

UNE ALLÉGORIE DE LA FONCTION DE JUGER EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL

Diane Bernard

FUSL | *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*

2013/2 - Volume 71
pages 171 à 190

ISSN 0770-2310

Article disponible en ligne à l'adresse:

<http://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2013-2-page-171.htm>

Pour citer cet article :

Bernard Diane, « Une allégorie de la fonction de juger en droit international pénal »,
Revue interdisciplinaire d'études juridiques, 2013/2 Volume 71, p. 171-190.

Distribution électronique Cairn.info pour FUSL.

© FUSL. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Une allégorie de la fonction de juger en droit international pénal

Diane BERNARD

Chargée de recherches FNRS et professeure invitée
à l'Université St-Louis - Bruxelles

Petite contribution *ex post* aux nombreux travaux consacrés au rôle du juge, cet article propose une métaphore de l'action juridictionnelle requise par la complexité du droit international pénal.

A vrai dire, cet article vise même à répondre à une invitation indirecte, lancée par François Ost. En 1982 déjà, celui-ci avançait que la façon dont est conçu le rôle du juge dépend de l'architecture du droit, de la façon globale dont ce dernier est pensé¹. Au modèle fermé et strictement hiérarchique de type beccarien, il a ainsi associé un juge-arbitre (ultérieurement qualifié de Jupiter²), symbole d'un droit général et abstrait, appliqué souverainement par un juge neutre qui n'a pas à se souiller dans la fange mortelle (ou non divine) du cas d'espèce. Le modèle de l'Etat-Providence, en ce qu'il leur attribue un rôle actif dans la mise en œuvre de ses objectifs de *welfare*, lui a par ailleurs semblé exiger des juges qu'ils prennent en considération des facteurs sociaux divers et parfois divergents, qu'ils soient les « ingénieurs sociaux » d'une mission titanesque : bref, qu'ils se fassent Hercule. Enfin, le droit contemporain qu'Ost et van de Kerchove qualifient de « réseau »³ requiert des juges qu'ils participent activement à la construction d'un monde juridique non plus fermé et strictement hiérarchique mais éclaté, pétri d'interactions enchevêtrées entre des pôles décisionnels divers (étatiques, infra-étatiques et privés, régionaux et internationaux) : non plus détenteurs d'une fonction ancillaire, subalterne au législateur dont ils prononceraient la volonté, les juges y sont reconnus comme créateurs d'une légalité mouvante, Hermès au carrefour de diverses réponses juridiques complexes et parfois concurrentes, qu'il s'agit de faire communiquer afin de

¹ Fr. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, FUSL, 1983, p. 1-70.

² Fr. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in *La force du droit*, P. Bouretz (dir.), Paris, Esprit, 1991, p. 241-272.

³ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, FUSL, 2002.

produire du sens. Cette dernière métaphore, l'idée d'un juge Hermès, reflète partiellement la complexité du travail juridictionnel en droit international pénal. Cela dit, une métaphore nouvelle, plus pertinente encore, paraît envisageable : Ost lui-même envisage une nouvelle « métamorphose du juge » pour faire écho au phénomène du droit international pénal⁴. Sans développer davantage, il suggère qu'on le baptise « Sirius, eu égard à la manière de conscience supra-nationale qu'il incarne »⁵.

C'est à cette « nouvelle métamorphose » qu'est consacré notre article. Nous y exposerons notre choix d'un juge plus Janus que Sirius, eût égard à un certain idéal (des fonctions) du juge et à différents aspects pragmatiques de l'exercice juridictionnel en droit international pénal. L'exercice est donc particulier : non du fait à l'allégorie révélatrice mais dans la foulée de l'entreprise métaphorique de François Ost, nous analyserons le rôle et le travail des juges par plusieurs allers-retours entre leur pratique du droit international pénal et l'image de Janus.

Par droit international pénal, on entendra ici le « droit des crimes internationaux » au sens de « crimes les plus graves » (génocide, crimes de guerre ou contre l'humanité et agression), quelle que soit la juridiction (interne ou internationale) qui puisse en être saisie⁶. Nous nous concentrerons sur les juges à la Cour pénale internationale (CPI), tout en émettant certaines remarques concernant les Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda (TPIY et TPIR) et d'autres autres juridictions international(isé)es, comme le Tribunal spécial pour le Liban (TSL). Notre propos pourrait d'ailleurs s'appliquer *mutatis mutandis* aux juges internationaux et nationaux chargés d'affaires où auraient été commis des « crimes de masse ».

Après avoir brièvement commenté l'intérêt d'un tel travail d'allégorie ('Préliminaires'), nous fonderons notre idée d'un juge Janus sur la compétence des juridictions internationales pénales ('1.'), l'histoire de la justice internationale pénale ('2. '), la souplesse requise des juges internationaux pénaux ('3. ') et l'art difficile qui est le leur ('4. '), ainsi que sur quelques arguments plus ponctuels ('5. ').

⁴ Fr. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *Le rôle du juge dans la cité*, Actes du colloque du 12 octobre 2001, Cahiers de l'Institut d'Etudes sur la Justice, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 18.

⁵ *Ibidem*, p. 18.

⁶ Pour une définition complète et nuancée du droit international pénal, voy. A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2008, p. 3-27.

Préliminaires épistémologiques

D'aucuns se demanderont « à quoi peut bien servir » un article proposant une « nouvelle métaphore du juge ». Très brièvement, cette section préliminaire vise à clarifier nos objectifs : le juge Janus est bien une métaphore, qui nourrit néanmoins des ambitions paradigmatiques.

Par paradigme (du grec *paradeigma* : modèle, exemple), Morin entend « le principe, le modèle ou la règle générale, soit l'ensemble des représentations, croyances, idées qui s'illustrent de façon exemplaire ou qu'illustrent des cas exemplaires »⁷. Les travaux de Kuhn sur la structure du travail scientifique sont les plus connus à cet égard : les paradigmes y sont définis comme une « matrice disciplinaire »⁸ regroupant généralisations symboliques, modèles et solutions concrètes exemplaires⁹. L'idée en est que comme il n'existe pas de certitude scientifique absolue, « illusion heureusement perdue »¹⁰, chaque époque élit des paradigmes pour soutenir sa quête d'intelligibilité. C'est l'un des objectifs de notre démarche : par notre métaphore du juge, qui s'inscrit dans une conception plus large du droit international pénal comme réseau¹¹, nous souhaitons contribuer modestement à l'intelligibilité du droit international pénal. Comme l'écrivent Ost et van de Kerchove, le paradigme constitue en effet un cadre, qui définit les problèmes et les méthodes légitimes de la recherche, augmentant son efficacité par la définition d'un langage commun : « carte et boussole, il ... suggère les voies de solutions »¹².

Il ne faut pas confondre cependant les réalités observées avec l'instrument conceptuel qui sert à les observer : elles existent en-dehors de cet outil et celui-ci, langage, les représente, les élabore, construit notre accès à ces réalités¹³. La carte n'est pas le territoire. A cette distinction radicale entre science du droit et objet-droit, héritage de Descartes et de sa

⁷ E. MORIN, *La méthode*, t. 4 : « Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation », Paris, Seuil, 1991, p. 211.

