

Tentatives et limites d'une justice pénale internationale

Monique Chemillier-Gendreau

**De la souveraineté comme obstacle, à la super-souveraineté
comme clef de solution limitée, que peut faire et jusqu'où peut
aller une justice pénale internationale face à la barbarie?**

En quelques mois, le contenu du droit pénal international a semblé considérablement bouleversé.

Jusqu'en 1992, son examen requerrait peu de temps. Il était possible d'en faire le tour avec deux considérations.

La première pour constater qu'il n'y avait pas de justice pénale internationale, les Etats souverains décidant chacun dans le cadre de sa législation nationale, d'un système de répression des crimes et délits adapté à sa culture sociale.

La seconde pour rappeler qu'après la Deuxième guerre mondiale, compte-tenu du caractère exorbitant et monstrueux des crimes perpétrés alors par les nazis et leurs alliés, il fut convenu par accord entre les vainqueurs que ces crimes, internationaux par nature, relevaient d'une juridiction internationale d'exception. Celle-ci fut créée sous la forme des tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo qui menèrent

leur tâche, puis disparurent une fois celle-ci accomplie.⁷¹

"*Plus jamais cela*" espérait-on en créant la Charte des Nations Unies. Le recours à la force était interdit (art. 2, par. 4), la question des armements réglementée et planifiée par le Conseil de sécurité (art. 26), les droits de l'homme et des peuples garantis (article 1), la souveraineté des Etats reconnue (art. 2, par. 1) et leur compétence nationale protégée (art. 2, par. 7).

L'hypothèse n'était donc pas celle où des crimes internationaux se répèteraient, mais celle dans laquelle différents verrous en empêcheraient la reproduction. La parenthèse était donc refermée et la justice pénale rendue à l'Etat. Pas toutefois sans que persistent bien des nécessités. Depuis 1945, le crime d'Etat a fleuri sur de multiples sols et les crimes internationaux se sont multipliés. Les victimes ou leurs familles se sont heurtées à l'impunité comme à un mur. La dimension internationale de ces actions a émergé peu à peu du fait même de l'affirmation internationale de la protection des droits de l'homme. Dès le 9 décembre 1948, dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, la possibilité est évoquée que les personnes accusées de ces crimes soient traduites devant une Cour criminelle internationale. Mais cette institution elle-même n'est alors qu'un projet.

En 1950, l'Assemblée Générale des Nations Unies crée à cet effet un comité⁷². De rapport en rapport, les travaux en furent ajournés, puis repris sous une autre forme à partir de 1981. La Commission du Droit international (CDI) est alors chargée de reprendre cette question avec celle du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. A partir de 1990, l'Assemblée générale se fit plus précise, invitant la CDI à travailler au projet de statut pour une juridiction pénale internationale. L'ouvrage a avancé, mais il a nécessairement été orienté en fonction du cadre même de sa production, c'est-à-dire celui d'un dialogue entre des experts réunis au sein d'une Commission des Nations Unies, puis entre ceux-ci et les gouvernements eux-mêmes.⁷³

L'avant-projet, tel qu'il est conçu ne parvient pas à dépasser, dans le traitement de cette question, les blocages persistants nés de l'incompatibilité des logiques. Parallèlement, et non sans rapport avec ces difficultés, une solution impromptue a surgi dans deux cas précis: la guerre

particulièrement barbare en ex-Yougoslavie et le génocide perpétré au Rwanda. Bousculant les obstacles, ajustant les solutions, le Conseil de sécurité usant de son pouvoir en vertu du chapitre VII combiné à la possibilité dont il dispose de créer des organes subsidiaires a mis en place deux tribunaux pénaux dont le premier est désormais en action.⁷⁴ Est-ce à dire que la panacée a été trouvée ? Ces deux expériences sont-elles menées dans des conditions propres à en assurer l'efficacité ? Annoncent-elles une solution générale de répression internationale des crimes internationaux ? En traitant comme elle l'a fait, et de manière sectorielle, le difficile problème de la justice pénale internationale, quels signaux la société internationale nous donne-t-elle ? Comment, à partir de là, déchiffrer la direction qu'elle prend ?

