ROBERT BADINTER

DE NUREMBERG À LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE

À L'ORÉE DU XX^e SIECLE, bien des voix autorisées annonçaient qu'il serait celui de la paix, de la justice, du progrès universel. Qu'est-il advenu des promesses de l'aube ? Du génocide arménien à la purification ethnique dans l'ex-Yougoslavie, le siècle n'a pas cessé d'être souillé par les crimes contre l'humanité. Et Auschwitz en demeurera à jamais le symbole monstrueux.

Mais une prise de conscience s'est lentement fait jour. Elle s'énonce en termes simples, comme toute exigence éthique essentielle : il n'est pas admissible que les grands responsables de ces crimes échappent au châtiment. Comme un écho à la maxime talmudique rappelant que : « Par trois choses le monde est maintenu : par la vérité, par la justice, et par la paix. » Que l'une de ces pierres vienne à manquer à l'édifice et le mal s'installe.

La paix, c'est d'abord dans les cœurs et dans les âmes qu'il faut l'enraciner. La justice peut largement y contribuer car le châtiment des grands criminels contre l'humanité apaise chez les victimes une tension insupportable, et libère, le cas échéant, les peuples d'une culpabilité collective. Le procès de Nuremberg, en dépit des critiques, a répondu à cette double exigence et a favorisé, sans doute, la naissance d'une nouvelle Europe depuis 1948. Mais il est tout aussi vrai que la leçon a été oubliée dans les décennies qui suivirent, marquées par la guerre froide, la décolonisation et la prolifération des crimes d'État. L'effondrement de l'empire soviétique et la tragédie de l'ex-Yougoslavie ont changé la donne. Lors de la conférence sur la paix dans l'ex-Yougoslavie, nous étions quelques-uns à soutenir, avec la dernière énergie, qu'il était insupportable qu'un demi siècle après Nuremberg les crimes contre l'humanité commis au cœur de l'Europe, au vu de la communauté internationale, puissent demeu-

rer impunis. L'exigence, si forte dans l'opinion publique, que justice soit faite contre les criminels, l'emporta sur les frilosités et les calculs. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) fut créé par résolution du Conseil de sécurité des Nations unies[1]. Les atrocités commises au Rwanda engendrèrent la même réaction[2]. On peut imaginer que certains de ceux qui ont alors consenti à ces avancées du droit international avaient nourri l'idée que la mise en place de ces institutions suffirait pour apaiser l'émotion, mais que celles-ci ne serviraient pas, ou marginalement. La réalité devait leur apporter un démenti. Grâce à l'énergie des magistrats et à l'appui des opinions publiques, des poursuites ont été ouvertes, des criminels arrêtés, des condamnations prononcées ; en nombre insuffisant encore, mais justifiant l'existence du TPIY. Le mouvement pour qu'enfin une juridiction pénale internationale permanente existe reprenait sens, et les efforts longtemps demeurés sans lendemain, allaient connaître un début de succès avec la signature à Rome, le 17 juillet 1998, du traité portant statut de la Cour pénale internationale. L'année même où l'on célébrait le cinquantenaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, s'annonçait un progrès considérable pour le siècle à venir.

L'actualité a confirmé l'importance de cette avancée. En 1998, le sénateur à vie Augusto Pinochet était arrêté à Londres, surpris par la force du droit dans les démocraties. La Chambre des Lords, au cours de la première partie d'une procédure complexe et à rebondissements, a confirmé par deux décisions, des 25 novembre 1998 et 24 mars 1999, que le vieux dictateur ne pouvait se prévaloir de son immunité d'ancien chef d'État s'agissant des faits de torture dont il est accusé par un juge espagnol. Le drame du Kosovo devait également conduire à ce que M^me^ Louise Harbour, procureur du TPI pour l'ex-Yougoslavie, décide d'inculper Slobodan Milosevic du chef de crime contre l'humanité. A l'écart du tumulte médiatique, le tribunal d'Arusha, le 3 septembre 1998, a condamné pour génocide l'ancien Premier ministre du Rwanda.

Cette justice internationale, mise en mouvement par les tribunaux *ad hoc* ou par le recours à la compétence universelle des juridictions nationales, ne vise ainsi pas seulement les seconds couteaux, les exécuteurs de basses œuvres. Les chefs d'État ou de gouvernement, en exercice ou dans une retraite qu'ils croyaient assurée, ne sont plus épargnés

1. Résolution 827 du 25 mai 1993.
2. Résolution 955 du 8 novembre 1994.

par la justice. La fin de l'impunité pour les gouvernants criminels est une volonté de notre temps et pas seulement une espérance.