⁸ TH. KUHN, *La tension essentielle Tradition et changement dans les sciences*, Paris, Gallimard, 1990 (trad. fr.), p. 396. L'auteur y précise les notions développées initialement dans *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972 (trad. fr.).

⁹ TH. KUHN, *La tension essentielle*, op. cit., p. 397.

¹⁰ E. WYLER, « Propos sur la fécondité du paradigme systémique en droit international à la lumière de la théorie de Georges Abi-Saab », in *The international legal system in quest of equity and universality. Liber Amicorum Georges Abi-Saab*, L. Boisson de Chazournes et V. Gowland-Debbas (dir.), Den Haag-Boston, Kluwer-Nijhoff, 2001, p. 37.

¹¹ En référence à FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, op. cit., voy. D. BERNARD, *Trois propositions pour une théorie du droit international pénal*, Bruxelles, FUSL, à paraître, chapitre 1.

¹² FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, op. cit., p. 13.

¹³ *Ibidem*, p. 21.

stricte opposition entre sujet connaissant et objet (ici, science du droit et droit-objet, théorie et droit positif¹⁴), on préfère le point de vue externe modéré, hartien et cher au *Séminaire interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, à la suite de François Ost et Michel van de Kerchove : une « attitude [qui] consiste à rendre compte de la manière la plus compréhensive possible à la fois des exigences de la systématité inhérentes au droit et de ses limites, sans assumer soi-même la tâche de poursuivre cette systématisation »¹⁵. En d'autres termes, « pour que la théorie puisse être effectivement utilisée, il faut qu'une certaine correspondance soit établie entre un système et le type d'objet étudié »¹⁶ - on distingue théorie et objet, mais sans procéder à une rupture entre eux. Wyler explique que l'interaction est constitutive pour le sujet et pour l'objet : la théorie se nourrit de son objet et ce dernier se nourrit des théories qui lui sont consacrées¹⁷. Sujet et objet interagissent dans le partage d'un sens construit par le sujet, parce qu'il lui paraissait manifesté par l'objet, lequel peut s'adapter en fonction de ce constat.

Bref, notre métaphore janusienne ne se veut pas seulement exercice de style et rappel de nos gréco-latines : elle prétend s'inscrire dans la pratique du droit et au cœur du paradigme dominant en science du droit international pénal¹⁸, illustrer la pensée du droit international pénal comme réseau ou système complexe¹⁹. S'il se décline selon l'objet d'étude (ici, le juge), un paradigme s'accompagne en effet, par définition, d'images ou métaphores évoquant, de façon heuristique, la logique profonde qui l'anime²⁰. Cela dit, on admet sans peine que l'origine de notre métaphore biaise un peu notre démarche, puisqu'elle part des figures du juge conceptualisées par François Ost : non du fait à la métaphore mais par des allées et venues de la science à la pratique du droit, elle nous paraît justifier sa pertinence *in concreto*.

¹⁴ E. WYLER, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵ M. VAN DE KERCHOVE et FR. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 29.

¹⁶ J. LADRIÈRE, v° Système (épistémologie), *Encyclopaedia Universalis*, 2010.

¹⁷ E. WYLER, *op. cit.*, p. 36, cite ARISTOTE, *De anima*, Paris, Belles Lettres, 1995, p. 70 et 86 : « l'acte du sensible et celui du sens est le même et l'unique » ; « La science s'identifie en quelque sorte aux objets du savoir comme la sensation aux objets sensibles ».

¹⁸ Qu'on le qualifie de réseau à la suite de FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.* ou de complexité, comme E. WYLER, *op. cit.*, p. 39, deux conceptions du droit assez proches en la matière.

¹⁹ Quant à la pertinence de ces paradigmes, voy. D. BERNARD, *op. cit.*, chapitre 1.

²⁰ Selon TH. KUHN, cité par FR. OST ET M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 18.

Il paraît important, enfin, de rappeler à quel point les théories peuvent elles-mêmes influencer le réel qu'elles commentent²¹. Ainsi le Procureur de la Cour pénale internationale en a-t-il appelé aux « communautés académiques » pour définir les *modus operandi* issu du Statut de la Cour²², sans distinguer doctrine et science du droit. Même lorsqu'il n'élabore pas de recommandations prescriptives, le théoricien du droit doit être conscient que son inclusion dans son objet même (le droit) implique d'une part que son travail puisse être instrumentalisé au profit de forces animant cet objet, et d'autre part que la présentation du droit qu'il met en place, la conception qu'il élabore, puissent contribuer à modifier cet objet même, à transformer le droit²³.

C'est en ce sens que nous avançons un double espoir à l'égard de notre proposition métaphorique aux ambitions paradigmatiques : si elle relève du registre théorique, et nous souhaitons qu'elle convainque à cet égard, peut-être pourra-t-elle également servir aux praticiens, dans un deuxième temps, pour mieux conscientiser leur agir et, par là, lui donner un sens un peu renouvelé. Autrement dit, nous postulons que la théorie ne doit pas développer d'espoirs démesurés quant à son impact sur le réel mais qu'elle peut, indirectement, participer à une clarification des actions posées.

Les sections prochaines visent à justifier la pertinence de notre métaphore du juge Janus, correspondant à un nouveau modèle de droit, au paradigme également renouvelé. Sans doute faut-il préciser que notre approche de la mythologie sera diachronique et non centrée sur une région particulière ; nous mobiliserons diverses interprétations des attributs de Janus, fidèle au fond au polysémisme des récits antiques : les dieux revêtaient des fonctions diverses, selon les régions et les époques, mais conservaient certaines « constantes » diversément interprétées. Ainsi la double face de Janus nous a-t-elle paru adéquatement refléter plusieurs des fonctions du juge international pénal actuel.

1. La compétence des juridictions internationales pénales

La Cour pénale internationale, fondée en 1998 et en activité depuis le 1^{er} juillet 2002²⁴, est compétente pour les « crimes les plus graves »²⁵, soit le

²¹ P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, p. 156.

²² L. MORENO OCAMPO, « The International Criminal Court : seeking global justice », *Case Western Reserve Journal Int. Law*, vol. 40, 2005, p. 218.

²³ FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 479-486.

²⁴ Statut de la Cour pénale internationale, signé le 17 juillet 1998 à Rome (StCPI ou Statut de Rome).

génocide, les crimes de guerre et d'agression, les crimes contre l'humanité²⁶. Ils sont essentiellement commis en temps de guerre, ainsi que le reflètent les situations dont est actuellement chargée la Cour : République démocratique du Congo, République centrafricaine, Ouganda, Libye, Côte d'Ivoire, Darfour, Kenya et Mali, tous ces Etats ont connu (et connaissent encore) des affrontements dramatiques. La Cour veut contribuer à la paix et à la sécurité du monde en luttant contre l'impunité²⁷. Dans le même sens, le Conseil de sécurité des Nations unies a créé les TPI pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda dans la conviction que « des poursuites ... contribueraient ... au rétablissement et au maintien de la paix »²⁸, et le même objectif s'est dégagé des discussions entre l'ONU et les autorités libanaises ayant mené à la création du Tribunal spécial pour le Liban²⁹.

