



De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ?

par Antoine Garapon

Un des grands événements politiques de cette seconde partie du siècle est sans aucun doute l'affirmation d'une justice pénale supranationale. La récente mise en accusation d'un chef d'État en exercice – Milosevic – par le Tribunal pénal international marque une nouvelle étape dans un processus commencé il y a un demi-siècle à Nuremberg.

Certes, le procès de Nuremberg était entaché de certaines imperfections : on émit des doutes sur l'impartialité des juges, tous choisis parmi les vainqueurs, on s'émut de l'entorse au principe *nulla poena sine lege* puisque la qualification du crime contre l'humanité n'existait pas avant la commission des crimes, on s'indigna de l'exclusion des victimes qui ne furent pas admises à se constituer partie civile pour obtenir réparation, on objecta la difficulté d'incriminer des actes qui n'étaient pas punissables au regard de la loi interne parce qu'obéissant à des ordres légaux, à défaut d'être légitimes. Le procès Eichmann n'est pas arrivé à faire la distinction entre le « crime contre le peuple juif » et le « crime contre l'humanité », comme l'a relevé Hannah Arendt¹, ce qui explique qu'il ne pas jurisprudence. Les

1. « Si le tribunal de Jérusalem avait fait la distinction entre la discrimination, l'expulsion et le génocide, il aurait été clair

procès Barbie, Touvier et Papon intervinrent, quant à eux, plusieurs décennies après les faits. Mais chacun de ces épisodes apporta sa contribution propre à la construction de l'idée d'une justice internationale pour juger de telles atrocités².

Pour parvenir à une juridiction digne de ce nom, cinq questions devaient être préalablement tranchées. Qui poursuit ? Qui est jugé ? Qui juge ? Pour quelles actions ? Au nom de quelle loi ? La mise en accusation de Milosevic ne souffre pas des maladies infantiles qui affectaient les cas précédents : aussi bien la juridiction que la procédure et le droit applicable étaient posés avant le crime. Voici donc enfin une justice, une vraie, qui accuse régulièrement un chef d'État sur la base de véritables instruments juridiques, au beau milieu d'un conflit engagé au nom de la conscience universelle, et non pas une fois le crime consommé comme à Nuremberg.

Une justice pénale internationale est le fruit d'une union entre deux branches du droit *a priori* incompatibles. Dans la doctrine juridique classique, en effet, droit international et droit pénal s'excluent réciproquement. Ils n'ont pas la même échelle : l'un ne connaît que les États, l'autre que les individus. Le premier est un droit de coordination de souverainetés indépendantes, le second un attribut fondamental de chacune des souverainetés. Dans le modèle classique du droit international, le monde est organisé comme la juxtaposition de souverainetés sans références communes. Les relations entre États ne connaissent pas de tiers. L'affirmation d'un juge de la souveraineté précipite la dissolution de l'ancien modèle westphalien avec son droit d'États souverains fondé sur l'égalité et la réciprocité entre eux et sur le *bilatéral*, que celui-ci débouche sur la convention ou engendre la guerre.

Une justice pénale déliée de la souveraineté constitue une véritable révolution, au sens physique du terme, puisque l'organe qui se situait au-dessus de l'autre – l'État – se retrouve subitement au-dessous. Cette inversion, au terme de laquelle la justice devient arbitre de la souveraineté qui pourtant l'a engendrée, va poser beaucoup de problèmes aussi bien au droit international qu'au droit pénal. Comment se mettre d'accord sur une loi commune ? Comment, ensuite, mettre tout le monde – États et victimes, armées et populations – à la même échelle ? Où trouver un tiers de justice ?

Avant les horreurs de notre siècle, une justice pénale internationale n'était tout simplement pas pensable, faute de loi pénale commune, de tiers pour juger et de sujet d'imputation à condamner. Il faut donc retracer le chemin par lequel on a tenté de lever progressivement ces trois obstacles en définissant une classe d'infractions nouvelles – le crime contre l'humanité – transcendant la distinction entre les infractions internationales et les crimes réprimés par le droit interne, en identifiant ensuite des personnes à qui imputer ce crime au nom de celles qui en ont été victimes, et en tentant, enfin, de contourner le maillon central de l'État : par le haut, en créant des tribunaux internationaux, mais aussi par le bas, en s'en remettant aux justices nationales par le biais de la « compétence universelle ».

Définir une nouvelle catégorie de crimes

La distinction entre les infractions de droit international et les autres était relativement claire. Les premières sanctionnaient des actes commis dans des zones de contact entre souverainetés, c'est-à-dire, chronologiquement : la piraterie en haute mer, la traite des esclaves, le trafic de stupéfiants, les détournements d'avions, le terrorisme (liste à laquelle on pourrait ajouter aujourd'hui les atteintes majeures à l'environnement). Chaque fois, le crime se commet sinon dans l'espace international, du moins dans un lieu où ne règne pas une souveraineté interne. Et l'incrimination a pour but de préserver l'ordre international, c'est-à-dire certains intérêts communs, et non, comme le droit pénal interne, de protéger des valeurs communes³.

