

La pénalisation du droit international Demi-journée de Nanterre – 10 mars 2017

VERS UNE PÉNALISATION DU DROIT INTERNATIONAL ? L'ILLUSTRATION AVEC LA SITUATION DU DARFOUR¹

Elsa MARIE

ATER – doctorante au CEDIN

Dans son rapport annuel de 2016 au Conseil de sécurité relatif à la situation du Darfour, le Procureur de la Cour pénale internationale (CPI) conclut en ces termes :

« [d]ans sa résolution 2296 (2016), le Conseil a rappelé qu'il considérait que "la situation au Soudan [constituait] une menace pour la paix et la sécurité internationales". Il a en outre souligné que "quiconque [était] responsable de violations du droit international humanitaire, de violations des droits de l'homme et d'atteintes à ces droits d[eva]it répondre de ses actes". Malgré ces déclarations, le Conseil, garant essentiel de l'exécution des décisions, n'a pris aucune mesure de suivi indispensable pour traduire cette aspiration dans les faits. [...] Ce n'est qu'avec l'appui du Conseil et de la communauté internationale tout entière que nous pourrions traduire en justice les responsables des crimes commis dans le cadre de la situation au Darfour et, ce faisant, espérer apporter notre contribution pour que la paix et la stabilité puissent s'installer durablement au Soudan »².

Ce constat amer illustre la fragilité de la justice pénale internationale, prise en étau entre un intérêt croissant porté par la communauté internationale au respect des valeurs humanistes et une impuissance chronique qui la rend tributaire des États et de la *realpolitik*. Pour autant, ces propos mettent également en exergue le rôle central acquis par le droit international pénal depuis la seconde moitié du XX^e siècle. Matérialisant les valeurs de l'ensemble de la communauté internationale, il s'est imposé comme un pilier du droit international humanitaire (DIH) et du droit du maintien de la paix. De façon plus implicite mais non moins notable, cet extrait révèle l'importante mutation de l'ordre juridique international sous l'impulsion du droit international pénal : les

¹ Le titre de la contribution orale, « Crime de guerre : Instrument de la pénalisation du droit international ? L'illustration du conflit armé au Darfour », a été modifié.

² 24^{ème} Rapport du Procureur de la Cour pénale internationale au Conseil de sécurité des Nations Unies en application de la résolution 1593(2003), 13 décembre 2016, § 36.

individus, sujets du droit international, sont placés au cœur de *corpus* juridiques originellement interétatiques.

Ainsi et d'emblée, le paradoxe entourant le thème de cette demi-journée consacrée à la « pénalisation du droit international » est frappant : à peine constatée l'influence du droit pénal sur le droit international, toute analyse se heurte instamment à ses limites si bien qu'il est possible de s'interroger sur la pertinence même d'un projet de justice pénale internationale³. L'étude d'une « pénalisation du droit international » est d'autant plus ambitieuse que l'apparition et le développement du droit pénal sont, conceptuellement, intimement liés à l'organisation des sociétés modernes au sein d'États-Nations. La transposition d'un projet de justice pénale des ordres juridiques internes à l'ordre juridique international impliquerait ainsi l'organisation supranationale de la société internationale⁴. Au-delà des réflexes statomorphiques, l'étude de la « pénalisation du droit international » implique d'apprécier la coloration pénale de l'ordre juridique international dans ses aspects tant normatifs qu'institutionnels. Le néologisme de « pénalisation » est utilisé par la doctrine, en droit interne et plus exceptionnellement en droit international, afin de qualifier un processus normatif visant à créer une incrimination ou à en aggraver la répression⁵. Cette approche exclusivement normative de la pénalisation renverrait donc à la création d'incriminations dans l'ordre juridique international. Or, non seulement l'intérêt d'une telle étude serait réduit, tant ce phénomène est incontestable, mais plus encore celle-ci serait inévitablement biaisée, tant l'imbrication des aspects normatifs et institutionnels du droit international pénal est importante⁶. Dès lors, la « pénalisation du droit international » sera entendue comme le

³ FOUCHARD I., *Crimes internationaux, Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, coll. « Organisations internationales et relations internationales », Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 41-52 ; DUMONT H., « Quand l'international fait une alliance avec le pénal, assiste-t-on à la naissance d'un droit pénal international génétiquement modifié ? », *Revue générale de droit*, vol. 33, n° 1, 2003, pp. 133-151.

⁴ Renvoyant à des discussions bien connues des internationalistes, tant sur la composition de cette société internationale (notion qui n'est, dans la présente contribution, pas distinguée de celle de communauté internationale), que sur son organisation (not. relatives à la constitutionnalisation du droit international).

⁵ Pour quelques illustrations de l'utilisation de cette notion en droit international, dans des sens plus ou moins extensifs, v. not. : FOUCHARD I., *Crimes internationaux*, *op. cit.*, 545 p. ; DANTI-JUAN M., « Rapport introductif - La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international : sens des mots et sens du droit », in DANTI-JUAN M. (dir.), *La pénalisation des responsabilités politiques en droit interne et en droit international*, coll. Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Paris, Ed. Cujas, 2008, pp. 12-13 ; MERON T., « Is International Law Moving towards Criminalization ? », *European Journal of International Law*, n° 9, 1998, pp. 18-31. À noter en outre, que la doctrine a pu utiliser l'expression d'« internationalisation du droit pénal » renvoyant par certains aspects à ce qui est qualifié dans la présente contribution de « pénalisation du droit international ». Comme cela est indiqué par Serge Sur, l'immixtion du droit pénal dans l'ordre juridique international a suivi un double processus d'internationalisation des droits pénaux internes puis de développement autonome d'un droit pénal international, le passage d'une logique à une autre n'étant par clairement définissable (SUR S., « Le droit international pénal entre l'État et la société internationale », in HENZELIN M., ROTH R. (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Genève, LGDJ-Georg-Bruylant, pp. 49-68)

⁶ Les crimes internationaux ont ainsi été déterminés à travers les statuts des diverses juridictions internationales et précisés par leurs jurisprudences. De même, l'effectivité de la poursuite de ces crimes internationaux est assurée par ces juridictions, dont la création est motivée par la lutte contre l'impunité. L'imbrication des aspects normatif et institutionnel est particulièrement marquante concernant le crime de

processus normatif et institutionnel visant à instaurer une justice pénale internationale⁷. Dans cette perspective, trois principales caractéristiques normatives et institutionnelles d'une justice pénale peuvent être identifiées. Premièrement, le droit pénal a pour objet de sanctionner la violation de normes représentant les valeurs fondamentales d'une société⁸, nécessaires à la préservation de son ordre social. Deuxièmement, la sanction pénale vise à maintenir ou à rétablir cet ordre⁹, revêtant ainsi essentiellement des fonctions répressive et préventive et peut, à cet égard, être restrictive des droits et libertés des personnes. Troisièmement, l'affirmation et la sanction de la violation de ces règles s'inscrivent au sein d'un pacte social désignant les institutions compétentes pour représenter les intérêts de la société et assurer la répression des personnes transgressant ces règles.

Partant, si concevoir un projet de justice pénale internationale révolutionne considérablement le droit international dans son acception westphalienne, le désarroi exprimé par le Procureur de la CPI laisse surtout dubitatif quant à l'aboutissement d'une telle révolution. Ce constat suffit-il à remettre en question la vivacité du projet de justice pénale internationale et, incidemment, de cette « pénalisation du droit international » ? L'étude de la situation au Darfour qui, à maints égards, fait office de cas d'école en la matière permet en ce sens de revenir à la fois sur les prémices de ce processus et sur ses développements les plus récents ainsi que sur ses limites.