Comme ces juridictions internationales à la compétence centrée sur les conflits armés, le temple de Janus n'était ouvert qu'en temps de guerre, ses portes (*januae*) demeurant closes en temps de paix (de *pax romana*) – tout comme les TPI ont-ils été créés *ad hoc*, pour certaines situations de conflit, et la Cour ne peut-elle intervenir qu'en cas de chaos tel que la justice n'est plus possible (cf *infra*) : leurs portes ne sont pas ouvertes en tant de paix.

On reconnaissait au dieu la compétence d'introduire la paix (c'est même sa définition fonctionnelle³⁰), et son culte poursuivait un idéal de paix³¹ : dieu préposé aux commencements, comme le mois de *janvier* qui est le sien, dieu portier, dieu des passages³², Janus est surtout celui qui permet de « passer » à l'après-guerre.

²⁵ StCPI, art. 1.

²⁶ *Ibidem*, art. 5 à 8bis.

²⁷ Le lien entre paix et justice pénale n'est pas évident pour autant. Voy. par ex., pour un exemple de critique à grande diffusion, I. PAISLEY, « Peace must not be the victim of international justice », *The New York Times*, 16 mars 2012 ; plus substantiels : P. HAZAN, *La paix contre la justice ? Comment reconstruire un Etat avec des criminels de guerre*, Bruxelles, GRIP-Versaille, 2010, ou J.-B. Jeangène Vilmer, *Pas de paix sans justice ? Le dilemme de la paix et de la justice en sortie de conflit armé*, Paris, Sciences Po, 2011. Pour une critique de l'apport du droit pénal à la paix, voy. D. SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 304 et s. ou D. BERNARD, *Trois propositions pour une théorie du droit international pénal*, Bruxelles, FUSL, à paraître, chapitre 3.

²⁸ Résolution 955, 8 novembre 1994, al.7, similaire à cet égard à la résolution 827, 25 mai 1993, al. 6.

²⁹ Rapport présenté par le Secrétaire général conformément au paragraphe 6 de la résolution 1644, 21 mars 2006, S/2006/176, § 13.

³⁰ R. SCHELLING, « Janus. Le dieu introducteur, le dieu des passages », *Mélanges d'archéologie et d'histoire* t. 72, 1960, p. 127. HORACE écrit bien « *custodem pacis... lanum* » dans ses *Epistulae* II, 1, v. 255.

³¹ R. SCHELLING, *ibidem*, p. 126.

³² R. SCHELLING, *op. cit.*, p. 102.

Le rite de l'ouverture du temple en temps de guerre a donné lieu à une double interprétation allégorique : la version la plus répandue présente Janus comme le gardien de la Paix³³ ; Virgile, à l'inverse, imagine la Guerre solidement enfermée dans le temple, sous la surveillance de Janus³⁴, lequel connaît dès lors des associations avec le dieu Mars. On rencontre ici un Mars *tranquillus*, dieu des « citoyens rendus aux occupations pacifiques... tout en étant mobilisables » et non technicien de la guerre³⁵, ce qui reflète adéquatement la mobilisation (variable, certes) de la communauté internationale face aux conflits meurtriers. L'idée de baliser la guerre, de la contenir en certaines limites, renvoie sans doute mieux au droit humanitaire qu'au droit international pénal. On peut cependant soutenir que chacune de ces deux allégories, corollaires l'une de l'autre, convient à la mission des juges en droit international pénal : la fonction de Janus comme la leur tient à la guerre mais vise (le « passage » à) la paix.

L'étendue de la compétence du juge international pénal (à la CPI en particulier) ne contredit pas notre métaphore. Certes, les TPI étaient consacrés à une situation en particulier, et la Cour n'est pas universelle : sa compétence se limite aux 122 Etats qui ont ratifié son Statut et aux situations que lui défère le Conseil de sécurité (comme le Darfour en 2003³⁶ et la Libye en 2011³⁷). Actuellement, tous les procès sont localisés en Afrique, ce qui fonde d'ailleurs de nombreux reproches adressés à la Cour³⁸, et la politisation des relations internationales limite l'étendue juridictionnelle que souhaitent les fervents défenseurs de la Cour³⁹. Mais la compétence *ratione loci* de la CPI la rend *potentiellement* mondiale. Et elle a en outre une *vocation* universelle, comme le révèlent par exemple les références à « tous les peuples », « la paix, la sécurité et le bien-être du monde » ou à la « communauté internationale », dans le Préambule de son Statut. Tout comme la Cour peut être amenée à traiter de situations diverses, Janus

³³ OVIDE, *Fastes*, I, v. 281.

³⁴ VIRGILE, *Enéide*, VII, v. 609.

³⁵ R. SCHELLING, *op. cit.*, pp 114 à 120.

³⁶ Par la résolution 1593 du CSNU, 31 mars 2005.

³⁷ Par la résolution 1970 du CSNU, 26 février 2011.

³⁸ Voy. par ex., conc. les relations politiques entre l'UA et la CPI, « L'Union africaine dénonce la 'chasse raciale' opérée par la Cour pénale internationale », *AFP*, 27 mai 2013 ; la réponse de la procureure de la CPI, « Fatou Bensouda : 'non, la CPI n'est pas à la solde des blancs' », *Jeune Afrique*, 2 janvier 2012 ; ou ST. MAUPAS, « La CPI, une justice de blancs », *Le Monde*, 4 juillet 2013.

³⁹ Voy. par ex. les « campagnes de ratification universelle » par la Coalition pour la CPI, www.iccnw.org

observe en même temps l'Orient et l'Occident⁴⁰ : il est le gardien du vaste monde, ciel, mer, nuages et terre⁴¹.

2. L'histoire du juge international pénal

Ovide identifie Janus au Chaos des Grecs, racontant que lorsque les éléments formant la matière première de l'univers (l'air, l'eau, la terre et le feu) se virent séparés, le corps d'un dieu se dégagait de cette matière : c'était Janus, dont le double visage est la seule trace de l'état de confusion cosmique qui précéda sa venue au monde. Ainsi le droit international pénal, à l'image de Janus, « primitivement boule et masse sans forme »⁴² prend corps divin, devient corps de droit. Il naît du chaos de la guerre. C'est là un deuxième argument, historico-mythologique, en faveur de notre métaphore.

Si Gustave Moynier, fondateur de la Croix-Rouge, envisageait la création d'une cour pénale internationale et impartiale en 1873 déjà⁴³, les premiers projets en ce sens ne furent esquissés qu'après la guerre de 1914-18⁴⁴ et concrétisés après la deuxième guerre mondiale⁴⁵. Les procès militaires de Nuremberg et Tokyo sont souvent considérés comme la première étape d'une justice internationale pénale, en ce qu'ils constituent les premières décisions non nationales sanctionnant la commission de crimes « internationaux »⁴⁶. De même, les TPI pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ont été créés en réaction aux atrocités commises dans ces régions⁴⁷, et leur expérience et héritage ont très certainement favorisé, voire

⁴⁰ OVIDE, *op. cit.*, v. 140.

⁴¹ *Ibidem*, v. 117 à 119.

⁴² *Ibidem*, v. 1-110.

⁴³ L.-G. G. MOYNIER, *Etude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864 et 1868)*, Paris, Joël Cherbuliez, 1870, p. 300.

