

Quand l'international fait une alliance avec le pénal, assiste-t-on à la naissance d'un droit pénal international génétiquement modifié ?

Hélène Dumont

Volume 33, Number 1, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027546ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027546ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Dumont, H. (2003). 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*, 33(1), 133–151.
<https://doi.org/10.7202/1027546ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2003

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

Quand l'international fait une alliance avec le pénal, assiste-t-on à la naissance d'un droit pénal international génétiquement modifié?

HÉLÈNE DUMONT

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal

SOMMAIRE

Introduction.....	133
I. Les tares du droit international ou son capital génétique dans la production des normes pénales	135
A. Les méfaits de la coutume, de la doctrine et du droit com- paré.....	135
B. Les précédents, la cacophonie juridictionnelle et l'indépen- dance des juges	138
C. L'internationaliste : une âme remplie de contradictions	142
II. Les tares du droit pénal ou son capital génétique dans la produc- tion des objectifs, des principes et des règles de procédure.....	143
A. Première difficulté : des objectifs démesurément ambitieux.	143
B. La deuxième difficulté : l'insuffisance de la théorie pénale face aux crimes contre l'humanité	147
C. Le pénaliste : une âme remplie de confusion.....	150
Conclusion	151

Introduction

J'ai choisi de faire quelques remarques sur le thème du droit pénal international à la suite d'une discussion de corridor avec un collègue internationaliste à qui je formulais mes critiques sur le mode discutable de production des normes pénales par le droit international. En boutade, il m'a renvoyé la balle en me demandant si le droit pénal interne des États démocratiques offrait de meilleurs modèles d'élaboration d'un droit pénal

en contexte international. Je n'étais pas certaine de ma réponse. Je pouvais seulement circonscrire en image d'Épinal l'attitude respective de l'internationaliste et du pénaliste à l'égard du développement récent du droit pénal international¹ : le premier prend ses désirs pour la réalité, le deuxième affiche son ethnocentrisme juridique pour dénaturer l'extraordinaire projet qui consiste à élaborer une justice pénale commune à toute l'humanité dans l'ordre international.

En l'occurrence, je m'apprête à discourir sur la rencontre de deux branches du droit qui pourrait presque donner lieu à une rencontre du troisième type tellement leur méthodologie respective propose des cheminements divergents de construction des normes, des principes et des règles dans le domaine du droit pénal international. Pour reprendre à mon compte et ajouter à l'image déjà faite par Bassiouni², un spécialiste du domaine, le droit pénal international serait le produit de l'union de deux droits ayant une personnalité fort différente. Dans le cas du droit international, sa personnalité est fondée sur la souveraineté, l'accord et l'égalité des États qui ne reconnaissent pas l'existence d'une autorité politique et juridique supérieure pour assurer l'exécution des décisions inter-étatiques; dans le cas du droit pénal d'un État démocratique, sa personnalité est construite selon une hiérarchie du pouvoir, une suprématie juridique et une indépendance de l'autorité judiciaire et repose sur des moyens coercitifs pour son application. Cette double hérédité du droit pénal international est susceptible de faire craindre un développement qui, au lieu de combiner les vertus respectives de ses géniteurs, pourrait résulter en un cumul de leurs pires défauts. Mon propos consiste à évoquer quelques tares réciproques des deux branches du droit qui se fusionnent pour devenir du droit pénal international et à porter un bref jugement sur leur capital génétique respectif aux fins de produire un droit pénal inter-

1. J'emploie l'expression *droit pénal international* pour traduire l'expression *International Criminal Law*; à cet égard, je choisis la façon nord-américaine de décrire ce domaine du droit. Les Français utilisent plutôt cette expression pour décrire le droit pénal interne qui a une portée extraterritoriale et choisissent le vocable *droit international pénal* pour décrire le droit pénal élaboré dans l'ordre international.

2. M.C. BASSIOUNI, « Le droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu », (1981) 52 *R.I.D.P.* 41, pp. 72 et 78.

national. Devrait-on suggérer un gène réparateur (un DGM : droit génétiquement modifié) pour donner naissance à une descendance remarquablement améliorée? Voilà ma question.

I. LES TARES DU DROIT INTERNATIONAL OU SON CAPITAL GÉNÉTIQUE DANS LA PRODUCTION DES NORMES PÉNALES

A. LES MÉFAITS DE LA COUTUME, DE LA DOCTRINE ET DU DROIT COMPARÉ

Qu'on se le dise : le droit international contredit la maxime : une fois n'est pas coutume ; en effet, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre dans le cadre de conflits armés internes peuvent bel et bien exister et être le produit de la génération spontanée de la coutume³. Et pour-

3. *Le Procureur c. Kunarac, Kovac et Vukovic*, IT-96-23, Jugement, 22 février 2001. Le TPIY en condamnant trois Serbes à des peines de 12 à 28 ans d'emprisonnement pour viols à répétition sur des femmes musulmanes qualifie le viol de civils en temps de guerre de crime contre l'humanité, ce qui constitue une première dans l'ordre international. Voir sur la coutume : T. MERON, « The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law », 1996 vol. 90 *A.J.I.L.* 238-242; C. TOMUSCHAT, « La cristallisation coutumière », chapitre 3 dans H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *Droit international pénal*, CEDIN Paris X, Éditions A. Pedone, 2000, p. 294 et suiv.; A.E. ROBERTS, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law : a Reconciliation », (2001) 95 *American Journal of International Law* 757-791; R. COPELON, « Gender Crimes and War Crimes : Integrating Crimes against Women in International Criminal Law », (2000) 46 *R.D.McGill* 217-240.

