

JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES ET CONSEIL DE SÉCURITÉ : UNE JUSTICE POLITISÉE*

Maria Luisa Celsoni** et Damien Scalia***

« Les décisions inédites, qui n'avaient pas été envisagées au cours des travaux préparatoires et/ou auxquelles les articles de la Charte, interprétés suivant le sens ordinaire de leurs termes, ne donnent pas de base légale certaine, se sont multipliées »¹.

S'il était auparavant uniquement un « co-producteur » du droit international (pénal), le rôle du Conseil de sécurité a évolué ces dernières décennies. La question de savoir si le Conseil de sécurité exerce des fonctions de procureur, de juge et/ou de législateur doit dès lors être mise en exergue. En effet, d'une part, le Statut de la Cour pénale internationale attribue au Conseil le pouvoir de déférer une situation au Procureur aux fins d'enquête ; il peut aussi arrêter une enquête ou des poursuites pour une période de 12 mois renouvelable. Cela donne à penser que nous pouvons aujourd'hui parler d'un « Conseil de sécurité-Procureur ». D'autre part, la « lutte contre le terrorisme » est symptomatique de l'évolution vers un Conseil de sécurité juge et législateur. Dans ce contexte, il s'est, notamment, attribué lui-même le droit de créer un tribunal spécial pour juger un crime relevant du droit national. Ces nouveaux rôles du Conseil de sécurité respectent-ils le principe de légalité ? Cette question sera analysée avec l'exemple de deux pays: le Liban et le Soudan.

While it was previously only a "co-producer" of international (criminal) law, the role of the Security Council has now become quite different. It is indeed necessary to highlight the question whether the Security Council exercise a function of prosecutor, judge, and/or legislator. On the one hand, the International Criminal Court Statute gives to the Security Council the power to refer a situation to the Prosecutor for investigation. The Council can also stop an investigation or a prosecution for a period of 12 months renewable. This suggests that we can today speak of a « Security Council-Prosecutor ». On the other hand, the « fight against terrorism » is symptomatic of the move towards a Security Council-judge and - legislator. Indeed, in this context, the Council has arrogated to itself the right to create a special tribunal in order to prosecute a national crime. What is the status of these new roles of Security Council with regard to the legality principle ? This question will be analysed with the example of two countries: Lebanon and Sudan.

* La doctrine et la littérature scientifique portant sur la justice pénale internationale et sur l'activité du Conseil de sécurité dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations unies (maintien et rétablissement de la paix) étant extrêmement développées, il nous est impossible d'être exhaustifs. Les références présentées dans cet article sont ainsi à considérer comme exemplaires de certaines tendances interprétatives.

** Maria Luisa Celsoni, professeure à la Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, Réseau interdisciplinaire de recherche sur les conditions de production de la paix (REI-Pax).

*** Damien Scalia, chercheur à l'Université Saint Louis – Bruxelles, Chargé d'enseignement à l'Université de Grenoble et au CERAH-Genève.

¹ Evelyn Lagrange et Pierre Michel Eisemann, « Article 41 » dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, dir., *La Charte des Nations Unies : Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005, 1195 à la p 1203 [Lagrange et Eisemann].

Organe politique, le Conseil de sécurité des Nations unies (Conseil) n'est chargé, en principe, ni de rendre la justice ni de dire la loi². Pourtant, l'évolution de son activité montre qu'il assume de manière croissante ce type de fonctions, notamment par la création de juridictions internationales, mais aussi par le rôle qui lui a été attribué à l'égard de la Cour pénale internationale.