À ces infractions s'ajoutèrent celles relatives à la guerre : les crimes de guerre ou les violations des usages et coutumes de la guerre, c'est-à-dire les infractions au *jus in bello*, en s'en prenant, par exemple, aux populations civiles. La Première guerre mondiale fit naître l'idée de faire comparaître Guillaume II devant une juridiction pour sa responsabilité dans le déclenchement du conflit – projet qui ne vit jamais le jour, la Hollande refusant de le livrer. Ainsi naquit le crime d'agression, ou crime contre la paix, qui concerne le *jus ad bellum*, le droit de faire la guerre, autrefois conçu comme l'attribut premier de la souveraineté. C'est le début d'un processus de criminalisation de la souveraineté qui s'achèvera avec la définition du crime contre l'humanité.

Une infraction qui transcende la distinction entre droit international et droit interne

Le tribunal de Nuremberg se vit attribuer compétence pour ces trois crimes : le crime contre la paix (« projeter, préparer, déclencher ou poursuivre une guerre d'agression ou une guerre faite en violation de traités, accords ou engagements internationaux »⁴), les crimes de guerre, c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre, et le crime contre l'humanité, défini par le statut lui attribuant compétence comme « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles,

d'emblée que le crime suprême qu'il avait à juger, l'extermination du peuple juif, était un crime contre l'humanité, perpétré contre l'ensemble du peuple juif ; et que seul le choix des victimes, et non la nature du crime, pouvait s'expliquer historiquement par la haine dont les Juifs faisaient l'objet et par l'antisémitisme. Dans la mesure où les victimes étaient juives, il convenait, il était juste, que des Juifs soient juges. Mais dans la mesure où il s'agissait d'un crime contre l'humanité, seul un tribunal international était habilité à rendre justice » (H. Arendt, *Eichmann à Jérusalem, rapport sur la banalité du mal*, Gallimard, 1966, p. 433).

2. Il ne sera pas question ici des juridictions supranationales des droits de l'homme telles que la Cour européenne des droits de l'homme, qui ne jugent pas au premier degré mais seulement sur recours des juridictions internes – y compris en matière pénale – et que l'on rencontre quasi exclusivement au niveau régional.

3. À l'exception peut-être de l'interdiction de la traite des esclaves.

4. Article 6 a) des principes de Nuremberg.

ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes »⁵. Il fallut attendre ensuite la création du Tribunal pénal international (TPI) institué par la résolution 827 du Conseil de sécurité de l'ONU en date du 25 mai 1993 et « habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 » (art. 32), dont on étendit ensuite la compétence au génocide rwandais. Il s'agit d'une innovation historique remarquable, même si sa compétence est limitée dans le temps et dans l'espace. Par rapport à Nuremberg, il n'est plus compétent pour le crime d'agression, mais voit le crime de génocide prendre son autonomie à côté du crime contre l'humanité. Le génocide est défini par l'article 4 du Statut du TPI comme un acte « commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, racial ou religieux comme tel », cet acte pouvant être le meurtre de membres du groupe, l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe, le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Il diffère du crime contre l'humanité, défini à l'article 5 du Statut⁶, par trois critères : il doit viser la destruction physique totale ou partielle (alors que la preuve d'une telle intention n'est pas requise pour qualifier un crime contre l'humanité) d'un groupe (alors que le crime contre l'humanité est punissable indépendamment de l'appartenance à un groupe déterminé), à tout moment (alors que le crime contre l'humanité exige que les actes répréhensibles l'aient été « au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne »).

La popularité dont ne tarda pas à jouir le TPI hâta probablement la décision d'établir une Cour pénale internationale permanente, dont le principe fut arrêté à Rome le 10 juin 1998 mais dont la procédure et les règles de fonctionnement restent à préciser. Remarquons toutefois qu'elle voit revenir dans sa compétence le crime d'agression.

Ces nouvelles juridictions internationales sont habilitées à juger deux types d'infractions : les crimes de droit international déjà presque classique (crime d'agression et crimes de guerre) et une nouvelle catégorie hybride, parce que touchant autant la sphère nationale qu'internationale (génocide et crime contre l'humanité). Ces deux types d'infractions, bien qu'assez différents, constituent une catégorie en

5. *Ibid.*, Article 6 c).

