

La Cour pénale internationale (CPI) : les fondations fragiles d'un droit universel et d'un forum commun supranational en matière de crimes internationaux*

Hélène DUMONT** et Martin GALLIÉ***

* Ce texte a été rédigé dans le cadre d'une subvention CRSH en droit pénal international. La professeure Anne-Marie Boisvert a contribué par ses remarques aux réflexions élaborées dans ce texte.

** Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

*** Doctorant à la Faculté de droit de l'Université de Montréal en co-tutelle avec l'Université de Paris XI, directrice de thèse : Hélène Dumont (Canada), directeur de thèse : Daniel Dormoy (France).

« La justice pénale internationale peut n'être ni pénale ni internationale sans toutefois se trahir. Une fois amputée de deux adjectifs, elle ne subsiste que comme projet : rendre justice à des crimes de masse qui regardent toute la communauté internationale en raison de leur monstruosité. Ces crimes sont monstrueux non seulement parce qu'ils nous font découvrir une atteinte inédite à ce qu'il y a d'humain dans l'homme, mais aussi parce qu'ils défient les capacités de l'ordre juridique. La justice pénale, qui est rodée pour réprimer les comportements asociaux, les transgressions privées, est prise au dépourvu lorsqu'on lui demande de juger des crimes commis par le pouvoir en exécution d'une politique, le plus souvent avec la collaboration de toute une société, et la complicité d'un droit délinquant. Comment juger alors ces crimes qui brouillent les frontières entre droit, morale et politique. »

Antoine Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner*. Pour une justice internationale, p. 12, Paris, 349 pages.

Au moment d'écrire ce texte, nous nous sommes sentis comme des jongleurs inexpérimentés qui avaient entre les mains plus de balles qu'ils ne pouvaient lancer sans risquer de toutes les laisser tomber. Ces balles, trop nombreuses pour notre dextérité, nous étaient imposées, d'abord par les éléments du titre du Colloque : *justice et participation dans une économie globale, la nouvelle règle de droit*, ensuite par le thème du panel : *la gouvernance mondiale*, et finalement par les exemples concrets de mécanismes de cette gouvernance mondiale : *la Cour pénale internationale (CPI) et les pratiques commerciales d'arbitrage privé*. En traitant du seul sujet qui nous a été confié, la *Cour pénale internationale*, sans égard aux autres dimensions thématiques de cette conférence, nous pourrions certes montrer plus d'habileté en jouant avec notre thème comme avec un seul gros ballon familier. Nous avons tout de même choisi

la corde raide même si nous risquons de faire les pitres avec nos maladresses en lançant toutes les balles que nous offre cette conférence. Jongler avec quelques idées reçues concernant le développement du droit pénal international et la création de la CPI : c'est là notre façon de vous présenter une certaine image de la justice pénale internationale et de son institution qui veut la mettre en œuvre, la nouvelle Cour pénale internationale. Voici donc quelques jongleries en guise de réflexions sur l'établissement d'une Cour pénale internationale dans l'ordre juridique mondial que nous exprimons sous la forme de paradoxes quand tous les thèmes du Colloque sont lancés ensemble dans les airs comme les balles d'un jongleur.

I. PREMIER PARADOXE : LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE À UNE COMPÉTENCE RÉELLE MAIS RESTREINTE DE METTRE FIN À L'IMPUNITÉ

La Cour pénale internationale est une institution judiciaire inter-étatique créée par le Traité de Rome dont l'entrée en opération, le 1^{er} juillet 2002, dépendait de la ratification de soixante (60) pays. À ce jour, quatre vingt douze (92) pays¹, dont le Canada, sur les cent quatre vingt onze (191) pays de la planète ont ratifié le Traité de Rome, mais plusieurs superpuissances, notamment les USA, la Russie, le Japon, l'Inde, Israël et la Chine, n'y ont pas adhéré. Ainsi, plus de la moitié de l'humanité ne s'estime pas encore concernée par un traité qui parle pourtant en son nom collectif. Toutefois, on est généralement d'avis qu'il s'agit d'un geste sans précédent dans l'histoire du droit international car les pays signataires auraient renoncé à une partie de leur souveraineté étatique en partageant l'exercice du pouvoir répressif considéré l'apanage exclusif d'un État souverain. La CPI tirerait sa légitimité au plan international du fait que, par voie conventionnelle, des États souverains ont ensemble décidé de confier à une cour supranationale une compétence sur des individus qu'ils peuvent exercer respectivement et séparément à l'échelle locale et qui les autorise à juger des criminels, ressortissants ou étrangers, dirigeants ou exécutants, soupçonnés d'avoir commis les plus

¹ Au 5 septembre 2003, le nombre des pays ayant ratifié le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale est de 92. Parmi eux, 22 sont des pays africains, 23 sont des pays européens (ne faisant pas partie de l'UE), 18 sont des pays d'Amérique latine et des Caraïbes, 15 sont des États membres de l'UE, 12 sont de la région Asie et Pacifique, 1 est d'Amérique du Nord et 1 du Moyen-Orient. Voir à cet égard, le site de la CPI : <http://www.icc-cpi.int> (dernière visite : le 10 février 2004).

graves violations des droits de la personne à un quelconque endroit dans le monde. En contrepartie, les pays non parties au Traité, en particulier les plus puissants, seraient montrés du doigt car ils apparaîtraient, tels des monarques suprêmes, ne pouvoir mal faire selon la maxime *the King can do no wrong*². Par conséquent, pour ces derniers, il n'y aurait pas lieu d'établir un forum international qui pourrait éventuellement les juger; au mieux, accepteraient-ils parfois de créer des tribunaux *ad hoc* pour juger autrui.

Selon cette première idée reçue, le monde est divisé en deux camps depuis l'établissement de la CPI : ceux qui veulent mettre fin à l'impunité de tous les responsables de crimes internationaux les plus graves et qui se sont dotés d'un mécanisme international pour y arriver³ et les autres. À première vue, il nous paraît un peu simpliste de prétendre que seuls les pays parties au Traité se sont engagés à mettre fin à l'impunité des génocidaires du monde entier et que les autres États non signataires, par chefs d'État interposés, sont prêts à fournir un asile sécuritaire et judiciaire aux criminels de cet acabit ou bien se considèrent à l'abri de telles poursuites en se retranchant derrière la protection d'un droit pénal territorial amical d'une part ou derrière la souveraineté des États et des immunités de fonction d'autre part.

A. Compétence matérielle de la CPI et crimes universels

La Cour pénale internationale exerce sa compétence sur le crime de génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité⁴. Le Statut criminalise les violations des droits de la personne réputées les plus graves, et communément appelées le « noyau dur » des crimes dits

² André BRAËN, « La responsabilité du Monarque : Du nid de poule à Walkerton », (2002) 32 *R.G.D.* 617, 620. André Braën rappelle qu'à « l'origine et en droit anglo-saxon, le monarque était considéré comme étant assujéti au droit ainsi qu'aux tribunaux ordinaires de qui relève l'application du droit. Aussi, la maxime *The King can do no wrong* signifiait que le monarque ne jouit d'aucune prérogative lui permettant de commettre des actes illégaux. Mais on le sait, c'est tout différemment que cette maxime sera interprétée pour signifier finalement que le monarque ne peut commettre de faute et pour lui reconnaître, au moyen de diverses immunités, un statut d'irresponsabilité ».

³ Dans le préambule du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, « les États parties affirment être déterminés à mettre fin à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes ».

⁴ *Statut de Rome*, A/CONF. 183/9 du 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, art. 5.

internationaux parce qu'ils portent atteinte à la paix, la sécurité et le bien-être mondial, mettent en péril la communauté humaine dans son essence et existence⁵ et constituent aussi selon une conception occidentale dominante de l'être humain, un affront à la « morale internationale »⁶.

Aujourd'hui, l'internationalisation des droits de la personne est un phénomène incontestable. Cela donne lieu à la manifestation d'une « conscience commune » qui s'exprime tantôt par de bons sentiments de la part de certains gouvernants, tantôt par des protestations publiques de la société civile. Cette lente maturation d'une pensée politique commune autour des droits de la personne a en quelque sorte reçu sa consécration officielle et s'est vue conférée cette portée élargie à l'humanité entière par la Déclaration universelle de 1948⁷. L'intégration de cette conception dans le discours politico juridique international à compter de cette date s'est peu à peu imposée en même temps que s'est construite l'adéquation de la notion « d'État de droit » et celle de « démocratie respectueuse des droits de la personne ». Cette philosophie a par ailleurs fait naître l'idée d'un espace de liberté pour tous les individus dans lequel l'État ne pouvait s'immiscer arbitrairement et qui leur conférait également un pouvoir personnel opposable à l'État par la médiation du droit et le contrôle d'un pouvoir judiciaire national. Aujourd'hui, cette conscience commune

⁵ Préambule et article 1 du Statut de Rome :

« Les États parties au présent Statut, Conscients que tous les peuples sont unis par des liens étroits et que leurs cultures forment un patrimoine commun et soucieux du fait que cette mosaïque délicate puisse être brisée à tout moment, Ayant à l'esprit qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine, Reconnaisant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde, Affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale 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, Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la protection de nouveaux crimes [...] Il est créé une Cour pénale internationale [...] ».

⁶ Danièle LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris, La Découverte, 2002.

⁷ *Ibid.*, p. 3-17. Voir aussi la *Proclamation de Téhéran* du 13 mai 1968 qui évoque l'indivisibilité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au paragraphe 13; N.U. Doc. A/CONF. 32/41 (1968) p. 3; la *Déclaration et le Programme d'action de la Conférence de Vienne* de 1993 qui réaffirment le caractère indivisible et l'interdépendance des droits humains, Doc. N.U. A/CONF.157/23.

pousse plus loin sa réflexion et elle est porteuse d'un jugement sur la légitimité des États qui sont, et c'est là un paradoxe, à l'origine des plus nombreuses violations des droits de la personne en même temps que leurs principaux protecteurs⁸.

Lorsqu'un État s'engage par Traité à respecter les droits de la personne, ce qu'ont déjà fait plusieurs États en adhérant à la *Déclaration universelle* et à d'autres instruments internationaux ou régionaux semblables⁹, la réciprocité des avantages que des États se confèrent mutuellement dans leurs ententes bilatérales ou multilatérales de type classique n'existe pas. À l'inverse des obligations que les États acceptent dans le champ économique, celles dans le champ de droits humains ne sont généralement ni réciproques, ni soumises à un contrôle international. Ces principes qui garantissent une certaine effectivité aux règles du commerce international, sont l'exception en matière de droits humains. En cas de violation par un État, les autres États peuvent dénoncer les violations commises, mais ils ne disposent généralement d'aucune base légale pour contrôler leur respect, ils ne peuvent prendre aucune mesure de représailles ou intervenir matériellement dans cet État. De plus, toujours contrairement à ce qui se passe dans le champ économique, il n'existe pas d'institutions internationales chargées de veiller globalement au respect des droits humains. Les États peuvent donc s'engager à harmoniser leur

⁸ Pierre-Henri IMBERT, « L'apparente simplicité des droits de l'homme, réflexions sur l'universalité des droits de l'homme », (1989) 1 *R.U.D.H.* 7.

