.

¹¹⁴⁸ ASCENSIO (H.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), SOREL (J.-M.), « Conclusion générale », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006, p. 317.

¹¹⁴⁹ CAHIN (G.), « L'impact des tribunaux pénaux internationalisés sur la (re)construction de l'Etat », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006, p. 267 (265-306).

*

* *

Le détour opéré par le droit pénal international en direction du modèle interne lui permet ainsi de gagner une autonomie qu'il ne possédait pas jusqu'alors. La diversification des canaux de diffusion du droit pénal international permet d'envisager la possibilité que le droit pénal international constitue un ordre juridique à part entière. S'il était prématuré de parler d'ordre juridique lorsque quelques juridictions seulement étaient chargées de réprimer les violations du droit pénal international, cette qualification ne semble plus abusive aujourd'hui. En effet, le Statut de Rome a indirectement permis d'harmoniser les droits internes et il est fort probable que les juridictions internes harmonisent également à terme leurs jurisprudences.

CONCLUSION

L'étude du droit pénal international révèle toute la complexité du processus de sa construction comme ensemble de règles distinct du droit international public.

Les prémices du droit pénal international s'inscrivent pourtant bien dans le cadre du droit international public. C'est en effet dans la sanction des violations du droit international humanitaire que le droit pénal international a pris naissance. Les ancêtres des juridictions pénales internationales sont bien les tribunaux militaires, qu'ils soient internes ou internationaux, à l'image des tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo. En revanche, malgré l'existence d'un génocide d'une ampleur sans égale, aucune condamnation sur ce fondement n'avait été prononcée, laissant le droit international humanitaire sanctionner imparfaitement ce crime majeur.

L'adoption de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en 1948 constitue une première occasion de dépasser le cadre trop réducteur du droit international humanitaire.

Face au conflit armé qui a accompagné la dislocation de la République fédérative de Yougoslavie au début des années 90, la Communauté internationale a, par le biais de l'ONU, créé le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie. Le Statut de cette juridiction permet de sanctionner des crimes ne relevant pas exclusivement du droit international humanitaire et, même si le TPIY s'inscrit bien, du fait du contexte historique, dans la lignée des tribunaux militaires internationaux, il aborde néanmoins frontalement les aspects relatifs à l'épuration ethnique. Le Tribunal en jugeant à la fois des subalternes et des hauts responsables aborde tour à tour aspects militaires et aspects purement pénaux.

La création du Tribunal pénal international pour le Rwanda constitue un tournant et répond à une logique différente, justifiée par la commission d'un génocide. Le droit pénal international peut alors commencer à se distinguer du droit international humanitaire et affirmer son autonomie. Cette autonomie se trouvera bien évidemment renforcée par la mise en place de la Cour pénale internationale. La déconnexion avec le droit international humanitaire est alors

consommée pour cette institution spécialisée dans la répression des crimes de masse qu'ils résultent ou non d'un conflit armé.

Au fur et à mesure que le droit pénal international a sanctionné des crimes qui dépassent le simple cadre des violations des règles de la guerre, son rattachement au droit international public s'est révélé de plus en plus fragile, en dépit de l'existence de conventions et d'instruments issus de ce dernier. Ces conventions n'ont d'ailleurs reçu que très peu d'application de la part des Etats qui adoptent à leur égard une attitude particulièrement ambiguë, dans la mesure où leur mise en œuvre reste toujours problématique.

Ainsi, si dans un premier temps, l'émergence d'un droit pénal international s'est faite en relation avec le droit international public, c'est au moment où le juge pénal international a commencé à affirmer son indépendance que le droit pénal international a réellement acquis une existence autonome, originale et efficace. Sa consolidation, objet de notre seconde partie, en est la conséquence logique.

La description d'un processus en deux temps caractérisé par l'émergence puis par la consolidation du droit pénal international est cependant parfois brouillée par l'existence simultanée des différents modèles de juridictions pénales internationales fournis par le TPIY, le TPIR et la CPI. La création des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* correspond en grande partie à la période de formation du droit pénal international, et celle de la Cour pénale internationale, à sa période de consolidation mais comme les TPI ont largement dépassé les délais qui leur étaient impartis par le Conseil de sécurité pour achever leurs travaux, nous sommes aujourd'hui confrontés à la persistance de plusieurs générations de juridictions internationales. Toutefois, il serait une erreur de sous estimer le rôle joué par les TPI dans la consolidation du droit pénal international. La richesse de la jurisprudence élaborée dans leur enceinte est pour beaucoup dans le développement et dans la consolidation du droit pénal international. Les TPI ont également fait preuve d'ouverture et n'ont pas hésité à se référer abondamment aux dispositions du Statut de Rome, montrant ainsi, qu'ils appliquaient le même corps de droit.

Le poids du droit international public dans la formation du droit pénal international est indéniable mais le juge pénal international a développé une large autonomie qui a, par la suite, permis de dépasser ce cadre inadéquat. Dans ce contexte, le droit international public sert

seulement à valider juridiquement les structures établies, sans fournir réellement de solutions idoines. Ceci explique que le droit international public puisse également jouer un rôle en matière de consolidation du droit pénal international. En revanche, cette contribution restera celle d'un encadrement et elle ne permettra pas de dégager des règles de fond.

En réalité, les règles de fond émanent indirectement des droits pénaux internes avant d'être réinterprétées et façonnées de nouveau par le juge pénal international. Le juge pénal international a en effet su identifier et exploiter l'important potentiel normatif présent dans les Statuts des juridictions pénales internationales. Il a ainsi réalisé une véritable unification du droit qui est en train de déboucher sur un droit pénal mondial et non plus seulement international.

La consolidation du droit pénal international, notamment par la création d'une Cour pénale internationale permanente, s'accompagne d'une véritable revalorisation du modèle interne. Cette revalorisation ne consiste toutefois pas en un abandon de l'universalité recherchée par les rédacteurs du Statut de Rome. En effet, le droit pénal international, tel qu'il s'est façonné au cours des quinze dernières années, renferme d'importantes capacités de diffusion. Ainsi, alors même que les Tribunaux *ad hoc* fermeront leurs portes et que le Statut de la Cour pénale internationale ne fait pas l'objet d'une ratification universelle, le droit pénal international continue son expansion, par d'autres canaux. L'unification des règles pénales est en effet une réalité dans de nombreux Etats et les Etats-Unis, en dépit du fait qu'ils n'aient pas ratifié le Statut de la Cour pénale internationale adhèrent aux valeurs véhiculées par le droit pénal international, dont ils sont finalement l'un des principaux promoteurs.

L'observation des relations qu'entretiennent le droit pénal international et le droit international public fait prendre conscience de la complexité de l'environnement normatif actuel. La répression des crimes de masse résulte en effet de la rencontre de degrés de normativité différents ; international, national, mondial et également local si l'on pense aux juridictions Gacaca au Rwanda.

Il existe donc un réel mouvement d'émancipation qui tend, timidement mais certainement, vers un droit pénal mondial. Le droit pénal international s'est construit grâce à divers apports normatifs issus du droit international public avant de s'en détacher pour s'approcher petit à petit d'un modèle plus mondial qu'international. D'une émergence lente, incertaine, on passe

à une consolidation progressive avec des marques de spécificité propres. Contrairement au droit pénal international classique, celui qui se rapporte à la coopération des Etats en matière criminelle, le droit pénal mondial dispose de juridictions spécifiques, distinctes de celles des Etats et qui peuvent donner ensuite à l'ensemble des juridictions nationales qui le souhaitent l'impulsion nécessaire pour sanctionner ses violations.