6. « Le TPI est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit : assassinat, extermination, réduction en esclavage, expulsion, emprisonnement, torture, viol, persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, autres actes inhumains ». Texte complet : <http://www.un.org/icty/basic/statut/statute-f.htm>

ce qu'ils s'imposent non seulement, comme pour le droit commun, à des sujets soumis à une souveraineté, mais aussi au souverain lui-même. Ce nouveau droit pénal pour l'humanité ne traque plus les brebis galeuses dans un troupeau, comme le droit pénal interne, mais aussi, et peut-être surtout, les bergers dévoyés.

Un tel élargissement des destinataires de la loi pénale non seulement à des ressortissants d'une souveraineté particulière, mais aussi à tous les souverains de la société internationale, a des répercussions immenses – et peut-être insoupçonnées au premier abord – sur la vie du droit et ses relations avec le politique. Les droits de l'homme, et leur envers extrême, le crime contre l'humanité, remettent en cause la séparation entre, d'une part, la souveraineté interne et, d'autre part, les relations juridiques entre souverainetés, c'est-à-dire le droit international. En effet, si les engagements les concernant sont souscrits dans l'ordre international, ils sont exécutés dans l'ordre interne.

La qualification de crime contre l'humanité atteste l'émergence d'un nouveau modèle où le droit international des droits de l'homme vient sanctionner des dévoiements possibles de la souveraineté non plus vis-à-vis de ses consœurs mais à l'égard de ses propres sujets. Le droit international repose sur le modèle du combat, de la guerre et de la réconciliation, celui du droit pénal, sur le modèle du rapport de l'agresseur et de la victime, de la justice et de l'expiation. D'où l'affrontement de deux logiques – le discours moral et punitif du pénal d'une part, le pragmatisme et la logique réparatrice du droit international de l'autre – qui n'est toujours pas tranché à ce jour. Pour mieux en comprendre les enjeux, tentons de dégager un type-idéal – si l'on peut s'exprimer ainsi – du crime contre l'humanité.

Un crime du souverain contre le politique

Le crime contre l'humanité est le produit du déséquilibre monstrueux d'une guerre totale lancée par un État – ou par une organisation qui prétend s'en emparer – contre des populations non combattantes, fussent-elles les siennes. Il ne s'agit plus de crimes de guerre, qui sont à proprement parler des exactions, c'est-à-dire des actes connexes à la guerre commis contre des non-combattants. D'ailleurs le crime contre l'humanité va s'émanciper progressivement de la guerre. « À Nuremberg, dit le Premier Président Truche, la guerre avait absorbé le crime contre l'humanité, pour la Cour de cassation, le crime contre l'humanité englobe les faits de guerre inhumains ». Comme le montrent les exemples de l'Allemagne nazie, du Rwanda ou du Cambodge, le crime contre l'humanité est le produit d'un effondrement de la communauté politique tout entière. Dès lors, aucune réconciliation n'est envisageable comme dans l'Espagne post-franquiste, en Irlande du Nord ou au Liban, parce qu'il ne s'est jamais agi d'une guerre, même pas d'une guerre civile. Les torts ne sont pas partagés. La paix ne peut être signée qu'entre deux groupes qui se sont combattus, pas entre Hitler et les juifs, pas plus qu'entre Pol Pot et les millions

de Cambodgiens massacrés, entre Foday Sankoh, chef des rebelles, et les bébés mutilés de la Sierra Leone, ou entre Milosevic et les femmes de Srebrenica ; parce qu'on est sorti du modèle du combat pour entrer dans celui du massacre. On est sorti d'une relation dans laquelle la souveraineté reste centrale – comme acteur ou comme enjeu – pour entrer dans une atteinte majeure à la relation politique interne.

La confusion vient peut-être de l'expression « crime contre l'humanité », qui caractérise l'infraction par sa victime – l'« humanité » – plutôt que par son auteur – l'État – ce qui serait pourtant plus exact. Car ce qui caractérise le crime contre l'humanité, ce n'est pas seulement la déshumanisation sur laquelle on insiste généralement – à juste titre – mais aussi la qualité particulière de son auteur.

Se limiter à la négation de l'humanité fragilise la notion de crime contre l'humanité en l'exposant à deux types de critiques : comment définir l'humanité ? Comment trouver un critère qui permette de le distinguer de la violence de droit commun ? N'est-ce pas, en effet, la caractéristique de tout crime, qu'il soit de droit commun ou politique, de nier l'humanité de l'autre ? C'est frappant pour certaines infractions comme les atteintes sexuelles : la victime d'un viol « de droit commun » n'éprouve-t-elle pas, elle aussi, le sentiment d'être niée dans son être ? Ce qui distingue le crime contre l'humanité, c'est également la qualité de son auteur, c'est-à-dire l'État et ses représentants (ou ceux qui aspirent à le devenir). Ce sont des crimes commis « au nom de », d'une idéologie, d'un prétendu intérêt général⁷, qui peuvent être le fait d'une organisation politique non étatique comme les rebelles du RUF en Sierra Leone ou le Sentier lumineux au Pérou. Le crime contre l'humanité est l'exécution d'un ordre et, à ce titre, le contraire d'une transgression. C'est pour cela qu'il est si difficile à appréhender avec nos outils juridiques classiques adaptés uniquement à l'ordre positif interne, comme l'ont montré les procès Eichmann ou Papon.