L'article 3 du Statut du TPIY prévoit expressément que la liste des crimes énumérés n'est pas exhaustive. D'après l'affaire *Procureur c. Dusko Tadic*, 1995, IT-94-1, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, en créant le Tribunal, le Conseil de sécurité visait à mettre un terme à toutes les violations graves du droit international humanitaire perpétrées sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et pas seulement à des catégories spéciales de ces violations. La Chambre conclut que l'article 3 du Statut confère au Tribunal international compétence à l'égard de toute violation grave du droit international humanitaire qui n'est pas couverte par les articles 2, 4 ou 5 du Statut. Le Tribunal serait donc compétent pour connaître de tout acte qui, bien que non inclus explicitement dans le Statut, constituait, au moment de la création du Tribunal, une violation aux lois ou coutumes de la guerre en droit international et entraînait la responsabilité pénale de son auteur. Suite à une interprétation littérale, téléologique, systématique et logique de l'article 3 du Statut la Chambre d'appel a conclu que l'article 3 couvre plus spécifiquement : i) les violations des Règles de La Haye sur les conflits internationaux; ii) les atteintes aux dispositions des Conventions de Genève autres que celles classées comme « infractions graves » par lesdites Conven-

tant, combien de siècles a-t-il fallu à la common law pour enterrer la coutume et construire la sacro-sainte maxime : *nullum crimen sine lege*.

Le droit international affirme volontiers que les crimes contre l'humanité sont hors du commun et qu'à ce titre, ils forment une catégorie à part et se différencient des crimes de droit commun cernés dans les législations nationales. Ils constitueraient des violations sérieuses au droit des gens et des atteintes graves à l'essence de l'humanité qui les distingueraient en qualité des crimes ordinaires. Mais saviez-vous que « les autres conduites semblables »⁴ peuvent constituer des crimes contre l'humanité? Pourtant, l'offense à la légalité que des infractions vagues suscitent en droit pénal interne, la précision exigée dans la formulation de la prohibition pénale pour assurer la prévisibilité de la loi et l'exercice non arbitraire de la répression pénale, la préférence accordée à l'interprétation stricte des textes d'infraction en cas d'ambiguïté couplé au rejet de l'analogie pour soumettre les justiciables à la sanction criminelle : voilà autant d'acquis de civilisation dans l'ordre pénal interne d'un État de droit que le droit pénal international devrait conserver.

Que dire aussi du respect que l'on a pour la doctrine en droit international qui l'autorise à construire le droit à sa guise et affirmer haut et fort : voilà le droit⁵. Depuis que j'ai commencé à faire du droit pénal international, j'ai enfin com-

tions; iii) les violations de l'article 3 commun et autres règles coutumières relatives aux conflits internes; iv) les violations des accords liant les parties au conflit, considérés comme relevant du droit conventionnel, c'est-à-dire des accords qui ne sont pas devenus du droit international coutumier. (para. 89) En ce qui concerne ces derniers accords, la Chambre d'appel a précisé que « le Tribunal international est autorisé à appliquer, outre le droit international coutumier, tout traité qui : i) lie incontestablement les parties à la date de la commission du crime; et ii) ne s'oppose pas ou ne déroge pas aux normes impératives du droit international, comme dans le cas de la plupart des règles coutumières du droit international humanitaire ». (para. 143)

4. Les Statuts du TPIY et du TPIR n'hésitent pas à cerner les crimes contre l'humanité en terminant l'énumération des conduites visées par l'expression imprécise « autres actes inhumains ». Similairement, l'article 7(1)(g) du Statut de la CPI incrimine le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée et toute autre forme de violence sexuelle de gravité comparable. Il est tout au moins douteux que cette définition du crime réponde à l'exigence de clarté et de précision de la loi pénale.

5. S. SZUREK, « Historique : la formation du droit international pénal », chapitre 2 dans H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET, *op. cit.* note 3, pp. 8 et suiv.

pris pourquoi mes collègues internationalistes portent haut; nous, pauvres pénalistes, lorsque nos idées sur le droit ont un quelconque poids, c'est généralement parce que la Cour suprême nous les a volées!

Quelle urbanité que paraît offrir le droit international en accueillant le droit comparé pour choisir certains de ses principes d'application. Par exemple, lorsqu'on ne trouvera pas de dispositions particulières du Traité de Rome et de règles édictées par les parties au Traité sur un sujet du droit international coutumier, l'on pourra recourir aux principes généraux du droit pénal international d'abord et alternativement à ceux du droit international général pour disposer du problème. À défaut d'identifier un principe avec ces sources, il faudra alors déceler les principes communs au droit pénal des principaux systèmes juridiques du monde en examinant des droits nationaux. En droit pénal international tel qu'il s'élabore devant les juridictions *ad hoc*, le droit comparé est venu ainsi à la rescousse pour trouver la solution lorsque les sources habituelles d'interprétation étaient muettes sur la question⁶. Dans l'affaire *Furundzija*⁷, l'on explique comment recourir au droit comparé et on en précise les conditions: À moins que cela soit prévu par une règle internationale, il ne peut être question d'examiner un seul système juridique, le système de common law ou le système romano-germanique par exemple. Le tribunal international doit circonscrire ses concepts généraux communs à partir de plusieurs systèmes juridiques du monde. Cela présuppose un processus d'identi-

6. Les techniques du droit comparé permettent aux tribunaux de dégager les soi-disant principes généraux du droit qui, eux, sont l'une des sources du droit international. Cela a été notamment le cas pour les éléments constitutifs du viol en tant que crime contre l'humanité (*Le Procureur c. Furundzija*, IT-95-17/1, Jugement, 10 décembre 2001, paras 178 – 186), pour certaines questions de droit substantif comme le concours d'infractions (*Le Procureur c. Kupreskic et consorts*, IT-95-16, Jugement, 14 janvier 2000, para. 669 et suiv.), le cumul de qualifications et de déclarations de culpabilité (*Le Procureur c. Mucic et consorts*, IT-96-21, Arrêt d'appel, 20 février 2001, para. 401 et suiv.), le droit relatif à certaines défenses comme la légitime défense (*Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, IT-95-14/2, Jugement, 26 février 2001, para. 451) et plein d'autres concepts très peu formalisés au moment de l'établissement des tribunaux *ad hoc*.