Pour examiner ces questions, je suivrai un chemin allant de la souveraineté comme obstacle à la supersouveraineté comme clef de solution limitée pour introduire enfin une interrogation sur la démocratie internationale.

L'obstacle de la souveraineté

Le droit international, tel qu'il s'est développé d'abord en Europe à la fin du Moyen-Age, puis dans le monde entier par extension universelle, se présente comme placé sous une rationalité incompatible avec celle qui préside nécessairement au mécanisme de la répression pénale. Ce droit gouverne le lien social entre des sujets juridiques qui ne sont pas eux-mêmes des personnes physiques mais des groupements, et des groupements qualifiés d'Etats souverains.

La pensée juridique internationale est dominée par l'origine divine du pouvoir et par le caractère illimité du contenu même de la souveraineté de l'Etat telle qu'elle en découle. Lorsque l'Empire très chrétien se fragmente peu à peu en royaumes à la fin du Moyen-Age, chacun capte une parcelle de la souveraineté impériale et fonde en elle son pouvoir à l'intérieur d'un espace délimité. Le roy désormais est empereur en son royaume.⁷⁵ La seule limite du pouvoir est spatiale, et encore le droit de faire la guerre juste introduit-il une certaine flexibilité relativement à la notion d'intégrité territoriale.

A partir de là, par un long chemin souvent chaotique, les Etats souverains d'Europe feront évoluer la souveraineté à des rythmes divers. Le constitutionnalisme se développera mieux dans les Monarchies protestantes. En France, Jean Bodin théorise la souveraineté comme un pouvoir absolu.⁷⁶ Lentement, dans l'ordre interne, la notion du pouvoir se dégagera (plus ou moins) de son origine religieuse et se conjuguera peu à peu avec la notion d'Etat de droit. Alors le poids de la Constitution, l'impératif de la séparation des pouvoirs, la garanties accordées aux citoyens progressent à travers une valorisation toujours plus grande du modèle démocratique. Mais dans l'ordre externe, les relations entre souverains restent longtemps marquées au coin de la brutalité. Polissées en apparence par les règles du droit diplomatique, elles sont sous-tendues par l'éventualité de la guerre que rien "n'interdit" jusqu'au XXème siècle. Tuer, anéantir, exterminer, le faire par soi-même ou le faire faire, peut être magnifié si cela est accompli pour la "patrie" et sur ordre du souverain. La ligne qui sépare l'héroïsme du crime est ainsi brouillée, ou plutôt elle est tracée avec le fil de la souveraineté. Et la conception de la souveraineté qui prévaut jusqu'alors maintient sur la tête des responsables étatiques un peu de la grâce monarchique qui protégeait jusqu'au corps du roi. Aussi, les titulaires du pouvoir d'Etat bénéficièrent-ils d'immunités particulières et la répression pénale des crimes et délits commis dans l'accomplissement des fonctions étatiques demeura-t-elle longtemps inexistante.

Dans les droits nationaux, chaque système constitutionnel a peu à peu trouvé le moyen d'une certaine mise en jeu de la responsabilité pénale des chefs d'Etat et membres des gouvernements. Mais dans bien des cas les crimes d'Etat sont lavés par des amnisties âprement négociées comme condition d'une relative démocratisation. Et là où les règles constitutionnelles permettent la mise en cause pénale des responsables politiques, elles ont longtemps été plus théoriques qu'effectives. Récemment, les crimes et délits d'argent ont ouvert la voie dans certains pays à une évolution spectaculaire.

Dans le droit international, la souveraineté avait fonctionné jusqu'ici comme un bouclier protecteur pour ceux dont les actions étaient accomplies à ce titre.⁷⁷ Exterminations, génocides, déportations, disparitions massives, exécutions

forcées, tortures systématiques, tout cela est demeuré et demeure encore le lot de populations entières dans l'impunité des auteurs de ces crimes. Perpétrées à l'intérieur d'une même nation ou utilisées par une nation pour en asservir une autre, ces actions ont fait l'objet de condamnations abstraites dans des textes de principes. Mais aucun mécanisme de répression pénale international n'est venu à l'appui.