Le crime contre l'humanité est commis par un État, réel ou en puissance, au nom d'une politique, c'est-à-dire d'une action collective organisée répondant à des objectifs précis. Ce fut le cas du nazisme, de la doctrine communiste que les Khmers rouges prétendaient appliquer à la lettre, de la politique d'apartheid, du nationalisme serbe au nom duquel fut pratiquée l'épuration ethnique au Kosovo. Ce n'est donc pas la moralité des hommes qui est en cause (comme dans le crime de droit commun) mais bien une politique.

Le crime contre l'humanité est souvent le fruit d'une politique totalitaire qui ne connaît plus de distinction entre l'État et la société civile et à laquelle doivent être associés tous les secteurs censés être indépendants du pouvoir (les intellectuels, les scientifiques, les religieux, les médias). Il procède alors d'un dérèglement symétrique : à une *surintégration* politique de certains correspond une *désintégration* d'une autre fraction du socius : la population cible. La surpolitisation des uns se produit au prix de la dépolitisation des autres, qui deviennent isolés non seulement du reste de la

société mais entre eux. La répression extrême peut finir par détruire la solidarité unissant n'importe quel groupe social. Une telle dislocation prit une expression géographique au Kosovo, où les expulsions massives avaient pour but d'éparpiller les albanophones aux quatre coins de la terre, à tel point que plus personne ne savait où se trouvaient ses proches. La violence totalitaire se résume dans la désolation qu'elle engendre, c'est-à-dire « l'expérience d'absolue non-appartenance au monde, qui est l'une des expériences les plus radicales et les plus désespérées de l'homme »⁸. Même les morts sont sans nom⁹, voire sans sépulture parce que volatilisés dans le ciel d'Auschwitz ; ce qui prolonge cette expérience de désolation chez les survivants, qui ne peuvent pleurer paisiblement les leurs.

Ce qui est alors détruit dans le crime contre l'humanité est autant la dignité de la personne humaine que le politique comme lien minimal entre les hommes, comme *inter esse*, ce qui est entre nous, qui rend la parole publique performative et l'action productive. L'inhumain se réalise « par la destruction de ce qui, traditionnellement, avait toujours été pensé comme la condition de possibilité de la communauté politique »¹⁰. Ainsi, la poursuite du crime contre l'humanité ne vient pas seulement protéger l'intégrité physique de l'homme en interdisant de le faire souffrir *excessivement* ou *massivement* : elle protège aussi le politique de l'auto-destruction. De là son universalité.

Identifier des auteurs à qui l'imputer

Le crime contre l'humanité procède donc d'une montée aux extrêmes qui prend la forme d'une surpolitisation et d'un surarmement d'une part, et d'un éparpillement et de la désolation de l'autre. De la même manière que les deux processus de surintégration et de désintégration ont été coextensifs, la reconstruction d'une communauté politique ne peut se faire que par un travail inverse de responsabilisation de tous ceux – fonctionnaires, militaires ou simples citoyens¹¹ – qui se cachent derrière des actes d'État, concomitamment avec le souci de reconnaissance des victimes. C'est le double chemin qu'ont suivi les juridictions pénales internationales depuis un demi-siècle.

7. Il est significatif que l'une des deux conditions posées par la commission « Vérité et Réconciliation » sud-africaine pour accorder l'amnistie était que les crimes aient été commis dans un but politique, c'est-à-dire précisément « au nom de ». Dans la pratique, cette limite fut parfois difficile à tracer.

8. H. Arendt, *Le système totalitaire*, Paris, Le Seuil, 1972, p. 226.

9. Au Kosovo, écrit Baton Haxhiu, « Les morts sont partout et nulle part.[...] Certains ne seront jamais retrouvés, d'autres sont dispersés dans des tombes sans nom, leurs ossements retrouvés dans les fouilles de ce qui fut une belle ferme » (*Libération*, 9 août 1999).

10. M. Revault d'Allonnes, *La fragilité du politique* (à paraître).

11. « Les personnes ayant commis le génocide seront punies, qu'elles soient des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers » (article 4 de la Convention pour la prévention et la répression du génocide du 9 décembre 1948).