7. *Le Procureur c. Furundzija*, IT-95-17/1, Jugement, 10 décembre 2001, par. 178.

fication des dénominateurs communs de ces systèmes pour repérer les notions fondamentales qu'ils partagent⁸.

Hélas, les systèmes juridiques du monde sont substantiellement très différents en matière répressive au point d'offrir toute la gamme entre l'ultra répressif et le carrément libéral; leurs principes communs risquent alors d'être une peau de chagrin. Ce sont d'ailleurs les principes fondamentaux de responsabilité pénale qui déterminent davantage la qualité de la justice pénale dans un pays plutôt que son régime procédural⁹. En définitive, lorsqu'on recourt au droit comparé ou à la stratégie du plus petit dénominateur commun entre des États répressifs toutes catégories, l'on construit le droit pénal international avec la plus mesquine des justices.

B. LES PRÉCÉDENTS, LA CACOPHONIE JURIDICTIONNELLE ET L'INDÉPENDANCE DES JUGES

Le droit pénal international se développe actuellement devant les deux tribunaux *ad hoc* que sont le TPIY et le TPIR et cela détermine en partie le futur du droit pénal international. En effet, ces deux institutions façonnent des précédents pour la Cour pénale internationale permanente (CPI) et servent de laboratoire d'essais et d'erreurs pour cette dernière. D'une part, ces arrêts auront un long ou bref avenir dans la mesure où la Commission préparatoire de la CPI n'a pas hésité à les confirmer ou à les corriger en ajustant en conséquence le choix et le contenu des règles approuvées par les États-parties au Traité de Rome¹⁰. D'autre part, les tribu-

8. *Le Procureur c. Erdemovic*, IT-96-22-A, Jugement, 7 octobre 1997. Le juge Cassese rend une opinion dissidente et ajoute : parce que les poursuites pénales internationales présentent des caractéristiques qui les distinguent des poursuites criminelles nationales, l'on doit absolument tenir compte de la spécificité du droit pénal international en empruntant des notions définies dans les droits nationaux. Il ne faut pas importer ou transposer un concept de façon mécanique dans les poursuites pénales internationales, ce qui pourrait entraîner une distorsion non souhaitable dans l'interprétation des caractéristiques uniques de telles poursuites.

9. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995, Paris, p. 113-172.

10. La Commission préparatoire de la Cour pénale internationale est établie conformément à la Résolution F incorporée dans le *Final Act of the United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court* du 17 juin 1998 (Doc. ONU A/CONF.183/10). Elle était chargée entre autres de l'élaboration du Règlement de preuve et de procédure de la Cour (Doc. ONU PCNICC/2000/1/Add.1) et des Éléments des crimes (PCNICC/2000/1/Add.2).

naux *ad hoc* sont aux prises avec des problèmes de qualification juridique des faits par les différentes chambres du TPIY ou du TPIR et ils doivent décider de l'impact de questions de faits et de droit déterminées par une chambre dans une cause précédente sur la qualification de faits semblables dans un procès ultérieur et du droit d'un accusé de soutenir une qualification différente de la précédente¹¹. Ce problème peut se produire plusieurs fois dans le contexte de multiples procès de génocide : des accusés peuvent présenter des versions divergentes sur des faits collectifs ou certains peuvent faire des admissions de faits que d'autres contesteront dans leur procès. Or, les différentes Chambres de première instance sont souvent tirillées entre d'une part la règle de *res judicata* qui est censée seulement s'appliquer entre les mêmes parties et d'autre part leur volonté de rendre le plus souvent possible des jugements mutuellement cohérents et de respecter un soi-disant *stare decisis* entre elles, même si leurs jugements ne les lient pas mutuellement. Enfin, des juges peuvent au bout de trois procès finir par considérer ces faits comme étant de connaissance d'office. On imagine volontiers la reproduction de cette incohérence devant la CPI ou de cette constance spéciale des bancs de première instance. La CPI aura un autre problème : elle sera tentée d'accorder à ce nombre limité de précédents des tribunaux *ad hoc* un poids indu pour asseoir sur quelque chose la crédibilité de ses propres jugements et se trouvera en présence de décisions dont la fragilité ne devrait leur attribuer aucune portée.

Si, à la valeur juridique précaire de ces précédents devant la CPI, on ajoute la multiplication des forums qui sont et vont être bientôt saisis d'une affaire de droit pénal interna-

11. Des défenseurs ont parfois persuadé leur banc de ne pas appliquer la qualification précédente faite dans un autre procès aux faits semblables de leur cause. Par exemple dans l'arrêt *Celebici* (*Le Procureur c. Mucic et consorts*, IT-96-21, Jugement, 16 novembre 1998, par. 233-34), la Chambre refuse de suivre la décision *Tadic* qui avait catégorisé les conflits armés en Ex-Yougoslavie au moment pertinent comme étant un conflit armé interne. De la même façon, dans l'arrêt *Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana*, ICTR-95-1-T, 21 mai 1999, par 137, la Chambre II du TPIR refuse de suivre l'interprétation de la Chambre I dans *Le Procureur c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, 2 septembre 1998 concernant les éléments du meurtre comme crime contre l'humanité.