⁹ Karen I. LEE, « Les États-Unis d'Amérique et le Canada », dans Antonio CASSESE et Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, PUF, 2002, p. 61 :

« Les traités et les conventions forment les sources premières des obligations en droit international. Les principes fondamentaux sur l'application des traités sont définis par la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Au Canada, la ratification des conventions se fait sans l'approbation du pouvoir législatif. Néanmoins, lorsque la convention en question est d'une importance particulière, le gouvernement canadien peut demander l'approbation. Il est important de faire la distinction entre d'une part la capacité à devenir partie à un traité et d'autre part le pouvoir du pays signataire d'appliquer ce traité à ses ressortissants. Aux États-Unis comme au Canada, seul le droit national peut imposer aux citoyens des obligations que l'État a contractées en devenant partie à une convention. Au Canada, alors que le gouvernement est libre de devenir partie à un traité, le pouvoir législatif n'est pas contraint de voter une loi intégrant le traité au droit national. Un problème similaire peut être observé aux États-Unis, lorsqu'une majorité des deux tiers du Sénat est nécessaire à la ratification et à l'entrée en vigueur d'un traité, donnant donc à celui-ci force de loi ».

législation de façon à respecter ou à promouvoir les droits humains, mais ces engagements ne sont qu'exceptionnellement soumis à des mécanismes de contrôle.

De tels engagements internationaux, très souvent sans véritables conséquences juridiques internationales, peuvent cependant devenir la cause de plusieurs ennuis. Cela permet par exemple à des pays ou à leur société civile de critiquer ce qu'un État fait à ses citoyens, cela oblige un État à promettre de respecter les droits de la personne pour obtenir de l'aide extérieure de pays donateurs¹⁰, cela peut porter atteinte à la respectabilité politique d'un pays fautif et parfois même à sa légitimité. Alors quand un État signe de tels engagements internationaux, au moins symboliquement, sa souveraine impunité peut devenir l'objet d'un regard réprobateur de la communauté internationale s'il est pris en défaut à ce chapitre¹¹ et ce regard contribue à saper le caractère sacré du principe de non ingérence dans les affaires internes d'un État.

Ce nouveau caractère dérangeant des droits de la personne, faut-il le souligner, ne semble pas avoir le même effet si on est le Rwanda ou les États-Unis. Mais d'ores et déjà, cet inconvénient du regard accusateur suffit pour que des États, même défenseurs des droits de la personne sur leur propre sol, manifestent de la méfiance voire de la défiance à l'égard de tout engagement général et international de respecter les droits de la personne de peur qu'on s'immisce dans leurs affaires internes et les rende un jour redevables sur la scène juridique internationale. Plusieurs de ces États prudents et frileux sont tout autant des démocraties que des dictatures stables ou instables et ils craignent de la même façon que l'on institue un mécanisme extérieur et international de contrôle de leur

¹⁰ Ainsi, les bailleurs de fonds multiplient les conditionnalités et les références aux droits humains, sans pour autant accepter que leurs propres institutions soient soumises à un tel respect. Stephen J. TOOPE, « Human Rights and Social Change », *IDRC Lecture*, 11 mars 2003, p. 2 :

« Dans les sociétés occidentales, il faut prouver, semble-t-il, le bien fondé des droits de la personne, comme n'importe quelle autre valeur, avant de pouvoir les défendre et leur consacrer nos ressources sociales. C'est pourquoi on tente de démontrer en quoi les droits de la personne sont importants, que ce soit en termes de soutien à la démocratie, de gage de bonne gouvernance ou même de contribution au soulagement de la pauvreté. Toutes ces revendications reposent sur l'hypothèse de base selon laquelle la société changera en profondeur si les droits de la personne sont mieux protégés. »

¹¹ Human Rights Watch porte bien son nom. P.H. IMBERT, *loc. cit.*, note 8.

inconduite en matière des violations des droits de la personne les plus graves et qui aurait une force juridique coercitive sur eux, ce que n'a pas le seul regard actuel, fut-il inquisiteur, de la communauté internationale¹². À cet égard, les États-Unis ont été particulièrement vigilants de ne pas ratifier plusieurs des Conventions en matière de droits de l'Homme¹³ ou les ont intégrées à leur droit interne avec de nombreuses réserves et clauses d'interprétation; ils n'ont donc pas pris la chance de se rallier aux vœux pieux dont ces traités sont souvent seulement porteurs, faute de mécanismes juridiques de sanction à l'échelle mondiale. Le Parlement européen a, quant à lui, un certain passé de méfiance en la matière; il a déjà adopté plusieurs résolutions sur les droits de la personne pour des régions en dehors de l'Union européenne mais fort peu au sujet de ses États membres¹⁴. Quant au Canada, il n'a toujours pas ratifié la *Convention interaméricaine des droits de l'homme*¹⁵.

Pourtant en proclamant l'universalité des droits de l'Homme au lendemain de la Deuxième guerre mondiale, logiquement on aurait pu s'attendre au développement d'une vision commune des États sur la

¹² La Chine, les États-Unis, l'Inde, la Russie et Israël entretiennent le même genre de méfiance.

¹³ Par exemple les États-Unis n'ont pas ratifié les conventions suivantes : *Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels*, *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, *Convention sur les droits de l'enfant*. Ils ont intégré les conventions suivantes avec plusieurs réserves : *Pacte sur les droits civils et politiques*, *Convention internationale sur toutes les formes de discrimination raciale*, *Convention contre la torture et autres peines et traitements cruels, inhumains et dégradants*. Ils ont ratifié la *Convention contre le génocide* mais en l'intégrant dans le droit interne, ils ont fait deux réserves et cinq clauses d'interprétation : voir à cet égard Karen I. LEE, *loc. cit.*, note 9, 462. Les informations sur l'état des ratifications, réserves et déclarations peuvent être obtenues sur le site Internet du Haut-Commissariat aux Nations-Unies pour les droits de l'homme, à l'adresse suivante : <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treatylgen.htm> (dernière visite : le 24 janvier 2004).

¹⁴ Voir à cet égard le *Rapport de Karel de Gucht*, A2.0329/88 cité dans P.H. IMBERT, *loc. cit.*, note 8, 13.

¹⁵ *Convention américaine relative aux droits de l'Homme*, O.A.S. Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (entrée en vigueur le 18 juillet 1978, après que onze États l'aient ratifiée). *Argentine*, *Barbade*, *Bolivie*, *Brésil*, *Chili*, *Colombie*, *Costa Rica*, *Dominique*, *Équateur*, *El Salvador*, *Grenade*, *Guatemala*, *Haïti*, *Honduras*, *Jamaïque*, *Mexique*, *Nicaragua*, *Panama*, *Paraguay*, *Pérou*, *République dominicaine*, *Surinam*, *Uruguay*, *Venezuela*. (Au 31 mai 2000 – Les dix-huit États en italique sont ceux ayant reconnu la compétence de la Cour).

question des violations les plus graves à ces droits universels et à la reconnaissance d'un droit de regard mutuel pouvant donner lieu à des sanctions dans l'ordre juridique mondial. Qu'en est-il au juste?

B. La CPI : Un droit de regard mutuel et une vision commune des plus graves violations des droits de la personne par les États parties

1. Le droit de regard mutuel et ses conséquences juridiques

Ce droit de regard mutuel sur des violations les plus graves aux droits de la personne que sont le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité : quatre-vingt-douze (92) États ont décidé de se le conférer en établissant la CPI. Il convient cependant de souligner les limites de ce droit de regard.

Tout d'abord, la Cour ne s'occupe que des crimes qui surviennent après sa mise en œuvre¹⁶. Les États peuvent néanmoins reconnaître, par une déclaration, la compétence de la Cour pour des crimes précis commis sur leur territoire ou par leurs ressortissants. Ils disposent aussi de la possibilité de consentir, toujours par une déclaration, à l'exercice de la compétence de la Cour sur une situation passée¹⁷. Par ailleurs, la compétence *rationae personae* de la Cour est restreinte. La CPI n'a compétence qu'à l'égard des ressortissants de la nationalité d'un pays signataire et à l'encontre des crimes commis sur le territoire d'un pays signataire¹⁸. Ainsi elle ne prend pas la charge des crimes internationaux commis par des ressortissants des pays et dans les pays qui ne sont pas parties au Traité¹⁹. Enfin, si le Conseil de sécurité peut se prévaloir du chapitre VII de la Charte des Nations unies pour soumettre une situation

¹⁶ *Statut de Rome*, précité, note 4, art. 11(1).

¹⁷ *Id.*, art. 12(3) : « Si l'acceptation de la compétence de la Cour par un État qui n'est pas partie au présent Statut est nécessaire aux fins du paragraphe 2, cet État peut par déclaration déposée auprès du greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit. L'État ayant accepté la compétence de la Cour coopère avec celle-ci sans retard et sans exception conformément au chapitre IX ».

¹⁸ *Id.*, art. 12(2).

¹⁹ *Id.*, art. 11(2) : « Si un État devient partie au présent Statut après l'entrée en vigueur de celui-ci, la Cour ne peut exercer sa compétence qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut pour cet État, sauf si ledit État fait la déclaration prévue à l'article 12, paragraphe 3 ».

dans laquelle des violations graves du droit humanitaire ont été commises dans n'importe quel État du monde, il peut tout aussi bien suspendre l'activité de la Cour²⁰.

Ainsi, sous réserve de la saisine de la Cour par le Conseil de Sécurité, la compétence de la CPI sur un inculpé ne peut donc être exercée sans avoir établi préalablement un lien de rattachement entre le prévenu et un État signataire. En bref, le crime doit avoir été commis dans un État signataire par qui que ce soit ou l'auteur doit avoir la nationalité d'un État partie. On ne peut manquer de souligner ici la stratégie agressive des États-Unis depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome de forcer des ententes bilatérales²¹, notamment avec des pays parties, pour leur faire promettre de ne pas acheminer vers la CPI des ressortissants américains se trouvant sur leur territoire. À ce jour, une cinquantaine de pays de par le monde auraient conclu un accord d'immunité en faveur des citoyens américains pouvant se trouver sur leur sol en vertu d'une loi dite de *protection des personnels militaires*²². Les États-Unis auraient entrepris cent quatre vingt (180) démarches de ce genre. Il va sans dire que les pressions exercées sur les pays pour les faire signer ces accords « d'impunité », aux dires de plusieurs, sont importantes et s'expriment en termes économiques, militaires et politiques. Trente cinq (35) États dont

²⁰ *Id.*, art. 16.