Il ne faut cependant pas s'étonner que des voix se soient élevées pour contester cette évolution. Leur discours est connu : mise en cause de la légitimité de ces procédures, critiques d'un droit international supplantant « le politique », revendication du droit de chaque État souverain de décider de l'opportunité de poursuites qui peuvent nuire à la paix civile. Il est remarquable de constater, à cet égard, que la quasi-totalité des nouvelles démocraties, en Amérique du Sud, dans l'Europe orientale, en Afrique du Sud, ont refusé toute poursuite des crimes commis sous l'empire du régime totalitaire. La question est de première importance. Doit-on, au nom de la justice internationale, imposer à des États démocratiques des poursuites auxquelles les citoyens ne semblent pas enclins ? S'agissant des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, la primauté donnée à la justice sur l'opportunité politique représente un des grands bouleversements affectant les conceptions classiques de la souveraineté.

L'idée n'a pris solidement corps qu'après le premier conflit mondial avec la tentative, certes avortée, de juger le Kaiser Guillaume II. L'article 227 du traité de Versailles prévoyait qu'une cour internationale devait le juger pour « offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ». Dans le rapport présenté à la conférence des préliminaires de paix, en 1919, par la commission des responsabilités des auteurs de guerre et sanctions, on peut ainsi lire au chapitre IV b qu'il est essentiel d'établir un haut tribunal, lequel statuera d'après « les principes du droit des gens, tel qu'il résulte des usages établis entre nations civilisées, des lois de l'humanité et des exigences de la conscience publique ». Après l'échec de cette première tentative, les volontés ne désarmaient pas. Les années de l'entre-deux-guerres furent riches en propositions tendant à l'institution d'une telle juridiction. Lors du congrès inaugural de l'Association internationale de droit pénal, en 1926, pas moins de douze rapports, tous relatifs à cette idée, furent soutenus. Sous l'influence des professeurs H. Donnedieu de Vabres et V.V. Pella, une résolution fut adoptée dans ce sens. Le 16 janvier 1928, les travaux de cette association aboutirent à un projet de statut d'une telle cour, révisé en 1946 pour tenir compte de la création de l'ONU. En cette année 1928, l'émulation intellectuelle était grande, les espérances également et V.V. Pella pouvait affirmer : « […] les propositions tendant à la création d'une juridiction criminelle internationale ne peuvent plus être regar-

dées comme des utopies. Elles ne sont au contraire que des manifestations concrètes d'un puissant *desideratum* de la conscience juridique contemporaine[3]. » On sait ce qu'il advint.

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale et de son cortège de crimes contre l'humanité, les créations du tribunal de Nuremberg par l'accord de Londres du 8 août 1945 puis du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient institué, le 19 janvier 1946, par déclaration du commandement allié, ont concrétisé pour la première fois cette idée. Quelles que fussent les réserves intellectuelles que pouvait provoquer un jugement des vaincus par les vainqueurs, le droit à un procès équitable ayant été respecté à Nuremberg, il s'agissait là d'un premier pas[4]. Mais la guerre froide allait bientôt et geler les espérances et bloquer tout progrès vers la création d'une cour pénale internationale. Ainsi, dans
158 son article 6, la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 prévoit la possibilité de traduire les personnes accusées d'un tel crime « devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction ». Et cependant cette cour n'a jamais vu le jour. Comment s'en étonner au vu de l'amendement présenté par l'URSS, mais rejeté et tendant à supprimer la mention dans la convention d'une telle juridiction ?

Il est vrai que sa perspective ne pouvait qu'inquiéter les dirigeants de certains États. Son objet était bien de punir, non seulement la soldatesque, les exécutants, mais également les décideurs et organisateurs de ces crimes collectifs. C'est l'idée qu'exprimaient les représentants de la France, MM. Chaumont et Spanien, dans le cadre des travaux préparatoires à la convention. Ils firent valoir que ce sont les gouvernants d'un État qui commettent, encouragent ou tolèrent le crime de génocide. Pour eux, ce crime est caractérisé par l'intervention des pouvoirs publics, sans laquelle on pourrait le faire rentrer dans la définition juridique de l'assassinat. L'objet de la convention n'étant pas de réprimer les meurtres individuels, mais d'assurer la prévention et la répression des crimes commis par les gouvernants, il était donc nécessaire d'avoir recours à une cour internationale[5].