tional, la Cour permanente risque d'enfanter une girouette à titre de droit pénal international. Les débats judiciaires que suscitent dorénavant les crimes de guerre et contre l'humanité seront présentés devant plusieurs forums en concurrence et en complémentarité. Tantôt la Cour internationale de justice (CIJ) se prononcera sur les immunités de ministres en fonction, tantôt la cour belge poursuivra un chef d'État qui n'est même pas sur son territoire, tantôt un tribunal canadien siégeant en matières civiles et commerciales ordonnera la confiscation des avoirs bancaires d'un génocidaire présumé au profit de ses victimes, tantôt un tribunal allemand recevra un recours collectif et devra décider de la responsabilité de son gouvernement pour avoir financé une guerre génocidaire ou fourni des armes de guerre à des criminels de guerre, tantôt un tribunal militaire américain poursuivra un génocidaire déchu, tantôt la Cour pénale internationale jugera son cousin, tantôt le Conseil de sécurité créera un tribunal *ad hoc* et une commission de vérité et de réconciliation à propos des mêmes atrocités¹². Tout compte fait, le droit pénal international qui en sortira risque d'être une chimère.

Deux autres caractéristiques des tribunaux *ad hoc* heurtent de front le sens le plus élémentaire que l'on peut avoir d'une justice pénale internationale respectable. D'abord, les tribunaux *ad hoc* qui paraissent dotés d'un régime procédural satisfaisant au chapitre de l'équité selon les standards promus par des documents internationaux importants¹³, souffrent malgré tout de défauts majeurs au plan systémique, qui révèlent leur manque d'apparence d'indépendance et

12. Ex : Sierra Leone — l'on a créé à la fois une commission de vérité et réconciliation (mise en place en vertu du « *The Truth and Reconciliation Act 2000* » adopté le 22 février 2000 en application de l'article XXIV de l'Accord de Paix de Lomé) et un Tribunal spécial mixte composé de juges internationaux et nationaux (Voir le *Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone* du 4 octobre 2000 (Doc. ONU S/2000/915) et la résolution 1315 du Conseil de sécurité de l'ONU du 14 août 2000 (Doc. ONU S/RES/1315 (2000) dans laquelle le Conseil autorise le Secrétaire-général de négocier la mise en place du tribunal spécial).

13. Ex : *Déclaration universelle des droits de l'Homme* du 10 décembre 1948, Rés. AG 217 A (III) (1948), A/PV. 183; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* du 16 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171; *Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, Conseil de l'Europe, le 4 novembre 1950, S.T.E. 005.

d'impartialité selon ces mêmes normes internationales et qui les rendent vulnérables au plan institutionnel. La nature *ad hoc* du TPIY et du TPIR, leur création par le Conseil de sécurité, leur assujettissement à des États en ayant besoin de leur coopération pour l'arrestation des criminels et l'obtention des preuves¹⁴, leur dépendance financière envers des États et des organisations privées pour leur fonctionnement¹⁵, le contexte politisé de l'exercice de leurs fonctions et l'influence de pressions extérieures sur le travail des juges¹⁶, la promiscuité structurelle du Bureau du Procureur et de l'administration des tribunaux¹⁷ : voilà un cumul de caractéristiques rattachées à la réalité de ces tribunaux qui soulèvent des interrogations quant à leur indépendance et impartialité institutionnelle. On n'a pas fait disparaître l'ensemble de ces défauts en créant un forum permanent.

De plus, on ne saurait passer sous silence le rôle « législatif » confié aux juges de ces juridictions¹⁸. Qu'à cela ne tienne, les juges des tribunaux *ad hoc* peuvent dire : la loi, c'est nous¹⁹ ! En effet, depuis leur création, on observe de multiples changements effectués aux règles du jeu par les juges de ces tribunaux siégeant en plénière, qui corrigent après coup les ennuis éprouvés avec une règle dans un procès sous leurs auspices. Dans ces soi-disant débats parlementaires quoique discrets sur les règles à changer pour assurer le succès des futurs procès, greffiers et procureurs ont voix au chapitre avec les juges, mais pas la défense.

14. J. COGAN, « International Criminal Courts and Fair Trials : Difficulties and Prospects » (2002), 27 *Yale J. Int'l L.* 111, 120, pp. 111-140.

15. *Id.*, p. 133.

16. L. SCHMANDT, « With Justice : Is It Possible for the Former Yugoslavia? », (1995) 30 *Texas Int'l. L. J.* 335, 361.

17. DEVELOPMENTS — INTERNATIONAL CRIMINAL LAW — International Criminal Law « III. Fair Trials and the Role of International Criminal Defense », May 2001, 114 *Harv. L. Rev.* 1943-2073, pp. 1982, 1995, 1996.

18. D.A. MUNDIS, « The Legal Character and Status of the Rules of Procedure and Evidence of the *ad hoc* International Criminal Tribunals », (2002) *International Criminal Law Review* 191-239

19. Ce sont les juges des tribunaux *ad hoc* qui ont la responsabilité d'élaborer leurs règles de preuve et de procédure, le statut créant les deux tribunaux *ad hoc* pour le Rwanda et l'ex-Yougoslavie n'en contenant pas.