Responsabiliser les auteurs

Se trouvaient dans le box à Nuremberg des hauts dignitaires, militaires ou civils, du régime nazi, mais pas leur chef. Eichmann se réfugia tout au long de son procès derrière l'obligation dans laquelle il se trouvait d'exécuter des ordres. Le TPI a commencé par inculper des seconds couteaux, puis des chefs militaires d'un rang plus important, jusqu'à mettre en accusation le général Mladic et le chef des Serbes de Bosnie, Karadzic. L'année 1999 a accéléré cette tendance à remonter toujours plus haut dans la hiérarchie des personnes inculpées avec l'affaire Pinochet, où un ancien chef d'État s'est vu refuser l'immunité par une juridiction britannique et, surtout, avec la récente mise en accusation d'un chef d'État en exercice, le premier de l'histoire, en la personne de Slobodan Milosevic.

Seules des personnes physiques peuvent comparaître devant une juridiction pénale, ce qui explique qu'en matière internationale, l'État ne pouvait, dans le modèle classique, se voir imputer tout au plus qu'une responsabilité de nature civile, donc éventuellement se voir obligé à réparer les dommages de guerre. L'État, en tant qu'entité abstraite, ne pouvait être condamné pénalement : du fait de son abstraction, il n'offrait pas de prise à ce type d'imputation. La souveraineté, en effet, implique l'irresponsabilité pénale du prince : « Le roi ne peut mal faire », disait un adage de l'ancien droit. « L'histoire juridique de l'État en Occident est celle de la programmation de son innocence au criminel »¹². Définir un crime contre l'humanité, c'est donc dissoudre la barrière infranchissable que dressait la souveraineté des États et qui protégeait tous les hommes agissant en son nom.

Ce contre quoi veulent lutter les juridictions à compétence pénale internationale comme le TPI, c'est le scandale de la non-imputabilité de ces atrocités non plus, comme dans la sphère interne, au nom de la raison d'État, mais au nom de l'inviolabilité de la souveraineté. Ces nouvelles qualifications criminelles internationales se justifient par la prise de conscience de ce que Yan Thomas appelle « l'aporie occidentale d'un État à la fois absolu et innocent »¹³. Les militants des droits de l'homme parlent à juste titre de « cercle vicieux de l'impunité » : laisser impunis des crimes aussi massifs n'encourage pas à respecter les accords de paix et ne peut, à terme, qu'engendrer le ressentiment, voire l'esprit de vengeance, annonceurs de nouveaux crimes.

Les personnes physiques ne sont pas à l'échelle du droit international, dont l'unité de référence est l'État. La définition du crime contre la paix ou du crime d'agression ne cherche qu'à protéger l'ordre international, c'est-à-dire la paix. Le nouveau modèle, lui, trouve sa justification dans l'atteinte faite à des personnes, dans une nouvelle perception de la victimité. C'est l'entrée en scène de la personne humaine dans le droit international, qui jusqu'ici ne connaissait que des groupes : si les conférences internationales réunissent des parties belligérantes, le procès organise la confrontation d'un homme et de ses choix, par définition, personnels.

Il rend justice à des hommes et à des femmes dénommés en les reconnaissant en tant que victimes.

Cela explique le rapport tout à fait nouveau que les victimes, en tant que personnes dénommées, vont entretenir avec cette justice, et qui est symétrique de celui qui vient d'être décrit à propos des auteurs : plus on va chercher haut les responsables de crimes contre l'humanité, plus on donne de droits aux personnes qui ont été leurs victimes à l'intérieur du procès pénal. Cela témoigne de l'hésitation actuelle quant au fondement de cette justice : doit-elle sanctionner des violations de l'ordre international ou punir les dommages considérables causés à des personnes ? Probablement les deux ; mais si, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, on insistait plus sur la première fonction, notre fin de siècle se montre plus sensible à la seconde. Un même débat traverse les juridictions de droit interne : comme leurs consœurs internationales, elles hésitent quant au statut à accorder aux victimes.

À Nuremberg, les victimes n'avaient pas d'autre place que celle de témoins utiles pour l'établissement des faits constitutifs d'une violation de l'ordre international. Le TPI, lui, les considère comme des personnes ayant subi un préjudice. Pourtant – et c'est une grave lacune – la sécurité des victimes venant déposer n'est réellement garantie que pendant le témoignage oral devant le TPI et n'est pas assurée par la suite, faute d'un équivalent international des forces qui protègent, en droit interne, victimes et témoins (lois et police). Elles retournent sans aucune protection dans leur foyer, où souvent elles continuent de côtoyer leurs bourreaux. Les victimes ne sont pas encore des acteurs à part entière de la procédure. Les statuts de la future CPI prévoient, à la différence des tribunaux *ad hoc* précédents, leur droit à être entendues, à être protégées et à obtenir réparation : il est créé à cette fin un fonds d'indemnisation¹⁴, sur le modèle de ce qui se pratique de plus en plus dans les droits internes. Restera à trancher la question de la recevabilité des plaintes déposées devant cette juridiction par les ayants-droits (enfants de victimes disparues) et par les associations¹⁵.