La question n'est pas, ici, celle de savoir si l'on consent aux objectifs du projet de « justice pénale globale » que le Conseil semble poursuivre (et plus généralement les Nations unies), mais de comprendre si cette évolution a lieu dans un cadre de légalité sans lequel toute légitimité d'une telle justice est compromise. Rien n'est moins sûr. De plus, la politisation de la justice pénale internationale induite par l'intervention du Conseil de sécurité risque de produire des effets politiques indésirables. Dès lors, après avoir analysé le mandat du Conseil de sécurité, qui ne nous paraît pas laisser place à la création de juridictions internationales pénales (I), nous examinerons le rôle acquis par cet organe au sein de la justice internationale pénale³ (II). Tant les pouvoirs dont le Conseil de sécurité s'investit que le rôle qu'il exerce amènent à constater que la justice pénale internationale possède une composante politique indiscutable, mais aussi inacceptable.

I. Le mandat du Conseil de sécurité

Un bref rappel du mandat du Conseil de sécurité permettra de mieux encadrer notre analyse. Aux termes de l'article 24.1 de la *Charte des Nations unies* (*Charte*), le Conseil de sécurité⁴ a « la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales »⁵. À cette fin, les États membres de l'Organisation des Nations unies (ONU) reconnaissent que, en s'acquittant de cette tâche, le Conseil agit en leur nom.

De composition restreinte, cet organe des Nations unies siège en permanence⁶, afin de pouvoir réagir en temps réel à l'égard des menaces contre la paix. Il est, en effet, censé assurer l'action rapide et efficace de l'ONU⁷.

Le mandat du Conseil de sécurité, tel que défini par la *Charte des Nations unies*, consiste en une fonction substantiellement politique. Le Conseil ne dispose, en effet, ni de compétences législatives⁸, ni de compétences judiciaires⁹. Les

² Gérard Cohen-Jonathan, « Commentaire de l'article 39 » dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, dir, *La Charte des Nations Unies*, Paris, Economica, 1985, 644 à la p 665 [Cohen-Jonathan]. Christian Tomushat tel que cité dans Robert Kolb, *Ius contra bellum : Le droit international relatif au maintien de la paix*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 2009 à la p 115 [Kolb, *Droit international*].

³ Nous n'examinerons pas les interactions relatives aux tribunaux mixtes, fondés sur un accord entre les Nations unies et le pays concerné, qui posent des questions particulières et diversifiées.

⁴ Nous nous limiterons à examiner les compétences du Conseil pertinentes pour l'examen de la fonction de maintien de la paix et de la création d'organes juridictionnels.

⁵ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7 [*Charte*].

⁶ *Charte*, *supra* note 5, art 28.

⁷ *Ibid*, art 24.1.

⁸ Kolb, *Droit international*, *supra* note 2 aux pp 116-117.

compétences spécifiques du Conseil de sécurité sont définies par la *Charte*; parmi celles-ci se trouve celle qui concerne notre réflexion, dès lors que le Conseil s'y réfère (explicitement ou implicitement) lorsqu'il entreprend une action en matière pénale : l'action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression (chapitre VII)¹⁰.

Le Conseil peut émettre des recommandations, mais aussi prendre des décisions, qui seront alors contraignantes¹¹ pour les États membres¹². Pour s'acquitter de ses fonctions, le Conseil « peut créer les organes subsidiaires qu'il juge nécessaires »¹³. Ces derniers sont en principe dépendants du Conseil et de ses directives¹⁴.

L'étendue des pouvoirs du Conseil de sécurité connaît, toutefois, certaines limites.

A. Un rôle politique qui n'inclut pas le recours à la justice pénale

Dans le cadre des menaces contre la paix, le pouvoir du Conseil de sécurité est à la fois préventif et réactif : il s'agit non seulement de rétablir la paix et la sécurité internationales, mais aussi de les maintenir. Pour ce faire, le Conseil a eu recours à des formes disparates d'intervention¹⁵ allant de la démarcation de frontières à l'imposition d'une indemnisation (résolution 687 (1991), Irak-Koweït)¹⁶, de la création des missions de maintien de la paix à l'imposition de sanctions¹⁷ (résolutions 748 (1992) et 883 (1993), Libye)¹⁸. Cependant, le sens et le contenu de la *Charte des*

⁹ Cohen-Jonathan, *supra* note 2 à la p 665.