---

3. *RIDP*, 1928, p. 275.

4. Voir notamment, H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international », *RCADI*, 1947-I, vol. 70, p. 481-581 ; M. Merle, *Le Procès de Nuremberg et le Châtiment des criminels de guerre*, Paris, Pédone, 1949.

5. A/C 6/SR, p. 8 ; A/C 6/SR 63/Corr.1 ; A/C 6/SR 97, p. 20 et 21.

Évidence juridique et exigence morale, il ne peut y avoir de justice internationale sans jugement des grands responsables.

Nuremberg en est la première illustration. Par arrêt du 1er octobre 1946, le Tribunal a ainsi considéré que « la protection que le droit international assure aux représentants de l'État ne saurait s'appliquer à des actes criminels. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale et se mettre à l'abri du châtiment ». Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la commission du droit international en 1954 énonce un principe identique en son article 3. Ladite commission retient une disposition semblable dans son projet de 1991. Cette clause de la responsabilité individuelle se retrouve dans le droit positif puisque aussi bien la résolution créant le TPI pour l'ex-Yougoslavie que celle concernant le tribunal *ad hoc* pour le Rwanda prescrivent que « la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de peine[6] ». L'article 27 du statut de la Cour pénale internationale est encore plus complet. Intitulé « Défaut de pertinence de la qualité officielle », il retient une rédaction un peu plus large que la précédente et prend soin d'ajouter dans son alinéa second que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Nul n'ignore que cette disposition a, en partie, conduit à la révision de la Constitution française après que le Conseil constitutionnel eut considéré cet article contraire, notamment, à l'article 68 C relatif au président de la République[7].

C'est dire que justice pénale internationale et absence d'immunité sont indivisibles dès lors qu'il est question de connaître des atteintes les plus graves à l'ordre public international. Il n'y a là rien que de très cohérent dans la mesure où ces crimes sont de nature à engager la responsabilité internationale de l'État. Dans le cas du crime de génocide, l'État peut voir sa responsabilité reconnue devant la CIJ en application de la convention de 1948. Cette possibilité fait actuellement l'objet

6. Voir respectivement l'art. 7 du statut du TPI pour l'ex-Yougoslavie et l'art. 6 du statut du tribunal d'Arusha.

7. Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999.

d'une instance pendante devant la Cour, laquelle a été saisie le 20 mars 1993 par la Bosnie-Herzégovine d'une action dirigée contre la Yougoslavie. Par son arrêt du 11 juillet 1996, la Cour a rejeté les exceptions préliminaires soulevées par l'État défendeur et a décidé qu'elle avait compétence sur la base de l'article 9 de la convention pour connaître de ce différend. Il y aurait donc quelque paradoxe à voir la responsabilité d'un État engagée pour violation de ses obligations internationales et, parallèlement, ses plus hauts responsables échapper au châtiment alors qu'ils auraient mis en œuvre la politique criminelle en cause. Certes, en l'occurrence, la procédure n'est pas achevée et Milosevic n'est poursuivi actuellement que pour les crimes commis au Kosovo. Il demeure que la logique juridique impose l'imputabilité de ces infractions internationales à leurs auteurs, indépendamment de la responsabilité de l'État. Ce
160 cumul de responsabilité éventuel répond à la nature particulière de ces crimes. Ce que l'on cherche à juger, ce n'est pas la méconnaissance d'une règle de droit interne mais la violation d'une norme de comportement essentielle à la communauté internationale. A cet égard, les règles sur les immunités ne sauraient faire obstacle à la répression organisée par les États. Qu'il faille respecter en la personne du gouvernant la souveraineté de l'État, tout le monde en convient ; il y va de l'égalité souveraine des États. Encore faut-il que 0ce gouvernant ne contrevienne pas aux obligations qui s'imposent non seulement à l'État mais également à tout individu au titre des normes impératives du droit international.