Reconnaître les victimes

On comprend mieux pourquoi la simple perspective de la réparation des dommages de guerre, seul horizon du droit international classique, ne suffit plus. Si l'on *répare* un préjudice, une identité blessée demande à être *reconstruite*. Ce sera le travail de la justice. Ce processus passe par la *reconnaissance* du crime.

12. Yan Thomas, « La vérité, le temps, le juge et l'historien », *Le Débat*, n° 102, 1998, p. 32.

13. *Ibid.*, p. 36.

14. Article 79 du statut portant création de la CPI.

15. Voir « Les victimes au cœur des débats sur la justice internationale », *La Nouvelle Lettre de la FIDH*, n° 19, pp. 10-11.

Une telle attente de reconnaissance, qui pèse sur la justice, s'explique par le sentiment de solitude morale de la victime engendré par l'expulsion violente hors de la communauté politique, par la négation de son être. Il fallait faire le procès Papon, dit l'une des parties civiles, pour obtenir ce retour symbolique à la vie : « Pour les victimes, rien ne peut remplacer l'œuvre de justice. Elle fait des survivants des vivants. Elle leur redonne leur dignité et les réintroduit dans une société qui, il y a cinquante ans, a organisé leur mort sociale. Le dossier Papon, je l'ai lu et relu cent fois. Mais aujourd'hui, devant le tribunal, il prend son poids de chair et d'humanité.[...] Pour ceux qui n'ont jamais pu faire le deuil de leurs parents, n'ayant pas été témoins de leur mort, le pardon est impossible sans la justice »¹⁶.

L'impunité prolonge ainsi les effets du crime à l'infini. Le condamner publiquement est la seule manière d'y mettre fin, tant la négation est le processeur même du crime contre l'humanité. Les victimes ou leurs descendants continuent d'être torturés par le déni, non seulement de leurs souffrances, mais du crime qui les a causées. Établir la vérité des faits, les qualifier de manière juste et les imputer à des volontés libres par une juridiction, donc par une instance démocratique, dissout ce crime qui est, comme il a été dit, d'essence politique. Pour cette raison, dire le crime offre, plus encore que pour les crimes ordinaires, un début de réparation pour les victimes en leur redonnant une place, le statut de victime, qui est éminemment politique.

Un tel recentrage sur les victimes des procès pénaux internationaux constitue un exemple supplémentaire de la crise de la représentation politique. Qui peut parler au nom de la souffrance d'autrui ? C'était assurément le rôle des représentants politiques, à condition qu'ils jouissent d'un crédit suffisant de la part de leurs concitoyens. Ainsi les familles de victimes déniaient au Premier ministre cambodgien Hun Sen le droit de décider en leur nom quels seront les dirigeants khmers rouges qu'il conviendra de juger, et lesquels seront pardonnés parce qu'ils ont rejoint de leur plein gré le gouvernement démocratique¹⁷.

Chercher un tiers à la souveraineté étatique

Reste la difficulté de trouver un juge qui ne soit pas lié au souverain qu'il doit juger pour statuer sur les éventuels crimes contre l'humanité. Le droit international attribue compétence, en premier lieu, aux États dans lesquels ces crimes ont été commis. C'est vrai de Nuremberg, du TPI ou de la future CPI. C'est ainsi, par exemple, que le directeur du camp de concentration d'Auschwitz, Rudolf Höss, venu témoigner au procès de Nuremberg, a été jugé en Pologne et pendu à Auschwitz, et que Barbie a été jugé à Lyon. La compétence de la juridiction internationale est toujours subsidiaire.

On aperçoit immédiatement les limites de ce principe, qui aboutit parfois à

demander de juger les crimes contre l'humanité par ceux-là mêmes qui les ont commis¹⁸. Mais le temps instaure une distance interne entre l'État qui doit juger et celui qui est accusé, ce qui rend ces jugements non seulement possibles mais plus profitables à l'opinion publique à laquelle ils s'adressent, que les verdicts des tribunaux internationaux. En témoignent le procès des dix tortionnaires de Treblinka devant la cour d'assises de Düsseldorf ou celui des vingt-deux membres du personnel d'Auschwitz à Francfort. Ces procès, intentés par des Allemands à d'autres Allemands dans les années soixante, marquèrent beaucoup plus l'opinion allemande que le précédent de Nuremberg. Aujourd'hui, le Chili n'est visiblement pas encore mûr pour un tel travail et, au surplus, les obstacles juridiques au jugement de Pinochet sont nombreux¹⁹.