²¹ Les accords bilatéraux d'impunité sont libellés comme suit :

« 2. Les ressortissants d'une Partie au Traité présents sur le territoire de l'autre État partie, ne doivent pas, en l'absence du consentement exprès de la première Partie : a) être transférés à la CPI; b) être transférés à une autre entité ou à un pays tiers, dans le but d'être transférés devant la CPI. 3. Lorsque les États-Unis extradent, remettent ou transfèrent une personne ressortissant de l'autre Partie à l'accord vers un pays tiers, les États-Unis s'engagent à ne pas accepter la remise ou le transfert de cette personne à la Cour pénale internationale par le pays tiers, sauf en cas de consentement exprès du Gouvernement de X. 4. Lorsque le Gouvernement de X extradé, remet ou transfère un personne ressortissant des États-Unis d'Amérique vers un pays tiers, le Gouvernement de X s'engage à ne pas accepter la remise ou le transfert de cette personne à la Cour pénale internationale par un pays tiers, sauf en cas de consentement exprès du Gouvernement des États-Unis. Ces accords bilatéraux contiennent une clause additionnelle lorsque le pays n'est pas partie au Statut de Rome et c'est la suivante : Chaque Partie accepte, sous réserve de ses obligations juridiques internationales, de ne pas délibérément faciliter, consentir à ou coopérer aux efforts de toute Partie ou tout État tiers d'extrader, remettre ou transférer une personne ressortissant de l'autre Partie à l'accord à la Cour pénale internationale. »

²² HR4775, « American Service Members' Protection Act » (ASPA).

dix (10) pays de l'Afrique et quatorze(14) de l'Amérique centrale et du Sud voient leur aide militaire et économique réduite ou suspendue parce qu'ils n'ont pas signé d'accord d'immunité. Il en est également ainsi pour neuf (9) pays européens de l'Est et deux (2) pays de la région Asie-Pacifique²³. Tout récemment, le Conseil de l'Europe s'est indigné de ces pressions américaines sur les pays européens de l'Est et les a priés de résister à ce chantage éhonté en dépit des sanctions économiques américaines à leur égard ²⁴.

Les parties au Traité de Rome ont, faut-il le rappeler, promis de coopérer avec la CPI dans les enquêtes et faciliter la mise en accusation des criminels internationaux²⁵. Lorsqu'ils signent un accord d'immunité avec les États-Unis, ils se trouvent donc placés dans une situation de conflits d'obligations internationales²⁶. Les États-Unis sont si convaincus du caractère politique des poursuites éventuelles devant la CPI et du caractère hostile du monde entier à leur endroit qu'ils disent ne pas vouloir exposer leurs nationaux à de fausses accusations et, le cas échéant, qu'ils veulent être les seuls juges des crimes internationaux commis par leurs ressortissants. La CPI est tout de même un tribunal légitime né de la volonté politique d'un très grand nombre d'États souverains qui affirment au surplus la préséance de la compétence des tribunaux nationaux sur les poursuites criminelles relatives aux plus graves violations des droits de la personne. Cette limpidité juridique n'a pas l'heur de rassurer les États-Unis. Bien entendu, un peu de réalisme politique doit nous persuader que l'établissement de la CPI dans l'ordre juridique mondial cause beaucoup

²³ Communiqué de la FIDH, CPI : « Les États-Unis passent à l'acte » : <http://www.fidh.org> (dernière visite : le 13 février 2004).

²⁴ Corine LESNES, « Les États-Unis durcissent leur campagne contre la CPI », *Le Monde*, 3 juillet 2003 et Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1300 (2002), *Risques pour l'intégrité du Statut de la Cour pénale internationale*, point 10.

²⁵ Cf. chapitre IX du Statut de la Cour pénale internationale, « Coopération internationale et assistance judiciaire ». L'article 86 dispose : « Conformément aux dispositions du présent statut, les États parties coopèrent pleinement avec la Cour dans les enquêtes et poursuites qu'elle mène pour les crimes relevant de sa compétence ».

²⁶ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe considère que ces « accord d'immunités ne sont pas acceptables en vertu du droit international régissant les traités ». Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1300 (2002), point 10, précitée, note 24.

de tensions et de tumultes dans les relations diplomatiques internationales. Vu sous l'angle politique, le phénomène des accords bilatéraux autour de la CPI et l'agressivité américaine au sujet du Traité de Rome peuvent être envisagés comme une partie de bras de fer entre le pouvoir style « Far West » et la loi du plus fort à l'américaine d'une part et une oligarchie d'États plus faibles se ralliant aux « bien pensants » de l'Occident d'autre part.

2. La vision commune au sujet des crimes et les nouvelles règles de droit international pénal

L'on peut faire une autre observation au sujet de la compétence matérielle de la Cour pénale internationale. Le Statut de la CPI prend ses distances avec le droit coutumier international en choisissant de circonscrire les crimes dans une définition précise ayant la plupart des caractéristiques attendues d'un texte de loi²⁷. Cette façon de faire est tout à fait louable car elle contribue à mettre fin aux critiques relevant les accrocs au principe de légalité qui collent à la peau du droit international pénal depuis Nuremberg. En effet, pour les pénalistes, laisser la configuration des infractions internationales les plus graves dans le mystère du nébuleux droit coutumier international reste tout à fait critiquable. Affirmer de plus que le droit conventionnel des Traités, élaboré par et pour des États souverains, aurait également créé des crimes imputables à des individus en les rendant punissables de peines non déterminées par ces mêmes Traités et qui sont disparates en raison de la variété répressive des droits pénaux nationaux, cela heurte toujours toutes nos cordes sensibles de juristes de droit pénal²⁸. Les États parties au Traité de Rome ont donc fait des efforts en conférant à leurs textes d'infractions et de peines plus de prévisibilité et de précision pour leurs destinataires et le principe de légalité des délits et des peines se présente sous de meilleurs auspices avec le Statut de la CPI.

²⁷ Il est à noter que le droit international coutumier reste source d'interprétation des infractions et que certaines imprécisions de rédaction peuvent faire l'objet de critiques. Voir Hélène DUMONT, « Quand l'international fait une alliance avec le pénal, assiste-t-on à la naissance d'un droit pénal international génétiquement modifiée? », (2003) 33 *R.D.G.* 133, 135-137.

²⁸ Marc HENZELIN, « Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », dans Marc HENZELIN et Robert ROTH, *Le droit à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 70.

Bien entendu, dans la mesure où les tribunaux nationaux et des tribunaux internationaux *ad hoc* continueront de liquider les atrocités du passé avec le droit international pénal réputé existé au moment où elles ont été commises, les règles d'attribution de la responsabilité pénale internationale n'ont pas fini de se créer dans le flou total. Celles-ci risquent d'être à géométrie variable selon les tribunaux qui les découvriront, nous révéleront à quoi elles ressemblaient au moment des massacres, puis les appliqueront *ex post facto* à quelques responsables pour leur donner une valeur d'éternité. À cet égard, le droit international pénal qui s'élaborera à la CPI est tout à fait bienvenu parce qu'il commence d'un bien meilleur pied au plan juridique.

Les nouvelles règles de droit pénal international résultant du Statut de Rome n'ont pas été conçues, il est vrai, par un législateur mondial qui n'existe pas; mais celles-ci ont été acceptées et voulues communes à quatre-vingt-douze (92) États souverains partenaires du Statut de Rome et elles peuvent devenir le droit éventuellement applicable à tous les États qui y adhéreront par la suite. Leur légitimité est, à notre avis, fort respectable; peut-on vraiment trouver répréhensible que, pour le futur, des États transfèrent à un forum supranational leur compétence territoriale réciproque sur des crimes précis et rendent leurs citoyens redevables devant la CPI selon des règles de droit substantif et de droit procédural qu'ils ont élaborées ensemble? Il est enfin difficile de reprocher à ce tribunal le défaut du TMI de Nuremberg d'être un « tribunal des vainqueurs » puisqu'il s'applique aux pays qui consentent à sa mise en oeuvre. En tout état de cause, si le droit de Nuremberg a été conçu dans l'illégalité, aujourd'hui, la communauté internationale ne remet plus en question la justice de son résultat et accepte volontiers la légitimité de la création de ses crimes contre l'humanité, une catégorie de crimes qu'a bel et bien adoptée et nommée le Statut de Rome.

De plus, les pays parties ont tous promis d'harmoniser leur droit pénal local à ces nouvelles règles de droit international pénal. C'est ce que le Canada a fait d'ailleurs en adoptant sa *Loi sur les crimes de guerre et contre l'humanité*²⁹. Même une harmonisation législative et constitutionnelle tardive de la part des États parties au Statut de Rome, qui n'ont pas toutes les mêmes difficultés d'intégration des règles internationales dans leur droit interne, ne prive pas leurs juges nationaux

²⁹ *Loi sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité*, L.C., 2000, c. 19.

d'interpréter leur droit pénal local de façon évolutive et compatible avec le nouveau droit du Traité de Rome que leur État a par ailleurs ratifié³⁰.

On a souvent manifesté de la méfiance à l'égard du fonctionnement de la CPI et du futur travail d'interprétation des règles de droit international par les juges de la CPI. Souvent les critiques ont été véhémentes de la part des *common lawyers* qui ne peuvent concevoir qu'un système judiciaire soit crédible au plan de la justice s'il est différent du leur au plan procédural. Pourtant les injustices de l'apartheid en Afrique du Sud n'ont sûrement pas eu le rempart de la *common law* et de la procédure adversaire pour être réparées ou dénoncées. D'ordinaire, les injustices ne connaissent pas d'obstacles juridiques quand il n'y a aucune volonté politique de sévir ou de réparer. Si la communauté humaine a une excellente connaissance fondée sur l'intuition, l'histoire et l'expérience des atrocités et injustices laissées impunies, qui peut prétendre savoir comment on peut y mettre fin avec le droit pénal, qui peut affirmer que son système juridique soit d'emblée le meilleur pour mettre fin à l'impunité plutôt que celui que l'on a élaboré à plusieurs dans l'espoir d'y arriver?

Les juges de la CPI, quant à eux, recèlent dans leurs origines toute la diversité des cultures et des traditions juridiques. L'interprétation des nouvelles règles par la CPI sera issue de l'expression de cette diversité et il ne faut pas oublier la loyauté des juges internationaux à leur serment qui les oblige à servir le bien commun et toute la communauté internationale³¹. Ce sont là, en tout réalisme, de fort bonnes qualités

³⁰ Dans les pays monistes, la ratification d'un traité suppose la réception immédiate du droit international dans le droit interne tandis que les pays dualistes comme le Canada doivent faire une démarche législative d'intégrer le droit international dans le droit interne pour qu'il fasse partie du droit interne. Il faut toutefois observer que même les pays monistes se comportent comme des pays dualistes en matière pénale et ils refusent souvent d'appliquer le droit international dans des affaires criminelles s'il n'y pas eu de déclaration législative interne. Voir à ce sujet l'excellent article de M. HENZELIN, *loc. cit.*, note 28. Voir aussi : La Cour pénale internationale, *Manuel de ratification et de mise en œuvre du Statut de Rome*, 2^e éd., mars 2003, Projet conjoint du Centre de Droit et Démocratie et du Centre international pour la réforme du droit criminel et la politique en matière de justice pénale.