Sans la création d'au moins une juridiction pénale internationale, le droit pénal mondial n'aurait donc jamais pu se développer. La création presque simultanée de trois juridictions spécifiques a donc indéniablement permis l'émergence, ainsi que la consolidation, d'un nouvel ordre juridique spécialisé dans la répression des crimes de masse.

La consolidation du droit pénal mondial va donc de pair avec une banalisation de la répression des crimes de masse qui se déroulera probablement davantage dans le cadre national que dans le cadre international. De nouveaux défis existent dans la perspective de l'avènement de robots autonomes armés. Ces robots qui sont en réalité des armes de très haute technologie sont développés dans le but de limiter les pertes militaires et d'accroître l'efficacité des armées. Toutefois, Noel Sharkey qui souligne l'impossibilité pour un robot de distinguer un combattant d'un civil met en garde contre les dangers que représente l'utilisation de telles machines¹¹⁵⁰. Au fur et à mesure que les combats se déshumanisent, l'utilité de la répression pénale diminue. Qui poursuivre en cas de violation des règles du droit pénal international? La personne qui dirige le robot? Son fabricant? Le cadre du procès pénal sera-t-il adapté? La déshumanisation des conflits armés pose donc un défi de taille, parmi d'autres, auxquels le droit pénal international aura à se mesurer.

¹¹⁵⁰ Voir article paru dans *Le monde* daté du 14 mars 2009.

BIBLIOGRAPHIE

I) *Ouvrages, thèses et monographies*

ABI-SAAB (R.), *Droit humanitaire et conflits internes : origines et évolution de la réglementation internationale*, Institut Henry-DUNANT, Pedone, 1986, 280 p.

ALLAND (D.), *Droit international public*, Paris, PUF, 2000, 807 p.

ALLARD (J.), GARAPON (A.), *Les juges dans la mondialisation, la nouvelle révolution du droit*, Seuil et la République des Idées, 2005, 95 p.

ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, XXV-1649 p.

APOSTOLIDIS (C.), *Les arrêts de la Cour internationale de Justice, textes rassemblés par Charalambos Apostolidis*, Editions universitaires de Dijon, 2005, 208 p.

ASCENCIO (H.), DECAUX (E.), PELLET (A.) (dir.), *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, XVI-1053 p.

ASCENSIO (H.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), SOREL (J.-M.) (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006, 383 p.

AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, Paris, 2000, VIII-973 p.

BANTEKAS (I.), NASH (S.), *International Criminal Law*, Routledge-Cavendish, Londres, New-York, 2007, 594 p.

BARTHE (C.), *La mise en évidence de la règle de droit par le juge international, Essai sur la fonction heuristique*, Thèse de doctorat, Toulouse, 2001.

BASSIOUNI (C.), *Crimes against humanity in international criminal law*, 1992, Netherlands, Martinus Nijhoff publishers, XXXV-820 p.

BASSIOUNI (C.), *Le fonte e il contenuto del diritto penale internazionale, un quadro teorico*, Giuffrè, Milano, 1999, VII-212 p.

BAZELAIRE (J.P.), CRETIN (T.), *La justice pénale internationale : son évolution, son avenir : de Nuremberg à La Haye*, Paris, PUF, 2000, 261 p.

BEST (G.), *War and Law since 1945*, Clarendon Press, 1994, XIV-434 p.

BOUCHET-SAULNIER (F.), *Dictionnaire pratique du droit humanitaire*, Paris, La Découverte, 2006, 587 p.

BOURDON (W.), DUVERGER (E.), *La Cour pénale internationale, Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000, 364 p.

BOYLE (A.), CHINKIN (C.), *The Making of International Law*, Oxford University Press, 2007, 338 p.

BRIERE (C.), *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 347, Paris, 2001

BUGNION (F.), *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des victimes de la guerre*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1994

BUIRETTE (P.), LAGRANGE (P.), *Le droit international humanitaire*, La Découverte, Paris, 2008, 122 p.

CARACCILO (I.), *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale, il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Editoriale Scientifica, Naples, 2000, XVI-387 p.

CASSESE (A.), JOUVE (E.) (dir.), *Pour un droit des peuples, essais sur la déclaration d'Alger*, Berger-Levrault, 1978

CASSESE (A.), *International Law*, Oxford University Press, 2001, 469 p.

CASSESE (A.), DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, Paris, 2002, VI-673 p.

CHEHAB (M.), *Le rôle de la Cour internationale de Justice dans l'interprétation et la création des règles du droit international*, Maison du livre arabe, Le Caire, 1967, 392 p.

CHIAVARIO (M.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Milan, Dalloz, Giuffrè, 2003, VI-398 p.

COMBACAU (J.), SUR (S.), *Droit international public*, Montchrestien, Paris, 2008, XXVI-818 p.

CONFORTI (B.), *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1999, XVI-446 p.

CONFORTI (B.) *The Law and Practice of the United Nations*, Kluwer Law International, 2000

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 2007, XX-986 p.

COT (J.-P.), PELLET (A.) (dir), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, volume I, 3^{ème} édition, Economica, 2005, XX-2363 p.

CRETTEZ (X.), *Les formes de la violence*, La Découverte, 2008, 120 p.

CURRAT (P.), *Les crimes contre l'humanité en droit international pénal dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruylant, LGDJ, Schulthess, Genève, Zurich, Bâle 2006, XIV-806 p.

- DAILLER (P.), PELLET (A.), *Droit international public*, 6^e et 7^e éd., LGDJ 2002
- DAVID (E.), *Code de droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2004, 1532 p.
- DAVID (E.), *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 1117 p.
- DAVID (E.), TULKENS (F.), VANDERMEERSCH (D.), *Code de droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2004, XI-923 p.
- DECAUX (E) *Droit international public*, Dalloz, Paris, 2008, VIII-452 p.
- DELAS (O.), COTE (R.), CREPEAU (F.), *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, XVIII-184 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Trois défis pour un droit mondial*, Editions du Seuil, Paris, 1998, 200 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, Paris, 2004, 142 p.
- DELMAS-MARTY (M.), *Le relatif et l'universel*, Editions du Seuil, Paris, 2004, 439 p.
- DELMAS-MARTY (M.), FRONZA (E.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), *Les sources du droit international pénal, l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Société de législation comparée, 2004, 488 p.
- DEL PONTE (C.), *La caccia, io e i crimini di guerra*, Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2008, 412 p.
- DUPUY (P.-M.), *Droit international public*, Dalloz, 2008, XXVII-879 p.
- DUPUY (R.J.), *Le droit international*, PUF, Collection Que sais-je ? n° 1060, 1963, 127 p.
- GALLOIS (P.M), VERGES (J.) *L'apartheid judiciaire ou le TPI, arme de guerre*, Editions l'Age d'Homme, Lausanne, 2002, 94 p.
- GARAPON (A.), *Peut-on réparer l'histoire ? Colonisation, esclavage, Shoah*, Odile Jacob, Paris, 2008, 287 p.
- GLASER (S.), *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Librairie du recueil Sirey, Paris, 1954, XII-207 p.
- GLASER (S.), *Droit international pénal conventionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1970, 649 p.
- GHERARI (H.), SZUREK (S.) (dir.), *L'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international ?*, Pedone, 2001, 350 p.
- HAROUEL-BURELOUP (V.), *Traité de droit humanitaire*, PUF, Paris, 2005, 556 p.
- HARTMANN (F.), *Paix et châtement*, Flammarion, 2007, 319 p.