Le Soudan a été le terrain de plusieurs conflits armés internes inter-religieux et interethniques depuis son indépendance obtenue en 1956. En juin 1989, suite au troisième coup d'État de sa courte histoire, Omar Al Bashir prend la tête du Soudan et y impose un régime autoritaire. Directement impacté par le conflit armé interne opposant le sud et le nord du pays depuis 1985, la situation dans la région du Darfour, se dégrade à partir de 2001 avec la création des groupes armés du Mouvement (puis Armée) de libération du Soudan et du Mouvement pour la justice et l'égalité. Les premières attaques armées de ces groupes contre le gouvernement d'Al Bashir ont lieu à la fin de l'année 2002. La situation s'envenime assez rapidement et conduit à des affrontements armés entre ces groupes et le gouvernement, lui-même soutenu par les Forces de défense populaires regroupant plusieurs tribus dont les janjaouites réputés pour leur cruauté à l'égard des villages soupçonnés de soutenir les mouvements insurrectionnels. Le bilan du conflit armé est lourd : plus de 300 000 morts et près de 3 millions de

guerre, v. en ce sens : ABI-SAAB G. et R., « Les crimes de guerre », in ASCENSIO H., DECAUX E., PELLET A. (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, pp. 141-158.

⁷ À noter que le comme le suffixe « -ation » l'indique, il peut s'agir alternativement d'une action ou du résultat de celle-ci. Nous optons ici pour une approche dynamique, plus adaptée à la situation du droit international.

⁸ Qualifiées de « valeurs structurelles » de la communauté internationale par Nicolas HAUPAIS (« Justice pénale internationale, maintien et restauration de la paix », in FERNANDEZ J. (dir.), *Justice pénale internationale*, Paris, CNRS Editions, 2016, p. 37).

⁹ Pour la présente contribution, les notions d'ordre public et d'ordre social ne seront pas distinguées. Pour une réflexion plus approfondie, v. : BREILLAT J., « Ordre Public, ordre social et ordre politique : quelles interactions ? », in REDOR M.-J. (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Actes du colloque de Caen, 11 et 12 mai 2000, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 247-283.

déplacés. L'évaluation du nombre de victimes d'autres violations du DIH est plus difficile à obtenir mais les rapports établis ne laissent guère de doute sur leur ampleur¹⁰.

Les développements suivants permettront donc de revenir sur les éléments essentiels d'une pénalisation au regard de l'intervention considérable de la communauté internationale dans le traitement de telles violations. En effet, de la constatation d'une menace à la paix par le Conseil de sécurité en raison de la violation massive des règles de DIH jusqu'à l'émission de mandats d'arrêt, notamment pour crimes de guerre au sein d'un conflit armé non international, par la CPI à l'encontre du président soudanais en exercice Al Bashir, l'analyse du cas du Darfour offre l'opportunité d'une analyse transversale des mutations de l'ordre international que d'aucuns qualifieraient de « pénalisation »¹¹. Pour ce faire, la pénalisation normative du droit international – *i.e.* la consécration dans le droit positif de valeurs communes à la société dont la sanction vise à rétablir l'ordre social (I) – et la pénalisation institutionnelle du droit international – *i.e.* la mise en place d'une structure institutionnelle hiérarchisée visant à organiser la sanction de la transgression de ces valeurs ainsi qu'à rétablir cet ordre social (II) – seront étudiées.

I. LA CONSÉCRATION NORMATIVE DES VALEURS HUMANISTES À TRAVERS LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

À peine un demi-siècle avant le conflit du Darfour, l'encadrement des méthodes et moyens de guerre utilisés au cours d'un conflit armé non international relevaient presque exclusivement du droit interne de chaque État, sujet souverain seul compétent pour encadrer et sanctionner l'usage de la force sur son territoire. De par son traitement au sein même de l'ordre juridique international, ce cas d'espèce permet de revenir brièvement sur cette évolution du droit positif progressivement innervé de valeurs sociales humanistes, socle du développement du droit international pénal et vecteur de profonde mutation de l'ordre juridique international. Ainsi, suite à l'identification de ces

¹⁰ V. not. : *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général – Rapport établi en application de la résolution 1564 (2004) du Conseil de sécurité du 18 septembre 2004*, S/2005/60, 1^{er} février 2005 ; Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, *Rapport de la mission de haut niveau sur la situation des droits de l'homme au Darfour présenté en application de la résolution S-4/101 du Conseil des droits de l'homme*, A/HRC/4/80, 9 mars 2007.

¹¹ À noter que la présente contribution se concentrera essentiellement sur les chefs de crimes de guerre, vecteur essentiel de la pénalisation du DIH, laissant de côté ceux de crimes contre l'humanité et de génocide notamment en raison des controverses sur l'intention génocidaire et en raison de l'autonomisation de ces crimes à l'égard du contexte de conflit armé, condition de l'applicabilité du DIH (sur l'intention génocidaire, v. not. : *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général, op. cit.* ; *Le Procureur c. Omar Hassen Ahmad Al Bashir* (« Omar Al Bashir »), Situation au Darfour, Soudan, ICC-02/05-01/09-3, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir, Ch. préliminaire I, 4 mars 2009, §§ 110-208 ; *Le Procureur c. Omar Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-73, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir, Ch. d'appel, 3 février 2010 ; *Le Procureur c. Omar Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-94, Deuxième Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, Ch. préliminaire I, 12 juillet 2010).

valeurs et leur transposition normative en crimes de guerre (A), des mesures coercitives issues du droit du maintien de la paix, exceptionnelles en droit international, seront adoptées afin de sanctionner et de mettre fin à la transgression de ces valeurs (B).

A. Les valeurs de la communauté internationale comme vecteur de la pénalisation du droit international humanitaire

Dès ses origines, le DIH est imprégné de principes humanitaires tant par humanisme que par stratégie (les belligérants ayant un intérêt commun à limiter les moyens et méthodes de guerre afin de favoriser le retour à la paix en cas de victoire)¹². Ce n'est cependant qu'après la Seconde Guerre mondiale qu'il s'en est considérablement enrichi conventionnellement¹³ et que, sous l'impulsion d'un sentiment d'impérativité du respect des valeurs ainsi déterminées¹⁴, il a permis de justifier la levée du voile de la souveraineté étatique. L'applicabilité du DIH s'est ainsi étendue *ratione personae*, au-delà des seuls États, et *ratione materiae*, au-delà des seuls conflits armés internationaux.

D'une part, suite au traumatisme engendré par les crimes nazis, un consensus au sein de la société internationale s'est formé afin que les individus responsables de ces transgressions aux considérations minimales d'humanité en temps de conflit armé international soient jugés¹⁵. Les violations du DIH sont alors qualifiées de crimes de

¹² Si cette imprégnation des considérations humanitaires est aujourd'hui flagrante et mise en exergue jusque dans la dénomination de ce *corpus* il n'en a toutefois pas toujours été ainsi. V. KOLB R., *Ius in bello*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 10-15 et pp. 26-99.

¹³ Avec l'adoption des quatre Conventions de Genève en 1949, entrées en vigueur le 21 octobre 1950, puis de leurs Protocoles (dont deux adoptés en 1977 et le troisième en 2005), mais également avec l'adoption de plusieurs conventions sectorielles.

¹⁴ En ce sens, la Cour internationale de Justice a indiqué que « [c]'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des "considérations élémentaires d'humanité" [...], que la convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des États. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier » (*Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, *CIJ Rec. 1996*, § 79 ; *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, avis consultatif du 9 juillet 2004, *CIJ Rec. 2004*, § 157). Tendance que l'on peut mettre en perspective avec la montée en puissance des droits de l'homme, cette influence allant jusqu'à la dénomination de ce *corpus* passant de droit des conflits armés à droit international humanitaire. V. en ce sens : KOLB R., *Ius in bello*, *op. cit.*, pp. 11-15.