¹⁰ *Charte*, *supra* note 5. Les autres pouvoirs sont définis aux chapitres VI (Règlement pacifique des différends), VIII (Accords régionaux) et XII (Régime international de tutelle).

¹¹ Il faut par ailleurs rappeler que, lorsque les obligations découlant de la *Charte* entrent en conflit avec d'autres obligations internationales, les premières prévaudront (*Charte*, *supra* note 5, art 103).

¹² *Charte*, *supra* note 5, art 25. Ces décisions doivent en principe être fondées sur les compétences matérielles attribuées au Conseil. La possibilité de considérer que l'article 25 de la *Charte* peut fonder un pouvoir coercitif général a été reconnue par la Cour internationale de justice (CIJ) (*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif, [1971] CIJ rec 1971 à la p 16 [*Affaire de la Namibie*]), mais contestée par la doctrine et non utilisée par le Conseil (voir Robert Kolb, *Introduction au droit des Nations Unies*, Bâle, Helbing Lichtenhan, Bruxelles, Bruylant, 2008 aux pp 143-154 [Kolb, *Droit des Nations Unies*]).

¹³ *Charte*, *supra* note 5 art 29.

¹⁴ Kolb relève l'importance pratique de ces organes qui assurent le fonctionnement adéquat de l'ONU (Kolb, *Droit des Nations Unies*, *supra* note 12 à la p 169).

¹⁵ Alexandra Novosseloff fait état de 169 résolutions adoptées entre 1987 et 2001 sur la base du chapitre VII de la *Charte* (Alexandra Novosseloff, « Chapitre VII et maintien de la paix : une ambiguïté à déconstruire », en ligne : (2010) 100 Bulletin du maintien de la paix < <http://www.operationspaix.net> >).

¹⁶ *Résolution 687 (1991)*, Rés CS 687, Doc off CS NU, 2981^e séance, Doc NU S/RES/687 (1991).

¹⁷ Kolb, *Droit international*, *supra* note 2 aux pp 107-190.

¹⁸ *Résolution 748 (1992)*, Rés CS 748, Doc off CS NU, 3063^e séance, Doc NU S/RES/748 (1992) et *Résolution 883 (1993)*, Rés CS 883, Doc off CS NU, 3312^e séance, Doc NU S/RES/883 (1993).

Nations unies « semblent exclure toute possibilité pour cet organe d’agir tel un “juge” ou un “législateur” »¹⁹.

En particulier, la lettre de la *Charte* ne permet pas de considérer le recours à la justice pénale comme l’un des moyens dont le Conseil de sécurité dispose aux fins du maintien de la paix²⁰. Il faut souligner, en effet, que si le chapitre VII permet au Conseil d’adopter des décisions contraignantes, voire de mener des opérations militaires²¹, rien n’indique que le recours à l’action pénale puisse être inclus dans les « mesures n’impliquant pas l’emploi de la force armée »²² que le Conseil peut prendre pour « donner effet à ses décisions »²³, afin de « maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales »²⁴. D’ailleurs, les mesures présentées à titre d’exemple²⁵ ont un caractère politique ou économique, moyens appropriés pour un organe politique tel que le Conseil.

Une telle hypothèse aurait pourtant été envisageable lors de la conception de la *Charte*. En effet, celle-ci a été adoptée durant la période d’élaboration de l’*Acte constitutif du Tribunal de Nuremberg*²⁶, et elle institue la Cour internationale de justice (CIJ) en tant qu’organe des Nations unies. Par ailleurs, si telle était la volonté des États membres de l’ONU, le recours à la justice pénale aurait pu être introduit ultérieurement dans la *Charte*, par amendement.