HAZAN (P.), *Juger la guerre, juger l'histoire : Du bon usage des commissions Vérité et de la justice internationale*, PUF, Paris, 2007, 251 p.

HEISBOURG (F.), *Hyperterrorisme : la nouvelle guerre*, Odile Jacob, Paris, 2003, 304 p.

HENCKAERTS (J.-M.), DOSWALD-BECK (L.), *Droit international humanitaire coutumier. Volume I. Règles*, CICR, Bruylant, 2006, XIV-878 p.

HENZELIN (M.), ROTH (R.) (dir), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Bruxelles, 2002, XVII-355 p.

HUESA VINAIXIA (R.) et WELLENS (K.) (dir), *L'influence des sources sur l'unité et la fragmentation du droit international*, Bruylant, Bruxelles, 2006, 280 p.

HUET (A.), KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, PUF, Paris, 2005, XXVI-507 p.

KOLB (R.), *Ius in bello, le droit international des conflits armés*, Bruylant, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2003, XI-299 p.

KOLB (R.), *Interprétation et création du droit international, Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2006, X-959 p.

KOLB (R.), *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bruylant, Bruxelles, Bâle, 2008, avant-propos, XI- 488 p.

KOSKENNIEMI (M) ; *La politique du droit international*, Pedone, Paris, 2007, 423 p.

La giustizia penale internazionale : ieri, oggi, domani : omaggio a Giovanni Conso, Turin, Giappichelli, 2002, 89 p.

La répression pénale internationale : l'expérience des Tribunaux ad hoc, Bruylant, 2001

LE PAPE (M.), SIMEANT (J), VIDAL (C), *Crises extrêmes : face aux massacres, aux guerres civiles et aux génocides*, La Découverte, Paris, 2006, 334 p.

LOMBOIS (C.), *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 1979, 688 p.

LOQUIN (E.), KESSEDJIAN (C.) (dir.), *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, 612 p.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, Paris, 1999, 798 p.

MAISON (R.), *La responsabilité individuelle pour crime d'Etat en DIP*, Bruxelles, Bruylant, 2004, XIV-547 p.

MANIN (P.), *Droit international public*, Les Cours de Droit, 1975, 623 p.

MANOUVEL (M.), *Les opinions séparées à la Cour internationale : un instrument de contrôle du droit international prétorien par les Etats*, L'Harmattan, 2005, 381 p.

MARTINEAU (A.-C.), *Les juridictions pénales internationalisées, un nouveau modèle de justice hybride*, Pedone, Paris, 2007, XIV-300 p.

Mireille Delmas-Marty et les années UMR, Société de législation comparée, 2005, 551 p

MOULIER (I.), *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse de doctorat, 2006.

MUELLER (J.), *Retreat from Doomsday : the Obsolescence of Major War*, Basic Books, New York, 1989, 327 p.

MUELLER (J.), *The Remnants of War*, Cornell University Press, 2004, 258 p.

MUELLER (G.O.W.), WISE (E.M.), *International criminal law*, Sweet and Maxwell Limited, New-York, 1965, 660 p.

PAUST (J.J.), *International criminal law, cases and materials*, Carolina Academic Press, 1996, XXXI-1136 p.

PAUST (J.J.), BASSIOUNI (C.), WILLIAMS (S.A.), SCHARF (M.), GURULE (J.), ZAGARIS (B.), *International criminal law*, Carolina Academic Press, 1996, 1438 p.

PLAWSKI (S.), *Etude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1972, 225 p.

PRADEL (J.), CORSTENS (G.), *Droit pénal européen*, Dalloz, Collection précis Dalloz, Paris, 2002, X-609 p.

QUIGLEY (J.), *The Genocide Convention. An International Law Analysis*, Ashgate, 2006, XV-301 p.

ROBERT (J.-H.), *Droit pénal général*, PUF, Paris, 1992, 588 p.

ROULOT (J.F.), *Le crime contre l'humanité*, L'Harmattan, 2002, 442 p.

ROUSSEAU (C.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 1987, 493 p.

SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, XLI-1198 p.

SANDS (P.), *From Nuremberg to the Hague : the future of international criminal justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, XIII-192 p.

SANTULLI (C.), *Droit du contentieux international*, Montchrestien, Paris, 2005, 584 p.

SCHABAS (W.A.), *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000, XVI-624 p.

SCHABAS (W.), *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2007, XIII-548 p.

SCIOTTI-LAM (C.), *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, Bruxelles, 2004, XVIII-704 p.

SUDRE (F.), *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 2006, 786 p.

SUR (S.), *L'interprétation en droit international public*, Bibliothèque de droit international, Paris, 1974, X-449 p.

SUR (S.), *La coutume internationale*, Litec, Paris, 1990, 24 p.

SUR (S.), *Relations internationales*, Montchrestien, Paris, 2004, 571 p.

TAVERNIER (P.), BURGOGUE LARSEN (L.), *Un siècle de droit international humanitaire*, Bruylant, Bruxelles, 2001, VII-262 p.

TAVERNIER (P.), HENCKAERTS (J.-M.), *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, IX-289 p.

TAXIL (B.), *Recherches sur la personnalité juridique internationale : l'individu, entre ordre interne et ordre international*, Thèse Paris I, 785 p.

TREVES (T.), *Diritto internazionale, problemi fondamentali*, Guiffre Editore, Milan, 2005, XXV-781 p.

TRIFFTERER (O.) (dir.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck. Hart. Nomos, 2008, 1954 p.

VASSALI DI DACHENHAUSEN (T.) *Il coordinamento tra convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, Edition scientifique, Naples, 1993.

VAURS-CHAUMETTE (A.L.), *Les sujets du droit international pénal, la définition de la personnalité juridique internationale à l'épreuve du droit international pénal*, Thèse de Doctorat, Université Paris X Nanterre, 2007.

VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, 856 p.

VIRALLY (M.), *Le droit international en devenir, Essais écrits au fil des ans*, PUF, 1990, 504 p.

ZAPPALA (S.), *La justice pénale internationale*, Paris, Montchrestien, 2007, 154 p.