¹⁵ En ce sens, ces fameuses phrases du Tribunal militaire de Nuremberg sont particulièrement révélatrices : « [o]n fait valoir que le Droit international ne vise que les actes des États souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels. On a prétendu encore que lorsque l'acte incriminé est perpétré au nom d'un État, les exécutants n'en sont pas personnellement responsables ; ils sont couverts par la souveraineté de l'État. Le Tribunal ne peut accepter ni l'une ni l'autre de ces thèses. [...] Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international » (*Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international de Nuremberg*, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946, cité in COUSSIRAT-COUSTÈRE V., EISEMANN P. M. (dir.), *Répertoire de la jurisprudence arbitrale internationale*, tome III, vol. III, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 1048.

guerre¹⁶ et peuvent conduire à l'engagement de la responsabilité pénale des individus dans l'ordre juridique international. Le pouvoir de punir, jusqu'alors détenu exclusivement par l'État, est ainsi dilué entre ce dernier et la communauté internationale afin d'assurer le respect de ces valeurs fondamentales. D'autre part, l'affirmation de ces valeurs dans l'ordre juridique international a conduit, près de cinquante ans après ces premiers tribunaux, à étendre les règles du DIH applicables aux conflits armés internationaux à ceux non internationaux¹⁷. Les tribunaux pénaux internationaux, se sont ainsi fait l'écho des valeurs de la communauté internationale à travers l'interprétation des dispositions conventionnelles existantes et l'identification de nouvelles normes coutumières¹⁸. Ce faisant, ils ont contribué au *quasi* alignement des règles applicables à l'ensemble des conflits armés et ont considérablement modifié le droit positif applicable aux individus mais également aux États¹⁹.

Après l'exclusivité de leur droit de punir, c'est donc l'autonomie des États pour gérer les conflits internes et élaborer les normes encadrant ces conflits sur leur territoire et au sein de leur population, qui se trouve encadrée par le droit international, faisant des groupes armés belligérants des destinataires du DIH au même titre que l'État souverain²⁰. La situation du Darfour, ne présente à ces égards rien d'inédit. Elle est

¹⁶ La notion de crime de guerre est utilisée comme renvoyant aux infractions du DIH pour lesquelles la responsabilité pénale individuelle peut être engagée. Pour une présentation plus précise, v. note 4.

¹⁷ Alors que, au moment des tribunaux militaires internationaux, les crimes contre l'humanité ont été intégrés à la compétence de ces juridictions afin de palier aux insuffisances du DIH, non opposable aux États à l'égard de leur ressortissants (donc au sein des conflits armés non internationaux), les tribunaux pénaux internationaux vont prendre appui sur l'article 3 commun aux Conventions de Genève et sur l'identification de nouvelles normes coutumières pour étendre l'applicabilité de certaines dispositions. V. not. : TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Ch. d'appel, IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995, §§ 65-142 ; ABI-SAAB G. et R., « Les crimes de guerre », *op. cit.*, pp. 155-156.

¹⁸ Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie marque son engagement avec ces phrases : « [d]e fait, des considérations élémentaires d'humanité et de bon sens rendent absurde le fait que les États puissent employer des armes prohibées dans des conflits armés internationaux quand ils essayent de réprimer une rébellion de leurs propres citoyens sur leur propre territoire. Ce qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils » (*Le Procureur c. Dusko Tadic*, 2 octobre 1995, *op. cit.*, § 119).

¹⁹ L'influence des juridictions pénales pour apprécier et préciser les règles du DIH est telle qu'elle induit un inversement du rapport entre règles primaires et règles secondaires, ainsi « l'affirmation d'un crime de guerre devient le droit primaire, rétroagissant sur le droit humanitaire secondaire et comblant ainsi une lacune par la sécrétion d'une nouvelle norme primaire » (KOLB R., « Les influences du droit international pénal sur le droit international public », Contribution issue d'une communication faite à Paris lors d'un colloque sur le droit international pénal en mai 2010, disponible sur [http://www.afri-ct.org/wp-content/uploads/2015/03/10-Article_Kolb.pdf], dernière consultation le 1^{er} août 2017). En ce sens, l'étude du CICR sur le DIH coutumier indique que « les violations graves du droit international humanitaire constituent des crimes de guerre » (Règle 156) et que cette norme est « applicable dans les conflits armés tant internationaux que non internationaux » (HENCKAERTS J.-M., DOSWALD-BECK L., *Droit international humanitaire coutumier*, Bruxelles, Bruylant, 2006, vol. 1, pp. 751-801 et spéc. p. 751). À noter toutefois que l'article 8 du Statut de Rome, largement considéré comme le reflet du droit coutumier, maintient la dichotomie.

²⁰ Le Conseil de sécurité indique que le gouvernement soudanais comme les groupes armés ont l'obligation de respecter et de faire respecter le DIH (v. par ex. : Résolution 1564(2004), S/RES/1564(2004), 18 septembre 2004), obligation qui implique notamment d'engager des poursuites pour les violations du DIH commises. Il est loisible de s'interroger sur la faisabilité de la requête du Conseil de sécurité, l'une et l'autre des parties n'étant pas en mesure de remplir cette obligation dans des conditions satisfaisantes au cours du conflit.

toutefois révélatrice de l'influence du droit pénal : les violations du DIH au sein du conflit armé non international seront qualifiées de crimes de guerre – par le rapport de la commission d'enquête et finalement par la CPI – et permettront l'immixtion du droit international dans une situation *a priori* exclusivement interne.

B. La lutte contre l'impunité comme vecteur de la pénalisation du maintien de la paix

Au-delà de la consécration dans le droit positif de ces valeurs communes à la société internationale, la spécificité de la matière pénale réside également dans la sanction encourue qui vise essentiellement à rétablir l'ordre social en mettant fin à la perturbation générée par la transgression. Dans l'ordre juridique international, la lutte contre l'impunité²¹ à l'égard de « crimes d'une telle gravité [qu'ils] menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde »²² aurait pour objectif de maintenir et rétablir l'ordre social et serait dès lors un instrument du droit du maintien de la paix, symbolisant cet ordre social au sein de la société internationale²³. Ce faisant, le projet de justice pénale a coloré l'ensemble de l'ordre juridique international et, plus particulièrement, le droit du maintien de la paix.

Dans la situation du Darfour, le Conseil de sécurité, organe principal du maintien de la paix, a qualifié les violations du DIH de menace à la paix et à la sécurité internationales²⁴, activant ainsi le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies lui permettant de prendre des mesures coercitives afin de maintenir et/ou rétablir la paix et la sécurité. La coloration pénale des mesures prises par le Conseil de sécurité est prégnante : celui-ci a chargé le Secrétaire général des Nations Unies de la mise en place d'une commission d'enquête visant à établir les faits constitutifs de telles violations mais également à les qualifier pénalement et à en identifier les auteurs²⁵. Il a ensuite exigé que des poursuites pénales internes soient conduites à l'encontre des auteurs de violation du DIH, injonction résultant de l'obligation de respecter et de faire respecter le DIH applicable à toutes les parties belligérantes²⁶. Finalement, suite à l'absence de telles poursuites et sur la recommandation du rapport établi par la commission d'enquête dirigée par Antonio Cassese, le Conseil de sécurité a déféré la situation au

²¹ La double fonction, préventive et répressive, de la lutte contre l'impunité est largement affirmée dès lors que la justice pénale devrait contribuer « à prévenir les conflits armés, à préserver la paix et à renforcer la sécurité internationale et à promouvoir la consolidation de la paix et la réconciliation en vue d'assurer une paix durable » (Assemblée des États parties, 9^e session, Résolution ICC-ASP/9/Res.3, *Renforcement de la Cour pénale internationale et de l'Assemblée des États parties*, adoptée par consensus le 10 décembre 2010).

²² Préambule du Statut de Rome.

²³ V. en ce sens : KOLB R., *Ius contra bellum*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2009, pp. 7-9.