La raison en est simple. Elle tient au caractère jusqu'ici essentiellement contractuel du droit international et à l'absence de normes à caractère législatif.

Là est le heurt de logiques inconciliables jusqu'alors non dépassé.

En effet, de toutes les relations sociales, la relation pénale entre une société donnée et un coupable à l'égard duquel s'exerce une répression est celle qui par nature exclut l'élément contractuel même s'il est exceptionnellement réintroduit dans le cas des amendes transactionnelles. Punir relève de la loi. C'est elle qui dresse la liste des actions à réprimer, des peines qui y correspondent, des procédures par lesquelles elles seront appliquées. *Nullum crimen, nulla p_na sine lege* énonçait déjà l'adage latin.

Alors la loi, quel que soit son mécanisme de production, fonctionne sur la base symbolique de la volonté générale. S'appliquant à tous par anticipation, elle assure la cohésion du corps social autour d'un critère commun de ce qui est permis et de ce qui est défendu. Acceptée par le groupe en vertu du contrat social, elle est un moyen d'expression de la puissance publique. On ne négocie pas avec elle. On ne peut s'y dérober. On lui est soumis.

Rien de tel n'est encore apparu clairement dans le droit international. La norme n'y est pas construite par un législateur. Elle ne s'impose pas à tous indistinctement. Elle est négociée par voie d'accord. Chacun (c'est-à-dire chaque Etat) se garde la liberté de revenir sur son consentement. Et hormis dans le cadre régional (européen essentiellement), les textes adoptés dans des instances qui pratiquent des procédures majoritaires sont réputés non obligatoires (le cas le plus significatif étant celui de l'Assemblée générale des Nations Unies).

Et même si il fut admis il y a quelques années (1969) dans la Convention de Vienne sur le droit des traités que des normes supérieures pouvaient invalider des traités qui leur

seraient contraires, cette catégorie dite de droit impératif général n'est pas devenue opérationnelle. Volontariste, le droit international se n'appliquait pas jusqu'ici aux Etats sans leur consentement.

Il n'y a pas lieu de s'étonner dans ces conditions qu'il n'ait jamais permis la réalisation effective d'une répression personnalisée des infractions. Nul n'imagine que le criminel, ou le criminel potentiel, souscrive à son propre châtement.

Comment pourrait-on par accord entre Etats obtenir que des responsables gouvernementaux acquiescent à un système répressif qui les menacerait? Non que la vertu ait totalement déserté leur camp. Mais revêtus de souveraineté, ils répugnent à en entamer le symbole. Or les immunités de juridiction dont ils se priveraient par avance en acceptant le principe de la répression pénale internationale n'ont d'autre justification que d'épargner ceux qui agissent au nom de l'Etat souverain. L'Etat et ses représentants ne peuvent connaître le prétoire, étranger ou international, que par consentement express.

Ainsi s'explique depuis des années la lenteur du travail autour du projet de Cour criminelle internationale générale. Ainsi s'éclaire que dans le texte actuellement préparé, il soit prévu que le Tribunal serait créé par une convention offerte à l'acceptation des Etats.⁷⁸ Ainsi les responsables d'un Etat ne pourraient-ils être soumis à cette juridiction sans que leur Etat en ait accepté le principe par traité. Mais dans cette hypothèse, la volonté des Etats peut surgir encore sur le point capital du droit à appliquer. Car la répression que ces juges seraient chargés d'exercer doit se fonder sur des normes préétablies identifiant les crimes. Il est proposé deux catégories de normes: l'une résulte d'une longue liste de conventions déjà existantes, mais les Etats, en adhérant à la convention créatrice de cette juridiction, pourraient préciser à loisir quels sont de tous les crimes ainsi recensés ceux qu'ils accepteraient de voir poursuivis. Par consentement spécial les Etats pourraient aussi se rallier à d'autres normes réunies en une liste assez hétéroclite.