II) *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*

BUERGENTHAL (T.), « Self-executing and non-self-executing treaties in national and international law », *RCADI* 1992, IV, pp. 303-400

DAVID (E.), « La Cour pénale internationale », *RCADI* 2005, tome 313, pp. 329-454

DUPUY (P.-M.), « L'unité de l'ordre juridique international », *RCADI* 2002, vol. 297, pp. 95-116

FERRARI-BRAVO (L.), « Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats », *RCADI* 1975, t. III, p. 237-329

MERON (T.), « International Law in the Age of Human Rights », *RCADI* 2003, vol. 301, p. 9-490

RIGAUX (F.), « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989, I, vol 213, pp. 9-407

SALDANA (Q.), « La justice pénale internationale », *RCADI* 1925, V, vol. 10, pp. 227-425

WEIL (P.), « Le droit international en quête de son identité, Cours général de droit international public », *RCADI* 1992 VI, tome 237, pp.13-369

III) *Articles*

ABDELGAWAD (W.), « Droit égyptien », *Juridictions nationales et crimes internationaux*, PUF, Paris, 2002, pp. 367-398

ABI-SAAB (G.), « De l'évolution de la Cour internationale. Réflexions sur quelques tendances récentes », *RGDIP* 1992, pp. 273-298

ABI-SAAB (G.), ABI-SAAB (R.), « Les crimes de guerre », *Droit international pénal*, Pedone, 2000, pp. 265-291

AKHAVAN (P.), « The dilemmas of jurisprudence », *American University International Law Review*, vol.13, pp.1518-1523

ARBOUR (L.), « Will the ICC have an Impact on Universal Jurisdiction ? », *JICJ* 2003, pp. 585-586

ASCENSIO (H.), « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *RGDIP* 2001 pp. 897-930

ASCENCIO (H.), « La notion de juridiction internationale en question » *in La juridictionnalisation du droit international, Colloque de la SFDI*, Paris, Pedone, 2003, pp. 163-202

ASCENSIO (H.), « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, pp. 403-409

ASCENSIO (H.), LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), SOREL (J.-M.), « Conclusion générale », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006, pp. 307-319

ASCENSIO (H.), MAISON (R.), « L'activité des tribunaux pénaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie (1995-1997) et pour le Rwanda (1994-1997) », *AFDI* 1997, pp. 368-402

ASCENSIO (H.), MAISON (R.), « L'activité des tribunaux pénaux internationaux (1998) », *AFDI* 1998, pp. 370-411

ASCENSIO (H.), PELLET (A.), « L'activité du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (1993-1995) », *AFDI* 1995 pp. 101-136

ASCENSIO (H.), MAISON (R.), « L'activité des juridictions pénales internationales (2006-2007) », *AFDI* 2007, pp. 429-473

AUST (A.), « The Security Council and International Criminal Law », *Netherlands Yearbook of International Law* 2002, pp. 23-46

BANNELIER (K.), CHRISTAKIS (T.), « Qu'est-ce qu'un génocide et quand un Etat est-il responsable pour ce crime ? Analyse de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Montenegro* (26 février 2007) », *RBDI* 2007, pp. 257-299

BARBERIS (J.), « Réflexions sur la coutume internationale », *AFDI* 1990, pp. 9-46

BEN MAHFOUDH (H.), « Acteurs non étatiques et conflits armés non internationaux », *Acteurs non étatiques et droit international*, Pedone, Paris, 2007, pp. 215-241

BETTATI (M.), "Article 97", *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Tome II, 3^e éd, Economica, 2005, pp.2023-2033

BETTATI (M.) « La coutume et la lutte contre l'impunité : principe et pratique » *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 203-215

BLATTMANN (R.), BOWMANN (K.), « Achievements and Problems of the International Criminal Court : A View From Within », *JICJ* 2008, vol 6, n°4, pp. 711-730

BOURGON (S.), « Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie : avancées jurisprudentielles significatives », *La répression pénale internationale : l'expérience des Tribunaux ad hoc*, Bruylant, 2001, p. 101-149

BRAUMAN (R.), « Les liaisons dangereuses du témoignage humanitaire et des propagandes politiques », *Crises extrêmes : face aux massacres, aux guerres civiles et aux génocides*, La Découverte, Paris, 2006, pp. 188-204

BUGNION (F.), « Le droit international humanitaire coutumier et les conflits armés non internationaux », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008 (289 p.), pp. 179-190

BURCHARD (C.), « The Nuremberg Trial and its Impact on Germany », *JICJ* 2006, n°4, pp. 800-829

BURGORGUE-LARSEN (L.), « Les sources du droit international pénal, analyse comparative de la pratique judiciaire des TPI et du texte du Statut portant création de la CPI », *Les sources du droit international pénal*, pp. 377-381

CAHIN (G.), « L'impact des tribunaux pénaux internationalisés sur la (re)construction de l'Etat », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, 2006, pp. 265-306

CAHN (O.), « Le jugement en France par délégation d'une juridiction pénale internationale », *RSC* 2008, n°2, pp. 273-302

CANIVET (G.), « Le juge entre progrès scientifique et mondialisation », *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, p. 33 et s

CARTUYVELS (Y.), « Le droit pénal et l'Etat : des frontières « naturelles » en question », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Bruxelles, 2002, pp. 3-28

CASSESE (A.), « Présentation de la IIIème partie », *Droit international pénal*, Pedone, 2000, pp. 621-631

CAVOSKI (K.), « Juger l'histoire », *L'apartheid judiciaire ou le TPI, arme de guerre*, Editions l'Age d'Homme, Lausanne, 2002, pp. 77-89

CHABERT (C.), « Pour un réexamen de la question de l'applicabilité directe de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant », *JCP* 2003, I, n° 129, pp. 761-768

CONDORELLI (L.), « Responsabilité internationale d'Etats et d'individus en cas d'actes d'agression ou de terrorisme international », *Annuaire brésilien de droit international* 2006, pp. 46-107

CONDORELLI (L.) « La place de la coutume dans la justice pénale internationale au regard, en particulier, du TPIY et du TPIR », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 191-201

CONDORELLI (L.), CIAMPI (A.), « Comments on the Security Council Referral of the Situation in Darfour to the ICC », *JICJ* 2005, vol. 3, pp. 590-599

CONDORELLI (L.), VILLALPANDO (S.), « Les Nations Unies et les juridictions pénales internationales », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, volume I, 3^{ème} édition, Economica, 2005, pp. 201-245

- CONFORTI (B.), « Unité et fragmentation du droit international : « Glissez, mortels, n'appuyez pas ! », *RGDIP* 2007, pp. 5-18
- COSNARD (M.), « La création normative des Etats, Point de vue publiciste », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, pp. 149-172
- COT (J.P.), « Le monde de la justice internationale », *La juridictionnalisation du droit international*, *Colloque de la SFDI*, Paris, Pedone, 2003, pp. 511-521
- CREPEAU (F.), « La multiplicité des forums judiciaires, condition de légitimité de la décision collective en droit international », *Les juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 169-177
- D'ARGENT (P.), D'APRESMONT LYNDEN (J.), DOPAGNE (F.), VAN STEENBERGHE (R.), « Article 39 », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, volume I, 3^{ème} édition, Economica, 2005, p. 1140
- DECAUX (E.), « Article 29 », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Tome II, 3^e éd, Economica, 2005, pp. 975-991
- DECAUX (E.), « La coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 217-227
- DE HEMPTINNE (J.), « L'hybridité et l'autonomie du règlement de procédure et de preuve du TPIY », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, pp. 135-155
- DE HEUSCH (L.), « L'ethnie : les vicissitudes d'un concept », *Archives européennes de sociologie* 1997, vol 38, n°2, pp. 185-204
- DELLA MORTE (G.), « De-mediatizing the *Media* case, elements of a critical approach », *JICJ* 2005, vol 3. n° 4, pp. 1027-1028
- DELMAS-MARTY (M.), « The Paradigm of the War on Crime : Legitimizing Inhuman Treatment ? », *JICJ* 2007, n°3, pp. 584-598
- DE SCHUTTER (O.), « Le tiers à l'instance devant la Cour de justice de l'Union européenne », *Le tiers à l'instance*, Paris, Pedone, 2005, pp. 85-104
- DICKINSON (L.), « The Promise of Hybrid Courts », *AJIL* 2003, pp. 295-310
- DO AMARAL JUNIOR (A.), « Le « dialogue » des sources : fragmentation et cohérence dans le droit international contemporain », *Regards d'une génération sur le Droit International*, Pedone, Paris, 2008, pp. 7-33
- DOBELLE (J.-F.), « La convention de Rome portant Statut de la Cour pénale internationale », *AFDI* 1998, pp. 356-369

DONAT-CATTIN (D.), « Article 68 », *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, C.H. Beck. Hart. Nomos, 2008 pp. 1275-1300

DUJARDIN (R.), « La mondialisation du droit : la globalisation et la « qualité » du droit », *La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universel*, Colloque international de Tunis du 9 mai 2003, pp. 15-35.