²⁴ À noter l'évolution sémantique dans les résolutions du Conseil qui évoque d'abord la menace à la paix et à la sécurité *régionales* (Résolution 1564(2004) du 18 septembre 2004) puis la menace à la paix et à la sécurité *internationales* (Résolution 1590(2005) du 24 mars 2005 ; Résolution 2296(2016) du 29 juin 2016) et enfin la menace à la paix et à la sécurité *de la région* (Résolution 2340(2017) du 8 février 2017).

²⁵ Résolution 1564(2004) du 18 septembre 2004, § 12.

²⁶ V. par ex. la Résolution 1564(2004) du 18 septembre 2004.

Procureur de la CPI²⁷, alors même que le Soudan n'est pas partie au Statut de Rome. Ce faisant, le Conseil acte le mouvement de pénalisation du droit international et, plus encore, s'en fait le vecteur. Eu égard à son pouvoir discrétionnaire de qualification des menaces à la paix et à la sécurité internationales, il étend le spectre des situations qui menacent la paix de situation de conflit armé internationaux, à ceux non internationaux et finalement aux violations du DIH en elles-mêmes²⁸. Dans ce cadre, il recourt à la justice pénale, interne et à défaut internationale, pour imposer une lutte effective contre l'impunité, supposée permettre un rétablissement de la paix. Il transparaît dans l'approche du Conseil une réelle pénétration de la philosophie pénale : s'emparant des valeurs de la communauté internationale identifiées et transposées en droit positif, celui-ci va constater que leur violation menace l'ordre social, pour finalement adopter des mesures coercitives sur le fondement du Chapitre VII de nature pénale afin de rétablir l'équilibre au sein de la société internationale.

D'un point de vue normatif, la pénalisation du droit international est manifeste. Le DIH est un corps de règles s'appliquant non plus exclusivement aux États mais également aux individus et groupes armés, y compris dans les relations entre un État et ses ressortissants. Plus encore, les règles secondaires destinées à engager la responsabilité de ces individus en cas de violation ont considérablement modifié la substance des règles applicables aux États. En outre, le respect d'un seuil minimal de droits humains, notamment au sein des conflits armés, est érigé en une condition du maintien de la paix et les individus se retrouvent côte à côte avec leurs États comme destinataires des mesures et sanctions permettant le rétablissement de la paix²⁹. Si d'aucuns peuvent se féliciter de ce recul de la toute-puissance souveraine des États au profit de considérations humanistes dans l'ordre juridique international, il convient de ne pas faire preuve d'un optimisme démesuré car si la « règle de droit positif pérennise un choix éthique et un rapport de forces [c'est] l'institution [qui] les incarne »³⁰. En ce sens, la situation du Darfour met en exergue l'insuffisance d'un consensus autour de ces valeurs humanistes imprégnant la société internationale. En effet, ce n'est qu'à travers

²⁷ *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour*, *op. cit.*, pp. 166-171, spéc. § 584 ; Résolution 1593(2005) du 31 mars 2005, § 1.

²⁸ Si le Conseil de sécurité mentionne les répercussions du conflit armé au Soudan sur le Tchad, il apparaît clairement à la lecture de la résolution 1556(2004) que la situation ne menace pas de dégénérer en conflit armé international et que ce n'est pas l'existence même du conflit armé non international au Darfour qui justifie la qualification de menace à la paix et à la sécurité, mais bien les violations massives du DIH. En ce sens, Robert KOLB souligne que cette interprétation extensive des menaces à la paix et à la sécurité pour des situations *a priori* purement internes met en lumière le développement de valeurs fondamentales internationales dont la transgression, y compris au sein d'un État, justifie le caractère international de la menace (*Ius contra bellum*, *op. cit.*, pp. 93-106 et spéc. p. 94).

²⁹ À noter toutefois qu'il n'existe pas dans le droit international de responsabilité pénale de l'État malgré les évolutions en ce sens (PELLET A., « Le nouveau projet de la C.D.I. sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite : *Requiem* pour le crime ? », in *Man's Inhumanity to Man—Festschrift Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer, 2002, pp. 654-681) et qu'un lien entre la responsabilité individuelle et celle de l'État peut être envisagé (MAISON R., *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 547 p.).

³⁰ ASCENSIO H., « La justice pénale internationale de Nuremberg à La Haye », in GABORIAU S., PAULIAT H., *La justice pénale internationale*, Limoges, Pulim, 2002, p. 39.

l'intervention d'institutions, notamment juridictionnelles, que ces valeurs acquièrent une réelle contenance normative. Pour mener à bien le projet de justice pénale internationale il est donc tout aussi important de déterminer qui (quelles institutions ?) représente qui (quelle société ?) et avec quels moyens (sont-ils adéquat pour remplir cette fonction efficacement et en toute indépendance ?).

II. LE SFUMATO INSTITUTIONNEL DE LA JUSTICE PÉNALE INTERNATIONALE

Confrontée à ses carences institutionnelles, le risque pesant sur la justice pénale internationale est davantage celui du recul que de la stagnation. Pis encore, la situation du Darfour invite à repenser la compatibilité même du droit pénal avec le droit international : alors que l'ordre juridique international est essentiellement horizontal et contractuel, incidemment peu propice à l'institutionnalisation des intérêts collectifs, le droit pénal suppose *per se* une telle organisation hiérarchisée afin d'identifier les valeurs de la société et d'assurer légitimement et efficacement la sanction de leurs transgression au nom de l'ensemble de la collectivité. Ainsi, si la conjonction des intérêts politiques et éthiques, encouragée par la pression de l'opinion publique suite aux massacres de la seconde moitié du XX^e siècle, a permis l'édification et l'extension substantielle d'un droit international pénal, cela ne devrait pas pour autant dissimuler le fait que ces consensus n'ont conduit qu'à l'institutionnalisation d'une justice pénale internationale conjoncturelle³¹ et non pas structurelle. En ce sens, la création de la CPI n'est qu'un progrès relatif : juridiction permanente à vocation universelle mais ne l'étant pas, sa création est viciée par son impuissance à se détacher pleinement des réalités et mécanismes de l'ordre juridique international. Le cas du Darfour en est l'illustration topique, l'intrusion du Conseil de sécurité comme rouage nécessaire de la mise en œuvre de la responsabilité individuelle pénale (A) devant la CPI (B), a largement mis à mal la légitimité et l'efficacité de ce projet de justice pénale internationale.

A. Le Conseil de sécurité : la force au soutien d'une éthique aléatoire

Le Conseil de sécurité est intervenu dans la situation du Darfour à plusieurs reprises, de la phase préliminaire d'enquête sur les violations, à la saisine du Procureur³², au suivi des procédures pénales engagées en passant par les requêtes du

³¹ Compétentes uniquement pour les crimes s'étant déroulés dans un conflit précis, limité dans l'espace et le temps (v. Statut du tribunal international militaire, Londres, 8 août 1945, art. 1 et 6 ; Articles premiers des Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, mis en place respectivement par les résolutions du Conseil de sécurité 827(1993) du 25 mai 1993 et 955(1994) du 8 novembre 1994).

³² À noter que le Conseil de sécurité a également communiqué au Procureur de la CPI une liste des auteurs suspectés de crimes internationaux, liste établie par la Commission d'enquête dirigée par Antonio Cassese.

Procureur visant à prendre des mesures coercitives pour exécuter les mandats d'arrêts³³. Législateur, procureur et policier, la fonction jouée par le Conseil de sécurité, bien que non expressément définie par les États, est omniprésente dans le traitement de la situation du Darfour. Ces différents offices s'avèrent toutefois discutables au regard des règles de fonctionnement du droit international et incompatible, par essence, avec la mise en place pérenne d'une justice pénale.