Enfin, entremêlant les logiques et cassant la rationalité contractuelle soigneusement dominante dans tout le projet, le groupe de travail qui en est l'auteur a introduit l'idée que le Conseil de sécurité puisse saisir lui-même ce Tribunal. On sait que le Conseil de sécurité est dominé non par une logique du consentement, mais par un principe d'inégalité entre les Etats

au profit des membres permanents. C'est cette supersouveraineté de quelques uns qui a permis depuis la fin de la guerre froide des bouleversements qualifiés parfois de nouvel ordre mondial. Introduite ici dans un métissage incohérent avec le pur respect du consentement de tous les Etats qui domine par ailleurs l'ensemble du projet, cette puissance particulière des membres permanents du Conseil de sécurité est à la source de l'innovation des tribunaux pénaux *ad hoc*.

La supersouveraineté des membres permanents du Conseil de sécurité, fondement de la création des tribunaux pénaux internationaux

Les années 1993 et 1994 ont été marquées par la création successive de deux tribunaux pénaux internationaux. Institués en réponse à un intense malaise de l'opinion publique internationale, ils sont prévus pour réprimer des atrocités particulièrement insoutenables dévoilées par les moyens d'information et qualifiées, notamment dans l'ex-Yougoslavie, de nettoyage ou purification ethnique.

On ne se livrera pas ici à une analyse technique des mécanismes judiciaires ainsi créés, ni de la procédure telle qu'elle est engagée devant le premier d'entre eux. Une large bibliographie est déjà disponible à ce sujet.⁷⁹

Restant à la recherche de ce qui produit du sens dans la société internationale, je soulignerai ici quelques aspects des solutions amorcées pour montrer comment, se plaçant en dehors d'un mécanisme contractuel (incompatible avec la notion de répression), elles ne se situent pas pour autant dans un début de réalisation de la fonction législative en droit international.

Les deux organes judiciaires rapidement créés sont l'un et l'autre des tribunaux *ad hoc*.

Inventés après la perpétration des crimes, une fois ceux-ci accomplis, ils mettent en œuvre un aspect partiel de la fonction pénale, son aspect répressif et négligent le rôle préventif qui lui est inhérent. Répétant le scénario de Nuremberg, les créateurs de ces tribunaux en ont fait des juridictions d'exception. En

1993, la situation en ex-Yougoslavie semblait atteindre, il est vrai, un rare degré d'horreur. Pouvait-on cependant oublier que des atrocités comparables avaient eu lieu dans les années précédentes au Cambodge ou en Ouganda ou encore au Libéria? Quelques mois plus tard, en 1994, le degré d'horreur a été dépassé au Rwanda. Ainsi, à horreur répétée, solution répétée. Mais, ce faisant, rien dans ce qui est institué ne relève du caractère général et anticipateur qui caractérise la norme pénale. Celle-ci en effet, une fois que se trouve définie une catégorie de crimes, doit l'appliquer sans distinction au sein d'une société donnée, à tous les auteurs de ces crimes, quels qu'ils soient. Or, dans les compétences des deux juridictions, ne rentrent que les actes commis sur des espaces territoriaux précisés et durant une période de temps limitée. Le droit international s'en trouve étrangement chahuté. Car les actions que l'on cherche dans ces cas à punir, n'ont pas été qualifiées de crimes à cette occasion. Ce caractère leur était reconnu, parfois de longue date, par des instruments internationaux ayant le caractère de norme.

Sont poursuivies et châtiées, à condition d'avoir été accomplies sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, les infractions graves aux conventions de Genève du 12 août 1949 (homicides intentionnels, tortures, atteintes à l'intégrité physique, destruction de biens, expulsions, prise d'otages), les violations des lois et coutumes de la guerre que l'on regroupe sous le nom de crimes de guerre (emploi d'armes toxiques ou créant des souffrances inutiles, dévastation de villes et villages, attaques ou bombardements de lieux non défendus, pillages de biens publics et privés), le génocide (actes commis dans l'intention de détruire en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux), les crimes contre l'humanité (l'article 5 donne la liste des actes constitutifs de tels crimes).

Dans une présentation légèrement distincte le statut du tribunal sur le Rwanda reprend comme base d'incrimination le génocide, les crimes contre l'humanité et les violations des conventions de Genève.