³¹ On notera toutefois que les règles présidant à la présentation des candidats demeurent du ressort de chaque État. La Commission nationale consultative des droits de l'homme française s'est ainsi à plusieurs reprises inquiétée de l'absence de règles claires à cet égard. Cf. notamment, CNCDH, *Avis sur la mise en œuvre du Statut de*

professionnelles et conditions situationnelles d'impartialité pour construire le droit international pénal. Constatant que les juges de la CPI ont une qualité d'indépendance à l'échelle internationale que plusieurs n'auraient pas à l'échelle locale sur la matière spéciale à juger, ces juges présentent l'espoir d'une bien meilleure mouture pour le droit international pénal que le *smorgasbord* issu de cinquante ans de pratique sporadique devant quelques tribunaux nationaux et juridictions internationales *ad hoc*.

Les signataires du Statut de Rome se donnent également sept (7) ans pour s'entendre sur une définition du crime d'agression qui soit acceptable à la majorité des deux tiers des États parties et pour fixer les conditions d'exercice de la compétence de la Cour sur celui-ci³². N'oublions pas que la guerre d'agression, un crime contre la paix, constituait l'infraction centrale du procès Nuremberg. Le Statut proclame l'existence juridique de ce crime contre la paix. Même s'il n'est pas défini à l'heure actuelle, certains essaient avec force de mots et artifices de rhétorique d'oublier ce crime emblématique de Nuremberg tellement il recèle un potentiel juridique de rendre injustifiables toutes les guerres. Comment comprendre autrement l'acharnement des États-Unis à qualifier leur guerre à l'Irak à partir d'une nouvelle notion juridique de « guerre préventive » aux fins de la rendre légalement juste; seraient-ils hantés par le spectre de se voir accuser un jour du crime majeur du procès Nuremberg? Comment comprendre la décision de garder à Guantanamo et hors de leur territoire démocratique des Talibans afghans et celle de refuser de les considérer comme des prisonniers de guerre (POW)? Ces prisonniers sont plutôt affublés de l'étiquette de criminels terroristes par l'État de droit américain mais ils n'ont pas de procès, pas de forum civil pour les juger et pas de

la Cour pénale internationale, adopté le 19 décembre 2002. <http://www.commission-droits-homme.fr/> (dernière visite : le 10 février 2004).

³² *Statut de Rome*, précité, note 4, art. 5(2) : « 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 ». Il faut noter que le crime d'agression constituait le crime central des infractions reprochées aux accusés du procès Nuremberg. Le crime était libellé ainsi : art. 6(a) Crimes against peace: namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing.

présomption d'innocence³³. Et quand ces Talibans ont quelques liens avec le monde extérieur, ce serait avec des espions!

Décidément, le vocabulaire de la guerre et celui du droit pénal sont entremêlés et interchangeable à souhait; on fait la lutte au crime de terrorisme avec des guerres à l'axe du mal ou l'on crée le droit humanitaire et pénal qui convient pour faire la guerre qu'on veut. Robert Charvin dans un article intitulé : *Éthique, Cité et Mondialisation*³⁴ dit : « Plus que jamais les mots sont délibérément utilisés sans rigueur par ceux qui ont les moyens de les imposer à la société » et il cite A. de Tocqueville qui soulignait déjà à son époque : « Ce qui jette le plus de confusion dans l'esprit, c'est l'emploi qu'on fait des mots... Tant qu'on n'arrivera pas à les définir clairement et à s'entendre sur la définition, on vivra dans une confusion inextricable, au grand avantage des démagogues et des despotes ».

Qui possède l'objectivité suffisante et l'autorité légitime pour définir un crime contre la paix pour la communauté internationale et qui offrirait pour le XXI^e siècle toute la puissance symbolique du procès Nuremberg après la deuxième guerre mondiale qui a tout de même fait naître le droit pénal international? Quatre vingt douze États ont, en tout cas, fait un pas dans la bonne direction en ratifiant le Traité de Rome qui reconnaît l'existence du crime d'agression et qui promet de le définir pour s'en prendre bientôt aux criminels qui menacent toujours impunément la paix et la sécurité mondiale par leurs guerres d'agression.

Enfin, le Statut énonce une règle que l'on assimile à un grand pas dans la lutte contre l'impunité : en effet, les chefs d'État et autres autorités politiques des pays partenaires au Traité qui commettent des atrocités ne pourront plus invoquer l'immunité de fonction ou leur qualité officielle pour échapper aux poursuites de génocide, de crimes de guerre ou contre l'humanité devant la CPI³⁵. Ainsi, il est désormais possible, au moins sur le plan formel, qu'un chef d'État d'un pays signataire responsable de

³³ Olivier AUDEOUD, « Prisonniers sans droits de Guantanamo », *Le Monde Diplomatique*, avril 2002, 16.

³⁴ Robert CHARVIN, « Éthique, Cité et Mondialisation », dans CRMC, *Éthique et Politique*, Marrakech, 27-28.01.200, p. 2. Il cite à la p. 8, Marx qui ironisait : « Nul ne combat la liberté, on combat tout au plus celle des autres ». Charvin ironise à son tour : « Nul ne combat la morale, on combat tout au plus celle des autres ».

³⁵ *Statut de Rome*, précité, note 4, art. 27.

massacres soit remis à la CPI par son propre État³⁶. Enfin, comme les États signataires ont promis de coopérer avec la CPI, celle-ci peut réclamer un chef en fonction ou déchu et l'État partie qui le détient ou le reçoit, doit procéder à sa remise. On soulignera ici, que si la demande de la Cour concerne un dirigeant d'un État partie, cela ne soulève pas trop de problème³⁷. La situation est en revanche complètement différente si cette demande concerne un dirigeant d'un État non-partie, mais qui aurait commis ou serait responsable de crimes sur le territoire d'un État partie. L'État doit-il se conformer à ses obligations internationales ou bilatérales en matière d'immunités ou se conformer à la demande de la Cour³⁸? L'objet de cette présentation n'est pas de rentrer dans le détail de cette question fort complexe mais il convient toutefois de mettre en lumière qu'elle n'est pas encore tranchée et qu'elle ne manquera pas de soulever d'importants débats³⁹.

Rappelons pour mémoire que l'immunité des chefs d'État est étroitement liée à la notion de souveraineté étatique et qu'elle est justifiée par la nécessité de la fonction⁴⁰. De plus, entre égaux, les États souverains ne se jugent pas mutuellement et réciproquement. À chacun sa

³⁶ *Id.*, art. 58 et 59. Rappelons toutefois que la Cour n'est que complémentaire des juridictions nationales. Elle ne pourra exercer sa compétence qu'après avoir conclu à l'incapacité ou à l'absence de volonté de l'État. Ces critères ne sont pas encore définis.

³⁷ Micaela FRULLI, « Le droit international et les obstacles à la mise en œuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux », dans A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *op. cit.*, note 9, p. 215.

³⁸ C'est ici que se pose toute la question de la validité des accords bilatéraux conclus par les États-Unis en vertu des dispositions de l'article 98 du statut.

³⁹ Cf. Stephen WIRTH, « Immunities, related problems, and article 98 of the *Rome Statute* », (2001) 12 *Criminal Law Forum* 429; Gennady M. DANILENKO, « ICC Statute and Third States », p. 1871-1897, dans CASSESE, GAETA et JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 2, Oxford University Press, 2002; Paola GAETA, « Official Capacity and Immunities » dans CASSESE, GAETA et JONES, « The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary », vol. 1, Oxford University Press, 2003, p. 975.

⁴⁰ « State immunity serves two purposes. The first is the protection of the ability of a state to carry out its functions without external interference. The second—less important—purpose of state immunity is to protect a state's dignity, which may suffer if the sovereign state has to comply with another state's order. It is evident that the more important object of protection, the ability of a state to function, is especially endangered in the case of *mala fide* procedures. » S. WIRTH, *id.*, 431.

souveraineté, pourrait-on dire. L'histoire fournit cependant de nombreux exemples pour affirmer que cette immunité nécessaire a été synonyme d'impunité pour des atrocités sans nom. L'idée de la levée de l'immunité des chefs d'État responsables de crimes internationaux s'est construite juridiquement de deux façons au cours du XX^e siècle : d'abord dans les instruments internationaux, le Traité de Versailles après la Première guerre mondiale, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, puis dans les statuts des tribunaux internationaux, la Charte du tribunal de Nuremberg et celui de Tokyo, les statuts du TPIY (Yougoslavie) et du TPIR (Rwanda). Le TPIY a ainsi estimé que « les individus sont personnellement responsables, quelles que soient leurs fonctions officielles, fussent-ils chefs d'État ou ministres »⁴¹. L'article 27 confirme dorénavant la règle qu'un chef d'État ne peut se soustraire à sa responsabilité en alléguant qu'il a agi au nom d'un État. En commettant des crimes visés par le Statut, il outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international : sa souveraineté est criminelle aux yeux du droit international. L'on pourrait même avancer la thèse que le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité constitueraient aussi des actes de trahison à l'échelle du droit national⁴².

⁴¹ *Le procureur c. Anto Furundzija*, jugement du 10 décembre 1998, par.140 :

« Les règles du droit international conventionnel et coutumier évoquées plus haut font peser des obligations sur les États et d'autres entités dans les conflits armés, mais elles visent au premier chef les actes des individus, notamment les agents de l'État ou, plus généralement, les responsables officiels d'une Partie au conflit ou encore les individus agissant à l'instigation ou avec le consentement exprès ou tacite d'une Partie au conflit. Tant les règles du droit coutumier que les dispositions des traités applicables en période de conflit armé interdisent tout acte de torture et précisent que ceux qui s'y livrent en sont comptables personnellement devant les juridictions pénales. Comme le Tribunal militaire international de Nuremberg l'a fait observer en termes généraux, « [L]es infractions en droit international sont commises par des hommes et non par des entités abstraites. Ce n'est qu'en punissant les auteurs de ces infractions que l'on peut donner effet aux dispositions du droit international ». Les individus sont personnellement responsables, quelles que soient leurs fonctions officielles, fussent-ils chefs d'État ou ministres. L'article 7(2) du Statut et l'article 6(2) du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (« TPIR ») sont indiscutablement du droit international coutumier ».