Le droit positif offre, à cet égard, quelques exemples peu nombreux mais éclairants. Des juridictions nationales de droit commun ont en effet déjà condamné d'anciens dictateurs pour faits de torture sur la base du droit international conventionnel[8]. Il est vrai qu'en l'espèce l'affaire était portée devant une juridiction civile américaine. Mais, en filigrane, s'impose l'idée que certains actes s'avèrent étrangers par nature aux compétences qu'il revient à des dirigeants politiques d'assumer en vertu de leurs pouvoirs constitutionnels. C'est ce que confirme, dans un autre registre, le précédent du général Noriega à propos du trafic de stupéfiants considéré, toujours par une juridiction américaine, comme relevant de l'activité privée du chef d'État[9]. Dans l'affaire Pinochet, les décisions des Lords anglais, fondées en particulier sur la convention contre la torture de 1984, soulignent que certains actes sont nécessairement détachables des fonctions de chef d'État. Selon Lord Nichols les actes de

8. « Filartaga *v.* Pena-Irala », 630F, 2D 876.

torture ou de prise d'otages ne sauraient être considérés par le droit international public comme entrant dans de telles fonctions. Interdits par le droit international, ils ne peuvent être attribués à l'État sans implication de responsabilité individuelle. Dans sa décision confirmative du 24 mars 1999, la Chambre des Lords a rejoint majoritairement ce point de vue et Lord Brown-Wilkinson pouvait affirmer que l'organisation de la torture d'État ne saurait constituer une fonction officielle. La criminalité gouvernante qui utilise l'appareil d'État ne peut s'abriter derrière la souveraineté de ce dernier car la fonction d'un gouvernant ne saurait être celle de commettre des crimes contre l'humanité.

La longue marche du droit international contre l'impunité des grands criminels tend vers un ordre juridique mondial de nature à satisfaire l'universalité des droits de l'homme.

L'impunité de ces criminels constitue la négation la plus saisissante de ces droits, une insulte à la dignité humaine. Ces criminels, en commettant les atrocités que la loi internationale incrimine, offensent l'humanité tout entière et, partant, la communauté internationale est nécessairement concernée. Il lui revient de veiller à ce qu'ils soient jugés. Et l'évolution du droit international pénal témoigne de cette prise de conscience.

La définition des crimes contre l'humanité, génocides, tortures… relève désormais d'un *jus communis* de la société internationale. Ces qualifications criminelles se retrouvent depuis Nuremberg, dans la convention de 1948 sur le génocide, dans la convention sur la torture ou encore dans les résolutions du Conseil de sécurité créant les tribunaux *ad hoc*. Le traité de Rome opérant une synthèse bienvenue. On pourrait être tenté de discerner là des principes fondamentaux du droit international, normes impératives et transcendantes. L'écho du *jus cogens* est ici très fort[10].

Le droit conventionnel n'ignore pas toujours cette part d'universel comme en témoigne l'arrêt de la CIJ du 11 juillet 1996 dans l'affaire opposant la Yougoslavie et la Bosnie-Herzégovine. La Cour a motivé

9. « United States of America *v.* Noriega » (1990), 746 F, supp. 1506.

10. Dans une de ses dernières décisions, le TPIY a d'ailleurs considéré qu'en raison de l'importance des valeurs qu'elle protège l'interdiction de la torture a évolué vers une norme impérative ou de *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui jouit d'un rang plus élevé dans la hiérarchie des normes internationales que le traité ou les règles coutumières… Clairement, la valeur de *jus cogens* de l'interdiction de la torture démontre que cette interdiction compte désormais parmi les standards fondamentaux de la communauté internationale. Voir « Prosecutor *v.* Furumdziza », Case N IT 95-57/1-T § 153.

sa décision en des termes qui méritent d'être rapportés : « […] la Cour est d'avis qu'il résulte du but et de l'objet de la convention [sur le génocide] que les droits et obligations consacrés par celle-ci sont des droits et obligations *erga omnes*. La Cour constate que l'obligation qu'a ainsi chaque État de prévenir et de réprimer le crime de génocide n'est pas limitée territorialement (§ 27 à 33) ».

Le jugement des gouvernants, actuels ou anciens, accusés de ces crimes rend plus opératoires les droits de l'homme et témoigne de leur universalité. La procédure applicable l'illustre à son tour. Si la compétence universelle est née de la volonté de répression de la piraterie en haute mer, elle a trouvé, depuis, sa place au sein de nombreuses conventions de droit international pénal. C'est le cas, en particulier, de la convention de 1984 contre la torture et autres peines ou traitements
162 cruels, inhumains ou dégradants qui prévoit en son article 5 une telle compétence. Poursuivi sur cette base, le sénateur Pinochet s'est trouvé pris dans un piège que les Lords ont commencé de refermer sur lui. On mesure à quel point la compétence universelle marque la volonté d'accroître les chances de répression des crimes les plus graves qui offensent l'humanité au-delà des frontières. Il est toutefois vrai que les États mettent en œuvre cette compétence chacun à leur façon et que le régime applicable au dictateur appréhendé dépend alors du hasard de l'arrestation. Le mécanisme peut certes être perfectionné, comme il l'a été avec la création des tribunaux *ad hoc* dont le statut prévoit des procédures de coopération avec les juridictions nationales. Ces tribunaux créés par le Conseil de sécurité ont cependant une compétence singulière, leur création étant soumise aux aléas des relations internationales et exposée au maniement conjoncturel du droit de veto.