⁴⁴ Voy. le Traité de Versailles, signé le 28 juin 1919, art. 227, le traité de Sèvres du 10 août 1920, art. 226 et 230, la Convention pour la création d'une cour pénale internationale, ouverte à la signature à Genève le 16 novembre 1937 ou, pour un exposé général, l'*Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, Memorandum du Secrétaire Général, 27 mai 1949, A/CN.4/7/Rev.1, Annexe 1, p. 52 et s.

⁴⁵ Voy. déjà le Projet de convention portant création d'une Cour criminelle internationale, Assemblée générale de Londres, 21 juin 1943, puis le Projet de Convention portant création d'un tribunal des Nations Unies pour les crimes de guerre, Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, 30 septembre 1944, et la Déclaration sur les atrocités, signée à Moscou le 30 octobre 1943.

⁴⁶ Le Tribunal militaire international de Nuremberg, fondé par l'Accord de Londres du 8 août 1945, a siégé du 20 novembre 1945 au 1^{er} octobre 1946 et rendu un jugement unique ; le Tribunal militaire international pour l'Extrême Orient, fondé sur l'instrument de reddition du 2 septembre 1945 déposé par le Japon, a rendu son jugement le 12 novembre 1948.

⁴⁷ Voy. les résolutions 827 et 955 du CSNU, respectivement 25 mai 1993 et 8 novembre 1994.

permis, la création de la CPI. Cet héritage inscrit bien les racines de la justice pénale internationale dans le *chaos* des guerres contemporaines, et dans la décision politique de l'ordonner, tout comme Janus naît du Chaos des Grecs.

Cela dit, la paix de Janus doit être victorieuse : Janus, chez Virgile, « c'est la paix perpétuelle en Europe, en Asie, en Afrique, bref dans le monde entier »⁴⁸ – la *pax romana*. Alors, Janus « aurait définitivement accompli son office, (...) répondu au vœu (...) d'instaurer une paix éternelle »⁴⁹. Voilà qui explicite adéquatement les reproches adressés à la justice internationale pénale depuis ses premiers accomplissements : fondés par les Alliés, les TMI de Nuremberg et de Tokyo sont souvent targués de victorialistes⁵⁰, comme l'étaient les projets de juridiction esquissés après la première guerre mondiale⁵¹ ou ceux de l'Assemblée internationale de Londres en 1943⁵². L'abandon de toute poursuite à l'égard de l'OTAN par le TPI pour l'ex-Yougoslavie, l'absence complète d'implication du FDLR (le parti de Kagame) dans les affaires jugées par le TPIR, la sélection des affaires dont juge la CPI ont actualisé ces reproches, avec plus ou moins de pertinence⁵³.

Ces deux premiers arguments en faveur de notre métaphore du juge Janus (la compétence et l'histoire du juge international pénal) servent d'appui aux deux suivants (en '3.' et '4'). Ils ont déjà permis d'esquisser les rapports (ambigus par nature) entre droit et violence, ceux entre fonctions instituante et instituée du droit, et les liens entre ces rapports respectifs : à l'opposition entre guerre et paix (en '1.') fait écho l'articulation entre politique

⁴⁸ VIRGILE, *Géorgiques*, III, v. 22-39 : la paix romaine doit s'étendre depuis la Bretagne (v. 25) jusque dans l'Inde des Gangarides (v. 27), sans oublier l'Afrique (v. 29).

⁴⁹ R. SCHELLING, *op. cit.*, p. 128.

⁵⁰ Voy. à ce sujet *Perspectives on the Nuremberg trial*, G. Mettreaux (dir.), OUP, 2008, ou K. SELLARS, « Imperfect justice at Nuremberg and Tokyo », *European Journal of International Law* 21, 4, 2011, p. 1085-1102, ou *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, A. Wieviorka (dir.), Bruxelles, Versaille éd., 2010. En réaction explicite à ces reproches, voy. déjà les propositions de H. DONNEDIEU DE VABRES en 1946-47, *Memorandum présenté à la Commission pour le développement progressif du droit international et sa codification par le Délégué de la France*, A/AC.10/21, 13 mai 1947.

⁵¹ Voy. le Rapport présenté à la Conférence des préliminaires de paix de 1919 par la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions, consultable notamment in *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, Memorandum du Secrétaire Général, 27 mai 1949, A/CN.4/7/Rev.1, Annexe 1, p. 52 et s.

⁵² Projet de convention portant création d'une Cour criminelle internationale, Assemblée générale de Londres, 21 juin 1943.

⁵³ Voy. pour un survol général D. ZOLO, *La justice des vainqueurs. De Nuremberg à Bagdad*, Arles, Actes Sud, 2009 ou, pour une mise en perspective historique, W.A. SCHABAS, « Victors' justice : selecting situations at the International criminal court », *John Marshall Law Review* 43, 2010, p. 535-552.

et judiciaire, juridique et extra-juridique (en '2.' et *infra*, en '4.') – bref, nos deux premiers arguments nous paraissent illustrer (en tant que métaphore) et aider à penser (en tant que part d'un paradigme plus général) l'articulation entre le droit, la violence qui le sous-tend et les formes qu'il revêt⁵⁴. Janus permet d'esquisser certaines réflexions sur le caractère à la fois tragique et dynamique du droit international pénal, sur les dilemmes auxquels il s'expose, et sur les conditions de construction, d'identification et de légitimation du droit. Les sections suivantes détaillent ces hypothèses.

3. La souplesse requise des juges internationaux

Un troisième argument étaye notre métaphore du juge Janus. Dans son étude critique des textes consacrés au dieu, Schelling insiste pour que la fonction pacificatrice (et victorialiste) de Janus ne gomme pas l'ampleur de ses compétences: « qualifié de droit [par sa naissance et sa nature] pour tous les débuts, pour tous les passages, Janus s'est révélé apte aux interventions les plus diverses. Cette *souplesse exceptionnelle* est peut-être le secret de la survie du dieu »⁵⁵. Cette « souplesse » nous paraît justement illustrer le difficile travail d'adaptation, de traduction auquel la complémentarité de la CPI contraint ses juges⁵⁶ - et même, cette souplesse aide à penser la permanence du droit international pénal.

Malgré sa nature internationale, la Cour ne prime pas sur les juridictions nationales : elle est seulement appelée à pallier leurs manquements éventuels⁵⁷. Cette *complémentarité*, établie par le Préambule, l'article 1 et l'article 17 de son Statut, résulte d'un équilibre négocié entre la volonté de réprimer les crimes les plus atroces et le désir de préserver la souveraineté pénale des Etats⁵⁸. Ces derniers conservent la priorité juridictionnelle : seuls un manque de volonté ou une incapacité nationale à « mener véritablement à bien des poursuites » peuvent justifier l'intervention

⁵⁴ On pense à C. SCHMITT, *La notion de politique. Théorie du partisan* (trad.), Paris, Flammarion, 2009.

⁵⁵ R. SCHELLING, *op. cit.*, p. 129.

⁵⁶ Sur la pertinence du concept de traduction pour le droit, voy. FR. OST, *Traduire. Défense et illustration du multilinguisme*, Paris, Fayard, 2009.