Pour pallier cette difficulté et contourner le niveau central de l'État qui demeure le lieu privilégié de la justice, deux stratégies sont envisageables : créer, au-dessus des juridictions étatiques, des tribunaux internationaux mais aussi, c'est moins souvent perçu, permettre à toutes les justices nationales de juger de tels faits par le biais de la compétence universelle. L'année 1999 a montré un bel exemple de chacune de ces possibilités : l'inculpation de Milosevic par une juridiction supranationale et le refus de l'immunité à Pinochet par une cour ordinaire.

Les contradictions d'une justice internationale

La création d'une justice supranationale semble être la solution la plus radicale pour juger les États criminels et vaincre l'inertie des autres. D'ailleurs le TPI pour l'ex-Yugoslavie a connu un succès remarquable dont il risque d'être victime aujourd'hui.

Le premier danger qui le guette est celui de l'engorgement. Les tribunaux pénaux internationaux ne sont saisis, par définition, que lorsque des crimes de masse ont été commis. Or l'exigence évidente de respecter scrupuleusement les garanties du *fair trial* limite leur « rendement », les garanties et la transparence de la procédure étant, comme chacun sait, les ennemies jurées de l'efficacité. C'est pourquoi le nombre de personnes jugées par le TPI est très faible²⁰.

Leur composition nécessairement internationale complique encore leur tâche et alourdit leur fonctionnement en multipliant les langues de travail et les traductions.

16. Maurice-David Matisson dans *Le Nouvel Observateur*, 18 décembre 1997.

17. « Hun Sen n'a pas le droit de parler au nom des familles des victimes, estime Thun Saray, président d'une organisation de droits de l'homme ayant réuni 80 000 signatures pour demander la création d'un tribunal *ad hoc* pour les crimes perpétrés au Cambodge. Il s'agit ici de justice et il n'a pas le droit de parler au nom du peuple cambodgien » (*La nouvelle lettre de la FIDH*, n° 13, 25 mars 1999).

18. Voir J.-C. Pomonti, « Le difficile procès des Khmers rouges », *Le Monde*, 20 août 1999.

19. Voir *L'éventuel retour de Pinochet au Chili : en toute impunité ?* Rapport de la FIDH, juillet 1999, n° 280.

20. À ce jour, le TPI de La Haye pour l'ex-Yugoslavie a rendu un jugement définitif ; quatre affaires ayant déjà fait l'objet d'un jugement sont en cours d'appel (la juridiction comporte en effet un premier degré de jugement et une instance d'appel). Le TPI d'Arusha pour le Rwanda a rendu, quant à lui, cinq jugements définitifs et mis deux affaires en délibéré.

En outre, elle conduit à l'affrontement entre les deux grandes cultures juridiques occidentales : le droit continental et la *common law*. Cela se ressent dans la manière de conduire le procès, le TPI ayant adopté une procédure accusatoire ; en revanche, le statut des victimes et la possibilité, qui leur est de plus en plus reconnue, de se constituer partie civile témoignent de l'empreinte du droit français. Il n'empêche que les tensions sont encore rudes au sein de cette juridiction.

Le TPI aujourd'hui, et demain la CPI sont pris dans des contradictions inhérentes à leur statut supranational. Libre de tout enracinement dans un État particulier, le TPI est aussi privé de tout bras séculier : sur quelle puissance va-t-il s'adosser pour arrêter et déferer les criminels qu'il a mis en accusation ? Qui va choisir les juges et entretenir une juridiction ? Si n'appartenir à aucun État donne la liberté à l'égard de tous, cela prive en même temps de la possibilité de jouir de sa puissance propre. Ainsi, le TPI doit compter sur la bonne volonté des États pour faire exécuter ses décisions, à commencer par l'arrestation des criminels qu'il recherche. En droit interne, les forces de police ne peuvent, en principe, réexaminer les décisions judiciaires avant de les exécuter. Les multiples réserves émises par de nombreux pays, dont la France, lors des discussions sur la future CPI donnent à penser que ces problèmes ne seront pas résolus de sitôt.

Toutes ces limites inhérentes à la forme même de ces tribunaux internationaux sont préoccupantes. Les espoirs qu'ils portent sont considérables et probablement démesurés : les décevoir serait très grave mais les satisfaire est surhumain.

La compétence universelle

Certaines de ces difficultés sont résolues par le mécanisme de la compétence universelle. Au terme de ce principe, un État a la possibilité, parfois l'obligation, de poursuivre un auteur soupçonné de crimes internationaux sans être lié par les critères traditionnels de compétence territoriale (les tribunaux peuvent juger des crimes commis en dehors de leur territoire) ou personnelle (même si ni l'auteur présumé, ni la victime ne sont ressortissants de l'État). Les textes le plus souvent utilisés dans ce domaine sont la convention de 1984 dite « de New York » contre la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, et les quatre conventions de Genève de 1949.