Il n'y a pas dans cette manière de faire de progrès du droit international, tout au contraire. Les deux statuts renvoient à des conventions, mais reprennent les actes punissables dans des termes parfois un peu différents. Ils confirment cependant que les actions désormais poursuivies comme crimes étaient

qualifiées comme tels bien antérieurement. Ils font l'impasse sur les mécanismes existants dans ces conventions qui obligent pourtant les Etats signataires à poursuivre et juger les crimes dont il s'agit. On peut se demander d'ailleurs s'il était nécessaire de prendre appui sur des textes conventionnels alors que le droit humanitaire a sa source, en dehors des conventions, dans ce qui fait droit au sein d'une société donnée, seulement par application du principe de nécessité, c'est-à-dire comme limite à son auto-destruction ? Ce droit existe. Il est de nature impérative. Ses modalités sont coutumières ou conventionnelles. Mais il est de portée générale et doit s'appliquer indistinctement à tous et en tous points de la Terre. Qu'il ne trouve d'application judiciaire que dans deux cas particuliers, voilà qui brise la généralité nécessaire au véritable processus juridique. Est ainsi introduite une distinction arbitraire au sein d'un même ensemble d'infractions. Certaines déjà effectuées relèvent désormais de la justice. D'autres, bien réelles aussi, ou seulement inscrites dans un futur non conjuré, laissent leurs auteurs effectifs ou potentiels de l'autre côté de la ligne ainsi tracée.

Les deux tribunaux ont d'ailleurs une compétence sévèrement encadrée dans le temps. Pour l'ex-Yougoslavie, sont punissables les crimes commis "*depuis 1991*". Cette expression de la résolution 808 a été interprétée dans le statut comme relative "*à la période commençant le 1er janvier 1991*". Le point de départ est ainsi fixé. Mais il y a aussi un terme. Le tribunal ne fonctionnera pas indéfiniment et son but n'est pas de poursuivre tous les crimes qui relèvent de sa compétence *ratione materiae*. La résolution 827 du 25 mai 1993 précise qu'il est créé "*dans le seul but de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie entre le 1er janvier 1991 et une date que déterminera le Conseil après la restauration de la paix*".

Ce dernier membre de phrase révèle l'ambiguïté considérable qui pèse sur cette innovation. Il indique, sans que ce soit formulé vraiment, que le tribunal n'est pas créé pour dire la justice et châtier les coupables. Son action sera limitée en fonction du jour du crime ou des événements postérieurs. Ces limitations ébranlent le fondement de la justice. Pour qu'elle soit pleinement la justice, c'est-à-dire pour

qu'elle remplisse une fonction sociale autonome et d'importance capitale, elle ne saurait être à la remorque d'un autre but si louable soit-il. Elle ne saurait surtout se trouver limitée dans le temps pour une raison conjoncturelle (la restauration de la paix) et sur décision d'un organe politique (le Conseil de sécurité).

Ainsi, dans le cas présent et compte-tenu de la tournure que prennent les événements en ex-Yougoslavie dans ces derniers jours de 1994, on pourrait imaginer une paix signée au profit des Serbes dans l'indifférence impuissante des autres Etats, une poursuite de leur part d'exactions contre des populations musulmanes et une incompétence du tribunal à juger ces actions parce qu'entre temps le Conseil de sécurité aurait déclaré la "paix" rétablie... L'image de la justice internationale ne peut guère sortir grandie de telles modalités de fonctionnement.

Le tribunal international pour le Rwanda relève du même découpage arbitraire parmi une multitude d'actions condamnables entre celles qui relèveront du jugement et celles qui lui échapperont. Compétente pour les infractions commises entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, sur le territoire du Rwanda ou d'Etats voisins, cette juridiction verra sa compétence épuisée pour les actes malheureusement envisageables qui se poursuivraient en 1995. Chacun sait que le conflit n'est pas réglé. Les protagonistes ne sont pas désarmés, loin de là. Et la situation aussi bien dans le pays que dans les camps du Zaïre est trop précaire pour que ne se répètent pas, fût-ce à titre isolé, des actes relevant des catégories d'actions condamnées.