Au sein de l'ordre juridique international, le Conseil de sécurité, tout essentiel que soit son rôle au sein du droit du maintien de la paix, demeure l'organe d'une organisation internationale et dispose, comme tout autre, de compétences limitées et encadrées par le droit international. L'absence de définition des menaces à la paix et à la sécurité laisse au Conseil une latitude importante pour définir et répondre à de telles menaces, éventuellement par des mesures coercitives et universelles. Pour autant, cet organe des Nations Unies est lié par les compétences que ses États membres ont souhaité lui attribuer, que celles-ci soient expressément formulées ou implicites. Or, si les violations du DIH au sein d'un conflit armé interne peuvent, par une interprétation extensive de l'article 39 de la Charte, constituer des menaces à la paix et à la sécurité internationale³⁴, les mesures adoptées pour y mettre fin soulèvent quelques interrogations quant à leur licéité. L'article 41 de la Charte indique que :

« Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ».

Ainsi, la liste non exhaustive des mesures que le Conseil peut adopter est exclusivement composée de sanctions interétatiques, n'envisageant donc pas de compétence expresse en matière de justice pénale internationale (au stade de l'enquête, de la saisine d'une juridiction ou du suivi de la procédure judiciaire). Cette compétence peut éventuellement être implicite³⁵, en ce qu'elle permettrait de parvenir aux objectifs fixés

³³ Le Conseil de sécurité en déférant la situation du Darfour requiert du Procureur un rapport d'information sur l'avancée des poursuites (Résolution 1593(2005) du 31 mars 2005, § 8). C'est au cours de ces rapports que le Procureur de la CPI a exprimé systématiquement et infructueusement le nécessaire soutien du Conseil à la CPI pour mener à bien sa mission (v. not. la déclaration faite par Fatou Bensouda en application de la résolution 1593 du Conseil de sécurité, le 13 décembre 2016 : « le Statut de Rome repose sur deux piliers essentiels : le pilier judiciaire que constitue la Cour pénale internationale et le pilier exécutif chargé de la mise en œuvre des décisions que constituent les États parties et, dans le contexte de la situation au Darfour, le Conseil. [...] L'inaction du Conseil constitue une autre circonstance aggravante. [...] Il ne suffit pas que les membres du Conseil continuent à lancer des appels pour que la Cour reçoive le soutien nécessaire. Il faut que ces appels se traduisent dans les faits par des mesures concrètes »).

³⁴ L'opportunité politique de la qualification de « menace à la paix et à la sécurité » pour certaines situations et non pour d'autres dans des contextes similaires de violation du DIH laisse toutefois perplexe sur les critères retenus pour une telle qualification. Notons, par anticipation que si, la notion de « menace à la paix et à la sécurité » n'a sciemment pas été définie et que son utilité peut notamment résider dans cette souplesse conférée au Conseil de sécurité pour qualifier ainsi des situations, cette approche est essentiellement incompatible avec l'ambition de justice pénale, v. *supra*. Pour une présentation plus approfondie de la notion, v. KOLB R., *Ius contra bellum*, op. cit., pp. 92-95.

³⁵ CIJ, *Effet des jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnité*, avis consultatif du 13 juillet 1954, *CIJ Rec. 1954*, pp. 56-58 ; TPIY, *Le Procureur c. Dusko Tadic*, 2 octobre

par les États et visés par l'article 41 de la Charte, à savoir le rétablissement de la paix. Or, la licéité du recours à la CPI, *via* la saisine du Procureur pour la situation du Darfour alors même que le Soudan n'est pas partie au Statut de Rome, devrait faire l'objet d'analyse plus approfondie : seuls 124 États membres des Nations Unies ont consenti à la création de cette juridiction ainsi qu'à la soumission éventuelle de leurs ressortissants à sa compétence et, incidemment, à ce que le Conseil détienne cette possibilité de saisine *via* l'article 13(b) du Statut de Rome. Plus d'un tiers des États membres des Nations Unies n'ont donc consenti ni à l'institutionnalisation de la justice pénale internationale ni au rôle et compétences afférentes du Conseil de sécurité en la matière³⁶. Dans le même sens, le Conseil de sécurité exige également du Soudan, État non partie au Statut de Rome, qu'il coopère avec la CPI. Cette dernière mesure indique que le Conseil de sécurité, au titre de ses compétences découlant du Chapitre VII, pourrait étendre l'opposabilité d'obligations conventionnelles à des États non parties³⁷. Finalement, la pertinence même de la justice pénale internationale comme mesure permettant le rétablissement de la paix reste à démontrer³⁸ et, dans le cas du Darfour, ne remplit pas cette fonction pacificatrice comme l'ont souligné plusieurs États africains³⁹.

1995, *op. cit.*, §§ 13-40. À noter toutefois que malgré le caractère non exhaustif de ladite liste, le critère de l'*ejusdem generis* pourrait conduire à exclure les mesures de nature pénale visant les individus du spectre des mesures licites au titre de l'article 41. Sur ce critère et sans qu'une telle interprétation ne soit retenue, v. : KOLB R., *Ius contra bellum*, *op. cit.*, pp. 110-112.

³⁶ En ce sens, le précédent de la création des tribunaux pénaux internationaux par le Conseil de sécurité doit être considérablement relativisé. Ces juridictions, créées pour des situations exceptionnelles, se fondent sur un consensus de la communauté internationale lui aussi exceptionnel et exprimé comme tel par plusieurs États. V. CESONI M. L., SCALIA D., « Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité : une justice politisée », *R.Q.D.I.*, n° 25.2, 2012, pp. 38-50. À noter toutefois que cette position est doctrinalement minoritaire et que les tribunaux pénaux internationaux, pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, ont rejeté cet argument.

³⁷ S'il s'agit là du sens même des mesures coercitives du Chapitre VII, leur licéité pose néanmoins question au regard de l'interprétation extensive par le Conseil des menaces à paix et à la sécurité internationales. En ce sens, Robert Kolb distingue entre les injonctions qui portent sur « des matières déjà couvertes par des conventions universellement applicable reflétant des principes de droit coutumier » et celles qui emportent un réel pouvoir d'édification et d'imposition de nouvelles règles, ces dernières constituant « un pouvoir de portée exorbitante que s'octroie le Conseil : il s'érige en certaines matières en un véritable législateur international, avec toutes les conséquences très graves qui s'y rattachent. La licéité d'une telle pratique doit encore être discutée » (KOLB R., *Ius contra bellum*, *op. cit.*, pp. 113-121 et spéc. p. 114).

³⁸ VAURS-CHAUMETTE A.-L., « La CPI et le maintien de la paix », in FERNANDEZ J., PACREAU X. (dir.), *Statut de Rome de La Cour pénale internationale, Commentaire article par article*, Tome I, Paris, Pedone, 2012, pp. 68-71 (l'auteur insiste sur la distinction matérielle et temporelle entre les processus de paix et de justice indiquant que « lorsque la "successivité" des temps est respectée, alors la paix et le procès se nourrissent l'un l'autre : la paix restaurée offre un cadre propice à l'exercice de la justice ; tandis que la justice vient consolider la paix ») ; v. *contra* : *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour*, *op. cit.*, p. 166 (« le retour de la paix et de la stabilité au Darfour en serait au moins facilité parce que l'action en justice éliminerait des obstacles majeurs à la réconciliation nationale et au rétablissement de rapports pacifiques »).

³⁹ V. à ce titre la Déclaration de la République Sud-Africaine sur la décision de se retirer du Statut de Rome de la CPI du 19 octobre 2016, ref. C.N.786.2016 : « [e]n vérité, on ne peut, dans un monde imparfait, appliquer le droit international d'une façon idéaliste qui recherche la justice et la responsabilité en les plaçant en concurrence avec les objectifs plus immédiats que sont la paix, la sécurité et la stabilité. [...] Dans ces circonstances, l'Afrique du Sud estime que si elle se maintenait en tant qu'État partie au Statut de Rome elle compromettrait ses efforts de promotion de la paix et de la sécurité sur le continent africain ».