C. L'INTERNATIONALISTE : UNE ÂME REMPLIE DE CONTRADICTIONS

Parlons maintenant de l'internationaliste dans l'âme. Tantôt, il se fait militant et réclame la justice pénale internationale pour mettre fin à une culture d'impunité au profit d'une culture d'imputabilité des chefs génocidaires. Mais le militant qu'il est, se trouve aux prises avec une contradiction au plan idéologique pour juger de l'activité des tribunaux *ad hoc* au regard du respect des principes de justice fondamentale. Tout en étant un chaud partisan des droits de l'Homme en général et un critique des accrocs aux libertés que policiers et législateurs peuvent commettre dans son pays, son militantisme devient plus modeste à ce chapitre devant les impératifs de traduire en justice les présumés responsables des atrocités au Rwanda et en ex-Yougoslavie. Alors volontiers, il ferme les yeux sur les détentions préventives abusives, le caractère évolutif et sans cesse remanié des actes d'accusation ouverts pendant la longue attente du procès, les accommodements de preuve et de procédure faits par ces juridictions d'exception et ses affinités penchent du côté de la répression. Pourtant, en examinant de plus près comment cela se passe devant ces tribunaux *ad hoc*, il existe suffisamment de choix critiquables pour heurter toute conscience éprise des droits de l'Homme et fonder une critique plus développée. Bref, comme le dit le professeur R. Charvin avec une dose de réalisme de bon aloi, il est loin d'être certain « qu'il y aurait une marche irrésistible du droit international vers un meilleur ordre et plus d'humanité pour le plus grand bénéfice des droits de l'Homme²⁰ ».

Tantôt, l'internationaliste se fait l'habile politique d'une démocratie, il invoque alors la raison d'État pour faire valoir l'immunité de ces génocidaires, chefs d'État en fonction et en visite chez lui²¹. Ces invités douteux pourront dire à leur hôte

20. R. CHARVIN, « L'impunité internationale des politiques et la cour pénale internationale », *Les cahiers de Nord-Sud XXI*, Nord-Sud XXI, ONG ayant le statut consultatif auprès du Conseil économique et social des Nations-Unies, www.nordsud21.org

21. Voir l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* du 14 février 2002.

internationaliste, paraphrasant Louis XIV : « l'État c'est moi! »... Et, bien entendu, l'hôte en son âme et conscience pourrait lui répondre songeant sans doute à Henri VIII : « The King can do no wrong »!

II. LES TARES DU DROIT PÉNAL OU SON CAPITAL GÉNÉTIQUE DANS LA PRODUCTION DES OBJECTIFS, DES PRINCIPES ET DES RÈGLES DE PROCÉDURE

Comme je suis pénaliste, l'on a sans doute conclu par mes propos que toutes les tares sont du côté du droit international. Eh bien, détrompez-vous. Je me suis posé la question que mon collègue internationaliste m'avait adressée : le droit pénal des États démocratiques offre-t-il un meilleur capital génétique pour faire naître un modèle de droit pénal dans l'ordre international qui présenterait de meilleures garanties de justice? Après réflexion, je constate que le droit pénal national en tant que modèle offre, lui aussi, son lot d'insuffisances et d'handicaps; il me paraît avoir une petite santé qu'il cache sous une apparence du tonnerre; pour cette raison, je doute qu'il puisse produire des principes et des règles viables pour son rejeton, le droit pénal international.

A. PREMIÈRE DIFFICULTÉ : DES OBJECTIFS DÉMESURÉMENT AMBITIEUX

La première « pathologie » du droit pénal canadien que je prends pour modèle pour répondre à la question, c'est d'avoir des ambitions démesurées pour une capacité d'impact modeste. Le droit pénal est mégalomane et propose une répression pénale aux finalités fantastiques qui, à la fois punit les coupables, les réhabilite et leur donne une nouvelle conscience, qui prévient les crimes futurs, rétablit la sécurité, la justice et la paix, qui est réparatrice pour la victime et réconciliatrice pour la société. Je viens tout juste de paraphraser ce qui est écrit à l'art. 718 C.cr. pour décrire les objectifs de la répression punitive. Quand des États démocratiques ont une technologie répressive aussi multifonctionnelle, que dalle, il faut la transférer dans l'ordre international. Permettez-moi de l'illustrer avec le mandat du TPIY qui annonce des finalités tout aussi extraordinaires. Selon la

lettre et l'esprit de sa résolution fondatrice, le mandat du TPIY est multiple : 1° Traduire en justice les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire (Mladic et Karadic²² courent toujours). 2° Rendre justice aux victimes (aucune n'a été dédommagée à ce jour). 3° Prévenir la commission de nouvelles violations du droit international humanitaire (le premier ministre qui a transféré Milosevic au TPIY vient d'être assassiné; évidemment j'exagère, cela est un crime ordinaire). 4° Imposer la vérité judiciaire pour empêcher le révisionnisme, contribuer au rétablissement de la paix et favoriser la réconciliation dans l'ex-Yougoslavie²³.

Ce dernier objectif mérite quelques commentaires. Le procès pénal se veut une symbiose de la vérité judiciaire et de la vérité historique. L'histoire nationale y est racontée par la poursuite en ayant un commencement et une fin arbitrairement déterminés par les dates des crimes de guerre et contre l'humanité. L'historien se fait procureur et l'histoire se trouve en partie dématérialisée pour assumer les fonctions propres et symboliques du droit pénal. On imagine volontiers l'indignation de certains historiens contemporains devant ce retour à une historiographie moralisante inspirée par le modèle judiciaire²⁴. Dans le cas de l'ex-Yougoslavie, l'histoire est en train d'être racontée pour assigner des torts à la Serbie principalement. Quant au Rwanda, le TPIR risque d'écrire une histoire incomplète et partisane dans la mesure où le génocide incriminé dans l'exercice de sa compétence porte seulement sur celui survenu en l'an 1994 et commis par les Hutus. Si on ajoute à cela que la mémoire du passé que les peuples se construisent est de toute façon hautement sélec-

22. Ces deux criminels toujours recherchés ont fait l'objet en leur absence d'une procédure d'examen des actes d'accusation formulés contre eux en vertu de l'article 61 du RPP; voir à cet égard : *Radovan Karadic et Ratko Mladic*, IT-95-5-R61 et IT-95-18-R61.

