

DROITS FONDAMENTAUX ET DROIT PÉNAL INTERNATIONAL

Par

Renée KOERING JOULIN*

Le droit pénal international¹ peut se définir comme la branche du droit criminel gouvernant l'ensemble des problèmes posés par une infraction au plan international. La matière est donc considérable qui va de la compétence internationale des lois et tribunaux nationaux à celle des juridictions pénales internationales en passant par la collaboration policière et judiciaire des Etats, le tout s'organisant dans des espaces à dimension variable, au minimum à deux et au maximum à l'échelle universelle, étant précisé qu'entre ces deux extrêmes se situent des espaces régionaux aux contours infinis... Immense, la matière devra donc conduire à des choix le plus souvent dictés par l'actualité.

Quant à la matière des droits fondamentaux, on peut considérer qu'elle renvoie aux droits et libertés garantis, notamment au plan international, par le Pacte de l'ONU sur les droits civils et politiques et par la Convention européenne des droits de l'homme².

Confrontés au droit pénal international, les droits fondamentaux renvoient assurément à ceux de l' "accusé en matière pénale", au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ou 14 du Pacte, si l'on se souvient que le glaive de la justice menace directement cet "accusé": en effet, le droit pénal c'est, au pire, le droit de l'enfermement voire de la peine de mort, et à quoi sert la procédure pénale sinon à encadrer les innombrables atteintes aux libertés que postule l' "accusation en matière pénale"? Or, ce qui est déjà vrai en droit interne se vérifie davantage encore en droit international dès lors que la logique de ce dernier est simple, voire simpliste: c'est l'efficacité répressive. Comment, dans ces conditions, ces deux branches du droit n'apparaîtraient-elles pas comme des "faux-frères"³ voire comme des "frères ennemis"?

Pour autant cette approche exclusive serait manichéenne et réductrice.

D'une part, parce qu'elle oublie que la logique protectrice des droits fondamentaux va nécessairement cantonner, "contenir" la logique répressive du droit pénal international, y compris celle de la justice internationale qui ne peut plus tout faire. Bien du temps a passé de Nuremberg à La Haye⁴, et même a-t-on envie d'ajouter, de La Haye (Tribunal pénal international) à La Haye (Cour pénale internationale)⁵....

* Conseiller à la Cour de cassation française.

¹ Cf C. Lombois, Droit pénal international, Dalloz, 2ème éd.1979; A.Huet et R.Koering-Joulin, Droit pénal international, PUF, 2ème éd. 2001.

²On pense également à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, non encore contraignante.

³ Cf W. A. Schabas, Droit pénal international et droit international des droits de l'homme: faux frères?, *in* Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation, dir. M. Henzelin et R. Roth, LGDJ-Georg-Bruylant,2002.

⁴ Cf H. Ascensio, La justice pénale internationale de Nuremberg à la Haye, *in* La justice pénale internationale, Entretiens d'Aguesseau, P.U.Limoges, 2002, p.29 et s.

⁵ Pour une réfutation de l'idée selon laquelle la CPI serait "un prolongement et un épanouissement" des TPI, cf S. Sur, Le droit international entre l'Etat et la société, *in* Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation précit., p.49 ets., v. p.53. Sur la genèse de la CPI, cf Nouvelles Etudes pénales (Association internationale de droit pénal), éd. Erès, 1999.

D'autre part, parce qu'elle omet un acteur désormais incontournable du droit pénal: la victime, étant précisé que par ce terme il faut entendre non la victime potentielle d'atteintes énumérées et réprimées par le Code pénal (en effet, pris dans cette acception, le sujet nous conduirait, d'abord, à confondre droits fondamentaux et intérêts protégés, et ensuite, à nous borner à inventorier, parmi les différentes valeurs protégées en droit interne, celles que le droit pénal international a cru bon de privilégier, notamment par la voie des traités), mais la victime, acteur générique du procès pénal.

Au total, les relations complexes et souvent paradoxales entretenues par les deux disciplines vont se traduire, tantôt par une logique de l'affrontement, quand les droits fondamentaux sont mis à l'épreuve par le droit pénal international (I), tantôt par une logique de la compréhension réciproque, quand le droit pénal international se met à l'écoute des droits fondamentaux (II).

I. Les droits fondamentaux à l'épreuve du droit pénal international

Le droit pénal international est un droit sous double influence: influence pénale, d'abord, qui veut que les droits de l'accusé soient nécessairement malmenés par lui, la logique de l'efficacité répressive télescopant celle de la protection des droits (B); influence internationale, ensuite, qui fait que la conduite des relations interétatiques s'oppose parfois à ce que justice soit rendue à la victime (A).

A. les droits fondamentaux de l' "accusé" malmenés par le caractère pénal du droit pénal international

Le constat se fera à travers les droits substantiels puis les droits processuels de l'"accusé".

1. Parmi les droits substantiels, je me bornerai au plus fameux d'entre eux à savoir le principe de la légalité criminelle, avec ses corollaires bien connus, la non-rétroactivité et l'interprétation stricte.

- Le principe dit de la **légalité des délits et des peines** postule que l'infracteur soit prévenu de ce qui l'attend s'il transgresse la loi répressive. Or une compétence pénale internationale en plein essor depuis quelques années, la compétence dite universelle⁶, est assurément celle qui maltraite le plus la prévisibilité attendue de la norme pénale. En effet, le rattachement d'une compétence à un crime se fait par le biais du lieu purement accidentel d'une arrestation: il suffit que l'étranger qui a commis ses méfaits (par exemple, des actes de torture) à l'étranger sur des victimes étrangères pénètre sur le territoire d'un Etat qui, à l'instar de la France, a ratifié la convention de New-York de 1984 pour qu'il puisse être attiré devant une juridiction de cet Etat qui lui appliquera ses lois de fond (et de procédure) dont il n'a pourtant aucune connaissance.