Ainsi, rien ne justifiait que ces tribunaux fussent compétents seulement dans le cadre temporel fixé arbitrairement. Rien si ce n'est qu'il fallait bien procéder à quelques acrobaties juridiques pour ravalier la façade de respectabilité et de crédibilité de quelques grandes puissances mondiales qui ont de plus en plus de mal à présenter positivement leurs actes. Il est bien difficile, en effet, de défendre ce qui se passe ou ce qui s'est passé en Irak où la population est longuement châtiée par l'embargo qui a suivi la guerre du Golfe, au Cambodge où une opération des Nations Unies a laissé intacts les problèmes qu'elle était venue régler, en Somalie où le bilan n'est là non plus guère positif, enfin sur les deux terrains concernés par cette initiative judiciaire: celui

de la Bosnie, où des incohérences apparentes de l'Occident, se dégage, semble-t-il, une cohérence hautement défavorable aux Bosniaques et celui du Rwanda où la France a assisté dans la stupéfaction aux conséquences monstrueuses d'une coupable politique de coopération militaire. Comment rendre tout cela présentable et faire croire encore à un ordre mondial tant annoncé?

Les grands Etats et notamment parmi eux les membres permanents du Conseil de sécurité ont peu de goût pour la justice internationale. Chine, Russie et France n'ont pas adhéré à la clause de compétence de la Cour Internationale de Justice. Ils montrent peu d'empressement à la mise en place d'une Cour criminelle internationale générale et ne l'imaginent que fondée sur un processus volontariste qui les abriterait de tous risques. Rassurer la conscience internationale devant les abominations dévoilées sur les écrans devenait une nécessité politique. Il ne la fallait pas trop risquée.

Un débat à l'Assemblée Générale des Nation Unies était hasardeux, même s'il eut donné un caractère infiniment plus démocratique à l'initiative.

Il ne restait que la solution du Conseil de sécurité. Ce cocon de puissance concentré présente depuis la fin de la guerre froide bien des avantages pour la protection assurée des intérêts dominants. Il fallait toutefois utiliser avec adresse les dispositions de la Charte.

Le Conseil de sécurité a en charge le maintien de la paix et le chapitre VII de la Charte lui ouvre à ce titre des prérogatives larges bien que définies. C'est sur cette partie du texte que l'organe principal s'est appuyé dans les deux cas de création des tribunaux *ad hoc*. C'est la logique du maintien de la paix et des pouvoirs accordés dans ce but au Conseil de sécurité qui a présidé aux caractéristiques des juridictions instituées et explique leurs limites. Il fallait manier l'apparence d'une fonction répressive avidement demandée par les victimes et l'opinion publique, avec la volonté politique de contrôler étroitement le processus de justice pénale mis en place.

Une interprétation extensive du chapitre VII de la Charte a permis cette jonction. La justice pénale est apparue alors non comme une fin sociale à la réalisation générale indispensable en soi, pour que la société internationale repose comme toute société sur un code d'infractions reconnues et réprimées, mais comme un moyen, un outil parmi d'autres de la restauration

de la paix. L'objectif est alors de faire cesser un trouble précis, singulier, celui-là et non d'autres qui seraient pourtant de même nature.

Il n'y a guère d'auteurs commentant ces récentes institutions qui ne s'interroge sur leur fondement juridique et ne se préoccupe de savoir si le Conseil de sécurité avait ou non le pouvoir de créer un tel tribunal. Mais l'argumentation proposée par le Secrétaire général dans son rapport est le plus souvent acceptée.

Reposant sur l'article 29 qui autorise le Conseil de sécurité à créer des organes subsidiaires, l'article 41 (chapitre VII) qui lui ouvre la possibilité de prendre des mesures non militaires pour le maintien de la paix et l'article 25 qui rend ses décisions obligatoires pour les Etats, une argumentation favorable se dégage sans peine. Elle est renforcée par le raisonnement téléologique. Si le but est le maintien ou le rétablissement de la paix, toute mesure allant dans ce sens doit être justifiée même à partir d'un fondement juridique un peu étroit.