⁵⁷ Voy. Sh. A. WILLIAMS and W.A. SCHABAS, « Article 17. Issues of admissibility », *Commentary on the Rome Statute of the International Court. Observers' notes, Article by Article*, O. Triffterer (dir.), Munich/Oxford/Baden-Baden, Beck/Hart/Nomos, 2008, p. 605.

⁵⁸ A propos de ces « politically sensitive and legally complex negotiations », voy. J.T. HOLMES, « The principle of complementarity », in *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute*, R.S. Lee (dir.), Den Haag, Kluwer, 1999, p. 41. Pour une analyse des critères de la complémentarité, voy. D. BERNARD, « Article 17. Issues of admissibility », in *Law annotated : international criminal law and procedure*, J. Flamme et al. (dir.), Bruxelles, Larcier, p. 130-136.

judiciaire internationale⁵⁹. Autrement dit, le Statut institue une procédure d'évaluation des processus nationaux, qui permet de vérifier si la justice a été rendue adéquatement, à l'aune de ses propres dispositions.

Au juge international, donc, de vérifier la valeur de la *traduction* du Statut de Rome dans chaque situation nationale : le Statut ne comporte pas d'obligation d'adapter littéralement la législation en fonction de son texte, mais bien celle de lutter contre l'impunité⁶⁰. Ainsi, au cas par cas, l'admissibilité d'une affaire devant la Cour dépendra de la situation (juridique et factuelle) concernée : les juges doivent fonctionner par similarités et équivalences. « Le jugement n'est plus déductif, ni inductif, mais comparatif et adaptatif [traduit ?] marqué par une loi générale de relativité dont les principes de proportionnalité et de subsidiarité [ou de complémentarité, ici], dont on sait l'importance aujourd'hui, constituent d'excellents révélateurs »⁶¹. La même souplesse était requise des juges des TPI, dans l'application de mêmes notions juridiques à des situations aussi différentes que celles de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda : si les TPI disposaient bien de la priorité juridictionnelle, leur travail impliquaient aussi un délicat exercice d'adaptation⁶². Quant aux juridictions internationalisées, comme le Tribunal Spécial pour le Liban, elle requièrent par définition que les magistrats passent sans cesse des acquis nationaux aux textes internationaux.

Le projet « complémentaire » et donc « flexible » du droit international pénal manifeste un dépassement de la pensée pénale de type beccarien et aussi, donc, du rôle du juge. Lorsqu'on accepte que les faits ont un impact décisif sur le droit, que celui-ci doit s'appliquer « en contexte », on s'éloigne nécessairement de la vision classique du principe de légalité, liée au mythe d'un législateur parfaitement rationnel, produisant une loi atemporelle appliquée par un juge dénué de tout pouvoir arbitraire, simple exécutant. Le fait n'est plus perçu « comme un accident qui permet aux formes juridiques

⁵⁹ La complémentarité n'est pas définie en tant que telle dans le Statut : le Préambule et l'article 1 la proclament, l'article 17 en détaille les critères de mise en œuvre.

⁶⁰ Voy D. BERNARD, « The Rome Statute expectations : penal rigidity and formal flexibility in the struggle against impunity », in *Droit international pénal*, R. Kolb et D. Scalia (dir.), Bâle/Oxford, Helbing/Hart, 2012, p. 299-317.

⁶¹ FR. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », *op. cit.*, p. 18.

⁶² Ainsi par exemple que le prévoyaient explicitement les Statuts, en exigeant que le *quantum* des peines soit fixé sur base d'une grille des peines appliquées au sein des Etats concernés (StTPIY, art. 84) ; ainsi, aussi dans la mise en œuvre de la priorité juridictionnelle des TPI, qui s'est concrètement développée sous la forme d'allers-retours entre les autorités nationales et internationales, voy par ex. W.W. BURKE-WHITE, « Proactive complementarity : the International Criminal Court and national courts in the Rome system of International Justice », *Harvard Int. Law Journal*, 2008, 49, pp 53-108.

de se manifester »⁶³ mais comme un élément constitutif de l'activité juridictionnelle. Autrement dit, on assiste à un dépassement de la dichotomie radicale entre droit et fait, corollaire de la volonté d'abstraction et de pure généralité qu'exprime le projet moderne (qui a trouvé une expression renouvelée dans l'idée de pureté du positivisme juridique). On admet qu'il est impossible « d'identifier une question de fait "pure" et une question de droit "pure" »⁶⁴, on refuse l'écueil d'un travail juridictionnel prétendument fondé sur un fait juridique tout à fait déraciné de son objet concret, réel, tant requalifié qu'il n'a plus d'assise concrète. Cela revient à la fois à ne plus croire en un possible fait brut⁶⁵, directement accessible par le langage juridique, et à ne plus prétendre que le droit possède « une batterie de catégories transcendantales aux contours bien définis, en vertu de laquelle informer de façon univoque la réalité »⁶⁶. Est ainsi requise une ouverture à la flexibilité et la reconnaissance que l'abstraction absolue est impossible : on contemple et dit toujours le droit à partir d'un certain point de vue, sous-tendu par une certaine conception du monde, pétri de relativité et d'ouverture à l'autre⁶⁷.

Un tel modèle ne peut pas se contenter d'attribuer au juge un rôle mécanique, automatique, de simple répétant d'une loi toujours appropriée. Face à un droit récent, parfois flou et incomplet, un pouvoir judiciaire éclaté entre de multiples juridictions et une maigre jurisprudence, le juge international pénal n'a pas pour point de départ une norme générale et abstraite mais le cas concret⁶⁸. Le flou du droit, au sein des Etats aussi⁶⁹, en

⁶³ M. VOGLIOTTI, « Production du droit en réseau et juge "tisseur". De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale », in *Les sources du droit international pénal - l'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, M. Delmas-Marty, E. Fronza et E. Lambert-Abdelgawad (dir.), Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, vol. 7, Paris : Société de Législation comparée, 2004, p. 362.

⁶⁴ M. VOGLIOTTI, « La bande de Möbius ... », *op. cit.*, p. 152.

⁶⁵ « Il n'existe pas de faits "bruts" dont l'agglomération ou l'amalgame constitue une situation à qualifier : les faits sont déjà dans les schémas et les cadres qui déterminent leur perception », selon F. BLANCHARD, « Vers une théorie de la qualification juridique. Les socles épistémiques de la catégorisation », in *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, D. Bourcier et P. Mackay (dir.), Paris, LGDJ, 1992, p. 226, cité par A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction - L'exemple du droit international privé*, Bruxelles/Paris/Zurich, Bruylant/LGDJ/Schulthess, 2003, p.368.

⁶⁶ M. VOGLIOTTI, « La bande de Möbius », *op. cit.*, p. 106.

⁶⁷ Voy. l'éthique de la traduction développée par FR. OST, *Traduire, op. cit.*, ou P. RICOEUR, *Sur la traduction*, Paris, Fayard, 2004.

⁶⁸ M. VOGLIOTTI, « Production du droit en réseau et juge "tisseur" », *op. cit.*, p. 365.

⁶⁹ Y. CARTUYVELS, « Les droits de l'homme : frein ou amplificateur de criminalisation ? », in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme ?*, H. Dumont, Fr. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 413 ; ou M. DELMAS-MARTY, *Les forces*

appelle à une action renforcée du juge, lui-même partant de ses acquis professionnels antérieurs et nationaux.