- La **non-rétroactivité**, tout le monde le sait, a été sacrifiée par le tribunal de Nuremberg, quelque juste que fût la cause. Certes non du point de vue des crimes contre la paix et des crimes de guerre commis avant le 8 août 1945 car ils étaient déjà prohibés soit par les Convention de La Haye de 1899 et 1907 soit par certains droits nationaux. En revanche, la notion de crime contre l'humanité posait problème. Comme l'écrivait Donnedieu de Vabres⁷, les

⁶ Sur ses inconvénients cf R. Koering-joulin et H. Labayle, Dix ans après... De la signature (1977) à la ratification (1987) de la convention pour la répression du terrorisme, CODE PÉNAL 1988, I, 3349.

⁷ Rev.dr.pén.et crim.1946-1947, p.827.

notions de “réduction en esclavage” ou de “persécutions” politiques, raciales ou religieuses ne correspondent pas à des faits “catalogués et réprimés dans les codes criminels des Etats”. Aussi, pour les punir, le tribunal exigea-t-il en principe⁸ qu'ils soient connexes à des crimes de guerre ou des crimes contre la paix et postérieurs au déclenchement de la guerre (1er septembre 1939).

Si les crimes définis par les statuts des tribunaux pénaux internationaux (TPI) ne font plus difficulté en termes de rétroactivité, principe de droit substantiel, en revanche, qu'on nous pardonne cette digression vers la procédure, la compétence des tribunaux, elle, demeure en partie au moins rétroactive: celui de La Haye (TPIY), créé en 1993, est compétent pour connaître des exactions perpétrées en Bosnie-Herzégovine depuis 1991; le second (TPIR), créé fin 1994, est apte à juger des massacres commis entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994. Mais, rétorquera-t-on, n'est-ce pas le sort inéluctable de ces juridictions *ad hoc* que d'être appelées à connaître de faits préexistant à leur création? Certes. Il n'empêche que la Convention de Rome de 1998 prévoit, elle, que la compétence de la Cour pénale internationale (CPI) ne s'exercera que sur des faits commis postérieurement à son entrée en vigueur, soit après le 1er juillet 2002, ce qui est assurément de meilleure justice. D'où le regret de certains défenseurs des droits fondamentaux (au moins ceux des victimes...) que les Etats aient refusé d'opter pour une compétence rétroactive de la Cour.

- Le principe de l'interprétation stricte des normes incriminatrices est un autre corollaire du principe de la légalité. Or à travers quelques exemples⁹, on va constater combien ce principe peut être difficile à mettre en oeuvre devant les juridictions pénales internationales.

Premier exemple, qu'est-ce qu'un “autre acte inhumain”, constitutif d'un crime contre l'humanité, au sens de l'article 5i du statut du TPIY? Pour cerner la matérialité de cette notion fort lâche du point de vue de la précision normalement attendue d'un texte répressif, dans un arrêt *Aleksovski*¹⁰, le Tribunal s'est inspiré, non d'un corpus répressif, mais de la jurisprudence de la Cour européenne relative à l'article 3 et notamment de la hiérarchie qu'elle a bâtie à partir du critère de “degré de souffrance” ressenti par la victime compte tenu d'un certain nombre de facteurs objectifs tels que la durée du traitement, l'âge et le sexe de la victime, son état de santé, etc..

Autre exemple, pour affirmer qu'une torture pouvait constituer une “violation des lois ou coutumes de la guerre” au sens de l'article 3 du statut précité, muet sur ce type d'actes, le TPIY¹¹ s'est référé tout à la fois aux Conventions de Genève de 1949, à l'arrêt européen *Irlande c. R.U.* du 18 janvier 1978¹² et à la Convention de New-York de 1984 déjà citée. Et il a fait de la torture une norme impérative du *jus cogens*. Dans cette même affaire, le TPIY a également admis, en se référant à des affaires turques¹³ jugées par la Cour européenne des droits de l'homme que le viol pouvait être assimilé à une torture lorsque, pratiqué en détention

⁸ Deux accusés seulement répondirent de seuls crimes contre l'humanité.

⁹ Cf not.A. Cassese, L'influence de la CEDH sur l'activité des tribunaux pénaux internationaux, in *Crimes internationaux et juridictions internationales*, dir. A.Cassese et M. Delmas-Marty, PUF, 2002, v.p.161 et s..

¹⁰ Chambre de 1ère instance, 25/06/99, §47 et s.

¹¹ *Furundzija*, 1ère instance, 10/12/98, §158 et s.

¹² Série A, n 25, §167: “la torture est un traitement inhumain délibéré causant des souffrances graves et cruelles”.

¹³ Not.Aksoy, 18/12/96 et *Aydin*, 25/09/97.

lors d'un interrogatoire, il servait à punir, intimider, contraindre, humilier la victime ou encore à obtenir d'elle des renseignements ou des aveux.

L'accueil doctrinal réservé à ce mode d'interprétation illustre parfaitement à mon sens le paradoxe de la confrontation étudiée qui fait que, parfois, les protecteurs des droits fondamentaux, pris au piège de leur enthousiasme répressif, en oublient d'autres, tout aussi fondamentaux, qui sont ceux de l' "accusé". Un internationaliste, le Pr Dupuy¹⁴, a salué l'interprétation progressiste du TPI, notamment dans l'arrêt Furundzija, approuvant le tribunal d'avoir fait ce que la Cour internationale de justice n'avait jamais osé faire. Au contraire, un pénaliste, le Pr Schabas¹⁵, se montre très circonspect: "Une telle approche, aussi louable soit-elle en matière de droits de l'homme," écrit-il, "choque le pénaliste pour qui l'interprétation stricte est le point de départ de toute mise en oeuvre d'une norme répressive. Tout en admettant le caractère raisonnable de l'interprétation libérale, évolutive et téléologique pour les instruments ds droits de l'homme, on ne peut l'accepter lorsque la liberté de l'individu est en jeu lors du procès pénal".