DUPUY (P.M.), « Sur le maintien ou la disparition de l'unité de l'ordre juridique international », *Harmonie et contradictions en droit international, Colloque de Tunis, 1996*, Pedone, 1996, (346 p.), pp. 17-54

DUPUY (P.-M.), « Crime sans châtement ou mission accomplie? », *RGDIP* 2007, pp. 243-257

DUPUY (R.-J.), « Coutume sage et coutume sauvage », *Mélanges Rousseau*, Pedone, 1974, pp.75-87

FASSIN (D.), D'HALLUIN (E.), « Témoigner sur la Palestine », *Crises extrêmes : face aux massacres, aux guerres civiles et aux génocides*, La Découverte, Paris, 2006, pp. 205-220

FERNANDEZ (J.), « Genèse et déclin de l' « esprit de Rome » », *AFRI* 2006, vol. VII, pp. 59-76

FERNANDEZ (J.) « L'expérience mitigée des tribunaux pénaux internationaux. Les limites de la justice pénale internationale », *AFRI* 2008, pp. 223-233

FICHET-BOYLE (I.), MOSSE (M.), « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », *Droit international pénal*, Pedone, Paris, 2000, pp. 871-885

FLETCHER (G.), « The Indefinable Concept of Terrorism », *JICJ* 2006, n°5, pp. 894-911

FLETCHER (G.), OHLIN (J.), « Reclaiming fundamental principles of criminal law in the Darfur case », *JICJ* 2005, vol 3, n°3, pp. 539-561

FLORENT (J.-L.), « Opposabilité de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier aux Etats », *Droit international humanitaire coutumier : enjeux et défis contemporains*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 75-80

FRIKHA (I.), « Aux confins des contradictions : la justice pénale internationale », *Harmonie et contradictions en droit international, Colloque de Tunis, 1996*, Pedone, 1996, (346 p.), pp. 239-280

FRONZA (E.), GUILLOU (N.), « Les dynamiques d'élaboration des normes pénales internationales : une analyse à partir de la jurisprudence sur le viol et la participation criminelle », *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Milan, 2003, pp. 27-53

GAMBERINI (A.), « Principi fondativi del diritto penale internazionale e trasformazioni dei sistemi criminali. Una breve riflessione » in *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, pp. 333-334

GARIBIAN (S.), « Souveraineté et légalité en droit pénal international : le concept des crime contre l'humanité dans le discours des juges à Nuremberg, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Bruxelles, 2002, pp. 29-45

GATTINI (A.), « Un regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP* 2006, pp. 303-336

GEORGOPOULOS (T.), « Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives - Quelle thérapie contre la vieillesse des traités ? », *RGDIP* 2004, pp. 123-144

GIUDICELLI-DELAGE (G.), « Poursuivre et juger selon les « intérêts de la justice ». Complémentarité ou/et primauté ? », *RSC* 2007, pp. 473-484

GORDON (W.), « International law – self-executing treaties – the Genocide Convention », *Michigan Law Review* 1950, vol. 48, pp. 852-860

GRADONI (L.), « L'attestation du droit international pénal coutumier dans la jurisprudence du Tribunal pour l'Ex-Yougoslavie « régularités » et « règles » », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, pp. 25-74

GRANT (P.) « Les poursuites nationales et la compétence universelle », *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008, pp.441-476

HUNTER (R.), « La lutte contre le terrorisme, vecteur d'un renouveau de la pensée stratégique ? », *Sécurité Globale*, n°3, 2008, pp. 129-138

KARAGIANNIS (S.), « La multiplication des juridictions internationales : un système anarchique », *La juridictionnalisation du droit international*, Pedone, Paris, 2003, pp. 7-161

KERBRAT (Y.), « Les conflits entre les Tribunaux pénaux hybrides et les autres juridictions répressives (nationales et internationales) », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, Paris, 2006, pp. 189-208

KHAN (D.-E.), « Les juridictions militaires et d'exception et les opérations de militaire à l'étranger. Rapport de synthèse », *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation*, LAMBERT ABDELGAWAD (E.) (dir.), pp. 489-495

LAGRANGE (E.), EISEMANN (P. M.), « Article 41 », *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, volume I, 3^{ème} édition, Economica, 2005, pp. 1193-1242

LAMBERT-ABDELGAWAD (E.), « Les Tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme », *Les sources du droit international pénal*, Société de Législation Comparée, 2004, pp. 97-134.

LA ROSA (A.-M.), « La contribution des tribunaux internationalisés au droit commun du procès pénal international : Le cas du Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, Paris, 2006, pp. 159-187

- LATTANZI (F.) « The Rome Statute and State Sovereignty, ICC Competence, Jurisdictional Links, Trigger Mechanism », *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. I, Il Sirente, 1999, pp. 51-66
- LATTANZI (F.), « La frontière entre droit international humanitaire et droits de l'homme », *From Human Rights to International Criminal Law*, MNP, 2007, pp. 519-570
- LELARGE (A.), « Le Tribunal spécial pour le Liban », *AFDI* 2007, pp. 397-428.
- LEMASSON (A.-T.), « Le crime contre la paix ou d'agression », *RSC* 2006, pp. 275-292
- LIWERANT (S.), « Mass Murder : Discussing Criminological Perspectives », *JICJ* 2007, n°4, pp. 917-939
- LOMBOIS (C.), « De la compassion territoriale », *RSC* 1995, pp. 399-403
- LOQUIN (E.), RAVILLON (L.), « La volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, pp. 91-132
- MAIA (C.), « L'appel au droit impératif. Le *jus cogens* dans la pratique de la Cour internationale de Justice », *Les arrêts de la Cour internationale de Justice*, EUD, Dijon, 2005, pp. 123-138
- MANACORDA (S.), « Foreword », *JICJ* 2007, n°4, pp. 913-915
- MANACORDA (S.), WERLE (G.), « L'adaptation des systèmes pénaux nationaux au Statut de Rome, le paradigme du « Völkerstrafgesetzbuch » allemand », *RSC* 2003, pp. 501-516
- MASSE (M.), « La place du droit pénal dans les relations internationales », *RSC* 2000, n°1, pp. 123-131
- MASSE (M.), « La coutume internationale dans la jurisprudence de la Chambre criminelle. Affaires *Kadhafi et Aouf* », *RSC* 2003, n°4, pp. 894-901
- MASSE (M.), « Droit pénal international. Actualité de la compétence universelle », *RSC* 2008, n°2, pp. 440-451
- MAYSTRE (M.), WERNER (A.), « Un modèle de tribunal « internationalisé » : analyse du et perspectives sur le Tribunal spécial pour la Sierra Leone », *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2008, pp. 375-440
- MERON (T.), « International Criminalization or Internal Atrocities », *AJIL* 1995, n°3, vol. 89, pp. 554-577
- MERON (T.), « The Humanization of Humanitarian Law », *AJIL* 2000, vol. 94, pp. 239-278
- PALCHETTI (P.), « Il potere del Consiglio di sicurezza di istituire tribunali penali internazionali », *Rivista di Diritto Internazionale* 1996, vol. 2, pp. 413-438