⁴² Cette thèse pourrait être développée pour mettre fin à l'immunité du chef d'État en fonction devant les tribunaux nationaux de son propre pays. Michel Cosnard estime qu'« [o]n pourrait toujours avancer que le flou des incriminations contenues dans certaines constitutions – prévoyant les cas de haute trahison – pourraient être interprétées comme incluant les crimes graves de droit international ». Il précise toutefois que « seul l'article 26 de la Loi fondamentale de la R.F.A., prévoyant la

L'article 27 du Traité constitue un des points d'achoppement les plus importants entre les États parties et les États non-parties. Selon Gennady M. Danilenko⁴³, la possibilité que les États puissent, en vertu du Statut de Rome, lever les immunités personnelles accordées au chef d'État est l'une des principales préoccupations des États non-parties. Un commentateur mentionnait devant le Sénat américain : « Our main concern from the US perspective is not that the prosecutor will indict the occasional US soldier who violates our own values and laws and his or her military training and doctrine by allegedly committing a war crime. Our main concern should be for the President, the cabinet officers on the National Security Council, and other senior leaders responsible for our defence and foreign policy »⁴⁴.

En résumé, au strict plan de sa compétence sur les personnes ayant commis les crimes internationaux les plus graves, l'établissement de CPI prévoit un mécanisme réel mais limité de mettre fin à l'impunité dans l'ordre juridique international.

II. DEUXIÈME PARADOXE : PRÉSENCE DE LA JUSTICE NATIONALE SUR LA JUSTICE INTERNATIONALE ET SI C'ÉTAIT LE CONTRAIRE ?

La petite histoire raconte que l'on n'aurait pas réussi à avoir le nombre suffisant de signatures si le Traité de Rome confiait une compétence première à la CPI comme on l'a fait pour les tribunaux *ad hoc* (TPIY) (TPIR)⁴⁵. Les États parties au Traité de Rome ont par conséquent convenu que la compétence de la CPI serait complémentaire à la leur⁴⁶.

responsabilité pénale pour des actes susceptibles de troubler la coexistence pacifique, peut se prêter à une telle interprétation ». Michel COSNARD, « Les immunités du chef d'État », S.F.D.I. « Colloque de Clermont-Ferrand – Le Chef d'État et le droit international », Pedone, 2002, p. 202-203.

⁴³ *Loc. cit.*, note 39, aux pages 1884 et 1885.

⁴⁴ Voir Hearing on the Creation of an International Criminal Court before the Subcommittee on International Operations of the Committee on Foreign Relations, US Senate, 105th Congress, at 30 (statement of J. Bolton), cité par G.M. DANILENKO, *loc. cit.*, note 39.

⁴⁵ Philippe KIRSCH, « Les enjeux et les défis de la mise en œuvre de la Cour pénale internationale permanente », dans Les Journées Maximilien-Caron 2003, *La voie vers la Cour pénale internationale : tous les chemins mènent à Rome*, Montréal, Éditions Thémis, 2004.

⁴⁶ *Statut de Rome*, précité, note 4, art. 1 : « Il est créé une Cour pénale internationale en tant qu'institution permanente, qui peut exercer sa compétence à l'égard des

A. La complémentarité : la CPI peut-être première plus souvent qu'on ne le pense

En fait, la Cour offre une alternative à l'exercice de la juridiction nationale et entre en opération seulement si un État partie n'a ni la volonté, ni la capacité de mener des poursuites à terme⁴⁷ ou dénature l'exercice de sa compétence nationale en la matière en octroyant aux génocidaires et autres criminels du genre, de façon factice, partielle ou sans examen, des acquittements, peines injustifiées, classements sans suite ou amnisties en autant que ces situations ne mettent en cause la règle *non bis ibidem*. La Cour prend aussi la relève si le système pénal du pays compétent est effondré au point de ne pouvoir mener à bien les procédures⁴⁸.

personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, au sens du présent Statut. Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales.[...] ».

⁴⁷ *Id.*, art. 17(1) : « 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 la compétence en l'espèce, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener 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; c) La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet d'une plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3 (non *bis ibidem*); d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite ».

⁴⁸ *Id.*, art. 17(2) : Pour déterminer s'il y a manque de volonté de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou plusieurs des circonstances suivantes : a) La procédure a été engagée ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visée à l'article 5; b) La procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée; c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée. 3) Pour déterminer s'il y a incapacité de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère si l'État est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure.

« Pour qu'un État soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites, il est nécessaire de démontrer « l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ». On distingue trois situations où il sera estimé qu'un État n'a pas la volonté de mener à bien les poursuites : lorsque la procédure a été engagée dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale; lorsque la poursuite a subi un retard injustifié; ou lorsque la procédure n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante et impartiale ». ⁴⁹

1. Bilan au sujet de l'exercice de la compétence des tribunaux nationaux sur les crimes internationaux

Mais la CPI sera-t-elle en chômage puisque les cours nationales ont préséance sur elle pour juger le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité? Avec la CPI, a-t-on un nouveau gendarme pour la planète ou un héros d'opérette? Examinons la compétence des tribunaux nationaux en la matière et l'exercice qu'ils en ont fait jusqu'à maintenant.

Rien n'empêche un État, qu'il soit signataire ou non du Traité de Rome, de poursuivre devant ses propres tribunaux un criminel qui a commis un génocide, des crimes de guerre ou contre l'humanité en agissant, selon le cas, en vertu de la territorialité du crime (compétence territoriale), de la nationalité de l'auteur ou de la victime (compétence personnelle active ou passive). Par exemple, le juge espagnol Garzon a institué plusieurs poursuites contre des Chiliens et des Argentins pour des crimes contre l'humanité et pour des génocides qui avaient pour victimes des Espagnols⁵⁰. La Belgique a ouvert plusieurs dossiers d'instruction concernant le massacre de plusieurs ressortissants belges lors du génocide rwandais⁵¹ et la Cour d'Assises de Bruxelles a d'ailleurs condamné quatre Rwandais pour de tels crimes⁵².

⁴⁹ K.I. LEE, *loc. cit.*, note 9, à la page 467.

⁵⁰ Richard J. WILSON, « Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law », (1999) 21 *Hum.Rts.Q.* 946.

⁵¹ Damien VANDERMEERSCH, « Compétence universelle et immunités en droit international humanitaire – la situation belge », dans M. HENZELIN et R. ROTH, *op. cit.*, note 28.

⁵² *Ministère public c. Ntezimana*, Cour d'Assises, Bruxelles, juin 2001.

Bien avant l'établissement de la CPI, des États, signataires ou non signataires du Traité de Rome, ont aussi assujetti devant leurs tribunaux des criminels accusés de crimes de guerre et contre l'humanité les plus graves à un quelconque endroit dans le monde en se fondant sur la prétendue compétence universelle de leurs cours nationales⁵³ et en l'exerçant sur des crimes commis à l'étranger, par des étrangers, sur des étrangers. Comme le suggèrent S. Williams et J. Castel⁵⁴, il serait de l'essence d'un crime de droit international de relever de la compétence de tous les États. Sur ce point précis, le droit international nous offre le dilemme de la poule et de l'œuf : lequel vient en premier? La compétence universelle des tribunaux nationaux ou le crime international. Quoiqu'il en soit, Israël a poursuivi *Eichmann*⁵⁵, les États-Unis ont entendu la cause *Demjanjuk*⁵⁶, l'Australie celle de *Polyukhovich*⁵⁷ et les tribunaux canadiens se sont considérés compétents dans l'affaire *Finta*⁵⁸, la Grande Bretagne a fait état de la compétence universelle de ses tribunaux dans

⁵³ André HUET et Renée KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 1993, p. 190 et 191 : « La juridiction universelle est un système donnant vocation aux tribunaux de tout État sur le territoire duquel se trouve l'auteur d'une infraction pour connaître de cette dernière et ce, quels que soient le lieu de perpétration de l'infraction et la nationalité de l'auteur ou de la victime. »

⁵⁴ Sharon A. WILLIAMS et J.G. CASTEL, *Canadian criminal Law: International and Transnational aspects*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 137 et suiv.

⁵⁵ *Attorney General of the Government of Israel c. Eichmann*, 36 ILR 1962 (Cour suprême d'Israël), 300 : « Not only do all crimes attributed to the appellant bear an international character, but their harmful and murderous effects were so embracing and widespread as to shake the international community to its very foundations. The State of Israel therefore was entitled, pursuant to the principle of universal jurisdiction and in the capacity of a guardian of international law and an agent for its enforcement, to try the appellant. That being the case, no importance attaches to the fact that the State of Israel did not exist when the offences were committed. »

⁵⁶ *Demjanjuk c. Petrovsky*, 776 F.2d 571 (US Court of Appeal, 6th cir.), 31 octobre 1985, A.J.I.L., vol. 80, 1986, 571 : « Some crimes are so universally condemned that the perpetrators are the enemies of all people. Therefore, any nation which has custody of the perpetrators may punish them according to its law. »

⁵⁷ *Polyukhovich c. The Commonwealth of Australia and another*, (1991) 172 C.L.R. 501 (FCA 91/26), par. 659 : « Universal jurisdiction permits jurisdiction to be exercised over a limited category of offences on the basis that the offender is in the custody of the prosecuting state. The jurisdiction is based on the notion that certain acts are so universally condemned that regardless of the situs of the offence and the nationality of the offender or the victim, each state has jurisdiction to deal with perpetrators of those acts ».

⁵⁸ *R. c. Finta*, [1994] R.C.S. 701.

l'affaire *Pinochet*⁵⁹. Le droit international reconnaît la compétence universelle des tribunaux nationaux en matière de génocide, de crimes de guerre, et de crimes contre l'humanité les plus graves et explique qu'elle serait tantôt le résultat de la coutume internationale (*jus cogens*), tantôt affirmée dans des conventions auxquelles tout le monde adhère, et souvent reconnue par voie législative par un très grand nombre d'États souverains⁶⁰. Le Canada a d'ailleurs reconnu dans sa *Loi sur les crimes de guerre et contre l'humanité* qu'il avait en cette matière une compétence territoriale, une compétence personnelle active et passive et qu'il se reconnaissait aussi une compétence universelle sur le génocide, les crimes de guerre et contre l'humanité⁶¹. La seule condition généralement admise pour l'exercice de cette compétence universelle des tribunaux canadiens serait la présence du criminel sur le territoire pour tenir le procès⁶², mais le Canada pourrait ouvrir une enquête sans que le suspect ne soit sur son territoire⁶³. Par contre, quand il s'agit de vérifier si le droit pénal interne d'un État donné fait siennes les règles internationales en matière de compétence universelle pour ses propres tribunaux, la réponse varie selon le pays concerné; elle dépend à la fois de sa méthode d'intégration du droit international et des réserves faites à son endroit dans le droit interne et elle varie en fonction de la plus ou moins grande réceptivité de la coutume et des traités dans les schèmes juridiques de références des juges locaux.