Il convient donc de se féliciter que l'article 22§2 du statut de la CPI prévoit expressément que "la définition d'un crime est d'interprétation stricte et ne peut être étendue par analogie. En cas d'ambiguïté, elle est interprétée en faveur de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation".

Examinons maintenant ce qu'il en est des droits processuels de l'accusé.

2. Sans parler de la présomption d'innocence, parfois mise à mal par les statuts des juridictions internationales¹⁶, des garanties fondamentales telles que la légalité du tribunal, les droits de la défense ou encore la règle *ne bis in idem* subissent inévitablement les assauts de la justice internationale.

- Le principe de la **légalité**, qui irrigue également le droit du procès, commence par celle du tribunal appelé à statuer. Dans l'affaire Tadic¹⁷, la chambre d'appel du TPIY a dû résoudre l'épineuse question de savoir si le TPIY était un "**tribunal établi par la loi**" au sens de l'article 6-1 CEDH et 14-1 Pacte, ce qui était contesté par la défense. Comme il était impossible de raisonner en termes de droit interne et de séparation des pouvoirs, la chambre d'appel a adapté la légalité du tribunal aux contraintes du droit international en usant de deux critères: critère organique d'abord, le tribunal a énoncé que l'expression "établi par la loi" pouvait viser, en droit international, la création d'un tribunal par un organe non parlementaire mais "néanmoins doté du pouvoir de prendre des décisions contraignantes". Tel était le cas du Conseil de sécurité de l'ONU dont la Résolution 808 (1993) ne constitue ni une délégation, ni une usurpation des fonctions d'un autre organe mais "une mesure contribuant au rétablissement et au maintien de la paix dans l'ex-Yougoslavie", au sens du chapitre VII de la Charte des N.U.¹⁸ du 26 juin 1945. Critère fonctionnel, ensuite, les juges énoncent que pour être un "tribunal établi par la loi", la juridiction doit "offrir toutes les garanties d'équité, de justice et d'impartialité, en toute conformité avec les instruments internationalement reconnus relatifs aux droits de l'homme". Et la chambre d'appel de conclure évidemment que ces garanties sont assurées devant le TPIY. La conclusion

¹⁴ P.-M. Dupuy, Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*), p.71 et s., spéc..79 et 80, in Droit international pénal, dir. H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet, Pédone, 2000.

¹⁵ Cf étude précitée, p.168.

¹⁶ Ceux des TPI visent ainsi "les personnes présumées responsables" de....

¹⁷ Appel de la défense sur l'exception préjudicielle d'incompétence, 02/10/95, §38 et s. Le même examen préliminaire fut effectué par le TPIR (affaire Kanyabashi, 18 juin 1997).

¹⁸ Cf commentaire article par article, dir. J.-P. Cot et A. Pellet, *Economica*, 2ème éd. 1991.

s'imposait. Mais quand on sait que c'est le tribunal lui-même qui a créé son règlement de procédure¹⁹, on ne peut s'empêcher de sourire devant cet exercice d'autopromotion!...

- Il va de soi que tous les grands principes de la procédure pénale énumérés, notamment, par l'article 14 Pacte se trouvent garantis devant les juridictions pénales internationales. Qui admettrait aujourd'hui que, par exemple, comme à Nuremberg et Tokyo, l'accusation ait la **parole en dernier** ou l'accusé soit privé du **double degré de juridiction**? Cependant, c'est au regard de leur effectivité que ces droits font difficulté. C'est ainsi que les **droits de défense** peuvent entrer en conflit, du point de vue de la communication des pièces, avec le droit des témoins à garder l'anonymat, avec les intérêts d'un Etat à ne pas divulguer certains secrets, avec les contraintes budgétaires qui font que seules les pièces déterminantes seront traduites dans la langue de l'accusé... Devant les tribunaux temporaires, le système étant fortement accusatoire, on a pu ainsi écrire qu'un "déséquilibre significatif"²⁰ était à craindre entre l'accusation et la défense, la première disposant de moyens particulièrement importants et la communication des différentes preuves à charge et à décharge à la défense relevant de sa bonne volonté. Cependant, la modification des règlements des TPIY et notamment la création d'un juge de la mise en état (art.65 ter du statut du TPIY) chargé entre autre "de coordonner les échanges entre les parties lors de la phase préparatoire du procès" (B) semble avoir amélioré les choses.

Devant la CPI, la situation est différente: d'une part, le procureur doit instruire à charge et à décharge (art.54 du statut), d'autre part, a été instaurée une Chambre préliminaire dont l'objet est d'"assurer l'efficacité et l'intégrité de la procédure, et, en particulier, (de) protéger les droits de la défense". (art.56-1b du statut). De plus, la création d'un véritable barreau pénal international²¹, spécialisé et surtout indépendant du greffe, devrait renforcer l'exercice des droits de la défense.

- Autre droit fondamental du procès, la règle **ne bis in idem** va voir sa portée circonscrite devant les juridictions internationales.