Le rôle du Conseil de sécurité au sein de la justice pénale internationale est ainsi remis en question par de nombreux États, parties ou non, ayant refusé de mettre en œuvre les deux mandats d'arrêts émis par la CPI à l'encontre du Président en exercice. Les interrogations et critiques quant à la licéité de l'intervention du Conseil de sécurité laissent *in fine* apparaître l'absence de légitimité pour assurer un tel rôle au sein de la justice pénale internationale. En effet, l'organisation et la répartition des fonctions en matière de justice pénale ne relève pas d'un simple dogmatisme aveugle mais bien du produit séculaire des expériences et réflexions sur les caractéristiques que doit revêtir une justice pénale – impartialité, probité, indépendance – pour ne pas dériver en justice arbitraire où ce qui est fort est juste. Or, le rôle consacré par le Statut de Rome au Conseil de sécurité, s'il répond potentiellement aux besoins de l'ordre juridique international⁴⁰, est par essence partial tant du fait de sa composition que de son fonctionnement⁴¹. Comment justifier à cet égard que, dans une même résolution, le Conseil décide de déférer la situation du Darfour à la Cour, en vertu de l'article 13(b) du Statut de Rome, et s'engage à ce que les contingents déployés dans le cadre d'opération de maintien de la paix au Darfour ne soit pas soumis à la Cour, en vertu de l'article 16 du Statut et ce, quelques soient les crimes internationaux qui pourraient être commis⁴² ? La *realpolitik* ne sied guère à la justice pénale⁴³. Dans ces circonstances, le Conseil de sécurité ne saurait représenter les intérêts de la société au sein de justice pénale : non seulement la société internationale – quelle que soit la définition que l'on en retienne – n'y a pas consenti mais, en outre, ses caractéristiques mêmes sont incompatibles avec de telles fonctions et *a fortiori* avec leur concentration. Ainsi, si d'aucuns se félicitent de l'intervention du Conseil de sécurité ayant permis que la CPI apprécie les violations commises au Darfour, tout en regrettant l'utilisation de l'article 16 du Statut de Rome,

⁴⁰ Comme par exemple l'ajournement des poursuites pénales si celles-ci nuisent au rétablissement de la paix (article 16 du Statut de Rome). La requête de l'Union Africaine concernant le Soudan et allant en ce sens n'a toutefois pas été retenue par le Conseil de sécurité (Decision on the meeting of African states parties to the Rome Statute of International Criminal Court (ICC), 1-3 juillet 2009, Doc.Assembley/AU/13(XIII), § 9).

⁴¹ Dans sa composition puisque seuls 15 États y siègent dont 5 États disposent d'un siège permanent. Dans son fonctionnement puisque le veto de l'un des cinq membres permanents peut bloquer l'adoption de décision et qu'il n'existe pas d'obligation de motivation desdites décisions pas plus que de contrôle de celles-ci.

⁴² La résolution 1593(2005) indique que le Conseil de sécurité, « [d]écide que les ressortissants, responsables ou personnels en activité ou anciens responsables ou personnels, d'un État contributeur qui n'est pas partie au Statut de Rome de la Cour pénale internationale sont soumis à la compétence exclusive dudit État pour toute allégation d'actes ou d'omissions découlant des opérations au Soudan établies ou autorisées par le Conseil ou l'Union africaine ou s'y rattachant, à moins d'une dérogation formelle de l'État contributeur ». Si d'aucuns pourraient avancer qu'il s'agit d'une concession nécessaire pour la réalisation des opérations de maintien de la paix décidées par le Conseil, il n'en demeure pas moins que cette protection à l'encontre des poursuites qui pourraient être engagées par la CPI, accordée *a priori*, met en exergue la nécessité d'opérer une distinction stricte entre une juridiction pénale, telle que la CPI, et un organe politique ayant des fonctions exécutives, tel que le Conseil de sécurité, cette première ne pouvant être soumise au marchandage politique du second.

⁴³ À cet égard, la question du financement, nerf de la guerre, ne laisse guère d'illusion sur l'intensité du soutien du Conseil de sécurité à la CPI. Tout en déférant la situation du Darfour, la résolution 1593(2005) précise que le financement des procédures engagées incombe aux États Parties de la CPI, voire aux États volontaires. Le Procureur interpelle ainsi le Conseil de sécurité dans ses rapports sur l'insuffisance des moyens à sa disposition.

l'illégitimité de l'intervention du Conseil déteint sur l'ensemble du projet de justice pénale internationale mettant plutôt en exergue l'impuissance de la Cour.

B. La Cour pénale internationale : l'éthique sans force légitime

A première vue, la création de la CPI s'intègre pleinement dans le projet de justice pénale internationale tel que formulé précédemment : fondée sur le consensualisme, celle-ci paraît traduire institutionnellement un accord au sein de la société internationale pour mener une lutte effective contre l'impunité. Pour autant, la « création conventionnelle de la Cour est à la fois garante, on le sait, de ses forces et faiblesses : sa légitimité renforcée butte sur l'écueil traditionnel du consensualisme et sur son incapacité à imposer des obligations aux États qui n'ont pas consenti à son acte constitutif »⁴⁴. D'aucuns pourraient alors considérer que l'intervention du Conseil de sécurité, doté d'un pouvoir coercitif universel, comblerait cette lacune originelle. En d'autres termes, le Conseil apporterait la force nécessaire à la justice assurée par la Cour. L'étude du cas du Darfour démontre toutefois qu'outre l'illégitimité du Conseil de sécurité pour remplir ces fonctions, son intervention a davantage entravé le travail de justice conduit par la Cour qu'il ne l'a supporté. En effet, suite à sa saisine par le Conseil de sécurité, le Procureur de la CPI a, conformément au Statut de Rome, conduit des enquêtes préliminaires et obtenu l'émission de mandats d'arrêt à l'encontre de plusieurs dirigeants soudanais⁴⁵ dont le chef d'État en exercice Al Bashir⁴⁶. Or, bien que les États parties au Statut soient dans l'obligation de coopérer avec la Cour en vue de l'arrestation desdits suspects, plusieurs d'entre eux ont accueilli ce dernier sur leur territoire, avec le soutien de l'Union africaine⁴⁷, sans tenter de l'arrêter aux fins de remise à la Cour⁴⁸.

⁴⁴ UBEDA-SAILLARD M., « Droit international pénal et droit international général : les immunités des chefs d'États en exercice », *Justice pénale internationale*, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁵ Parmi lesquels des membres du pouvoir en place (*Le Procureur c. Ahmad Muhammad Harun et Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman*, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Harun, Ch. préliminaire I, 27 avril 2007, ICC-02/05-01/07 ; *Le Procureur c. Abdel Raheem Muhammad Hussein*, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Abdel Raheem Muhammad Hussein, Ch. préliminaire I, 1^{er} mars 2012, ICC-02/05-01/12) mais aussi de l'un des groupes armés s'y opposant (*Le Procureur c. Abdallah Banda Abakaer Nourain*, Mandat d'arrêt à l'encontre de Abdallah Banda Abakaer Nourain, Ch. préliminaire I, 11 septembre 2014, ICC-02/05-03/09).

⁴⁶ Un premier mandat pour crimes de guerre et crimes contre l'humanité (*Le Procureur c. Omar Al Bashir*, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir, Ch. préliminaire I, 4 avril 2009, ICC-02/05-01/09) puis un second ajoutant le génocide (Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al Bashir, Ch. préliminaire I, 12 juillet 2010, ICC-02/05-01/09).