⁵⁹ R. c. *Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, 24 mars 1999, 38 ILM 581 (1999).

⁶⁰ Éric DAVID, « Une règle à valeur de symbole » dans *La Belgique, justicier de ce monde?*, p. 12. À la page 13, l'auteur cite une étude d'Amnistie Internationale dans laquelle on affirme que 125 États ont légiféré et se reconnaissent une compétence universelle.

⁶¹ L.C., 2000, c. 24, art. 6-8.

⁶² La compétence universelle dont s'est dotée la Belgique a fait couler beaucoup d'encre parce qu'elle n'exigeait pas la présence du suspect sur le territoire pour ouvrir une instruction. La loi belge présentait deux autres caractéristiques particulières, celle de pouvoir ouvrir une enquête par la plainte de victimes et celle de pouvoir juger par contumace. C'est ce qui explique l'ouverture d'une instruction contre le Premier ministre d'Israël Sharon pour le massacre de Sabra et Shatila, les plaignants se trouvant des héritiers de victimes civiles. La Belgique a cependant récemment revu sa loi et atténué la portée universelle de sa loi nationale. Voir à cet effet Rachel Crivellaro, « Le Sénat enterre la justice universelle », *La Libre Belgique*, 1^{er} août 2003, sur le site du journal : http://www.lalibre.be/article.phtml?id=10&subid=90&art_id=127314, (dernière visite : le 5 mars 2004).

⁶³ L.C. 2000, c. 24, art. 9(1).

À première vue, il demeure que compétence des tribunaux nationaux sur les crimes internationaux paraît plus étendue que la compétence de la CPI qui un exige lien de rattachement de l'accusé avec un pays signataire. Les cours étatiques peuvent en effet se saisir de ressortissants de pays qui ne sont pas parties au Statut qui auraient commis des crimes internationaux les plus graves à un quelconque endroit dans le monde avant ou après l'entrée en opération de la CPI⁶⁴. En reconnaissant la priorité des tribunaux nationaux de juger les crimes internationaux qui constituent une atteinte grave à toute l'humanité, le Statut ne modifie pas leur compétence territoriale, personnelle ou universelle en la matière, il ne fait que circonscrire et préciser les conditions d'exercice de sa propre compétence.

Au XX^e siècle, faut-il le préciser, des millions de civils sont morts par suite de guerres horribles produisant autant de génocides, de crimes de guerre et contre l'humanité que de victimes innocentes et on s'accorde pour dire que presque tous les responsables de ces atrocités ont bénéficié de l'impunité. Les États souverains ne se seraient donc jamais bousculés au portillon pour exercer de façon régulière et continue leur compétence universelle en la matière⁶⁵. Peu d'États s'estiment l'ange gardien de l'ordre juridique international. L'affaire Pinochet est à cet égard exemplaire par le nombre de tribunaux nationaux en mesure de le juger et pourtant, il n'y a pas eu de procès. Un tribunal anglais sur le territoire duquel se trouvait Pinochet pour obtenir des soins médicaux, a estimé que Pinochet pouvait être extradé vers l'Espagne qui le réclamait pour des actes de torture contre des victimes espagnoles mortes au Chili et a décidé qu'il ne pouvait réclamer l'immunité de chef d'État puisqu'il n'était plus en fonction⁶⁶. Pinochet a cependant été renvoyé au Chili par suite de l'avis ministériel anglais qu'il était devenu inapte à subir un procès pour cause

⁶⁴ Marc HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international – Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité*, Facultés de droit de Genève, Bale, Munich, Helbing et Lichtenhahn, Bruxelles, Bruylant, 2000.

⁶⁵ Comme le rappelle M. PENROSE, « the practice of states—including the United States, Spain, Belgium, Switzerland, France, the United Kingdom and, now, Senegal—suggests that despite the clear language, compliance is rare ». Margaret PENROSE, « It's Good to be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Head of State Under international Law », 39 *Colum. J. Transnat'L.* 193, 217.

⁶⁶ *R. c. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, précité, note 59. Voir aussi pour la chronologie des événements, *The Pinochet case: Timeline*, Tuesday, 25 July, 17:12 CMT 18; 12 UK.

de démente. Pinochet pouvait donc reprendre la route du bercail sans être extradé vers l'Espagne. Les autorités chiliennes ont par la suite examiné la question de poursuivre l'ex dictateur pour des actes de torture contre ses concitoyens devant un forum national, le plus naturel pour le juger⁶⁷, mais les procédures n'ont jamais été entamées contre ce tortionnaire devenu sénile prétendument.

Sans traiter de la très grande controverse politique autour de l'affaire Pinochet, disons que celle-ci pouvait donner du fil à retordre à tout juge national saisi du problème. En effet, dans une affaire semblable, il était difficile de reconnaître le droit international et national applicable, compte tenu de l'enchevêtrement des compétences nationales en cause : la compétence universelle du tribunal anglais, la compétence personnelle passive des juridictions espagnoles et la compétence territoriale des tribunaux chiliens et la compétence tous azimuts de la Belgique qui s'est immiscée dans le débat judiciaire à un moment donné. De plus, on avait les difficultés suivantes : des règles d'extradition mêlant le politique et le juridique, l'absence de précédents, le caractère imprécis et obscur du droit international applicable, de très grandes variations étatiques de son intégration en droit interne, un débat sur l'immunité de chef d'État réclamée par un Pinochet à la retraite pour ne pas être soumis à une juridiction étrangère, et beaucoup de Chiliens préférant l'oubli, ... bref, ce n'était donc pas simple de juger Pinochet devant le bon tribunal national selon les bons principes et les bonnes règles. C'eût été plus facile, aurait-on pour autant trouver un État prêt à le juger? Enfin, il y a eu si peu de procès semblables dans les annales judiciaires de la dernière moitié du XX^e siècle que les systèmes de droit pénal étatique n'ont même jamais eu à élaborer des principes pour résoudre les conflits de loi en cette matière comme le droit international privé le fait depuis fort longtemps.

Par ailleurs, les tribunaux nationaux se sont adonnés encore plus rarement à l'exercice de juger leurs concitoyens responsables de crimes de guerre et contre l'humanité dans des cas où leur compétence territoriale ou personnelle ne faisait pas l'ombre d'un doute. L'on comprend aisément pourquoi : les génocidaires restent au pouvoir, les juges sont complètement inféodés au pouvoir en place, les tribunaux sont dysfonctionnels, la

⁶⁷ Cesare BECCARIA estimait que « le lieu du châtement ne peut être que le lieu du délit, attendu que c'est là et non ailleurs qu'existe l'obligation de sévir contre un particulier pour défendre le bien public » Voir à cet effet : *Des délits et des peines*, Genève, Droz 1965, Chap. XXIX, p. 55.

justice pénale inexistante ou corrompue, le peuple partage les justifications disculpatoires du pouvoir officiel au sujet des crimes commis ou préfère tout simplement les oublier. Bien des génocidaires et des tortionnaires de ce monde, comme Pinochet, malgré l'avènement de la CPI, seront encore capables de mourir bien au chaud dans leur lit, s'ils proviennent et restent dans un pays non parties au Traité de Rome. La CPI ne peut s'en saisir en droit et le forum autochtone ne peut le faire en fait⁶⁸. Au mieux, les a-t-on peut-être condamnés à ne plus voyager.

La souveraineté et l'égalité des États et le principe corollaire de non ingérence dans les affaires internes d'un autre État⁶⁹ sont généralement allégués pour expliquer le non exercice de la compétence universelle des cours nationales et la pénurie de cas d'espèce. Mais d'autres raisons, plus importantes peut-être, expliquent également le non usage de la compétence universelle des tribunaux nationaux. Ces raisons sont les suivantes : 1° le manque d'intérêt d'un État souverain de réprimer les atteintes à un ordre public qui n'est pas le sien⁷⁰, 2° la réticence des procureurs d'engager le budget national des poursuites publiques à des poursuites externes fussent-elles internationales et communes à toute l'humanité, 3° l'existence de régimes opportunistes de poursuites criminelles dans la plupart des États souverains qui endossent très rarement l'idée d'une obligation de poursuivre dans leur ordre juridique interne malgré la signature de certains traités à l'effet contraire⁷¹ et 4° le contexte très politisé des crimes internationaux qui risque de perturber les relations diplomatiques du pays qui s'engage à poursuivre des hauts responsables d'un État étranger ayant violé le droit pénal international. Ces considérations risquent de prévaloir encore malgré l'existence d'une Cour pénale internationale d'une part, et en dépit de la confirmation législative

⁶⁸ Le Conseil de sécurité, bien entendu, pourrait faire ce qu'il a fait pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.

⁶⁹ Joe VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel? Quelques observations », *Annuaire français de droit international*, XLV-1999-CRNS Éditions, Paris, p. 65 : « On dit classiquement que la souveraineté répugne à toute punition ».

⁷⁰ *Ibid.*, p. 67.

⁷¹ *Conventions de Genève* du 12 août 1949 et leur *Premier protocole additionnel*, art. 49/I, 50/II, 146/IV, Protocole I, art. 85; *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Doc. ONU A/Rés./ 39/46, art. 5, par. 2.

de la compétence universelle des tribunaux internes de plusieurs États souverains d'autre part⁷².

À d'autres égards, il existe peut-être une certaine sagesse, d'autres diront de la flagornerie, de la part d'un État souverain qui ne ferait rien devant ses tribunaux internes pour s'en prendre aux génocidaires de la planète. Peut-t-on par exemple reprocher au Canada de préférer s'associer à l'indignation de sa société civile au sujet des injustices innombrables laissées impunies dans le monde d'aujourd'hui mais de ne rien faire au plan judiciaire? Des décisions du Canada de poursuivre dans quelques affaires particulières risquent-elles d'enterrer des scandales de l'impunité avec un non-lieu judiciaire officiel résultant de l'impossibilité réelle de recueillir la preuve des accusations devant ses instances locales⁷³?

Voilà donc un ensemble de raisons constituant de véritables empêchements au fonctionnement des cours nationales en matière de crimes internationaux les plus graves qui ont néanmoins une compétence universelle reconnue pour les prendre en charge. Hélas, toutes ces explications montrent également une absence de solidarité mondiale entre les États souverains et un manque d'entraide mutuelle pour s'en prendre efficacement à des crimes qui portent pourtant atteinte à toute la communauté internationale. Sans contredit, cela illustre aussi la primauté de la poursuite égoïste des intérêts individuels des États souverains au détriment du bien commun de toute l'humanité. Pourtant, dans des sociétés solidaires, prendre en charge les problèmes d'autrui, cela a toujours été considéré dans l'intérêt commun. Par ailleurs, le développement du droit pénal international est, au moins en partie, une leçon du constat que les crimes internationaux, concernent l'ensemble de l'humanité. C'est tout de même troublant que la société mondiale que l'on veut construire parte du principe que la satisfaction des intérêts individuels contradictoires produit inéluctablement le bien commun. Ce principe de l'économie mondiale a de quoi faire tourner dans sa tombe Durkheim, le père de la sociologie moderne, qui a montré que le tout était plus que la somme de ses parties. Même John Nash, le mathématicien mieux connu par le film « A Beautiful Mind » et Prix Nobel d'Économie, a fait une

⁷² Pour le Canada, voir la *Loi sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité*, précitée, note 29.