On sait qu'en droit pénal international, comme en droit interne, une personne ne peut être condamnée deux fois pour les mêmes faits. Ainsi en droit pénal international français, sauf lorsque les tribunaux français exercent une compétence territoriale ou réelle, l'"accusé en matière pénale" ne peut être jugé pour les mêmes faits lorsqu'il justifie qu'il a déjà été jugé à l'étranger et, en cas de condamnation, qu'il a subi ou prescrit sa peine (article 692C.P.P.). En revanche, au nom de la souveraineté des Etats, il n'appartient pas à la juridiction-ici française- à laquelle on oppose *ne bis in idem* de vérifier si l'intéressé a fait l'objet d'un véritable procès ou au contraire d'un simulacre de procès; aussi, dans ce dernier cas, n'est-elle pas autorisée à écarter la fin de non-recevoir. On le voit, le respect de la souveraineté étrangère conduit à une prise en compte abstraite de la décision invoquée, certes favorable aux intérêts de l'accusé, mais nuisible à l'efficacité répressive.

Or la création de juridictions pénales internationales a conduit à proposer un jeu gradué de la règle qui, serait-il défavorable à l'accusé, mérite d'être salué au nom du principe de réalité. Devant les deux TPI elle est la suivante (art. 10 statut TPIY et 9 statut TPIR) :

- Nul ne peut être traduit devant une juridiction nationale s'il a déjà été jugé pour les mêmes

¹⁹ Alors que c'est l'assemblée des Etats parties qui a rédigé le règlement de procédure et de preuve de la CPI.

²⁰ Cf L.Sinopoli, Les droits de la défense, p.791 et s., v.p.803, *in* Droit international pénal précité. *Adde*, S.Barache, L'organisation de la défense, p.785 et s. *in op.cit.*

²¹ Création reportée à novembre 2004....Cf D.Soulez Larivière, La Cour pénale internationale est mal partie, *in* Le Monde du 21 octobre 2003, p.17.

faits par le TI Y ou R. *Ne bis in idem* a ici une portée absolue, ce qui est normal: comment ne pas faire confiance à la décision rendue par une juridiction de ce type?

- En revanche, quiconque a déjà été jugé par une juridiction nationale pour une violation grave du droit humanitaire ne peut être traduit devant le TPI que dans trois hypothèses: 1) si les faits ont été qualifiés de crime de droit commun, 2) si le procès national n'a pas été impartial ou indépendant 3) si le procès engagé soit visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité internationale soit la poursuite n'a pas été exercée avec diligence. Autrement dit, devant les TPI *ne bis in idem* n'a plus qu'une portée relative: ainsi ne pourra pas exciper de la règle celui qui aura fait l'objet d'un pseudo-procès destiné à faire croire aux victimes que justice leur a été rendue.

On retrouve le même souci d'efficacité répressive dans l'article 20 du statut de la CPI: nul ne peut être jugé par la Cour s'il a déjà été condamné ou acquitté par elle pour les mêmes faits. En revanche, quiconque a déjà été jugé par une autre juridiction pour un comportement susceptible d'être qualifié de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre peut être jugé par la Cour si le premier procès "avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour" (art.20-3a).

Contre toute attente puisqu'*a priori* elle poursuit le même combat répressif que l'autorité publique, la victime va se trouver à son tour malmenée par le procès pénal international *latu sensu*, notamment en tant qu'elle revendique un droit au juge. Cependant, à la différence du sort fait à l' "accusé", ce n'est pas le versant pénal du droit pénal international qui est la cause de ses difficultés judiciaires mais plutôt son versant international.

B. Le droit de la victime à un juge malmené par le caractère international du droit pénal international

Il faut savoir qu'à l'origine de l'exercice par un juge national d'une compétence universelle, se trouve le plus souvent la plainte d'une victime: au détour d'une rue, elle croise celui qui l'avait torturée, ou encore, la lecture d'un journal lui apprend la venue dans le pays où elle demeure de tel ou tel responsable politique au passé pénalement chargé... Si l'on veut aller jusqu'au bout de la logique répressive fondant cette compétence, il faut faire tomber les obstacles mis à l'action judiciaire de la victime.

Cependant, la diplomatie ayant des raisons que le droit pénal international ne peut ignorer, cette action continue à butter devant notamment deux obstacles. L'un, la présence du suspect sur le territoire de l'Etat de jugement, après avoir été levé en droit belge, a dû être remis en place tant la pression internationale a été forte; l'autre, l'immunité de juridiction des responsables politiques étrangers a encore de beaux jours devant elle.

1. La **présence du suspect** sur le territoire de l'Etat de jugement est le préalable aux compétences universelles d'origine conventionnelle, à l'exception des conventions de Genève. Elle est vivement contestée par certains auteurs²² surtout en matière de violations du droit international humanitaire. Or, disons-le aussitôt, il semble difficile d'abandonner cette condition

²² Cf B. Stern, A propos de la compétence universelle, Mélanges M. Bedjaoui, Kluwer Law International, 1999, p.735 et s.; et avec des nuances, C.Lombois, De la compassion territoriale, RSC 1995, p.399 et s.;

préalable, sous peine de faire d'un Etat le vengeur de l'humanité tout entière, et, par voie de conséquence, de l'isoler au plan diplomatique.