C'est pourquoi l'universalité des droits de l'homme devrait connaître avec la création prochaine de la CPI un progrès considérable : la permanence. Sans qu'il faille revenir sur le détail de son statut[11], il convient de souligner qu'elle pourra juger ces grands criminels dans le respect d'une procédure garantissant le droit à un procès équitable, avec le temps pour elle. Aux termes de l'article 29 du Statut, « les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas ». Règle essentielle faisant porter sur ces criminels d'État l'ombre de la justice tout au long de leur vie. La fortune politique est changeante et les appuis internationaux inconstants…

11. Sénat, rapport 318 (1998-1999).

Il serait malvenu de nier la souveraineté des États, ou son importance dans l'ordre international. Mais comment oublier ce que Goebbels déclarait en 1933, à la Société des Nations, à Genève, à propos d'une plainte déposée par un juif allemand victime des persécutions nazies : « Nous ferons ce que nous voudrons des juifs, des communistes et de nos adversaires. Cela ne regarde que nous. Charbonnier est maître chez lui. » René Cassin, présent ce jour-là, comprit que, hors une protection internationale des droits de l'homme, ceux-ci étaient abandonnés à la discrétion des États et de leurs maîtres.

Sans doute, à propos des crimes contre l'humanité, est-il temps de porter sur la souveraineté un autre regard. Indissolublement liée à l'État, elle lui garantit au plan international l'égalité dans le concert mondial. Mais, le protégeant, elle n'a pas vocation à légitimer un État *in se et per se*. Derrière les garanties qu'elle assure à cette construction juridique qu'est l'État, on trouve des peuples et des hommes. Ce sont eux qu'elle protège contre d'éventuelles agressions extérieures. Mais il serait odieux de prétendre que la souveraineté autorise les responsables de l'État à concevoir une politique de massacre systématique de ses nationaux ou d'une partie d'entre eux, voire d'étrangers présents sur son territoire. La souveraineté remplit à cet égard une fonction éminente : assurer à la Nation sa pérennité dans le respect des droits fondamentaux des individus la composant ou accueillis par elle. L'État totalitaire ne fait rien d'autre que détourner le concept de souveraineté. Il ne peut la revendiquer ni ses dirigeants s'abriter derrière elle, sauf à imaginer que le Souverain veuille se suicider ou se mutiler.

En ratifiant le traité de Rome, les États n'abandonnent ni ne limitent leur souveraineté. Le statut s'appuie sur le principe de complémentarité laissant la priorité d'action aux juridictions nationales et ouvrant la compétence de la CPI en cas de mauvaise volonté ou d'incapacité d'un État à diligenter des poursuites. Ils s'engagent ensemble à protéger les valeurs fondatrices et universelles de la communauté internationale et, d'une certaine manière, à faire œuvre de prévention à l'adresse des dictateurs ou de ceux tentés de les imiter.

A l'heure où le Timor oriental, après le Kosovo, montre tragiquement le trajet qu'il faut encore parcourir, retenons la leçon du siècle qui s'achève et œuvrons pour que le prochain voie naître une véritable justice internationale contre ceux qui outragent l'humanité.

RÉSUMÉ

Une récente actualité a montré que les dictateurs, anciens ou présents, accusés des crimes internationaux les plus graves ne sont pas à l'abri de la justice pénale. Le refus de l'impunité des gouvernants en cas de crime offensant l'humanité tout entière, s'avère être une constante du droit international pénal, notamment conventionnel, comme en témoigne le traité de Rome portant statut de la Cour pénale internationale. Un chef d'État ou de gouvernement n'a pas pour mission constitutionnelle de violer les droits fondamentaux de l'individu. Il ne saurait, pour échapper au châtiment, se retrancher derrière la souveraineté de l'État sauf à méconnaître la portée véritable de cette notion.