⁷³ « Un délit d'Immodestie? » Entretien avec Benoît de Jemeppe, procureur du Roi de Bruxelles, propos recueillis par Annemie Schaus et Pascale Vielle publié dans *La Belgique, justicier de ce monde?*

démonstration fascinante selon laquelle les principes de coopération produisent, selon des modèles mathématiques appliqués aux groupes, de meilleurs résultats que des principes de compétition.

Convenons enfin si l'on veut mettre fin à l'impunité des principaux responsables de génocide, de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité qu'il faut absolument s'en prendre aux têtes dirigeantes des États à l'origine des massacres les plus horribles de l'histoire de l'humanité. Jusqu'à ce jour, ce sont des fora internationaux seulement qui ont réussi à le faire. Que l'on pense d'abord à Nuremberg, ensuite au TPIY qui juge Milosevic en ce moment. Entre ces deux moments de l'histoire où le statut international en cause exclut explicitement la défense d'immunité de fonction, il n'y a pour ainsi dire jamais eu⁷⁴ de tribunal national qui a condamné un chef d'État en fonction pour des génocides, crimes de guerre et contre l'humanité. La France n'a pas réussi avec une poursuite contre Khadafi⁷⁵ accusé de complicité suite à l'attentat perpétré contre un appareil DC 10 de la Compagnie UTA qui a causé la mort de cent soixante dix personnes au-dessus du Niger. La Cour de Cassation s'est ainsi prononcée : « *Attendu qu'en l'état du droit international, le crime dénoncé, quelle qu'en fut la gravité, ne relève pas des exceptions au principe de l'immunité de juridiction des chefs d'État étranger en exercice* ». Dans un commentaire de l'arrêt, J.-F. Roulot émet l'opinion suivante : S'il y avait matière à répression criminelle, par respect de la souveraineté libyenne qui confère à son chef d'État une immunité de fonction, cette accusation ne pouvait se matérialiser que de deux manières, soit devant un tribunal libyen (une option tout à fait improbable) ou devant une cour internationale (qui n'existait pas)⁷⁶. Une autre affaire mettant en cause la Libye, celle de la Pan Am à Lockerbie, a par ailleurs illustré que la poursuite de certains criminels devant des juridictions nationales, soupçonnées de partialité, se heurtaient à de nombreux obstacles et pouvaient même susciter des différends entre États et donner lieu à

⁷⁴ À notre connaissance, le seul cas où des poursuites par un État ont été à l'encontre des dirigeants en exercice étrangers fut le procès yougoslave à l'encontre des dirigeants des pays de l'OTAN pour les bombardements de 1999 en ex-Yougoslavie. Voir l'article de M. PENROSE, *loc. cit.*, note 65, 217.

⁷⁵ Arrêt *Kadhafi*, arrêt n° 1414 du 13 mars 2001, Cour de cassation-Chambre criminelle.

⁷⁶ Voir pour plus de développement : J.-F. ROULOT, « La coutume du droit international pénal et l'affaire Khadafi », *Recueil Dalloz* 2001, p. 2631.

l'imposition de sanctions par le Conseil de sécurité⁷⁷. La Libye vient tout récemment de se remettre au mieux avec la communauté internationale depuis que la Fondation caritative Kadhafi a fait des dédommagements aux héritiers des victimes de ces deux attentats terroristes sans que par ailleurs le colonel Kadhafi n'admette une quelconque responsabilité⁷⁸.

On peut faire état d'autres poursuites nationales désastreuses au chapitre de la fin de l'impunité comme au chapitre des relations diplomatiques. Une autre affaire, celle intentée au Sénégal contre Hissène Habré, ancien dictateur du Tchad déchu depuis 1990, a donné lieu à l'annulation des procédures d'inculpation. Quelques ONG avaient déposé une plainte pénale contre lui avec constitution de partie civile et il fut accusé pour des crimes contre l'humanité, des actes de torture et de barbarie commis dans son pays. Ses avocats ont fait notamment valoir avec succès l'incompétence des pouvoirs judiciaires sénégalais pour le juger, le droit interne ne connaissant pas le principe de l'universalité, et l'absence de fondement à la poursuite étant donné que le droit sénégalais ne connaissait pas la catégorie des crimes contre l'unanimité et que les faits étaient antérieurs à la signature de la Convention sur la torture par le Sénégal⁷⁹.

Quoiqu'on dise au sujet de la bonne ou mauvaise interprétation du droit international par des instances nationales, ces décisions que l'on vient d'évoquer, illustrent la difficulté pour des juges nationaux de régler une affaire soumise à leur attention avec d'autres règles que les règles familières de leur droit interne. D'entrée de jeu, le droit pénal interne répugne à l'idée de juger des étrangers, ayant commis leurs crimes sur des étrangers et à l'étranger; ce n'est pas dans ses habitudes. Si on ajoute à cela le fait que le droit coutumier international reconnaît l'immunité découlant de la qualité officielle de chef d'État devant les cours nationales, des chefs d'État en fonction sont à l'abri de poursuites criminelles durant leurs fonctions devant un tribunal étranger. La Cour internationale de justice (CIJ) a rendu récemment un arrêt dans l'affaire *Congo c.*

⁷⁷ Mohamed BENNOUNA, « La Cour pénale internationale », chapitre 59, dans Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET, *Droit international pénal*, CEDIN Paris X, Éditions A. Pedone, 2000, p. 736.

⁷⁸ Mouna NAÏM, « Colères, dialogues, menaces, pressions politiques : deux ans de dures négociations avec les familles », *Le Monde*, 10 janvier 2004.

⁷⁹ M. HENZELIN, *op. cit.*, note 64.

*Belgique*⁸⁰ et le jugement fait référence à l'immunité qui s'attache à un gouvernant étranger et confirme qu'elle fait toujours obstacle aux poursuites nationales en matière de crimes contre l'humanité. Selon la Cour internationale de Justice, un ministre des affaires étrangères en exercice ne peut être accusé que si l'État dont il est le représentant lève son immunité ou s'il doit répondre de ses actes devant une juridiction internationale⁸¹.

À court et à moyen terme, c'est donc devant un forum international que l'on peut en pratique mieux réussir à mettre fin à l'impunité des principaux responsables de génocide, de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité. Les tribunaux nationaux jusqu'à ce jour n'ont pas eu la volonté de le faire, n'ont pas eu la capacité juridique ou matérielle de le faire ou l'ont fait de façon on ne peut plus douteuse et discutable. Ce sont là les conditions suffisantes pour que la CPI prenne la relève et entre en opération, en tant que tribunal complémentaire de tribunaux nationaux « incapables » ou n'ayant pas la « volonté »⁸² de combattre l'impunité...

⁸⁰ *Congo c. Belgique*, C.I.J., arrêt du 14 février 2002, Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000.

⁸¹ « Ils ne bénéficient, en premier lieu, en vertu du droit international d'aucune immunité de juridiction pénale dans leur propre pays et peuvent par la suite être traduits devant les juridictions de ce pays conformément aux règles fixées en droit interne.

En deuxième lieu, ils ne bénéficient plus de l'immunité de juridiction à l'étranger si l'État qu'ils représentent ou ont représenté décide de lever cette immunité.

En troisième lieu, dès lors qu'une personne a cessé d'occuper la fonction de ministre des affaires étrangères, elle ne bénéficie plus de la totalité des immunités de juridiction que lui accordait le droit international dans les autres États. À condition d'être compétent selon le droit international, un tribunal d'un État peut juger un ancien ministre des affaires étrangères d'un autre État au titre d'actes accomplis avant ou après la période pendant laquelle il a occupé ces fonctions, ainsi qu'au titre d'actes qui, bien qu'accomplis durant cette période, l'ont été à titre privé.

En quatrième lieu, un ministre des affaires étrangères ou un ancien ministre des affaires étrangères peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes » : *Congo c. Belgique*, C.I.J., arrêt du 14 février 2002, Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000. (paragraphe 61) ».

⁸² *Statut de Rome*, précité, note 4, art. 17.

2. Le Canada et la CPI

Même si le Canada entretient de bons sentiments humanitaires comme il s'est plu à le démontrer en signant le Traité de Rome, on peut réellement se demander s'il ne s'est pas plutôt lavé les mains en se délestant de l'obligation morale (certains la qualifieraient de juridique⁸³) de poursuivre éventuellement devant ses tribunaux des responsables de génocides, de crimes de guerre et contre l'humanité qui pourraient se retrouver sur son territoire. En effet, cela peut être soutenu à partir de l'examen de la *Loi récente sur les crimes de guerre et contre l'humanité*⁸⁴. Le législateur canadien exige, et cela est conforme à l'esprit du droit international au sujet de la compétence universelle et du droit canadien sur l'exigence de la présence de l'accusé à son procès, que la personne soupçonnée de crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité soit sur son territoire pour l'assujettir à la procédure d'accusation au Canada qui ne peut pas être par contumace⁸⁵. Si techniquement, l'on peut ouvrir une enquête sur un suspect qui ne se trouve pas au Canada, les poursuites à l'égard de ces infractions sont de toute façon subordonnées au consentement personnel du procureur général ou du sous-procureur général du Canada⁸⁶ de sorte que les victimes de ces crimes, leurs héritiers ou des ONG les représentant ne peuvent déclencher la poursuite pénale. Bref, l'on doit comprendre par l'exigence de ce consentement personnel du procureur général, que les autorités politiques veulent conserver la mainmise sur de telles poursuites. La réticence à poursuivre les crimes de guerre et contre l'humanité devant les cours canadiennes est bel et bien réelle.

⁸³ Comme on en a fait mention précédemment, le Canada a signé des conventions internationales qui prévoient une obligation de poursuivre des étrangers qui se trouvent sur son territoire qui ont commis à l'étranger, sur des étrangers, des crimes visés par la convention. On traduit généralement cette obligation dans la maxime « *aut dedere aut judicare* » : poursuivre ou extraditer. Dans les pays de tradition dualiste, une obligation internationale exige son intégration dans le droit interne par voie législative pour devenir coercitive. Le Canada ne semble pas avoir intégré une pareille obligation de poursuivre dans son droit pénal interne lequel repose pour l'essentiel sur une opportunité ou discrétion de poursuivre.

⁸⁴ Précitée, note 29.

⁸⁵ *Id.*, art. 9(2).

⁸⁶ *Id.*, art. 9(3).