23. www.un.org/icty/glance-f/index.htm Le site du tribunal affiche que tel est le mandat de la Cour alors que la résolution du Conseil de sécurité n'est pas explicite sur le 4^e objectif : Résolution 827 du Conseil de sécurité du 25 mai 1993 (Doc. ONU S/RES/827 (1993)).

24. C. GINZBURG, *Le juge et l'historien*, Considérations en marge du Procès Sofri, 1997, Éditions Verdier-Histoire, Lonrai; voir aussi un autre point de vue de Jean-Paul Jean et Denis Salas, *Barbie, Touvier, Papon...*, 2002, Éditions Autrement-collection Mémoires n° 83, Paris.

tive, l'histoire racontée devant les tribunaux risque de transformer cette mémoire en mémoire qui s'irrite plutôt qu'en mémoire qui s'effrite et qui oublie²⁵. Les analyses politiques du conflit sont aussi reconstruites par cette juridicisation du conflit. En effet, la décision judiciaire risque d'être instrumentalisée par les États et/ou les groupes ethniques et réintégrée dans leur discours politique. Le procès pénal international qui simule la guerre pour y mettre fin, assigne néanmoins la victoire à une partie. Il y a un vainqueur et un vaincu dans le procès pénal international par individus interposés. Par exemple, le héros de guerre devient un criminel de guerre. Or, cette instrumentalisation de la décision pénale et de la vérité judiciaire est réputée transformer la réalité historique et elle est voulue comme une action politique de réconciliation et de paix. Elle peut avoir ce bienfait mais elle peut aussi contribuer à l'exacerbation du conflit si les atrocités commises par une seule partie au conflit sont qualifiées de crimes de guerre et contre l'humanité.

En aparté, je soumets à la réflexion que les groupes ne sont pas des sujets de responsabilité pénale dans le droit pénal international naissant, même si les SS et la Gestapo ont été au banc des accusés dans le procès de Nuremberg. Bref, on aurait peut-être des crimes contre la paix, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité de la part d'autres genres de criminels ou d'autres guerriers ou justiciers, mais toujours pas de *forum conveniens* pour les juger.

On ne saurait mettre sous le tapis une autre importante hypocrisie du droit pénal qui est d'avoir historiquement évincé et malmené les victimes dans la procédure et de prétendre maintenant vouloir leur rendre justice et les dédommager. Le débat adversaire traditionnel implique l'État et l'accusé; la victime n'est pas une partie; c'est l'accusé qui risque gros et on lui accorde une grande marge de manœuvre

25. P. VALÉRY, *Regards sur le monde actuel Oeuvres II*, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, Gallimard, NRF, 1960, p.935 : « L'histoire est le produit le plus dangereux que la chimie de l'intellect ait élaboré. Ses propriétés sont bien connues. Il fait rêver, il enivre les peuples, leur engendre de faux souvenirs, exagère leurs réflexes, entretient leurs vieilles plaies, les conduit au délire des grandeurs ou à celui de la persécution, et rend les nations amères, superbes, insupportables et vaines. L'histoire justifie ce que l'on veut. Elle n'enseigne rigoureusement rien, car elle contient tout, et donne des exemples de tout. »

en contre-interrogatoire qui peut aller jusqu'à la dénatura-tion de la vérité de ses victimes. Dans l'ordre international, cela donne lieu à des constats pour le moins déchirants et pré-occupants. On peut évoquer la crise des témoins au Rwanda qui ne veulent plus se soumettre au contre-interrogatoire des avocats de la défense. Le procès pénal, à leur grand désarroi, est à la fois le lieu où ils doivent raconter en public ce qui est culturellement tabou et au plan humain inénarrable (je pense aux viols des femmes tutsis); ces témoins qui prennent la parole dans des procès organisés selon une procédure occiden-tale de découverte de la vérité ont une telle incompréhension des exigences de la vérité et de la justice pour attribuer une responsabilité pénale à des accusés, qu'il faut à tout prix envisager d'autres lieux de paroles pour les victimes et d'autres forums de vérité²⁶.

Une autre caractéristique de la procédure pénale qui s'est matérialisée à la suite des atrocités en ex-Yougoslavie et au Rwanda est de prétendre offrir un dédommagement des victimes et la réparation des ignominies. Or, dans ce cas-ci, le droit pénal s'adonne carrément à de la fausse représentation puisqu'il exige des victimes de demander réparation à leurs tribunaux nationaux qui n'ont de toute façon pas la force de faire face à leurs propres insuffisances. Au moment où l'on écrit ces lignes, aucune victime des massacres yougoslaves et rwandais n'a obtenu de réparations dans quel qu'ordre juri-dique que ce soit. En somme, le droit pénal international a des chances d'avoir un visage à deux faces comme son parent le droit pénal.