Le droit belge²³ a ainsi sacrifié à cette volonté de répression tous azimuts par une loi du 16 juin 1993 modifiée par une autre du 10 février 1999, pour les violations graves du droit international humanitaire. Sur plaintes de victimes résidant en Belgique, des poursuites ont alors été lancées à travers le monde contre le général Sharon, Fidel Castro, Saddam Hussein, Hissène Habré, George Bush père, Colin Powell, le Général américain Francks, etc.... Seuls, quatre accusés rwandais ont été effectivement jugés et condamnés pour génocide, au mois de juin 2001, par la cour d'assises de Bruxelles²⁴. On s'en doute, la diplomatie belge s'est vue directement menacée par cet activisme judiciaire. Les Américains ont même brandi le spectre du déménagement du siège de l'OTAN! Sur les instances du Ministère des affaires étrangères, une loi du 5 août 2003 est revenue à un schéma très classique de compétences: soit l'accusé est belge ou a sa résidence principale en Belgique (personnalité active), soit la victime est belge ou réside en Belgique depuis trois ans (personnalité passive), soit la Belgique a l'obligation de poursuivre en vertu de ses obligations internationales. De plus, sauf quand l'accusé est Belge ou réside en Belgique, seul le Procureur fédéral peut engager les poursuites.

Les victimes sont assurément les grandes perdantes de cette réforme.

2. Pour sa part, **l'immunité de juridiction** des chefs d'Etat et autres responsables politiques en exercice conduit à des dénis de justice insupportables pour les victimes.

C'est justement le droit belge qui a conduit la Cour internationale de justice à trancher cette question brûlante dans son fameux arrêt République démocratique du Congo contre Belgique, du 14 février 2002.

Sur le fondement des lois de 1993 et 1999 précitées, et à l'initiative de douze personnes résidant en Belgique, dont cinq belges, un mandat d'arrêt international a été lancé par un juge d'instruction belge contre M. Yerodia pour avoir, en 1998, en sa qualité de ministre des affaires étrangères, tenu des discours incitant à la haine raciale (ses discours conduisirent la population de Kinshasa à massacrer des centaines de Tutsis). Ce ministre, en exercice lors de l'émission du mandat, pouvait-il exciper de l'immunité pénale?

Deux juridictions nationales avaient déjà tenté de réduire le champ de l'immunité: la Chambre des Lords, d'abord (affaire Pinochet, 24 mars 1999) en énonçant qu'elle ne bénéficie plus à un chef d'Etat qui n'est plus en exercice; ici il l'était encore. La Cour de cassation, ensuite, (affaire Kadhafi, 13 mars 2001²⁵) en disant que le terrorisme ne relève pas des exceptions conventionnelles possibles à l'immunité des chefs d'Etat en exercice, mais sans préciser quelles étaient ces exceptions.

C'est pourquoi, l'on attendait beaucoup de la Cour internationale de justice qui, avec l'autorité qui est la sienne, aurait pu franchir le pas et entendre la voix des victimes. Et puis, au grand dam de ces dernières et de ceux qui souhaitent accroître l'efficacité du droit pénal international, la Cour a conclu qu'un ministre en exercice (et donc *a fortiori* un chef d'Etat ou de gouvernement) bénéficie "pour toute la durée de sa charge d'une immunité de juridiction pénale et d'une inviolabilité totale à l'étranger" (§54). Et la Cour de préciser qu'il n'y a pas à distinguer "entre les actes accomplis par un ministre des affaires étrangères à titre "officiel" et ceux qui

²³ Cf F. Tulkens et M. van de Kerchove, Introduction au droit pénal, Kluwer, 6ème éd. 2003, p. 238 et s.; P. Martens, L'expérience belge de compétence universelle, *in* La justice pénale internationale, précit. 189 et s.; D. Vandermeersch, Quel avenir pour la compétence universelle des juridictions belges en matière de crimes de droit international humanitaire? Rev. pénit. et dr. pén. 2003, p. 229 et s.

²⁴ Cf P. Martens, op.cit. 194 et 195.

²⁵ Bull. n 64.

l'auraient été à titre "privé", pas plus qu'entre les actes accomplis par l'intéressé avant qu'il n'occupe les fonctions de ministre des affaires étrangères et ceux accomplis durant l'exercice de ses fonctions"(§55); avant d'ajouter qu'en droit international coutumier, il n'y a pas d'exception à cette règle même en présence de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité (§58). L'arrêt a été critiqué²⁶ sans pour autant qu'il faille espérer un changement prochain de cette jurisprudence.

Le constat que l'on vient de faire étant un peu sévère pour le droit pénal international, il importe de corriger cette image par une autre, plus encourageante. Il arrive en effet que l'évolution du droit pénal international sache accompagner celle que connaissent les droits fondamentaux.

II. Le DPI à l'écoute des droits fondamentaux

Force est d'observer qu'en cinquante ans le droit pénal international a considérablement évolué. La communauté internationale a en effet compris, d'une part, que le combat international contre la délinquance ne pouvait se mener à n'importe quel prix, et d'autre part, que la victime ne pouvait demeurer plus longtemps absente du prétoire, notamment lors des procès menés devant des juridictions internationales. C'est ainsi que le droit pénal international s'est mis à cheminer peu à peu à côté, et non plus en face, des droits fondamentaux, faisant bénéficier l' "accusé" (A) comme la victime (B) d'acquis désormais irréversibles.

A. Au profit de l'accusé

L' « accusé » voit son statut pénal renforcé à deux points de vue, d'ailleurs d'inégale importance tant géographique que substantielle : d'un côté, au sein du Conseil de l'Europe, le droit pénal international a réactivé le débat sur le droit à la vie de l'accusé, au sens des articles 2 et 6 du Pacte; de l'autre, au sein de l'Europe de Schengen, la portée de la règle *ne bis in idem* vient d'être étendue.

²⁶Cf not.A. Cassese, RSC 2002, p.479 et s; M. Dobkine, D.2002, chron. p.1178 et s; E. Lambert-Abdelgawad, JCP 2002,II, n 10185.