Le Canada préfère certainement agir en Ponce Pilate si, de plus, l'on fait le lien entre sa *Loi sur les crimes de guerre et contre l'humanité* et sa politique fondée sur la méfiance de l'étranger en matière d'immigration et d'accueil de réfugiés depuis le 11 septembre 2001. On imagine que le Canada, en filtrant de façon plus pointilleuse l'entrée de ses nouveaux arrivants ou en les expulsant préventivement, évite le dilemme de poursuivre ou de ne pas poursuivre des criminels soupçonnés de crimes de guerre et contre l'humanité devant ses propres tribunaux. D'ailleurs la politique canadienne de refoulement d'arrivants étrangers sur la base de tels soupçons est notoire et bien antérieure au 11 septembre; elle est tout à fait représentative du réflexe « pas dans ma cour ». En tout état de cause, si ses institutions carcérales se vident d'un certain pourcentage de prisonniers de droit commun parce que la criminalité décroît, elles se remplissent d'étrangers détenus sans avoir commis de crimes et qui sont en attente de statut de « personne libre » au Canada⁸⁷. Si les mailles du filet contrôlant l'arrivée d'étrangers sur son sol s'avéraient trop larges et si le Canada acceptait, malgré lui, des criminels soupçonnés de génocide, de crimes de guerre et contre l'humanité, il pourrait fort bien remettre à la CPI tous ceux sur lesquels la Cour internationale peut exercer sa juridiction. Quant aux autres, le Canada pourrait les extraditer vers le pays qui offre le meilleur forum pour les juger et finalement, se résoudre à poursuivre le reliquat : ceux qu'il faut absolument poursuivre pour ne pas se faire accuser par les Canadiens de complice de l'impunité.

Rappelons maintenant l'incidence du droit relatif à l'immunité de fonction au regard des poursuites canadiennes en matière de génocides, crimes de guerre et contre l'humanité. Le Canada est appelé comme tous les autres pays du reste, à recevoir des chefs d'État chez lui dont certains pourraient avoir quelques crimes de guerre et contre l'humanité sur la conscience. Le droit jurisprudentiel est à l'effet que l'immunité de fonction est opposable à la mise en branle de la juridiction canadienne en matières criminelles contre un chef étranger. Les relations diplomatiques entre États souverains sont par conséquent sauves. Mais, le Canada réserve tout de même des surprises à un chef d'État en visite qui relèverait de la compétence de la CPI pour des crimes engageant sa responsabilité en

⁸⁷ Les Services correctionnels pour adultes mentionnent que les personnes en détention temporaire, comme les personnes en détention aux fins d'immigration, représentent 11 % de la population carcérale : voir *Le Quotidien*, mercredi 30 octobre 2002. Ces chiffres sont pour l'année 2000-2001. On peut supputer que ce taux est plus élevé en ce moment.

vertu du nouveau droit international pénal. Le Canada a modifié sa *Loi sur l'extradition* et énonce à l'article 6.1 que quiconque faisant l'objet d'une demande de remise de la part de la CPI ou par tout tribunal international établi par résolution du Conseil de Sécurité, ne peut bénéficier de l'immunité qui existe en vertu du droit statutaire ou de la common law relativement à son arrestation et son extradition vers la CPI ou un tribunal international *ad hoc*⁸⁸. Il faut par contre comprendre que les chefs d'États en fonction qui ont un lourd passé qui ne peut être l'objet d'examen par la CPI, continuent d'avoir leur abri judiciaire au Canada lors de leurs visites amicales. Quant aux autres concernés par cette coopération canadienne avec la CPI ou autre tribunal *ad hoc*, on imagine qu'ils ne seront plus invités ou seront avisés de ne plus visiter le Canada!

CONCLUSION : TROP DE DROIT PÉNAL, C'EST COMME PAS ASSEZ

Voici un dernier paradoxe en guise de conclusion que nous avons intitulé : Trop de droit pénal, c'est comme pas assez. Cela nous amène à faire des liens entre cette nouvelle institution pénale internationale permanente qu'est la CPI et les mécanismes commerciaux de gouvernance mondiale.

Ce qui frappe le plus, ces dernières décennies, c'est d'avoir vu les massacres se commettre en direct grâce aux moyens techniques d'information. La communauté internationale s'indigne de plus en plus souvent du spectacle de ce désordre mondial et demande à ses commettants politiques nationaux et internationaux de prendre des moyens susceptibles de les prévenir, d'arrêter à tout le moins les atrocités pour en contenir l'ampleur et de se doter de mécanismes efficaces de prévention de la guerre et de ses futurs massacres. Il semble en tout cas depuis une dizaine d'années que pour calmer la clameur publique, les politiciens du monde, pris en défaut de ne pas avoir imaginé et mis en place des politiques et des conditions économiques favorables à la paix, se soient tournés vers la voie judiciaire pénale nationale et/ou internationale comme remède à leur mauvaise conscience. La « solution pénale » est devenue le moyen de prédilection de s'en prendre aux principaux responsables des guerres injustifiables et des massacres innommables que la communauté politique mondiale n'a pas arrêtés en espérant prévenir les massacres de l'avenir avec la technique et la symbolique du pénal.

⁸⁸ *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18, art. 6.1; L.C. 2000, c. 24, art. 48.

Or, depuis que l'on fait l'expérience politique de ce moyen juridico-judiciaire, plusieurs formes d'expression de la voie judiciaire pénale internationale ont émergé en l'espace de dix ans pour sanctionner des responsables de génocides, crimes de guerre et contre l'humanité. La justice pénale internationale serait conçue à la carte et à la tête du client. Il y aurait en quelque sorte un libre marché pénal qui coïnciderait avec la réalité néo-libérale voulue par les superpuissances économiques qui construisent le monde global à leur façon et dans le sens de leurs intérêts. Le libre marché pénal fonctionnerait en quelque sorte comme l'actuel marché mondial en avantageant les gros criminels et en éliminant le menu fretin. On a créé un TPIY pour Milosevic, un TPIR pour des chefs Hutus du Rwanda (ministres, bourgmestres, para militaires, religieux, journalistes), l'ONU a établi un tribunal international et une commission de vérité pour le Sierra Leone; Charles Taylor du Libéria s'est réfugié au Nigeria tout en faisant l'objet d'un mandat d'arrêt international du Sierra Leone. Charles Taylor réclame l'invalidité du mandat devant la CIJ avec une prétention d'immunité de fonction et en s'autorisant du précédent *Congo c. Belgique*⁸⁹. Dans l'intervalle, il est réputé avoir l'équivalent de plusieurs fois le produit national brut de son État dans des coffres suisses ficelés dans le secret bancaire alors que sa population meurt de faim et ne reçoit aucune éducation. Pendant ce temps-là, des bateaux de superpuissances battent pavillon libérien et polluent les mers en ne payant aucune redevance importante pour enrichir quelque peu le peuple du Libéria. Des multinationales achètent le bois libérien sans en payer le juste prix en vertu des lois du marché qui avantagent les gros et égorgent les petits. La République démocratique du Congo, quant à elle, ne compte plus ses victimes et un génocide sévit depuis quelques années sur fond de mines de diamants⁹⁰; la situation paraît intéresser le procureur de la CPI qui a ouvert une enquête récemment⁹¹.

⁸⁹ Extrait de l'intervention du procureur Moreno-Ocampo, devant l'assemblée des États parties, le 9 septembre 2003 : « Au cours d'une conférence de presse tenue le 16 juillet à LaHaye, j'ai d'ores et déjà et déjà expliqué pourquoi il ne serait pas possible d'enquêter sur certaines de ces communications qui nous sont parvenues, j'ai retenu la situation en Ituri, en République Démocratique du Congo, comme étant celle méritant d'être suivie le plus attentivement et de la façon la plus urgente. »

⁹⁰ *Rapport au Secrétaire Général du Panel d'experts sur l'exploitation illégale des ressources et autres formes de richesses en République démocratique du Congo*, Conseil de Sécurité des Nations Unies, 16 octobre 2002, S/2002/1146.

⁹¹ M. HENZELIN, *loc. cit.*, note 28.

La gouvernance mondiale se présente vidée de contenu politique et éthique et n'est qu'affaire de gestion de la circulation des marchandises et de la fluidité des capitaux. Pour cela, il lui faut un droit de « gérance » supranational sur les États et leurs autorités qui est fort bien rempli par des organismes comme l'OMC et la Banque mondiale. Paradoxalement, le commerce mondial favorise le développement du droit d'ingérence dans la souveraineté des États mais que pour s'en prendre aux misérables États voyous et à leur gang qui mettent en péril la sécurité des transactions et la fluidité du commerce. Le droit des biens est prêt à faire alliance avec le droit du mal (*i.e.* le droit pénal) dans l'espace interétatique mais à la condition que les institutions internationales de régulation économique d'une part et de droit pénal d'autre part protègent ou ne menacent pas les intérêts privés des superpuissances et des multinationales.

La gouvernance mondiale ne conçoit pas l'espace international comme un ordre public mais seulement comme un espace d'ordonnement d'intérêts privés. Cette organisation du désordre des intérêts individuels contradictoires produirait un bien commun et une institution politique comme l'ONU n'aurait pas à se mêler de définir autrement l'intérêt général. De plus, les seules institutions internationales pénales compatibles avec la régulation marchande dans l'ordre juridique mondial sont des tribunaux à la carte et à la pièce qui n'ont d'autres mandats que de s'en prendre aux autres et aux faibles. À cet égard, une Cour pénale internationale permanente élaborée à plusieurs et dont la compétence peut s'élargir est menaçante pour ce nouvel ordre économique. Elle s'inscrit dans le développement d'un ordre public international qui, pour l'instant, n'est pas voulu par ceux qui sont avantagés par l'ordre juridique marchand et qui ont une position hégémonique dans le marché total.

La gouvernance mondiale n'a pas de morale et c'est pourquoi, elle s'acharne à nous montrer du doigt ceux qui sont réputés commettre les plus graves violations des droits de la personne pour nous détourner de ses pires immoralités et nous les cacher sous le couvert de remontrances adressées à autrui. Pour arriver à nous confondre, il faut nous présenter les droits universels et indivisibles de l'être humain en les amputant de leurs aspects sociaux, économiques et culturels. Affamer un peuple au point de faire mourir ses enfants, lui ravir ses ressources premières et son patrimoine culturel, le priver du minimum vital qui s'exprime en nourritures, éducation et services de santé, ce ne sont encore que des immoralités. C'est seulement lorsque le droit international pénal osera les nommer « crimes contre l'humanité » que nous commencerons à changer

l'ordre juridique mondial et que l'on pourra parler d'un droit commun pour l'humanité⁹².

⁹² Mireille DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Textuel, 1996, (entretien avec Philippe Petit); *Trois défis pour un droit mondial*, Éditions du Seuil, 1998.