⁴⁷ Decision on the meeting of African states parties to the Rome Statute of International Criminal Court (ICC), 2009, Doc.Assembley/AU/13(XIII) ; Decision on the report of the second meeting of states parties to the Rome Statute of International Criminal Court (ICC), 2010, Doc.Assembley/AU/8(XIV) ; Décision sur les relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale (CPI), 2013, Ext/Assembley/AU/Dec.1 ; Decision on international jurisdiction, justice and international criminal court (ICC), 2013, Doc. Assembley/AU/13(XXI).

⁴⁸ V. le recensement établi sur le site : [<http://bashirwatch.org/>].

Face à ce phénomène, plusieurs procédures pour manquement à l'obligation conventionnelle de coopération de ces États ont été entamées devant la Cour⁴⁹. Pour constater ce manquement la Cour souligne, à raison, que les immunités de juridiction des chefs d'État en exercice ne sont pas opérantes devant les juridictions internationales pénales⁵⁰. Mais, et c'est l'un des arguments soulevés par les États pour justifier la non-exécution du mandat d'arrêt d'Omar Al Bashir, l'article 98-1 du Statut dispose que la Cour

« ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise [...] qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États [...] à moins d'obtenir au préalable la coopération de cet État tiers en vue de la levée de l'immunité ».

Or, selon ces États, il existe une telle incompatibilité entre la demande de remise de la Cour et certaines obligations internationales en matière d'immunité, coutumières ou découlant de la résolution de l'Union africaine⁵¹ et ce, sans que la Cour n'ait obtenu la coopération du Soudan pour lever les immunités du Président Al Bashir. Dès lors, la Cour ne devrait pas pouvoir poursuivre l'exécution de sa demande d'arrestation. Face à cet argument la Cour a, dans un premier temps, évoqué l'existence d'une norme coutumière, donc opposable à l'ensemble des États (parties ou non et quelque soit le mode de saisine de la Cour), écartant automatiquement les immunités dont pourraient bénéficier les individus poursuivis devant une juridiction pénale internationale⁵². L'existence d'une telle norme coutumière étant pour le moins sujette à caution⁵³, la

⁴⁹ En cas de manquement à l'obligation de coopérer la Cour ne peut qu'en « prendre acte et en référer à l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie » (Article 87-7 Statut de Rome). À noter que dans une décision récente, la Cour a décidé de ne pas référer le manquement de l'Afrique du Sud, contrairement aux affaires précédentes, notant notamment la décision de la Cour suprême de Pretoria condamnant l'exécutif pour la non arrestation d'Omar Al Bashir ainsi que, plus généralement, l'inefficacité de la procédure de l'article 87-7 (*The Prosecutor v. Omar Al-Bashir*, Decision under article 87(7) of the Rome Statute on the non-compliance by South Africa with the request by the Court for the arrest and surrender of Omar Al-Bashir, Pre-Trial Ch. II, 6 July 2017, ICC-02/05-01/09, §§ 124-140 et spec. §§ 136-138 ; The Supreme Court of Appeal of South Africa, Judgment, case no 867/15, 15 mars 2016).

⁵⁰ V. l'article 27 du Statut de Rome et la jurisprudence de la CIJ (not. *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt du 14 février 2002, *Rec. CIJ* 2002, § 61).

⁵¹ « [T]he AU Member States shall not cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome Statute of the ICC relating to immunities, for the arrest and surrender of President Omar Al Bashir of The Sudan » (Decision on the meeting of African states parties to the Rome Statute of International Criminal Court (ICC), 2009, Doc.Assembly/AU/13(XIII), § 10).

⁵² *Le Procureur c. Omar Al Bashir*, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Al Bashir, Ch. préliminaire I, 12 décembre 2011, ICC-02/05-01/09, §§ 36-43 ; *Le Procureur c. Omar Al Bashir*, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir, Ch. préliminaire I, 13 décembre 2011, ICC-02/05-01/09, §§ 13-14.

⁵³ La Cour revient d'ailleurs expressément sur cette argumentation en précisant qu'en raison de la nature conventionnelle du Statut de Rome « l'exception à l'exercice par la Cour de sa compétence que prévoit l'article 27-2 du Statut devrait, en principe, se limiter aux États parties qui ont accepté cette compétence » (*Le Procureur c. Omar Al Bashir*, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour [Décision relative à la

Cour a, dans un second temps, modifié la justification juridique de sa position avançant que c'est la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité, prise sur le fondement du Chapitre VII, qui aurait « implicitement levé les immunités dont jouissait Omar Al Bashir en vertu du droit international »⁵⁴ en exigeant que le Soudan coopère avec la Cour. La Cour entretient toutefois la confusion dans la justification de son argumentation⁵⁵. Une première lecture, concentrée sur le début de son argumentation et fondée sur le début de l'article 98-1, indique que selon la Cour il n'existerait aucune incompatibilité entre sa demande de remise et les obligations internationales en matière d'immunité dès lors que la résolution 1593 (2005) du Conseil lève implicitement l'immunité du Président Al Bashir à l'égard de l'ensemble des États et organisations internationales⁵⁶. Une deuxième lecture, fondée sur la fin de l'argumentation de la Cour, indique que selon la Cour il existe bien une incompatibilité entre la résolution de l'Union africaine et la résolution 1593 (2005) du Conseil de sécurité mais que celle-ci, au sens de l'article 98-1, disparaîtrait par le jeu de l'article 103 de la Charte donnant la primauté aux obligations posées par le Conseil de sécurité⁵⁷. Dans l'une ou l'autre de ces lectures, la levée d'immunité, de juridiction et d'exécution, opérée par le Conseil de sécurité emporterait une obligation de remise. Il convient de relever toutefois que ces deux premières lectures sont inconciliables (il existe une incompatibilité ou non) et que, dans la seconde, la Cour interprète restrictivement « l'incompatibilité » de l'article 98-1, c'est-à-dire exclusivement comme celle qui se révélerait insurmontable par le jeu des règles de rapports de normes. Finalement une troisième lecture de la décision, fondée sur la fin de l'article 98-1, a été apportée : il existerait bien une incompatibilité mais la résolution 1593 (2005) équivaudrait à l'obtention par la Cour de la coopération du Soudan en vue de levée l'immunité d'Omar Al Bashir. Quoi qu'il en soit, la difficulté essentielle rencontrée par la Cour est celle de l'interprétation de la résolution 1593 (2005) : le Conseil de sécurité en posant une obligation de coopération avec la Cour au Soudan, a-t-il souhaité lever implicitement les immunités de juridiction et d'exécution du Président Al Bashir ? Interrogation qui appelle en cascade une série d'autres : la levée d'immunité par le Conseil de sécurité peut-elle être implicite ? Cette levée d'immunité est-elle opposable uniquement dans les relations de la Cour avec le Soudan ou à l'ensemble des États et organisations internationales ? Le Conseil de sécurité, qui seul aurait pu préciser le sens de sa résolution, demeure silencieux malgré les

coopération de la République démocratique du Congo], Ch. préliminaire II, 9 avril 2014, ICC-02/05-01/09, § 26).

⁵⁴ Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo, *op. cit.*, § 29.

⁵⁵ Pour l'analyse des décisions de la Cour, v. : CHAUMETTE A.-L., « Commentaire de l'article 98 du Statut de la Cour pénale internationale », disponible sur [<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01483706>] (dernière consultation le 1^{er} août 2017), pp. 6-15 ; GAETA P., « The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again », disponible sur [<http://opiniojuris.org/2014/04/23/guest-post-icc-changes-mind-immunity-arrest-president-al-bashir-wrong/>] (dernière consultation le 1^{er} août 2017) ; UBEDA-SAILLARD M., « Droit international pénal et droit international général : les immunités des chefs d'États en exercice », *op. cit.*, pp. 124-130.

⁵⁶ Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo, §§ 28-29.