1. Quelque graves que soient les infractions commises, **le droit à la vie** de l'accusé doit être placé au premier rang de ses droits fondamentaux, en raison de sa dimension première, ontologique. Au delà du débat sur la peine de mort, la Cour européenne elle-même, dans des arrêts de 2001²⁷, a souligné "la place primordiale occupée par le droit à la vie dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme" (§88); et, quelques lignes plus loin, la Cour d'affirmer qu'en tant qu'"attribut inaliénable de la personne humaine" il constitue "la valeur suprême dans l'échelle des droits de l'homme" (§96). Non pas une valeur suprême parmi d'autres mais la valeur suprême, comme l'a observé un auteur²⁸. Le Comité des droits de l'homme de l'ONU a dit la même chose: le droit à la vie est "le plus fondamental de tous"²⁹.

Or, au sein du Conseil de l'Europe, le débat sur la peine de mort a été mené avec force par le biais du droit extraditionnel, au cœur de la coopération répressive internationale, avant de trouver son aboutissement naturel devant les juridictions pénales internationales.

- S'agissant du droit extraditionnel, il me semble qu'on peut dégager trois temps dans les coups de boutoir donnés par la Cour européenne à la peine capitale encourue par l'accusé dans l'Etat requérant.

- Premier temps. On se souvient de l'affaire Soering (7 juillet 1989) dans laquelle un Allemand recherché pour assassinat aux Etats-Unis où il encourait la peine de mort, était réclamé par ces derniers au Royaume-Uni. La Cour de Strasbourg avait estimé que, la peine de mort étant autorisée par l'article 2 C.E.D.H.³⁰, elle ne pouvait en elle-même être considérée comme une peine inhumaine ou dégradante au sens de l'article 3. Néanmoins, elle avait jugé que "les circonstances entourant une sentence capitale" pouvaient parfois constituer un traitement inhumain ou dégradant: "La manière dont elle est prononcée ou appliquée, la personnalité du condamné et une disproportion par rapport à la gravité de l'infraction, ainsi que les conditions de la détention vécue dans l'attente de l'exécution, figurent parmi les éléments de nature à faire tomber sous le coup de l'article " le traitement ou la peine subis par l'intéressé" (§104). Et les juges de conclure que tel était le cas de "la très longue période à passer dans le couloir de la mort dans des conditions aussi extrêmes..." (§111).

- Deuxième temps. Dans l'arrêt -non définitif- Öcalan c. Turquie, du 12 mars 2003³¹, au nom d'une interprétation évolutive des droits garantis, la Cour a encore franchi un pas: "...on peut dire que la peine de mort en temps de paix est venue à être considérée comme une forme de sanction inacceptable voire inhumaine, qui n'est plus autorisée par l'article 2" (§196). Et plus loin: "Eu égard au rejet par les Parties contractante de la peine capitale, qui ne passe plus pour avoir sa place dans une société démocratique, toute condamnation à mort" survenue à l'issue d'un procès inéquitable, "doit, en soi, être tenu pour une forme de traitement inhumain" (§207).

²⁷ Streletz et al. C. Allemagne, K.-H.W. c. Allemagne, 22 mars 2001, Rev.sc.crim. et dr. pén.comp. 2001, p.639 et s., chron. F.Massias.

²⁸ P. Tavernier, obs. RTDH 2001, p.1159 et s., p.1174.

²⁹ Affaire Judge c. Canada, constat. 5 août 2003, §10.9, comm. n 829/1998. Cf C. Chanut, La peine de mort et le Pacte international sur les droits civils et politiques, à paraître dans les "Mélanges Cohen-Jonathan".

³⁰ Mais entre temps, en 1983, avait été signé le Protocole additionnel n 6 relatif à l'abolition de la peine de mort...

³¹ Cf F.Sudre, chron. JCP 2003, I, 160, n 1.

On le voit, le progrès est important car ce ne sont plus les conditions entourant l'exécution de la peine qui choquent, mais la peine elle-même; néanmoins le progrès demeure incomplet car la peine ne choque qu'autant qu'elle a été prononcée à l'issue d'un procès inéquitable. A *contrario*, l'arrêt Öcalan peut être compris comme signifiant que si la peine de mort avait été prononcée à l'issue d'un procès équitable, elle n'aurait pas constitué en elle-même un traitement inhumain.

- Troisième temps. Un jour prochain, sans aucun doute, franchissant le dernier pas, la Cour européenne sera amenée à énoncer que, dans tous les cas de figure, la peine de mort est un traitement indigne d'une société démocratique. Pourquoi? Parce que le 13^{ème} Protocole additionnel à la CEDH signé au sein du Conseil de l'Europe³² le 3 mai 2002, et entré en vigueur le 1^{er} juillet 2003³³, abolit totalement la peine de mort, même en cas d' "état d'urgence" au sens de l'article 15 CEDH; de plus, le texte n'autorise aucune réserve à ses stipulations. Désormais, grâce à lui, il sera plus facile à la Cour de refuser une extradition (ou toute autre mesure d'éloignement d'un étranger) vers un Etat non membre qui connaît encore la peine capitale. Par là, de manière subreptice, la grande Europe impose peu à peu ses idées abolitionnistes au-delà des frontières européennes, exauçant ainsi le vœu exprimé, à l'échelon universel, par l'ONU. En effet, dans une résolution du 24 avril 2003, la commission des droits de l'homme prie les Etats d' "abolir définitivement la peine de mort et, en attendant, (d') instituer un moratoire sur les exécutions" (article 5b).

- Preuve du caractère irrésistible de cette évolution, la peine de mort n'a plus cours aujourd'hui devant les juridictions internationales où, pourtant, l'on juge les auteurs de crimes les plus atroces.