Dans ce domaine également, l'histoire semble s'accélérer : ainsi l'abbé Wenceslas Munyeshyaka, soupçonné de participation au génocide rwandais de 1994 et réfugié en France, a pu être mis en examen par le tribunal de Privas sur la base de la convention de New York, décision qui fut confirmée le 6 janvier 1998 par la Cour de cassation française, et par la chambre d'accusation de la Cour d'appel de Paris le 23 juin 1999. Le 30 avril, Fulgence Nyontese, ancien maire de la ville de Mushubati au Rwanda, a été condamné à la réclusion à perpétuité par le tribunal militaire de Lausanne pour sa participation au génocide. Le 4 juin 1999, la Fédération

internationale des ligues des droits de l'homme (FIDH) et la Ligue française des droits de l'homme ont saisi le parquet de Montpellier d'une plainte pour tortures contre un militaire mauritanien en stage en France, Ely Ould Dha, qui fut mis en examen et écroué le 3 juillet dans une prison française. Cette décision constitue une double atteinte à la souveraineté : à la souveraineté mauritanienne tout d'abord, mais aussi aux autorités militaires françaises qui ne peuvent plus inviter n'importe quel stagiaire. Elle n'a d'ailleurs pas été sans répercussions sur les relations diplomatiques entre les deux États. Cette affaire montre également l'indivisibilité des rapports entre justice et souveraineté, qui transcende la distinction entre rapports internes et internationaux.

La compétence universelle manifeste la délocalisation extrême de la justice pénale internationale. Celle-ci ne s'incarne plus dans une institution particulière mais se trouve à l'état latent dans toute institution de justice de n'importe quel pays (c'est du moins l'esprit des conventions). La compétence universelle marque ainsi l'aboutissement de la suprématie reconnue à certains droits de l'homme fondamentaux sur la souveraineté. Elle lève un coin du voile sur le rêve contemporain d'une nouvelle cité mondiale faisant confiance au pouvoir le plus indépendant – le pouvoir judiciaire – et aux sociétés civiles pour faire respecter quelques principes fondamentaux de justice universelle.

La compétence universelle montre également que la justice des droits de l'homme n'est pas aussi déliée du politique que beaucoup le prétendent, puisque la tension entre le droit et la puissance de l'État est renvoyée au niveau interne. L'État est tenu d'apporter son concours pour arrêter les criminels et les déférer à un juge : il peut plus facilement se réfugier derrière sa souveraineté lorsqu'il s'agit d'exécuter une commission rogatoire internationale que lorsque l'ordre émane d'un de ses propres juges.

La justice internationale, comme la conscience universelle ou l'idée d'humanité, risquent fort, à partir du moment où elles s'incarnent dans des procédures, de cesser d'apparaître universelles. En franchissant ce pas d'inculper un chef d'État au cœur d'un conflit, le TPI a pris un risque : celui de se voir accusé de servir de supplément d'âme à l'OTAN dans la guerre qu'elle menait au Kosovo. On n'échappe pas aussi facilement au reproche d'une justice de vainqueurs²¹. Toutes les difficultés ne sont pas résolues par la compétence universelle qui ne peut atteindre les chefs et risque, tout comme le jeu des ratifications de la future Cour pénale internationale, d'accuser l'inégalité entre les États.

C'est que le véritable enjeu est moins international qu'*universel*. L'important serait alors moins de mettre sur pied une juridiction que d'offrir aux militants des droits

21. J.-P. Brodeur, « Justice des droits de l'homme ou justice des vainqueurs ? », *Le Monde des Débats*, juillet-août 1999.

de l'homme du monde entier et à leur société civile des instruments pour se battre, des engagements à rappeler à leur gouvernement qui y a souscrit. On aurait tort d'identifier la justice supranationale à une institution alors qu'elle consacre avant tout une idée. La naissance d'une Cour pénale internationale, qui achève un mouvement commencé cinquante ans plus tôt à Nuremberg, est portée par de nouvelles représentations politiques. Ce qui serait universel, c'est cette nouvelle vision du politique (et non, comme le claironnent certains, sa dissolution), plus soucieuse des excès d'une souveraineté, qui peut se montrer meurtrière, que de la protection qu'elle peut apporter ; plus sensible, aussi, à la souffrance des victimes qu'à la gloire des héros. Il s'agit là d'un mouvement général qui affecte également le discours politique interne, marqué lui aussi par une identification à la victime, par la judiciarisation et la criminalisation de la vie collective²² et par le recul des exceptions d'irresponsabilité pour les actes administratifs ou des décisions politiques²³.

22. Voir A. Garapon et D. Salas, *La république pénalisée*, Paris, Hachette, 1996.

23. Songeons à la mise en cause pénale d'un préfet dans le drame de Furiani, ou de ministres dans l'affaire du sang contaminé.