Notons, cependant, que la *Charte des Nations unies* – tout comme la compétence de la CIJ d’ailleurs – ne s’adresse pas aux individus mais aux membres de la communauté internationale²⁷, alors que c’est à des individus que s’adresse la justice pénale²⁸. Les réticences à l’égard de la reconnaissance d’une responsabilité pénale de l’État n’ont, d’ailleurs, pas faibli à ce jour – pas même dans le cas du crime d’agression (voir *infra* § II.B.3).

Il semble ainsi justifié de considérer que le recours à la justice pénale sort des buts poursuivis et des moyens admis par la *Charte*.

¹⁹ Catherine Denis, *Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité des Nations unies: portée et limites*, Bruxelles, Bruylant, 2004 à la p 368 [Denis].

²⁰ Le mot « répression » (*Charte*, *supra* note 5, art 1) ne se réfère pas aux responsabilités pénales individuelles, mais aux responsabilités étatiques relatives aux actes d’agression ou de rupture de la paix.

²¹ Kolb, *Droit international*, *supra* note 2 aux pp 107-116.

²² *Charte*, *supra* note 5, art 41.

²³ *Ibid.*

²⁴ *Ibid.*, art 39.

²⁵ *Ibid.*, art 41.

²⁶ *Accord de Londres*, 8 août 1945, en ligne : CVCE <www.cvce.eu>. La *Charte des Nations unies* a été adoptée le 26 juin 1945, et l’*Accord de Londres relatif à la mise en place du Tribunal militaire international de Nuremberg* le 8 août 1945.

²⁷ Les décisions du Conseil de sécurité qui concernent des individus (limitations de déplacement, gel de biens) ne relèvent pas de la justice pénale internationale et sont soumises à caution en tant qu’elles participent d’une logique punitive (voir Lagrange et Eisemann, *supra* note 1 aux pp 1215-1218).

²⁸ Si la responsabilité pénale des personnes morales a été introduite dans certains systèmes pénaux, elle ne concerne généralement pas les organismes publics, et elle est exclue devant les juridictions pénales internationales.

Juste après la première guerre du Golfe, Philippe Weckel affirmait, d'ailleurs, qu'il semblait admis jusqu'alors que le maintien de la paix et de la sécurité internationales sous le chapitre VII de la *Charte* recouvrait un impératif essentiellement politique, d'autant plus que la *Charte* ne faisait mention ni de la justice ni du droit international²⁹. Il relevait, toutefois, que le Conseil de sécurité, organe du maintien de la paix, détient un pouvoir de crise, et que de ce dernier dérive une large compétence discrétionnaire³⁰. Celle-ci a été mise à profit par le Conseil, notamment pour combler les lacunes du chapitre VII « en faisant valoir les nécessités de l'action à l'encontre de l'analyse littérale »³¹; le politique prime alors le juridique.

Parmi les actions du Conseil, à partir des années 1990, nous trouvons le recours à la justice pénale internationale, initialement par la création des Tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, puis, dans les années 2000, par le recours aux pouvoirs donnés par le *Statut de Rome*³² et, enfin, par la création du Tribunal spécial pour le Liban (TSL). La légalité d'un recours à la justice pénale fondé sur la *Charte* est toutefois contestable. Cela, comme nous le verrons, non seulement en raison des doutes quant à l'assentiment réel des États à l'égard d'un tel élargissement de la *Charte*, mais aussi, voire surtout, de sa contradiction avec les principes généraux du droit pénal et du droit international pénal³³.

B. Un pouvoir inadmissible en matière pénale

En dépit de la confusion souvent entretenue en doctrine et dans le discours des institutions nationales et internationales, le droit international et le droit pénal ne

²⁹ Philippe Weckel, « Le chapitre VII de la Charte et son application par le Conseil de sécurité » (1991) 37 AFDI 165; il cite notamment Cohen-Jonathan, *supra* note 2 à la p 648 [Weckel].