Les statuts des TMI de Nuremberg ou de Tokyo prévoyaient la peine de mort qui fut prononcée et exécutée douze fois par l'un et sept fois par l'autre. En ces temps là, la légitimité de cette peine ne fut même pas discutée.

Dans les années 1990, la communauté internationale ayant multiplié les textes abolitionnistes³⁴, les rédacteurs des statuts des TPI ont pris la décision d'abandonner le recours à la peine capitale, le maximum répressif étant l'emprisonnement à vie.

Pour sa part, on l'oublie parfois, le projet de statut de la CPI prévoyait la peine de mort que connaissent encore un grand nombre d'Etats. Mais lors de la Conférence diplomatique de Rome, le veto opposé par de nombreuses délégations a conduit à l'écarter définitivement au profit de l'emprisonnement à perpétuité.

De fait, le tribunal d'Arusha a prononcé de nombreuses peines perpétuelles contrairement à celui de La Haye qui préfère, lui, des peines très longues, telles quarante cinq³⁵ ou quarante six ans³⁶ d'emprisonnement...

2. Eu égard maintenant au jeu de la règle *ne bis in idem*, c'est la proximité culturelle des

³² Dans une déclaration du 14 juillet 2003, l'Union européenne, après s'être félicitée de l'entrée en vigueur du Protocole, a déclaré aspirer "à voir la peine de mort abolie dans la législation et dans la pratique de tous les pays du monde, en temps de paix comme en temps de guerre".

³³ Au 22 octobre 2003, il a été ratifié par 19 des 45 Etats du C.E. mais pas encore par la France, qui l'a signé.

³⁴ Cf P. Kovacs, Le prononcé de la peine, *in* Droit pénal international précité, p. 841 et s. Par ex. le protocole du C.E. date de 1983 et celui de l'ONU de 1989.

³⁵ Blaskic, jugement du 3 mars 2000.

³⁶ Krstic, 3 mars 2000.

membres de l'Europe de Schengen (surtout connue pour son efficacité policière et judiciaire...) qui les a conduits à renforcer les droits de l'accusé. On le voit, ici les logiques vont de pair: la confiance qui préside au renforcement de la collaboration répressive conduit par ricochet au renforcement d'un droit fondamental de l' "accusé".

La Cour de Luxembourg a donc rendu un arrêt³⁷ très novateur. S'agissant de l'application entre les Etats membres de l'article 54 de la Convention d'application des accords de Schengen, la Cour a estimé qu'une transaction pénale passée par un "accusé" avec le ministère public d'un autre Etat et mettant un terme à l'action publique dans cet Etat, pouvait être assimilée à un jugement définitif alors même qu'aucun juge *stricto sensu* n'était intervenu dans la procédure. Une telle interprétation de la notion de "personne définitivement jugée", au sens de l'article 54, à la fois autonome et protectrice des droits de l' "accusé", ne peut qu'être approuvée, surtout à l'heure où, en France, comme dans les Etats voisins, se multiplient des procédures parallèles de règlement de certaines affaires pénales .

Tournons-nous pour finir vers la victime à laquelle de récentes évolutions du droit pénal international permettent de plus en plus de se faire entendre.

B. La victime

La victime voit son droit au juge garanti à deux points de vue: celui de sa place devant la CPI d'une part, celui de la réduction des obstacles à l'action publique de l'autre.

1. Si l'on considère le statut de la CPI comme le reflet de l'état contemporain du droit pénal international sur une question, un certain optimisme est de rigueur quant à la place de la victime. En effet, là où Nuremberg ou Tokyo ne prononçaient même pas le mot, la CPI consacre un long article 75 à son droit à réparation, "sans préjudice des droits que le droit interne ou international" lui reconnaissent (§6). Il n'est bien sûr pas question pour ladite victime de jouer le rôle d'un procureur-bis en déclenchant l'action publique comme elle peut le faire en droit français. L'efficacité répressive a des limites. Son statut au procès est donc celui d'un témoin, témoin à charge s'entend, et qui comme tel mérite protection, y compris celle de l'anonymat. Avec le temps, néanmoins, comme le remarque un auteur ³⁸, la victime pourrait "trouver des voies détournées d'intervention en soutenant notamment l'extension d'une accusation déjà confirmée".

Mais pour qu'elle se fasse entendre, en général et pas seulement devant les tribunaux internationaux, encore faut-il, redisons-le, qu'on ne ferme pas devant elle la voie du procès pénal³⁹. Or ici aussi un certain espoir se fait jour.

2. Eu égard, d'abord, à l'immunité de juridiction des responsables politiques en exercice, on

³⁷ CJCE, 11/02/03, Gözütok et Brügge, RSC 2003, p. 625 et s., obs. F. Massias. Sur les conclusions conformes de l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo, cf RUDH 2002, p.159 et s. En l'espèce, M.Gözütok, un Turc résidant aux Pays-Bas et poursuivi en Allemagne pour trafic de cannabis, arguait d'une transaction passée avec le parquet néerlandais et exécutée; M. Brügge, un Allemand poursuivi en Belgique pour coups et blessures commis sur un Belge, excipait d'une transaction conclue avec le parquet allemand et elle aussi exécutée.

³⁸ Cf R. Maison, La place de la victime, in Droit pénal international précité, p.779 et s., v.p. 782.

³⁹Cf M. Frulli, Le droit international et les obstacles à la mise en oeuvre de la responsabilité pénale pour crimes internationaux, in Crimes internationaux et juridictions internationales précit., p.215 et s., v.p.243 et s.;

vient de déplorer plus haut qu'elle soit toujours opposable aux juridictions nationales. En revanche, c'est important, cette immunité n'a plus cours devant les juridictions pénales internationales, comme le prévoient expressément tant les statuts des deux TPI Y (art.7§2) et R (art.6§2)⁴⁰ que celui de la CPI (art. 27§2). Peut-être un jour, par contagion, les juridictions nationales pourront-elles elles aussi écarter cette immunité...