PARKS (H.), « Pictet's Commentaries », *Etudes en l'honneur de J. Pictet*, MNP, 1984, pp. 495-497

PELLET (A.), « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie. Pouvra-t-il être décisif ? » *RGDIP* 1994, pp. 7-60

PONCELA (P.), « Mesure et motivation de la peine dans les jugements du TPIY », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, pp. 325-335

POULLARD (A.), « L'autorité face à la force : l'exemple du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004, pp. 451-458

POWLES (S.), « Joint Criminal Enterprise : Criminal Liability by Prosecutorial Ingenuity and Judicial Creativity ? », *JICJ* 2004, n°2, pp. 606-619

PROST (M.), FOURET (J.), « Du rôle de la Cour internationale de Justice : peau neuve ou peau de chagrin ? Quelques réflexions sur l'arbitralisation de la Cour mondiale », *Revue québécoise de droit international* 2003, pp. 191-234

ROMANO (C.), BOUTRUCHE (T.), « Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice « hybride » », *RGDIP* 2003, pp. 109-124

ROULOT (J.-F.), « La répression des crimes contre l'humanité par les juridictions criminelles en France, une répression nationale d'un crime international », *RSC* 1999, pp. 545-562

RUIZ FABRI (H.), « Le règlement des différends au sein de l'OMC : naissance d'une juridiction, consolidation d'un droit », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, Litec, 2000, pp. 347-380

SAAS (C.), « La justice militaire en France », *Archives de politique militaire* 2007, n° 29, pp. 185-213

SANTULLI (C.), « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? », *AFDI* 2000, pp. 58-81

SASSOLI (M.), « Terrorism and War », *JICJ* 2006, n°5, pp. 959-981

SCALIA (D.) « Constat sur le respect du principe nulla poena sine lege par les tribunaux pénaux internationaux », *RIDC* 2006, pp. 185-209

SCHABAS (W.), « Droit pénal international et droit international des droits de l'homme : faux frères ? », *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Bruxelles, 2002, pp. 165-181

SCHABAS (W.), « Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court », *JICJ* 2008, vol. 6, n°4, pp. 731-761

SLUITER (G.), « Guilty by Association : Joint Criminal Enterprise on Trial : Foreword », *JICJ* 2007, pp. 67-68

STERN (B.), « La compétence universelle en France : le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda », *German Yearbook of International Law*, vol. 40, 1997, pp. 280-299

STERN (B.), « Le contexte juridique de « l'après » 11 septembre 2001 », *Le droit international face au terrorisme*, Pedone, 2002, pp. 3-32

STEWART (J. G.), « Towards a single definition of armed conflict in international humanitarian law: A critique of internationalized armed conflict », *RICR* 2003, vol. 85 n° 850, pp. 313-350

SUR (S.), « La coutume internationale : sa vie, son œuvre », *Droits, Revue française de théorie juridique* 1986, pp. 111-124

SUR (S.), « Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité », *RGDIP* 1999, pp. 29-45

SUR (S.), « Eloge du Conseil de sécurité », *AFRI* 2005, pp.78-87

SWART (B.), « Internationalized Courts and Substantive Criminal Law », *Internationalized Criminal Courts*, Oxford University Press, 2004, pp.291-316

TEANI (A.L.), « L'arrêt de la Cour internationale de Justice du 26 février 2007, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, vecteur d'unité ou de fragmentation du droit international ? », *RSC* 2007, n°4, pp. 765-778

TIGROUDJA (H.), « Quel(s) droit(s) applicable(s) à la « guerre au terrorisme » ? », *AFDI* 2002, pp. 81-102

VAN DER WILT (H.), « Genocide, complicity in genocide and international v. domestic jurisdiction, reflexions on the Van Anraat case », *JICJ* 2006, vol 4, n°2, pp. 239-257

VAURS-CHAUMETTE (A.L.), "Article 98", *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Tome II, 3^e éd, Economica, 2005, pp. 2035-2050.

VERHOEVEN (J.), « A propos de la fonction de juger en droit international public », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, 1983, pp. 447-468.

VERHOEVEN (J.), « Le crime de génocide – Originalité et ambiguïté », *RBDI* 1991, pp. 5-26

VERHOEVEN (J.), « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *AFDI* 1999, pp. 55-71

VERHOEVEN (J.), « Souveraineté et mondialisation : libres propos », *La mondialisation du droit*, Travaux du CREDIMI, Dijon, 2000, pp. 42-58

VERHOEVEN (J.), « Article 21 of the Rome Statute and the ambiguities of applicable law », *Netherlands Yearbook of International Law*, 2002, p. 3-22

VERHOEVEN (J.), « Sur les « Bons » et les « Mauvais » Emplois du *jus cogens* », *Annuaire Brésilien de Droit International* 2008, pp. 133-160

WECKEL (P.), « L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI* 1993, pp. 234-261

WECKEL (P.), « L'originalité de la pratique des TPI au regard de la théorie des sources du droit international », *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, 2004, pp. 439-441

WENGLER (W.), « Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes », *RGDIP* 1968, p. 921-990

ZAPALLA (S.), « Le droit international humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations Unies pour l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda », *Les nouvelles frontières du droit international humanitaire*, Bruylant, 2003, pp. 89-116

ZOLO (D.), « Who is Afraid of Punishing Aggressors ? On the Double-Track Approach to International Criminal Justice », *JICJ* 2007, n°4, pp. 799-807

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	8
--------------------------	----------

PREMIERE PARTIE

L'EMERGENCE DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL.....	25
--	-----------

TITRE I

L'ANCRAGE DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	26
--	-----------

CHAPITRE I -L'ANCRAGE INSTITUTIONNEL.....	27
--	-----------

SECTION I : L'INTÉGRATION DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES A L'ORDRE JURIDIQUE INTERNATIONAL PAR LEUR MODE DE CRÉATION	27
---	-----------

§ 1. Création des juridictions pénales internationales par divers instruments internationaux	27
--	----

A. CREATION DES TPI PAR LE CONSEIL DE SECURITE SUR LA BASE DU CHAPITRE VII	27
B. CREATION DE LA CPI PAR UN TRAITE INTERNATIONAL	34

§ 2. L'intégration des juridictions pénales internationales dans l'ordre juridique international	41
--	----

A. L'INTEGRATION DES TRIBUNAUX <i>AD HOC</i> DANS LE SYSTEME DES NATIONS UNIES	41
--	----

a) Les TPI, organes subsidiaires du Conseil de sécurité	41
b) La rédaction des Statuts par le Secrétaire général	43
1) Attributions du Secrétaire général des Nations Unies	43
2) Un Conseil de sécurité « législateur » ?	46