³⁰ Ce pouvoir discrétionnaire le rend, d'ailleurs, maître de la qualification de la menace contre la paix. Voir Benedetto Conforti, « Le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en matière de constatation d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression » dans René-Jean Dupuy, dir, *Le développement du rôle du Conseil de sécurité, peacekeeping et peacebuilding, Colloque de l'Académie de droit international de la Haye (21 au 23 juillet 1992)*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1993 51 à la p 54; Peter Kooijmans, « The enlargement of the concept "threat to the peace" » dans René-Jean Dupuy, *ibid* à la p 111; Kolb, *Droit international*, *supra* note 2 aux pp 168-170; Pierre d'Argent et al, « Article 39 » dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, *supra* note 1 aux pp 1133-1137 [d'Argent et al].

³¹ Weckel, *supra* note 29 à la p 166. L'activité développée par le Conseil de sécurité a été aussi critiquée sur d'autres volets que la justice pénale internationale, notamment en raison du fait que, depuis « le précédent exceptionnel de la crise du Golfe », le Conseil a opéré « par sa pratique, un véritable travail d'écriture ou de réécriture, une révision discrète de la constitution des Nations Unies. » (*ibid*). Voir aussi Karine Bannelier et al, dir, *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Éditions A Pedone, 2004 (et notamment l'article de Sicilianos); Denis, *supra* note 19.

³² *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, A/CONF.183/9, art 13 et 16 (entrée en vigueur : 1^{er} juillet 2002) [*Statut de Rome*].

³³ On distingue en doctrine les principes généraux de droit, à savoir les principes généralement reconnus par les systèmes juridiques nationaux (et qui peuvent s'appliquer au droit international en l'absence de normes internationales), et les principes généraux du droit international, à savoir des règles de droit international, d'origine coutumière (mais aussi parfois conventionnelle), qui découlent parfois des premiers (voir Robert Kolb et Damien Scalia, *Droit international pénal*, 2^{ème} éd., Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2012 à la p 59 [Kolb et Scalia]).

relèvent pas d'un même ordre juridique³⁴. Il ne suffit pas de considérer que leurs objectifs se recoupent parfois – dans la sauvegarde de la paix sociale et la protection des citoyens notamment – pour justifier l'opération, en cours, de délitement des principes du droit pénal dans de nouveaux prétendus principes du droit pénal international³⁵.

Si l'autonomie du droit pénal a dû être défendue longtemps en droit interne face aux civilistes, comme c'est actuellement le cas en droit international pénal face aux internationalistes³⁶, cette autonomie est désormais reconnue, à tel point que l'on considère que la lettre et l'interprétation des normes pénales ne sont pas liées par les notions développées par les autres branches du droit³⁷. Cet ordre juridique autonome est doté de principes fondateurs particuliers, dont le but est, notamment, la protection des individus contre les risques d'abus des pouvoirs de la puissance publique.

Il en découle que si certaines théories, admises en droit civil et administratif (comme l'a montré l'évolution du droit des Communautés européennes), ou le recours à la création d'organes subsidiaires pouvaient justifier un élargissement des pouvoirs du Conseil de sécurité, ils ne suffisent pas à le fonder en matière pénale.

1. LA THÉORIE DES COMPÉTENCES IMPLICITES

La doctrine et la jurisprudence de la CIJ admettent que les pouvoirs des organes des Nations unies peuvent être plus étendus que ceux explicitement attribués par la *Charte*³⁸. Ce principe, dit des compétences ou pouvoirs implicites, vise à

³⁴ Roger Koussetogué Koude, « La pertinence opératoire de la justice pénale internationale: vers un universalisme juridique toujours inachevé » (2005) 64 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 955 à la p 967.

³⁵ Kolb et Scalia écrivent, par exemple, que « les principes internationaux ont beau ressembler à leurs confrères internes, il ne faut pas se méprendre à cet égard car les analogies existent, mais les différences aussi » (Kolb et Scalia, *supra* note 33 à la p 59). Or, si les principes généraux du droit international pénal sont d'origine coutumière, où puisent-ils leurs racines, sinon dans les principes généraux du droit pénal généralement admis en droit national?