La mise en œuvre flexible du droit des crimes internationaux ne porte pas seulement une certaine vision du droit, ouverte et défaite du mythe d'un langage purement adéquat au réel : elle participe également d'une forme d'éthique, d'ouverture, d'autant plus importante quand on connaît les reproches d'impérialisme parfois adressés aux juridictions internationales⁷⁰. Renoncer à une sécurité juridique fondée sur le même et l'ordre, pour admettre un fonctionnement basé sur le similaire et le raisonnable, cela paraît permettre de respecter mieux la pluralité de l'expérience humaine⁷¹. Par son ouverture, le Statut de Rome renonce au rêve d'une langue juridique parfaite et univoque, articulée et appliquée par des liens logiques automatiques ; en ne requérant pas l'identité de ses mises en œuvre, il renonce à la prétention d'une définition du juste. Ainsi la souplesse du juge Janus, matérialisée par ses deux faces qui permettent d'envisager toutes les voies, de guider à tous les carrefours, illustre-t-elle la tâche du juge international pénal. Il se voit bien forcé d'appliquer le droit en contexte, gardant un œil sur les textes internationaux, leur traduction nationale et les faits locaux.

Enfin, structurellement, la complémentarité des juridictions internationales pénales renvoie à la supériorité sans prestige du dieu Janus : au vu de sa création originelle, il a la primauté du *deus deorum*⁷² mais sans le panache ou la notoriété d'un Jupiter⁷³ – international certes, le juge des crimes internationaux n'occupe pas le sommet de la pyramide du droit, puisque la primauté ne paraît guère avoir cours en droit international (pénal).

imaginantes du droit, t. 3 « La refondation des pouvoirs », Paris, Seuil, 2007, p. 41-67 ; Y. CARTUYVELS et D. KAMINSKI, « Bougés et flous du pénal », *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Paris/Montréal, L'Harmattan, 1998, p. 121. Dans le même sens, cf par ex. Ph. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe*, Paris, éd. Armand Colin, 2010, p. 11.

⁷⁰ Voy. à ce sujet M. HENZELIN, « Droit international pénal et droits pénaux étatiques. Le choc des cultures », in *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, R. Roth et M. Henzelin (dir.), Paris/Genève/Bruxelles, LGDJ/Georg/Bruylant, 2002, p. 84. Voy. aussi les réf. *op. cit.*, note 19.

⁷¹ E. CLAES, « La légalité criminelle au regard des droits de l'homme et du respect de la dignité humaine », in *Les droits de l'homme : bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. Cartuyvels et al. (dir.), Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2007, p. 233.

⁷² MACROBE, *Saturnales*, I, Chap. IX.

⁷³ R. SCHILLING, *op. cit.*, p. 90.

4. L'art difficile de juger

Le travail du juge international pénal relève ainsi de « la délibération prudente (*phronesis*) qui, selon Aristote, doit caractériser tout le domaine de la raison pratique (...) : dans la décision juridique, la loi (...) doit être modulée (...). Aristote définit ce type de jugement, qui permet à l'horizon de la norme et à celui du cas d'espèce de se féconder mutuellement, *epieikeia*, équité »⁷⁴. Tout juge est appelé à « s'engager dans un travail, patient et prudent, de tissage de la norme » fondé sur le droit disponible⁷⁵, notamment par l'usage d'équivalences, c'est-à-dire de l'équité⁷⁶. Cette *epieikeia*, jugement sur base d'équivalences, « requiert que la recherche de la solution équitable (...) soit effectuée en prenant soigneusement en considération les nuances et les exigences du cas concret »⁷⁷. On s'éloigne du modèle classique d'un droit parfaitement abstrait, purement défait de toute contingence ou circonstance, pour tendre à une équité inscrite dans la réalité. Le juge n'est pas pour autant livré à une liberté complète : son ouvrage se situe dans une « tension dialectique entre contrainte et liberté, subordination et autonomie »⁷⁸.

La mythologie raconte que Saturne, chassé du ciel, se réfugia dans le pays où régnait Janus (le Latium), et y fut accueilli. Reconnaisant, il doua dès lors Janus d'une *rare prudence* qui rendait le passé et l'avenir toujours présents à ses yeux, ce qu'on a exprimé en le représentant avec deux visages tournés en sens contraires. Cela ne va pas sans rappeler la *phronesis*, la délibération prudente, ainsi que l'inscription dans le temps⁷⁹, indispensable au sens du droit et, en particulier, de la jurisprudence⁸⁰.

Notons que Vogliotti lie l'émergence (devenue hégémonie) du modèle beccarien (et la réduction du rôle attribué au juge qui en découle) avec l'oubli par là de son travail d'*epieikeia* : « ce n'est pas du tout un hasard si, lorsqu'on a [dans la pensée du droit] réduit l'activité du *ius dicere* à la *techne* et qu'on a, donc, séparé nettement le raisonnement du juge en deux

⁷⁴ M. VOGLIOTTI, « La bande de Möbius », *op. cit.*, p. 150.

⁷⁵ M. VOGLIOTTI, « Production du droit en réseau et juge "tisseur" », *op. cit.*, p. 365.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 365 ; pour une conceptualisation du juge comme traducteur, voy. A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire. Essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, FUSL-Bruylant, 2009, p. 457-527.

⁷⁷ M. VOGLIOTTI, « Production du droit en réseau et juge "tisseur" », *op. cit.*, p. 364.

⁷⁸ FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.*, p. 98. Sur les exigences incluses dans une pratique souple de la légalité, voy. D. BERNARD, *Trois propositions*, *op. cit.*, Chap. 2.

⁷⁹ Ainsi OVIDE s'adresse-t-il à Janus en ces termes : « Parmi les habitants du ciel, tu es le seul à voir des choses derrière toi, et d'autres devant toi » - cf *Fastes* I, v. 190.

⁸⁰ Voy FR. OST, *Le temps du droit*, Paris, O. Jacob, 1999.

quaestiones (*facti* et *iuris*), l'équité a commencé à être critiquée et à être de plus en plus marginalisée à l'intérieur du procès »⁸¹. Cela dit, ce bouleversement du rôle attribué au juge n'est pas radical. La pensée classique n'a pas rendu possible un fonctionnement tout à fait pur et parfait du droit pénal, un rôle du juge strictement mécanique suite à l'édiction d'une loi tout à fait abstraite et atemporelle. Le principe de légalité « est sans doute inapplicable depuis le début dans toute sa pureté »⁸².

La délibération prudente, requise des juges en général et particulièrement explicitée au vu de la diversité des conflits où intervient le droit international pénal, prend d'autant plus d'importance avec les implications politiques de ce champ du droit. Les liens entre la justice internationale pénale et les relations internationales sont intrinsèques à la discipline. Ici encore, la métaphore du juge Janus paraît adéquate : Schelling indique explicitement que Rome « assumant la charge de la paix du monde, "l'aspect *politique*" du culte de Janus [a] pris de plus en plus d'importance »⁸³.