B. LA COUR PENALE INTERNATIONALE	49
--	----

a) La CPI en tant qu'organisation internationale entretient des liens étroits avec l'ONU	49
b) Le rôle particulier joué par le Conseil de sécurité	53
1) Influence du Conseil de sécurité sur le déroulement des poursuites	53
2) Un pouvoir préexistant au Statut de Rome	55

SECTION II : SIMILITUDE DES SOURCES.....	59
---	-----------

§1. Les sources du droit international public	59
---	----

A. LA NOTION DE SOURCE DU DROIT EN DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	59
B. L'ARTICLE 38 DU STATUT DE LA CIJ.....	61

§2. Les sources du droit international dans les Statuts des juridictions pénales internationales	65
--	----

A. PREPONDERANCE DE LA SOURCE COUTUMIERE DANS LES STATUTS DES TPI..	65
---	----

a) La coutume, source incontournable des règles applicables par le TPIY	65
b) Fin de l'orientation coutumière dans le Statut du TPIR	70

B. DIVERSITE DES SOURCES INTERNATIONALES DANS LE STATUT DE ROME.....	75
--	----

CHAPITRE II - L'ANCRAGE JURIDIQUE..... 80

SECTION I : LE JUGE APPLIQUE CERTAINES RÈGLES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC
..... 81

§ 1. Les règles de droit international public à caractère général 81

A. LE CONCEPT DE SOUVERAINETE ETATIQUE..... 81

a) Atteintes possibles à la souveraineté 82

b) Discussion générale sur le thème de la souveraineté..... 84

B. APPLICATION VARIABLE DU DROIT DE LA RESPONSABILITE ETATIQUE 86

a) Modification du critère d'imputabilité établi par la CIJ 86

b) Attitude différenciée du TPIR..... 89

§ 2. Le droit international humanitaire..... 91

A. IMPORTANCE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE DANS LA MISSION
DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES 91

a) Caractère profondément international du droit humanitaire 91

b) Etendue exacte du droit international humanitaire 94

B. RÉPRESSION DES VIOLATIONS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE..... 99

a) Conditions générales d'application du droit international humanitaire 99

b) Mise en œuvre de la responsabilité pour violation du droit international humanitaire .. 101

SECTION II : LE JUGE APPLIQUE LES MÉTHODES ET LES CONCEPTS DU DROIT
INTERNATIONAL PUBLIC 105

§1. Des méthodes interprétatives empruntées au droit international public 105

A. L'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS INTERNATIONAUX 105

a) Volonté de respecter les standards internationaux en matière d'interprétation 105

b) Préférence pour l'interprétation téléologique..... 108

B. ASSIMILATION DES DOCUMENTS DES TPI A DES TRAITES INTERNATIONAUX 113

a) Les Statuts 113

b) Les autres documents 117

§2. Appropriation des concepts internationaux..... 119

A. MISE EN OEUVRE DU CONCEPT DE *JUS COGENS*..... 119

a) Utilisation de la notion de *jus cogens*..... 119

b) Analyse des renvois effectués 123

B. TECHNIQUES COMPLÉMENTAIRES 124

a) Utilisation de la notion de branche du droit international 124

b) Emploi de la jurisprudence de la CIJ 127

TITRE II

LE DEPASSEMENT DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.....130

Chapitre I - Facteurs d'indépendance du juge pénal international..... 131

SECTION I : ABSENCE DE FIGURE ÉTATIQUE AU PROCÈS PÉNAL INTERNATIONAL 131

§1. Carence exceptionnelle sur la scène internationale 132

A. ABSENCE D'ETATS À L'INSTANCE PÉNALE INTERNATIONALE 132

a) Présence étatique constante auprès des juridictions internationales 132

b) Exclusion des Etats devant les juridictions pénales internationales 134

B. DÉFAUT DE MÉCANISME D'INTERVENTION INDIRECTE..... 135

a) Faiblesse de l'intervention en qualité d'*amicus curiae* 135

b) Impossibilité de faire appel au personnel des juridictions..... 139

§2. Conséquences de cette carence	142
A. EMERGENCE DE FIGURES NON ÉTATIQUES	142
a) Les organisations non gouvernementales	142
b) Les victimes	145
B. PERTE D'ADHÉRENCE SUR LA NORME APPLIQUÉE.....	148
 SECTION II : DENSITÉ DES INSTRUMENTS À DISPOSITION DU JUGE PÉNAL INTERNATIONAL.....	 151
§ 1. Densité qualitative des Statuts.....	151
A. DES STATUTS PEU ORDINAIRES	151
a) Un fort coefficient normatif	151
b) Possibilité d'adopter et de réviser le Règlement de procédure et de preuve	154
B. UNE RELATION TRES FORTE ENTRE LE JUGE ET LE STATUT QUI REGIT LA JURIDICTION.....	155
§ 2. Densité quantitative des instruments internationaux à disposition du juge	159
A. UTILISATION D'UNE LARGE VARIÉTÉ D'INSTRUMENTS INTERNATIONAUX	159
B. LIBERTE DU JUGE DANS LE CHOIX DES INSTRUMENTS PERTINENTS	162
 Chapitre II - Emergence d'un droit prétorien	 166
 SECTION I : SUREXPOSITION ARTIFICIELLE DE LA SOURCE COUTUMIÈRE	 167
§1. Utilisation intensive de la source coutumière.....	167
A. DIVERSITÉ DES UTILISATIONS POSSIBLES	167
a) Fréquence d'utilisation de la norme coutumière	168
b) Degré de précision	170
B. PREUVE DE LA COUTUME	175
a) Nécessité de prouver l'existence des règles coutumières	175
b) Recours accru aux instruments purement internes	178
§2. Utilisation extensive de la norme coutumière	184
A. VOCATION EXTENSIVE DE LA COUTUME SUR LES AUTRES SOURCES	184
a) Sur les traités	184
b) Sur les principes généraux de droit	188
B. BENEFICES TIRÉS PAR LE JUGE.....	190
 SECTION II : CREATION DE NORMES NE RELEVANT PAS DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	 193
§ 1. Création de nouvelles règles juridiques	193
A. UNIFICATION DES RÈGLES APPLICABLES AUX CONFLITS ARMÉS	194
a) Séparation nette entre le droit régissant les conflits armés internationaux et le droit régissant les conflits armés internes	194
b) Rapprochement des régimes	197
B. RENFORCEMENT DES PRESCRIPTIONS PÉNALES	200
a) Elargissement de certains crimes.....	201
b) Notion d'entreprise criminelle commune.....	203
§ 2. Réactions étatiques.....	205
A. RÉAPPARITION DES ETATS SUR LE TERRAIN DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL	206
a) Une plus grande visibilité des Etats.....	206
b) Réappropriation de la création des normes pénales internationales	208
B. TENTATIVE DE RÉDUCTION DU POUVOIR INTERPRÉTATIF DU JUGE.....	210
a) Les éléments des crimes	210
b) Maintien d'une liberté résiduelle par l'article 21 du Statut	213

SECONDE PARTIE

LA CONSOLIDATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL..... 215

TITRE I

LA DIFFÉRENCIATION DU DROIT PENAL INTERNATIONAL PAR RAPPORT AU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.....216

Chapitre I - Différenciation structurelle..... 217

SECTION I : LIMITES DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC A L'EGARD DES RELATIONS INTERINDIVIDUELLES DE NATURE PENALE..... 217