³⁶ Voir par exemple Kolb et Scalia, *supra* note 33 à la p 51. L'appréhension du droit pénal comme un droit essentiellement accessoire, c'est-à-dire comme l'instrument des autres branches du droit, est pour l'essentiel due aux spécialistes d'autres disciplines juridiques, qui n'ont qu'une vision partielle du droit pénal, consistant en des dispositions pénales qui revêtent un caractère secondaire au sein de leur discipline.

³⁷ Un éminent pénaliste italien écrivait : « il ne nous semble pas possible de douter de l'autonomie du droit pénal, lequel a, par conséquent, caractère non pas complémentaire, mais constitutif et primaire. » [Notre traduction.] Francesco Antolisei, *Manuale di diritto penale : Parte generale*, XIV^e éd mise à jour par Luigi Conti, Milan, Giuffrè, 1997 à la p 54 [Antolisei]. Voir en droit belge Françoise Tulkens et al, *Introduction au droit pénal : Aspects juridiques et criminologiques*, 9^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2010 aux pp 134-140; Cour de Cassation belge, 27 mars 1995, (1995) *Journal des Tribunaux* à la p 937. En droit français Françoise Alt-Maes, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain » (1987) *Revue de science criminelle* 347 aux pp 347-378; Jean-Louis Goutal, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose » (1980) *Revue de science criminelle* 912 (« il y a une autonomie du droit pénal, qui, à l'issue d'un siècle de jurisprudence et d'une trentaine d'années de discussions doctrinales, émerge en une règle de droit » (*ibid* à la p 937)).

³⁸ *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, Avis consultatif, [1949] CIJ rec 45 à la p 180; Quoc Dinh Nguyen et al, *Droit international public*, 8^e éd, Paris, LGDJ, 2009 à la p 669; Shotaro

permettre aux organismes internationaux d'agir de manière effective et efficace³⁹. Il admet la possibilité d'exercer des pouvoirs qui ne sont pas explicitement attribués dans le traité constitutif d'une organisation, dès lors qu'ils sont nécessaires (voire indispensables) pour l'exercice des fonctions qui lui ont été conférées. Cette théorie, issue des pratiques des États fédéraux, notamment des États-Unis, est utilisée pour justifier l'extension du champ d'action des organisations internationales⁴⁰. Toutefois, elle n'est pas généralement admise en Europe en matière pénale. Ainsi, par exemple, le législateur belge a suivi la voie de l'habilitation explicite en matière de transfert de compétences pénales aux communautés et aux régions⁴¹. La Cour constitutionnelle belge a, d'ailleurs, explicitement exclu le recours aux compétences implicites en matière pénale⁴². Il en va de même en Suisse, où le droit pénal matériel et, depuis avril 2003, la procédure pénale⁴³ relèvent de la compétence fédérale (article 123 de la Constitution suisse)⁴⁴.

Certains auteurs, tels que Zemanek ou Lagrange et Eisemann, semblent exclure, ou tout au moins douter, que la création de juridictions pénales par le Conseil de sécurité puisse être fondée sur ses pouvoirs implicites⁴⁵. D'autres considèrent, plus largement, que la théorie des compétences implicites ne peut pas s'appliquer pour l'interprétation de la *Charte* aux fins de la détermination des pouvoirs des organes politiques de l'ONU, et encore moins au Conseil de sécurité, car elle serait « dangereuse pour la préservation et le développement du *rule of law* dans la "communauté internationale organisée" » [Notre traduction.]⁴⁶.

En effet, le recours à la théorie des pouvoirs implicites ne peut qu'être exclu dans l'ordre juridique pénal, dès lors que ce dernier est fondé sur le principe de légalité des incriminations et des peines⁴⁷. Ce principe, élevé au rang de droit de l'Homme et sanctionné par les traditions constitutionnelles communes de très

Hamamoto, « Le " pouvoir " de dernier mot : Des limites de la présomption de validité des actes des organisations internationales » (2004) 38 Kobe University Law review 21 aux pp 21-44.