Faisons état d'une autre inquiétude au sujet du droit pénal canadien et de celui d'autres pays occidentaux d'ailleurs, de les savoir récemment atteints d'un cancer qui s'étend à tous les problèmes sociaux. L'on assiste à une irrup-

26. L'on doit considérer avec beaucoup de sérieux les options suivantes : une Commission de vérité et de réconciliation : Voir à cet égard l'article de Michael Scharf, « The Case for a Permanent International Truth Commission », (1997) 7 *Duke Journal of Comparative and International Law* 375-411 et les juridictions tradition-nelles rwandaises *Gacaca* créées au Rwanda en vertu de la *Loi organique portant création des Juridictions Gacaca et organisation des poursuites des infractions cons-titutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994*, adoptée par l'Assemblée Nationale de Transi-tion le 12 octobre 2000.

tion de la peur et de l'insécurité, l'on pénalise les groupes sociaux à risque, l'on criminalise leurs insuffisances et marginalise leurs différences sociales au lieu d'offrir un remède approprié sous la forme d'une entraide mutuelle et une solidarité collective. On assiste à la cancérisation du social par le pénal. Ce cancer ne serait-il pas en train d'être transmis à l'enfant à naître? Le droit pénal international est-il en train de devenir une clause pénale pour les nations les moins favorisées et un sauf-conduit pour les superpuissances? Peut-il au contraire être sensible à la diversité culturelle et au degré inégal de développement des droits humains dans le monde; pour cela, comment prendre en compte cette inégalité de départ, si ce n'est dans le droit substantif concernant la responsabilité des auteurs de crimes graves contre l'humanité, du moins dans la détermination de leur peine et dans l'originalité et la variété de l'aménagement des processus pacifiques de résolution des conflits de grande envergure qui donnent lieu à des crimes de guerre et contre l'humanité?

**B. LA DEUXIÈME DIFFICULTÉ :
L'INSUFFISANCE DE LA THÉORIE PÉNALE
FACE AUX CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ**

Tout droit pénal qui se respecte a au moins une théorie établie de la responsabilité pénale qui se manifeste par le degré de conceptualisation et de cohérence de ses principes généraux de détermination et d'imputation de la responsabilité pénale à des auteurs de crimes. Ces principes s'appellent *actus reus*, *mens rea*, règles de complicité, défenses. Or, la théorie classique de la responsabilité pénale est fort mal équipée pour s'appliquer telle quelle sur la matière du droit pénal international parce qu'elle a rarement eu l'occasion de traiter de telles questions. Je m'explique en prenant le crime de génocide en exemple. N'importe quel profane décrira les caractéristiques matérielles du génocide en identifiant le caractère planifié et collectif des gestes répréhensibles et le caractère massif des préjudices qui en résultent. D'ailleurs, tout en étant capable de constater ces caractéristiques du génocide, pour le commun des mortels qui n'ont pas une expérience de tels massacres, l'ampleur du crime et le nombre

d'exécutants : c'est aussi ce qui échappe à leur entendement. Pourtant, la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* conçoit qu'un acte unique puisse être un génocide pour les fins du droit et affirme que l'idée de plan n'est pas une composante matérielle du crime. En droit pénal, le génocide est décomposé en une série d'actes individualisés²⁷. Mais, quand on a fini de déterminer les multiples culpabilités individuelles, on a fragmenté l'image globale et on a perdu le plan d'ensemble et on a déconstruit le sens collectif du génocide.

Le génocide constitue, comme je le mentionnais, une énigme quand on essaie de se l'expliquer (Comment est-ce possible? Comment cela peut-il arriver? se demande-t-on). C'est peut-être en raison de l'image commune généralement entretenue au sujet des crimes de droit commun comme le meurtre, le vol et le viol que le génocide est en partie incompréhensible. Le crime de droit commun, c'est : un phénomène de déviance, le fait de peu de personnes dans la société donc de marginaux, une mauvaise action faite par quelqu'un qui sait que son action est mauvaise. Mais quand un grand nombre de personnes s'adonnent à un génocide, il faut se le représenter différemment de cette perception populaire du crime. On a alors l'intuition que pour qu'il y ait génocide, la conscience commune des exécutants doit avoir été occultée par une mémoire déformée sur sa réalité historique, soumise complètement à la dictature de tyrans, endoctrinée par des fabricants d'idéologie raciste et sectaire ou lavée par le fanatisme religieux. Il n'y aurait plus de conscience coupable ou de liberté morale chez ceux qui commettent des atrocités en si grand nombre, du moins la question se pose. Bref, les instigateurs et les planificateurs du génocide exercent un pouvoir totalitaire ou une puissance réelle sur tout un groupe social et sur sa conscience commune; cela serait une condition essentielle au génocide et le rendrait possible et justifié dans l'imaginaire des exécutants. La plupart des exécutants dans un

27. *Le Procureur c. Jelusic*, IT-95-10-T, 14 décembre 1999; *Le Procureur c. Akayesu*, IT-96-4-T, 2 septembre 1998; *Le Procureur c. Kristic*, IT-98334-T, 2 août 2001. Voir de façon générale : W.A. SCHABAS : « Was Genocide Committed in Bosnia and Herzegovina? First Judgments of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », (2001) 25 *Fordham International Law Journal* 23; « The Jelusic Case and the Mens Rea of the Crime of Genocide », (2001) 14 *Leiden Journal of international Law* 125-139.

génocide, peut-on soupçonner, se sentent alors justifiés d'agir, obéissent aux ordres ou sont carrément forcés d'agir. Voilà des analyses bien dérangeantes pour la doctrine pénale qui n'a pas souvent envisagé de telles questions de responsabilité pénale. Si l'on essaie de rendre compte de toutes ces dimensions du génocide à l'aide de la théorie classique du droit pénal en matière de responsabilité, on a encore bien du mal. Bref, le droit pénal a non seulement de la difficulté à traiter l'impensable mais à convenir aussi de son impensé.

En recourant à la théorie classique du droit pénal, on risque aussi d'assigner plus de responsabilité aux exécutants, des auteurs réels, qu'aux complices du génocide, les dirigeants, les planificateurs et les fomentateurs. En effet, on se retrouve en droit pénal international aux prises avec la même difficulté que celle connue en droit pénal canadien lorsqu'il s'agit de s'en prendre aux chefs de mafia ou aux dirigeants de compagnies criminelles. À cette difficulté s'ajouterait aussi celle de devoir faire des méga procès interminables et non gérables.