⁵⁷ *Ibid.*, §§ 30-32.

nombreuses demandes de soutien des chambres Préliminaires et du Procureur de la Cour⁵⁸.

Ainsi, s'il existait d'ores et déjà des tensions antérieures, l'intervention du Conseil de sécurité pour déferer la situation du Darfour à la Cour, outrepassant le consentement de l'État du Soudan, a cristallisé ces tensions et leur a donné la consistance politique et juridique qui pouvait leur manquer jusqu'alors⁵⁹. Gage prétendu d'efficacité de la justice pénale internationale, l'intervention du Conseil fait finalement peser sur les procédures engagées devant la Cour tous ses désagréments sans ses avantages⁶⁰ : le soutien n'est pas suffisant pour garantir l'effectivité des poursuites engagées et l'arbitraire dans la désignation des situations soumises à sa compétence discrédite l'ensemble du projet de justice pénale internationale. Plus de huit années après l'émission du premier mandat d'arrêt pour crimes de guerre à l'encontre d'Omar Al Bashir, ce dernier a « franchi des frontières internationales à 131 reprises [...], quatorze fois pour se rendre dans des États parties et 117 fois dans des États non parties »⁶¹ tandis que les violations du DIH se poursuivent au Darfour⁶².

Pour conclure, la pénalisation normative du droit international est incontestable. Fondée sur des valeurs humanistes difficilement critiquables, elle laisse présager d'un progrès vers une justice pénale transcendant les intérêts particuliers des États souverains afin de lutter contre l'impunité. L'étude du cas du Darfour met toutefois en exergue l'absence de consensus au sein de la société internationale pour assurer effectivement

⁵⁸ V. not. : Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo, *op. cit.*, § 33.

⁵⁹ Pour une présentation succincte de cette controverse, v. UBEDA-SAILLARD M., « Droit international pénal et droit international général : les immunités des chefs d'États en exercice », *op. cit.*, pp. 124-136. V. en outre, Déclaration de la République Sud-Africaine sur la décision de se retirer du Statut de Rome, *op. cit.* : « [p]our l'Afrique du Sud, la CPI se doit d'être vue, non pas isolément, mais plutôt comme une composante importante d'un nouveau système de droit international et de gouvernance internationale ; à ce titre, elle doit être placée dans le contexte d'une nécessaire réforme en profondeur du système de gouvernance mondiale. Les interrogations sur la crédibilité de la CPI persisteront tant que trois des cinq membres permanents du Conseil de sécurité ne sont pas États parties au Statut. Le Conseil de sécurité n'a pas, non plus, joué son rôle au sens de l'article 16 du Statut de Rome dans l'hypothèse où l'intervention de la CPI constituerait une menace à la paix et à la sécurité sur le continent africain. Il existe également des perceptions selon lesquelles la CPI se livre à des traitements inégaux et injustes qui émanent non seulement de la relation qu'elle entretient avec le Conseil de sécurité mais également d'une perception qui conduit à penser que la CPI accorde une attention particulière aux États africains alors que des violations patentes sont commises par d'autres ».

⁶⁰ Ce risque était envisagé par la doctrine avant même l'entrée en vigueur du Statut, Eric DAVID précise ainsi : « [l]a possibilité pour le Conseil de sécurité de saisir la CPI confère à celle-ci les avantages et qualités des TPI, à savoir leur universalité et leur primauté, pour autant que le Conseil veille à préciser ces points dans le mandat qu'il confierait à la Cour » (« L'avenir de la Cour pénale internationale », in TAVERNIER P., BURGORGUE-LARSEN L. (dir.), *Un siècle de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 194-197 ; *contra* : SUR S., « Le droit international pénal entre l'État et la société internationale », *op. cit.*, pp. 49-68). Le rôle du Conseil de sécurité en matière de justice pénale continue de faire débat : SCHABAS W., « Justice pénale internationale et politique de puissance », *Justice pénale internationale*, *op. cit.*, p. 25-58 ; CESONI M. L., SCALIA D., « Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité : une justice politisée », *op. cit.*, pp. 37-71.

⁶¹ Déclaration de Fatou Bensouda, *op. cit.*, 2016, § 13.

⁶² *Ibid.*, § 30.

cette mission, laquelle requiert nécessairement l'instauration d'institutions puissantes et légitimes. En ce sens, si la création de la CPI s'inscrit dans une approche pérenne de la justice pénale internationale – en ce que, conformément aux enseignements philosophiques des Lumières, elle est fondée sur un pacte visant à lui conférer un statut qui institutionnalise le rapport de force –, l'intervention du Conseil de sécurité réintroduit un rapport de force primaire au sein de l'équation faisant que selon que vous soyez ressortissant d'un État puissant ou non vous serez protégé ou poursuivi. L'institutionnalisation de la justice pénale s'impose ainsi comme le point de basculement d'une justice privée à une justice publique telle que l'est par essence la justice pénale. Dans l'ordre juridique international, les carences institutionnelles sont régulièrement pointées par la doctrine, que ce soit pour assurer l'effectivité des règles du droit international ou pour envisager sa communautarisation. La justice pénale internationale ne fait donc pas figure d'exception en la matière. Elle se distingue toutefois des autres *corpus* en ce que le droit pénal requiert par essence de telles institutions sans lesquelles les droits et libertés fondamentales des individus ne peuvent être garantis. Faute d'un tel consensus, le binôme providentiel Conseil de sécurité et CPI appert en réalité contre-productif puisqu'

« [o]n aboutit [...] à ceci : ce que l'*intérêt général* avait dicté d'enlever à la sphère de la puissance incontrôlée est aujourd'hui de proche en proche restitué au pouvoir privé, au nom de valeurs issues de ce même intérêt de la communauté. Au lieu de faire avancer le droit international, on risque de le faire reculer »⁶³.

En définitive, le projet de justice pénale internationale risque de demeurer un vœu pieu en l'absence d'un pacte social consacrant la puissance et la légitimité des institutions chargées de sa mise en œuvre. Dans l'attente d'une telle organisation, il convient de se garder du péché d'orgueil laissant à croire qu'une justice pénale internationale est possible sans le consentement des États. Non seulement impossible, celle-ci ne serait pas même souhaitable si elle devait être entachée d'un risque d'arbitraire et de garanties procédurales inférieures à celles d'un État de droit. Bien que tel ne semble pas être le chemin emprunté, le Conseil de sécurité ayant par la suite déféré la situation de la Libye à la CPI, la présente contribution ne devrait pas être perçue comme un *requiem* pour la justice pénale internationale car

« [s]i les crises paraissent d'abord conduire à l'impasse, en révélant l'absence de modèle théorique permettant de se représenter les pratiques liées à l'organisation des pouvoirs – un vide, avons-nous dit, entre ce qui n'est plus et ce qui n'est pas encore –, elles ouvrent aussi à leur manière la voie pour en sortir, en révélant les difficultés à résoudre, et d'abord la désarticulation des pouvoirs au sein des institutions supranationales ; mais elles suggèrent aussi, de façon encore implicite, la montée en puissance des pouvoirs non institués qu'il faudra intégrer à la refondation »⁶⁴.

⁶³ R. KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant, coll. de droit international, 2003, pp. 32-33. Également en ce sens : « [s]e voulant à la fois législateur et juge, le Conseil de sécurité introduit ici un principe de contradiction avec le système de justice pénale qu'il veut produire par ailleurs. [...] Les mesures décidées par le Conseil constituent donc la négation même des fondements d'une justice pénale internationale et, plus largement, du droit international pénal » (CESONI M. L., SCALIA D., « Juridictions pénales internationales et Conseil de sécurité : une justice politisée », *op. cit.*, p. 71).

⁶⁴ DELMAS-MARTY M., *La refondation des pouvoirs*, Paris, Editions du Seuil, 2007, p. 18.