Faisant l'impasse sur le contrôle discrétionnaire que ce double précédent assure aux membres permanents du Conseil à l'égard du processus même de la justice criminelle internationale, les juristes semblent renoncer à leurs propres arguments. Pourtant, dans des débats antérieurs, des voix autorisées avaient mis en garde contre les détournements de compétence à craindre.⁸⁰ L'urgence, l'horreur étalée sous les regards, la soif de justice ont pulvérisé ces réticences. Il reste deux institutions fragiles et trébuchantes, instrumentalisées dans un but ponctuel. On ne peut que souhaiter qu'elles produisent des décisions de justice respectables en dépit des obstacles. Leurs imperfections mêmes obligent à méditer sur les conditions de la légalité internationale.

Légalité et démocratie internationale

Il manque au droit international que les normes qui le fondent aient l'autorité de la loi. Mais l'existence de la loi ne dépend pas seulement de la légitimité réelle ou confisquée de l'organe qui prétend dire le droit. Cela dépend des conditions

de formation et d'expression de la volonté commune.

De plus en plus, le Conseil de sécurité se comporte comme un législateur international. Il l'a fait ici pour fonder des institutions judiciaires qui de ce fait restent étroitement dépendantes de conditions politiques.

La société mondiale dans laquelle des fonctions sociales se développent amplement de manière transnationale et déterritorialisée par rapport aux pouvoirs des Etats, nécessite un cadre juridique renforcé. La répression pénale des crimes internationaux en est un élément. Des avancées dans ce domaine sont souhaitables. Encore faut-il qu'elles aient lieu sur des bases significatives et expriment un réel progrès du droit. De fortes entorses à la séparation des pouvoirs et à toute considération démocratique ne forment pas des bases très favorables à cet égard.

Les sociétés politiques occidentales ont construit lentement un type de mécanisme de pouvoir interne dont elles ont assuré la promotion universelle à grand bruit y compris au sein même des Nations Unies.

Considéré comme l'accomplissement même de la démocratie, ce mécanisme comporte deux pièces essentielles: la séparation des pouvoirs et le principe de la légalité.

Sans forcer le parallèle entre les organes des Nations Unies et les pouvoirs au sein d'un Etat, ce qui ne serait pas pertinent, on conviendra toutefois que la clarté et l'indépendance des fonctions est une nécessité de fonctionnement de toute institution complexe. Certes, le Conseil de sécurité a été voulu puissant par les auteurs de la Charte, mais sa puissance n'est pas pour autant illimitée. Elle a un champ d'exercice défini: celui de l'action dans le cadre du maintien de la paix et de la sécurité internationale. Ce n'est d'ailleurs pas une compétence sans partage. L'Assemblée Générale n'en est pas exclue par principe. Le Conseil de sécurité a simplement une compétence prioritaire qu'il a d'ailleurs le loisir de faire partager s'il le veut, par l'Assemblée Générale (art. 12, par. 1).

Les deux organes principaux ont l'un et l'autre le pouvoir de créer des organes subsidiaires s'ils le jugent nécessaire à l'exercice de leurs fonctions. Cette conception extensive assez considérable des compétences du Conseil de sécurité qui a conduit à la création des tribunaux *ad hoc* aurait été plus convaincante si l'organe restreint y avait associé l'organe

général. Sans doute les choses auraient été réglées de manière moins expéditive. Mais il est curieux d'avancer l'argument de l'urgence⁸¹ alors même que l'action que l'on veut engager (punir les coupables, ces coupables-là, ceux qui ont déjà accomplis leurs crimes) est répressive mais volontairement non préventive (par l'absence de caractère général de la répression instituée).

Associer l'Assemblée Générale, organe délibérant le plus large, représentant tous les Etats membres, eût donné un fondement démocratique plus solide, partant une légitimité et une autorité plus grande à ces tribunaux. Le Conseil de sécurité tombe ainsi sous l'accusation de volonté de concentration et de confusion de tous les pouvoirs internationaux dans ses mains. La démocratie internationale s'en trouve malmenée pour ne pas dire liquidée.