³⁹ La CIJ l'affirme dans son avis consultatif du 21 juin 1971. Voir *Affaire de la Namibie*, *supra* note 12 au para 110.

⁴⁰ Gaetano Arangio-Ruiz, « The 'Federal Analogy' and the UN Charter Interpretation : A Crucial Issue » (1997) 8 EJIL 1 à la p 1 [Arangio-Ruiz].

⁴¹ *Article 11 de la loi spéciale de réformes institutionnelles belge*, 8 août 1980, 9434, M.B. du 15/08/1980.

⁴² Cour d'arbitrage belge, 17 janvier 1990, *Le recours du Conseil des ministres en annulation partielle du décret des mines de la Région wallonne du 7 juillet 1988*, Arrêt n°5/90 au para 3.B.3.

⁴³ Suite à la fédéralisation de la matière, un nouveau code de procédure pénale fédéral a été adopté en 2007 (et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011).

⁴⁴ *Constitution fédérale de la Confédération suisse*, 18 avril 1999, en ligne : Confédération suisse <www.admin.ch>.

⁴⁵ Lagrange et Eisemann, *supra* note 1 aux pp 1218-1219; Karl Zemanek, « Is the Security Council the Sole Judge of its Own Legality? » dans Emile Yakpo et Tahar Boumedra, dir, *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye, Kluwer Law international, 1999.

⁴⁶ Arangio-Ruiz, *supra* note 40 à la p 1.

⁴⁷ Pour une critique de son application en matière pénale par la Cour de justice européenne (avant le traité de Lisbonne), voir Maria-Luisa Cesoni, « Compétence pénale : la Cour de justice des Communautés européennes périmet-elle le principe de légalité? » (2006) *Journal des tribunaux* 365 aux pp 365-373.

nombreux pays, dont notamment les États membres de l'Union européenne⁴⁸, constitue un principe général du droit international⁴⁹ et est inscrit dans l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*⁵⁰. Ce dernier semble permettre, il est vrai (tout comme l'article 7 de la *Convention européenne des droits de l'homme* [CEDH])⁵¹, la condamnation sur la base d'actes « tenus pour criminels, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations »⁵². L'énoncé de cette disposition (critiqué en doctrine)⁵³ n'autorise toutefois – ni explicitement ni implicitement – aucun organe international à créer des incriminations ou des juridictions pénales et la relative procédure⁵⁴. Il faut noter que la prééminence du principe de légalité en droit international pénal a été reconnue par le Tribunal

⁴⁸ *Procédures pénales contre X*, C-74/95 et C-129/95, [1996] CJE I-6629 à la p I-6637 au para 25. Ce principe est inscrit à l'article 49 de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (CE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, [2000] JO, 2000/C 364/01) et fait partie des principes généraux du droit reconnus par la Cour de justice des Communautés européennes. Il est protégé par la *Convention européenne des droits de l'Homme* (*Convention européenne des droits de l'homme*, 4 novembre 1950, art 7 STCE n°005 (entrée en vigueur : 3 septembre 1953) [CEDH]), qui le déclare indérogeable (*ibid* art 15).

⁴⁹ Voir Cherif Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruxelles, Bruylant, 2002 aux pp 63 et ss [Bassiouni]. Le seul domaine dans lequel ce principe ne peut être appliqué au sens strict est le droit coutumier. Bassiouni affirme, à ce propos, que « c'est le droit conventionnel qui satisfait le mieux les principes de légalité requis en DPI. » (*ibid* à la p 29). Notons que le droit conventionnel ne lie que les États parties à la convention et que leur souveraineté n'est dès lors pas diminuée.

⁵⁰ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171, art 15 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [PIDCP].

⁵¹ CEDH, *supra* note 48.

⁵² PIDCP, *supra* note 50 art 15 au para 2.