Récemment, un scandale a révélé les difficultés des milieux judiciaire et académique à assumer l'inévitable tension entre réalisme politique et indépendance judiciaire. En juin 2013, un journal danois a publié une lettre dans laquelle Frederik Harhoff, juge *ad litem* au TPIY, faisait part de pressions sur ses confrères par l'américain Theodor Meron, juge président du Tribunal, pour restreindre les conditions de la responsabilité du supérieur hiérarchique⁸⁴. La jurisprudence du Tribunal a en effet connu deux récents virages substantiels, dans les acquittements des croates Gotovina, Markac⁸⁵ et Perisic⁸⁶ (le revirement portant sur la responsabilité du supérieur hiérarchique) et des serbes Stanicic et Simatovic⁸⁷ (le revirement portant sur l'entreprise criminelle commune) : ce sont là des arrêts qui changent singulièrement la signification de la jurisprudence du Tribunal. Le juge danois écrit à une cinquantaine de ses contacts que ce revirement est du à

⁸¹ M. VOGLIOTTI, « La bande de Möbius », *op. cit.*, p. 150.

⁸² Y. CARTUYVELS, « Les paradigmes du droit pénal moderne en période « postmoderne » : évolutions et transformations », in *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, M. Masse, J.-P. Jean et A. Giudicelli (dir.), Paris, PUF, 2009, p. 78.

⁸³ R. SCHELLING, *op. cit.*, p. 129 (nous soulignons).

⁸⁴ BT, 13 juin 2013. En anglais, voir www.bt.dk/udland/english-version-murderers-are-being-allowed-to-go-free

⁸⁵ TPIY, *Ante Gotovina et Mladen Markac*, IT-06-90-A, Jugement (appel), 16 novembre 2012.

⁸⁶ TPIY, *Momcilo Perisic*, IT-04-81-A, Jugement (appel), 28 février 2013.

⁸⁷ TPIY, *Jovica Stanisic et Franko Simatovic*, IT-03-69, Jugement (appel), 30 mai 2013.

des pressions américaines⁸⁸. La diffusion de ce courrier a lancé un important débat sur l'éthique des magistrats et la politisation du milieu judiciaire international pénal⁸⁹. A cette occasion, Heller a commenté un câble Wikileaks du 27 juillet 2003 consacré à une rencontre du même juge américain avec un ambassadeur de son pays⁹⁰, au cours de laquelle il aurait critiqué les actions du ministère public et recommandé l'éviction de Carla del Ponte, alors procureure des TPI. Outre que d'inacceptables atteintes au devoir de réserve et à l'éthique judiciaire sont flagrantes ici⁹¹, il est particulièrement intéressant de pointer les tourmentes politiques dans lesquelles sont plongés les juges internationaux. Ils ont été élus à des mandats d'indépendance et d'impartialité, mais sur base d'une certaine appartenance nationale, dans la perspective de jugements à la portée transfrontalière. La compétence matérielle des TPI, de la CPI ou du TSL plongent en outre ces magistrats dans des enjeux socio-politiques compliqués : il s'agit de juger tous les camps, en équité et en ayant conscience du possible prolongement de leurs décisions dans d'autres situations. Cet aspect politique de leur travail n'est pas neuf, quoique paraissent s'en étonner certains commentateurs⁹²; les indiscretions des juges danois et américain paraissent inacceptables mais donc peu surprenantes. Quoi qu'il en soit, on peut sans doute avancer que le rôle du juge renvoie aux qualités de Janus, « qu'on croit avoir eu deux visages, de manière à voir ce qui se passait devant et derrière lui ; ce qui certainement

⁸⁸ Dans la lettre attribuée à Harhoff, on lit ceci : « Have any American or Israeli officials ever exerted pressure on the American presiding judge to ensure a change of direction ? We will probably never know. But reports of the same American presiding judge's tenacious pressure on his colleagues in the Gotovina-Perisic case makes you think he was determined to achieve an acquittal (...) Was Orie [le juge hollandais] under pressure from the American presiding judge ? It appears so ! (...) I am sitting here with a very uncomfortable feeling that the court has changed the direction of pressure from the "military establishments" in certain dominant countries. (...) The latest judgements here have brought me before a deep professional and moral dilemma, not previously faced. The worst of it is the suspicion that some of my colleagues have been behind a short-sighted political pressure (...) ».

⁸⁹ Voy. par ex. M. SIMONS, « Judge at War crimes Tribunal faults acquittals of Serb and Croat commanders », *The New York Times*, 14 juin 2013, ou les discussions sur www.opiniojuris.org et www.ejiltalk.org

⁹⁰ www.wikileaks.org/plusd/cables/03THEHAGUE1827_a.html, commenté par K.J. HELLER, « The real Judge Meron scandal at the ICTY », *Opinio Juris*, 17 juin 2013.

⁹¹ A. FIELDING pointe d'ailleurs, avec justesse, que le juge Harhoff a jugé en faveur de l'option qu'il a ensuite critiquée, sans émettre d'opinion dissidente www.beyondthehague.com/2013/08/09/judge-harhoff-specific-direction-and-the-perisic-acquittal. Sur l'intérêt d'un code d'éthique judiciaire, voy. M. BOHLANDER, « The international criminal judiciary problems with selection, independence and ethics », *International criminal justice : a critical analysis of institutions and procedures*, London, Cameron, 2007, p. 325-390.

⁹² D. JACOBS sur son blog par ex., « Some thoughts on the bombshell letter by Judge Harhoff at the ICTY », www.dovjacobs.blogspot.nl.

doit être interprété par la prudence et l'habileté de ce roi, qui connaissait le passé et prévoyait l'avenir »⁹³.

5. Quelques arguments additionnels

Cette dernière section nous donne l'occasion de rassembler encore quelques arguments soutenant notre proposition allégorico-paradigmatique du juge Janus.

D'abord, il semble légitime de reconnaître un statut central aux juges, en droit (international pénal)⁹⁴. Ce rôle est renforcé par les circonstances dans lesquelles les TPI et la CPI ont été créés : les textes fondateurs du droit international pénal n'ont pas pu être peaufinés avant l'entrée en fonction des magistrats. D'une part, l'urgence dans laquelle le Conseil de sécurité a mis en place les Tribunaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda a en effet reporté la charge du détail, de l'élucidation du droit, sur les tribunaux qui ne bénéficiaient pourtant d'aucun précédent et de très maigres travaux préparatoires – bref, de peu d'étai à leur production juridique. D'autre part, le Statut de Rome avait émergé de négociations diplomatiques, certes nourries par d'éminents experts mais qui lui ont laissé une nature de texte négocié, aux ambiguïtés et aux silences parfois requis pour que soit obtenu un compromis politique. Outre la disparité des systèmes nationaux et la mission de « faire sens » dans un projet international pénal à vocation globale, la nature forcément incomplète et imparfaite de ces Statuts renforce et valorise évidemment le travail attribué aux juges. Ceux-là sont bien les acteurs principaux de l'évolution du droit international pénal⁹⁵. Relevons enfin que les Statuts des TPI accordent expressément un rôle de production du droit à leurs magistrats : ils prévoient en effet que les juges adoptent et modifient le Règlement de procédure et de preuve de chaque Tribunal⁹⁶ : les juges du

⁹³ MACROBE, *op. cit.*, Chap. VII.