L'autre rouage essentiel de toute démocratie est mis à mal en même temps. Je veux parler du principe de la légalité, base de l'état de droit. Cela ne veut-il pas dire que tout pouvoir, quelqu'il soit, doit rester soumis aux principes qui ont présidé à sa création? Ici le fondement juridique à savoir la Charte est largement dépassé.⁸²

La supersouveraineté des membres permanents, infiniment plus souverains que les autres, a permis une innovation considérable, dont les bases ne sont aucunement dans la Charte. Ce point a été souligné avec force par le représentant du Brésil déclarant: "*Tout comme l'autorité du Conseil n'émane pas du Conseil lui-même mais provient du fait que certaines responsabilités lui ont été conférées par tous les membres des Nations Unies, les pouvoirs du Conseil ne peuvent être créés, recréés ou réinterprétés de façon créative en vertu des seules décisions du Conseil, mais doivent invariablement se fonder sur des dispositions spécifiques de la Charte*".⁸³

Les deux juridictions nées sur ce terrain ambigu ne pourront convaincre que si les résultats de leur action, c'est-à-dire la qualité et l'ampleur de la justice rendue, sont à la hauteur des attentes. Plusieurs points sèment le doute à cet égard. On en citera deux parmi les plus inquiétants:

— la compétence de droit commun relativement aux crimes poursuivis n'a pas été retirée aux tribunaux nationaux. Ces derniers sont même encouragés à poursuivre leur tâche et les compétences des tribunaux internationaux *ad hoc* et des juridictions nationales sont concurrentes. Certes les premiers

peuvent demander aux secondes de se dessaisir, si elles ignorent encore une affaire que les premiers mettent à leur rôle. Mais le premier saisi, du tribunal international ou des juridictions nationales, le reste et il ne peut y avoir second procès et seconde condamnation pour les mêmes faits.

Un Etat peut donc condamner à de faibles peines ou même acquitter certaines personnes et le tribunal international est paralysé sauf à démontrer que le droit applicable a été tourné. Enfin, la justice ainsi ouverte est une justice "à chaud" à l'occasion de conflits qui ne sont pas achevés. Les criminels, connus ou encore inconnus, sont aussi des responsables politiques, parfois de haut niveau. Les gouvernements, non plus que les organisations internationales, n'ont renoncé à négocier avec eux.

L'action judiciaire pénale et l'action politique se heurtent ici étrangement et il y a tout lieu de croire que l'action judiciaire n'y gagnera pas. La charge d'arrogance et de mépris de l'autre contenue dans les projets de purification ethnique en ex-Yougoslavie et dans les appels de la radio des Mille Collines au Rwanda, nécessitaient de la part de la société internationale un refus plus unanime, déterminé, résolu que ce qui s'est produit dans ces deux cas.

Les statuts n'ont pas réglé la question de la contumace. Ils consacrent des développements très précis et rassurants aux droits des accusés qui semblent paradoxalement faire l'objet de plus de soin que les victimes. Il est vrai que celles-ci dans bien des cas ne sont plus là... Comme on le voit, bien des interrogations demeurent après cette double et soudaine initiative.

Elle s'inscrit, et là est sans doute son côté positif, dans une lente émergence par laquelle la société internationale vient peu à peu à l'existence et où un lien social (bien tenu encore) s'exprime entre les individus et une "communauté" internationale construite sur leurs droits et leurs devoirs. Cependant, les Etats, bien que leur souveraineté soit affaiblie partout, persistent, au moins pour les plus puissants d'entre eux, à contrôler cette société de manière à ce qu'elle évolue dans le sens de leurs intérêts.

Il va falloir aux juges qui composent ces tribunaux des qualités exceptionnelles et une rare indépendance d'esprit pour qu'un projet si timidement et confusément engagé perce peu à peu la couche de brouillard qui l'obscurcit et amène la

lumière qui est attendue de la justice. Leur action toutefois dépendra, ainsi en ont voulu les initiateurs de ces tribunaux, moins de leurs qualités personnelles que des conditions qui leur seront faites par les Etats concernés.

Monique Chemillier-Gendreau est Professeur à l'Université Paris VII Denis Diderot.