Rappelons enfin un autre aspect de la matière des procès internationaux. Le contexte qui sous-tend les crimes de guerre et contre l'humanité a rarement été celui des affaires traitées par les tribunaux civils nationaux dans l'histoire. Historiquement, quand ces questions se sont posées, on se trouvait devant des tribunaux militaires ou cela donnait lieu à des procès politiques ou « dit de rupture » avec l'ordre juridique établi. Il ne faut pas se surprendre alors que les droits pénaux nationaux soient mal équipés au plan de la doctrine pénale pour établir une culture d'imputabilité dans l'ordre civil international. Milosevic qui se défend officiellement sans avocat a adopté une stratégie de défense qui emprunte toutes ses stratégies au procès politique²⁸; l'ordre juridique pénal que l'on veut établir en contexte international devra inévitablement se demander comment faire avec des chefs d'État génocidaires qui vont invoquer l'illégalité et l'illégitimité de l'ordre judiciaire interétatique de la CPI et qui feront de leur procès un procès politique. Pour l'instant, la seule technique à laquelle on a pensé pour faire fonctionner un procès contre quelqu'un qui

28. M. SCHARF, W.A. SCHABAS, *Slobodan Milosevic on Trial*, Continuum International Publishing Company Ltd., 2002.

ne joue pas le jeu du droit, c'est de recourir à l'*amicus curiae*²⁹; à la longue, cette technique suffira-t-elle pour traiter de la non-collaboration des accusés devant la CPI?

C. LE PÉNALISTE : UNE ÂME REMPLIE DE CONFUSION

Les tares parentales héritées par le droit pénal international naissant, sont-elles tout compte fait des défauts de jeunesse qui se corrigeront avec le temps? Le droit pénal international n'est qu'à ses premiers balbutiements mais il fait en sorte que les systèmes civiliste et de common law qui offrent respectivement un modèle de procédure criminelle (l'inquisitoire et l'accusatoire), sont comparés comme ils ne l'ont jamais été auparavant. Les tribunaux *ad hoc* ont élaboré leurs propres règles de preuve et de procédure et en ont changé plus d'une vingtaine de fois depuis leur création, ce qui a sensiblement changé le portrait global de la procédure. À vrai dire, ce travail concret au sein des tribunaux *ad hoc* et au sein de la Commission préparatoire sur le règlement de preuve et de procédure de la CPI³⁰ a consisté à réconcilier des juristes de diverses traditions en faveur d'une méthodologie commune de recherche de la vérité sans police internationale et ponctuée de secrets d'État, combinant des objectifs d'équité, de justice et d'efficacité dans un procès pénal international. C'était un défi de taille. À cet égard, l'expérience de Geoffrey Nice au TPIY, le procureur dans le procès Milosevic, illustre bien le défi que pose la création d'un régime de preuve et de procédure dans l'ordre international; il faisait la comparaison suivante :

You discover that you have a brain tumor. You are an internationalist and devoted to the United Nations. You decide to have your tumor dealt with by a Zimbabwean surgeon, a Japanese assistant surgeon, a Columbian anaesthetist, a Canadian

29. *Le Procureur c. Slobodan Milosevic*, IT-02-54-T, Décision relative à un *amicus curiae*; Dinah Shelton, « The Participation of Nongovernmental Organizations in International Proceedings », 1994 *The American Society of International Law*, 88 A.J.I.L. 611.

30. La version générale de ce règlement de preuve et de procédure de la future CPI a été produite au cours de l'été 2000 et l'assemblée des États membres a adopté la version officielle de ce règlement, en septembre 2002.

nurse and a Basque pathologist. Or perhaps you do not. Maybe, it would be a little dangerous to form a team of people with no common culture, background and discipline. Yet that is what we have done at the ICTY and the ICTR. We have form a team composed of just such disparate nations — lacking connection of common culture or background — to create a new legal system to try the world's most serious cases.³¹

Mais, quand il s'agit d'examiner le potentiel du rejeton avec des principes relatifs aux droits humains, à la justice égalitaire, fondamentale et procédurale et à l'indépendance judiciaire, les défis éducatifs à court et moyen terme pour les transmettre au bébé naissant sont bel et bien là.

Me voici donc à ma conclusion. La procédure pénale internationale, fruit de plusieurs essais d'hybridation, d'une courte gestation et d'un accouchement avec forceps, sera-t-elle une tour de Babel, un nouvel Esperanto ou une nouvelle synthèse originale et fonctionnelle de la nature d'un Internet entre les systèmes juridiques? L'avenir le dira. Enfin, les deux géniteurs du droit pénal international que sont le droit international et le droit pénal ont-ils besoin d'un gène réparateur pour que leur rejeton soit en bonne santé? Ma réponse est oui et ce gène modifié porte tout simplement le nom de justice. C'est le gène le plus prometteur avec lequel l'on fera vivre le meilleur droit pénal international. Ah oui, je ne sais pas encore si ce sera un garçon ou une fille... mais, ne dit-on pas en français, LE droit pénal international et LA justice pénale internationale! Je nous souhaite donc un DGM pour la postérité.

Hélène Dumont
Faculté de droit
Université de Montréal
3101, chemin de la Tour, C.P. 6128,
succ. Centre-Ville
MONTREAL (Québec) H3C 3J7
Tél. : (514) 343-7200
Télec. : (514) 343-2199
Courriel: helene.dumont@umontreal.ca

31. G. Nice, « Trials Imperfection », (2001) 14 vol. 2 *Leiden Journal of International Law* 383-397, p. 383.