⁹⁴ Sans postuler pour autant que ce centre puisse ou doive être unique, voy. FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, *op. cit.* Et en considérant que cette considération s'applique à d'autres branches de droit : au niveau interne aussi, on observe un renforcement du rôle des juges, en particulier comme « cocréateurs de la loi pénale », cf Y. CARTUYVELS, « Réformer le Code pénal aujourd'hui : un idéal à reconsidérer ? », *J.T.*, n° 6413, 2010, p. 644.

⁹⁵ En ce sens, cf par ex. A. LOLLINI, « L'expansion « interne et externe » du rôle du juge dans le processus de création du droit international pénal », in *Les sources du droit international pénal - l'expérience des Tribunaux Pénaux Internationaux et le Statut de la Cour Pénale Internationale*, M. Delmas-Marty, E. Fronza et E. Lambert-Abdelgawad (dir.), Unité mixte de recherche de droit comparé de Paris, vol. 7, Paris, Société de Législation comparée, 2004, p. 234.

⁹⁶ Cf STPIY, art. 15 : « Règlement du Tribunal. Les juges du Tribunal international adopteront un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées ». Le STPIR, art. 14, est similaire.

TPIY ont ainsi adopté le premier code de procédure pénale internationale de l'histoire⁹⁷, exerçant donc un rôle « quasi législatif »⁹⁸, un pouvoir normatif *in abstracto*⁹⁹. Si c'est l'Assemblée des Etats parties au Statut qui a adopté le Règlement de procédure et de preuve de la Cour pénale internationale, le même travail « législatif » échoit aux juges du TSL¹⁰⁰.

A cet argument soutenant l'allégorie « divine » du juge s'ajoute celui de la provenance des magistrats internationaux : dieu des portes (*janua*, en latin), Janus symbolise le passage et garde une face tournée vers sa provenance (nationale) et sa direction (internationale). Ainsi le travail des juges internationaux pénaux est-il marqué par une conscience permanente de leur double ancrage, national et international – tels Janus, « seul des dieux d'en haut à voir [s]on propre dos »¹⁰¹. C'est ainsi aussi que, comme le recommande Ricoeur, on évite qu'une pure universalité efface l'histoire du juge, faisant « de tous des étrangers à soi-même, des apatrides du langage [juridique, ici] »¹⁰².

On peut aussi pointer la solitude du juge international, privé des débats avec les auteurs de doctrine et de la fréquentation des lieux de recherche, même alors qu'ils écrivent un nouveau droit. Bien sûr, la doctrine et la législation sont bien plus riches

Dressons un parallèle avec la maigreur (de ce qu'on sait) des liens (mythologiques) de Janus avec d'autres dieux ou mortels, sur la rareté des associations (historiques) de son individualité divine avec d'autres objets de culte¹⁰³.

Enfin, comme Janus qui possède les attributs de la clef¹⁰⁴ et du bâton¹⁰⁵, signalant l'ouvreur et le voyageur¹⁰⁶, le juge international pénal doit

⁹⁷ CL. JORDA et J. DE HEMPTINNE, « Le rôle du juge dans la procédure face aux enjeux de la répression internationale », in *Droit international pénal*, H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (dir.), 2000, Paris, Pedone, p. 808.

⁹⁸ G.-J.A. KNOOPS, *Theory and practice of international and internationalized criminal proceedings*, Den Haag, Kluwer, 2007, p. 344.

⁹⁹ M. VOGLIOTTI, « Production du droit en réseau et juge "tisseur" », *op. cit.*, p. 363.

¹⁰⁰ StTSL, art. 28.

¹⁰¹ OVIDE, *op. cit.*, v. 65.

¹⁰² P. RICOEUR, *Sur la traduction*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰³ R. SCHELLING, *op. cit.*, p. 103-113 not.

¹⁰⁴ OVIDE, *op. cit.*, v. 99, 228, 254.

¹⁰⁵ *Ibidem*, v. 99, 177.

¹⁰⁶ R. SCHELLING, *op. cit.*, p. 93.

traverser les différents systèmes de droit et trouver la voie dans un système judiciaire hybride, à la fois accusatoire et inquisitoire¹⁰⁷.

Conclusion

Cet article a permis de développer quatre arguments principaux (et quatre arguments plus ponctuels, en '5.') en faveur d'une métaphore (à vocation paradigmatique) du juge Janus. Bien sûr, la « souplesse » de Janus (en '3.') ne peut être tout à fait distinguée de la « délibération prudente » qu'on exige du juge (en '4.'), et l'opposition entre guerre et paix (en '1.') fait écho à l'opposition entre juridique et politique (en '2.') :

Au fond, Janus est comme le petit frère exubérant d'Hermès, figure du juge rendue nécessaire par le modèle du droit en réseau qu'identifient Ost et van de Kerchove¹⁰⁸ : il illustre comme lui mais de façon plus marquée encore, l'idée que le juge mobilise « un droit négocié, flexible, révisable et fluide »¹⁰⁹. Il ne s'agit plus pour lui de « trancher à l'aide d'une loi ou de décider à l'aide d'un programme ou d'un plan s'imposant a priori, mais d'ajuster un ensemble virtuellement infini d'intérêts concurrents »¹¹⁰ : l'équilibre politique d'un pays, le désir de justice exprimé par des camps adverses, les pressions internationales, la cohérence du droit... Le travail janusien permet ainsi le maintien de certains aspects du rôle classique des juges : « ma fonction (de portier) assure les allées et venues de Jupiter même [le juge arbitre du droit moderne chez François Ost¹¹¹] », déclare Janus par le biais d'Ovide¹¹².

Peut-être pourrait-on même oser lier sa nature divine au rôle rituel, magique, *méta* que lui prêtent certains, qui conçoivent le procès pour crime international comme la sublimation d'une violence par la re-présentation du conflit, une *catharsis* indispensable¹¹³ ou l'écriture d'une mémoire¹¹⁴.

Au fond, ce petit frère d'Hermès est sans doute mieux armé que lui, dans une perspective idéaliste du moins, en ce qu'il opère la médiation entre

¹⁰⁷ Voy K. AMBOS, « The structure of international criminal procedure : adversarial, inquisitorial or mixed ? », in *International criminal justice : a critical analysis of institutions and procedures*, M. BOHLANDER (dir.), Londres, Cameron May, 2007, p. 429-503.

¹⁰⁸ FR. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, op. cit.

¹⁰⁹ FR. OST, « Le rôle du juge. Vers de nouvelles loyautés ? », op. cit., p. 17.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹¹¹ Voy *supra*, n. 2.

¹¹² OVIDE, op. cit., v. 126.

¹¹³ Au sens de R. GIRARD, même? Voy. *Le bouc émissaire*, Paris, Grasset, 1982.

¹¹⁴ Voy. M. OSIEL, *Juger les crimes de masse : la mémoire collective et le droit*, Paris, Seuil, 2006.

juridique et extra-juridique, juridique et politique, forme juridique et violence – ami et ennemi¹¹⁵. Dieu préposé aux commencements, dieu des portes et des passages, Janus est bien celui qui permet de « passer » à l'après-conflit.

¹¹⁵ Au sens de C. SCHMITT, *op. cit.*