- Mieux encore, en matière d'amnistie ensuite, alors même qu'il s'agissait de la compétence d'une juridiction nationale, la Cour de cassation française a rendu un arrêt⁴¹ qui montre que les mentalités sont en train de changer. Or non seulement la solution est globalement approuvée par la doctrine mais encore un auteur (M. Massé) la juge trop timide du point de vue de la lutte internationale contre les violations du droit humanitaire!

Un officier mauritanien recherché pour avoir commis des actes de tortures lors d'affrontements ethniques survenus en Mauritanie dans les années 1990 est arrêté en France lors d'un stage effectué dans une école militaire à Montpellier. Sur le fondement de la compétence universelle posée par la Convention de New-York de 1984 déjà citée (art. 689-2C.P.P.), il est interpellé, mis en examen puis renvoyé devant une cour d'assises sous l'accusation de tortures. Question: est-il admissible qu'un étranger qui ne peut plus être recherché par la justice de son pays puisse l'être par un Etat qui n'a aucun lien de rattachement avec les faits si ce n'est le hasard d'une arrestation? Autrement dit, pour rendre le débat plus proche, admettrions-nous qu'un militaire français dont les méfaits commis lors d'une guerre coloniale ont été amnistiés par une loi française, puisse se voir attiré devant les tribunaux d'un Etat partie à la convention de New-York sur le territoire duquel il est découvert?

La réponse n'était pas évidente et, après discussion, il a été décidé d'approuver la cour d'appel d'avoir écarté l'application de la loi d'amnistie étrangère sous peine de ruiner l'efficacité répressive de la compétence universelle, tant les lois d'amnistie sont légion après des situations de crise. Cependant, c'est un fondement très "soft" qui a été donné à la compétence législative française, celui bien connu de la solidarité des compétences répressives juridictionnelles et législatives qui veut que, en principe le juge pénal n'applique que sa loi.

Or le Pr Massé⁴² a reproché à la Cour de cassation française son manque d'ambition. Tout en reconnaissant que la prudence s'imposait à elle face à "des normes en formation" il regrette que le pourvoi de l'accusé n'ait pas été rejeté au nom de "l'interdiction coutumière" d'amnistier des crimes comme la torture dont la répression relève, selon la majorité des auteurs, du *jus cogens*. Ce regret est tout à fait légitime. Pour autant, même si le droit pénal international est appelé à évoluer en ce sens, au nom de l'efficacité répressive et du droit des victimes à la justice, il semble difficile qu'une juridiction nationale⁴³ fasse preuve de la même audace juridique qu'une juridiction internationale. Il est déjà assez remarquable, à mon sens, que l'exercice d'une compétence universelle⁴⁴ par un Etat vienne paralyser la volonté souveraine

⁴⁰ On notera que les TPI abordent la question en termes de responsabilité pénale (fond) et non d'immunité pénale (procédure), à l'instar des statuts du TMI de Nuremberg (art.7) ou de celui Tokyo (art.6).

⁴¹ Crim.23/10/02, Bull.crim.n 195; JCP2003,II, n 10078 note J-F Roulot; RSC2003, p.425 et s.obs. M. Massé; Rev.crit.DIP 2003, p.312 et s. obs.H. Matsopoulou.

⁴² Comm. précit. p.431.

⁴³ *Contra*, le jugement du TPIY (Furundzija,10 décembre 1998, §155) énonçant qu'un Etat ne peut opposer à un autre Etat une loi amnistiant des crimes internationaux.

⁴⁴ En revanche, s'agissant de l'exercice des autres compétences, la survenance d'une loi d'amnistie antérieure au jugement est considérée par la majorité des auteurs comme une fin de non-recevoir à l'action publique déduite de la règle *ne bis in idem*. Cf les auteurs cités par A. Huet et R. Koering-Joulin, Jcl.dr. intern. Fasc. 404-10, n 46.

d'un autre Etat de prendre une loi d'amnistie au nom du souci -légitime lui aussi- de réconciliation nationale.

En revanche, et paradoxalement, la Convention de Rome a conservé un silence total sur la question de l'amnistie. Cependant, il semble que ce silence puisse être comblé par l'article 17-2a du statut de la Cour pénale internationale qui prévoit que la compétence, normalement subsidiaire, de la Cour s'exercera si l'Etat normalement compétent a eu "le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale...". N'est-ce pas souvent le but inavoué de lois d'amnistie prises au lendemain de troubles graves? Pour finir, on dira que l'année 2004 est une année importante pour le droit pénal international, et par ricochet, pour les droits fondamentaux dont on vient de constater qu'ils étaient tout à la fois menacés mais aussi renforcés par lui. En effet, l'année à venir va être le théâtre de deux événements importants: au plan universel, l'entrée en fonction effective de la Cour pénale internationale; au plan régional, la mise en oeuvre progressive du mandat d'arrêt européen⁴⁵.

⁴⁵ Initialement prévue, par la décision-cadre du 13 juin 2002, au 1er janvier 2004 pour les "15" et au 1er mai 2004 pour les Etats candidats à l'Union européenne, cette mise en oeuvre vient d'être reportée en France au 1er février 2004. Sur l'ensemble de la question, cf l'amendement du sénateur Fauchon au projet de loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, en instance d'adoption, créant, notamment, les articles 695-11 à 696-51 C.P.P..