§1. Caractéristiques fondamentales du droit international public 217

A. LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC RÉGIT LES RELATIONS INTERNATIONALES 218

B. LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC EST UN DROIT PARCELLAIRE 223

a) Caractère fragmentaire des règles internationales 223

b) Un appareil juridictionnel des plus restreints 225

§ 2. Le droit pénal s'inscrit fondamentalement dans l'espace national 228

A. IMPERMEABILITE DU DROIT INTERNATIONAL A LA MATIERE PENALE 228

a) Sur l' « irruption » du droit pénal dans le droit international public 228

b) Méfiance du droit international public à l'égard du droit pénal 232

B. INEFFICACITE DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC A REGIR LES RELATIONS INTER-INDIVIDUELLES 236

SECTION II : OBSTACLES A LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT PENAL INTERNATIONAL ... 239

§1. Résistance des Etats à l'égard des conventions à connotation pénale 239

A. FORMULATION MINIMALE DES CONVENTIONS 240

a) Les Conventions de Genève de 1949 240

b) La Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide 243

B. MAUVAISE INTÉGRATION DES CONVENTIONS EN DROIT INTERNE 245

a) Nécessité d'introduire le droit international en droit interne 246

b) Des dispositions conventionnelles restées sans effet 249

§2. Une réticence persistante à réprimer les violations du droit pénal international 254

A. ENTRAVES À L'ACTIVITE JURIDICTIONNELLE 254

a) Refus de reconnaître l'applicabilité directe des conventions à connotation pénale 255

b) Obstructions diverses à l'activité des juridictions pénales internationales 258

B. ATTITUDE DIFFÉRENCIÉE A L'ÉGARD DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME 261

a) Une meilleure réception des normes relatives aux droits de l'homme 261

b) Un ancrage ancien dans les ordres juridiques internes 263

CHAPITRE II - DIFFERENCIATION MATERIELLE 268

SECTION I : FACTEURS DE DIFFERENCIATION 268

§1. Remise en question de la pertinence du droit international humanitaire 268

A. DILUTION DE LA NOTION DE CONFLIT ARME..... 269

a) Désétatisation des conflits armés..... 269

b) Brouillage de la distinction entre l'état de paix et l'état de guerre 272

B. DISTANCIATION DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES VIS-A-VIS DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE 277

a) Création de la CPI en dehors de tout conflit armé..... 277

b) Affaiblissement de l'incrimination de crime de guerre	279
§2. Impossibilité de sanctionner l'illicite étatique par le biais individuel	282
A. RARÉFACTION DES OCCASIONS D'ATTRAIRES DES RESPONSABLES ÉTATIQUES	283
a) Désintéret pour le crime d'agression	284
b) Instrumentalisation de la CPI par les Etats eux-mêmes par le mécanisme des auto-renvois	287
B. FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ ENCOURUE PAR LES HAUTS RESPONSABLES	290
a) Confusion quant à l'implication de la structure étatique dans le crime de masse	290
b) Responsabilité liée à la place des dirigeants dans la chaîne de commandement	292
SECTION II : DISSOCIATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL ET DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	293
§1. Dédoublement des notions	294
A. LE DROIT DE LA RESPONSABILITÉ	294
a) Dédoublement du critère de contrôle	294
b) Possibilité d'imputer un génocide à un Etat	297
B. LA DEFINITION DES CRIMES	300
a) Le génocide	300
b) L'agression	303
§2. Conséquences juridictionnelles de la dissociation	305
A. SÉPARATION DES COMPÉTENCES JUDICIAIRES	305
a) Affirmation par la CIJ d'une compétence de principe sur le droit international	305
b) Limitation de l'impact de la CPI sur le droit international	308
B. IMPOSSIBILITÉ POUR LES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES D'ÊTRE QUALIFIÉES D'INTERNATIONALES	309

TITRE II

L'AUTONOMISATION DU DROIT PÉNAL INTERNATIONAL315

Chapitre I - L'individualisme, vecteur d'une mondialisation du droit pénal 316

SECTION I : DIFFUSION DES VALEURS INDIVIDUALISTES 316

§1. Montée en puissance de l'individu..... 316

A. MINIMALISATION DU CONTEXTE HISTORIQUE..... 316

 a) Mise en avant de la responsabilité personnelle des accusés 317

 b) Impossibilité pour la CPI de participer à l'établissement de la vérité historique 320

B. ACCENTUATION DE LA PLACE ACCORDÉE AUX ORGANISMES PRIVÉS 322

 a) Sur le terrain opérationnel 323

 b) Sur le terrain du droit 325

§ 2. Prise en compte grandissante des droits de l'homme 331

A. L'INDIVIDU AU CENTRE DES DROITS DE L'HOMME..... 331

 a) Consistance des droits de l'homme 331

 b) Expansion des droits de l'homme 333

B. LES RÉFÉRENCES AUX DROITS DE L'HOMME..... 336

 a) La jurisprudence des TPI..... 336

 b) Le Statut de la CPI 337

SECTION II : UN DROIT PÉNAL MONDIAL 339

§1. Uniformisation des règles pénales applicables aux individus 339

A. UNIFICATION DES RÈGLES PÉNALES INTERNATIONALES 340

B. UNIFORMISATION DES DROITS NATIONAUX PAR LE STATUT DE LA CPI.....	344
§2. Des rapports ambigus avec le droit international	349
A. MONDIALISATION ET INTERNATIONALISATION	349
B. DES SIMILITUDES AVEC LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE	351
Chapitre II - Le modèle interne, centre de convergence des intérêts	357
SECTION I : NORMALISATION DU PROCÈS PÉNAL INTERNATIONAL	358
§ 1. Banalisation des crimes les plus graves	358
A. L'HUMANITÉ, UN CONCEPT EN PERTE DE VITESSE.....	358
a) Idée d'un droit commun de l'humanité	358
b) Fissuration du concept d'humanité par la mise à jour de la cruauté humaine	360
B. AGGRAVATION DE LA BANALISATION.....	363
§ 2. Normalisation du procès pénal international.....	367
A. RAPPROCHEMENT AVEC LES PROCÉDURES INTERNES	367
a) Possibilité de négocier un accord sur le plaidoyer.....	367
b) Indépendance affichée du Procureur de la CPI	370
c) Amélioration de la place accordée aux victimes devant la CPI.....	372
B. AUGMENTATION DES SITUATIONS POTENTIELLEMENT SOUMISES À LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE.....	377
a) Entrée de nouvelles formes de violence dans le champ de la justice pénale internationale.....	377
b) Normalisation du crime de génocide.....	381
SECTION II : RENATIONALISATION DU DROIT PENAL INTERNATIONAL	386
§1. Réappropriation d'une compétence de principe	386
A. COMPETENCE DE PRINCIPE ATTRIBUEE AUX ETATS	386
a) Nécessité d'un retour à l'échelon étatique.....	386
b) Le Statut de Rome.....	392
B. DES INNOVATIONS IMPORTANTES	395
a) Dans la définition des crimes	395
b) Dans l'identification des responsables	399
§ 2. Aménagements.....	402
A. LA COMPETENCE UNIVERSELLE	402
a) Conditions générales de mise en œuvre	403
b) Pour une meilleure acceptation de la compétence universelle	407
B. LES JURIDICTIONS INTERNATIONALISEES	411
CONCLUSION.....	419
BIBLIOGRAPHIE.....	423
TABLE DES MATIERES	439