⁵³ Bassiouni affirme que les principes généraux du droit « ne peuvent être que source d'interprétation, et non de législation en matière de crimes internationaux. » (Bassiouni, *supra* note 49 à la p 28). D'autres auteurs soulignent l'imprécision de ces termes, qui visent à valider à *posteriori* les décisions des Tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo (Louis Favoreu et al, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2007 à la p 448 au para 569).

⁵⁴ Il est acquis, en doctrine, que le principe de légalité s'applique aussi à la procédure pénale (Georges Levasseur, « Réflexions sur la compétence, un aspect négligé du principe de la légalité » dans *Mélanges Huguency*, Paris, Sirey, 1964; Damien Vandermeersch, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, La Charte, 2006 à la p 18; Raffaele Cantone, *Il Giusto Processo. Commento organico alla L. 1° marzo 2001*, n. 63, Naples, Edizioni giuridiche Simone, 2001 à la p 14). L'article 6.1 de la CEDH (CEDH, *supra* note 48) et l'article 14 para 1 du PIDCP (PIDCP, *supra* note 50) imposent que les juridictions soient établies par la loi. Ce principe participe à la fois du principe de légalité (prévisibilité et non-rétroactivité) et de celui de l'indépendance de la magistrature, internationalement reconnu (voyez l'article 14.1 du PIDCP (*ibid*) et les paras 1 et 3 des *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, adoptés en 1985 (Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*, en ligne : OHCHR <www.ohchr.org>) et confirmés par l'Assemblée générale des Nations unies (*Septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants*, Rés AG 40/32, Doc off AG NU, 40^e sess, Doc NU A/RES/40/32 (1985) et *Les droits de l'homme dans l'administration de la justice*, Rés AG 40/146, Doc off AG NU, 40^e sess, Doc NU A/RES/40/146 (1985)). Certaines constitutions réservent expressément à la loi la production de la procédure pénale (*Constitution belge*, 17 février 1994, art 12, en ligne : La Constitution belge <www.senate.be>; *Constitution de la République italienne*, 22 décembre 1947, art 111, en ligne : Sénat <www.senato.it> [*Constitution italienne*]) et la création de nouveaux ordres de juridictions (*Constitution de la République française*, 4 octobre 1958, art 34, en ligne : Assemblée nationale <www.assemblee-nationale.fr>), voire sanctionnent expressément le principe du juge naturel, i.e. préconstitué par la loi (*Constitution italienne*, art 25).

pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et par le Conseil de sécurité, même s'ils n'en ont pas tiré toutes les conséquences nécessaires. Il est aussi inscrit dans le *Statut de Rome*⁵⁵, ce qui montre la reconnaissance progressive de son caractère obligatoire en droit international pénal.

Pilier du droit pénal⁵⁶ assurant la protection des citoyens en droit interne, le principe de légalité établit, en plus de critères matériels⁵⁷, une réserve en faveur de la loi nationale⁵⁸, adoptée par les représentants du peuple élus de manière démocratique⁵⁹. Il a été élaboré dans les pays de droit continental depuis le XVIII^{ème} siècle⁶⁰. Un tel principe n'était pas retenu dans les pays de *common law*, mais certains, telle l'Angleterre, l'appliquent désormais⁶¹. Ce principe est largement reconnu⁶², comme le montre l'adoption du *Statut de Rome* par voie conventionnelle impliquant la ratification des Parlements nationaux. Appliqué de manière stricte, ce principe permet de considérer le pouvoir de sanctionner pénalement la violation de la loi – c'est-à-dire de créer des incriminations et établir des peines (et, par conséquent, de constituer les juridictions et d'adopter les procédures permettant d'appliquer celles-ci) – comme un attribut régalien de l'État⁶³. Il en découle que toute limitation de cette compétence en faveur d'une autorité supranationale ne peut être que le résultat d'un acte non seulement volontaire, mais aussi explicite des autorités nationales⁶⁴, afin de permettre un contrôle démocratique d'une telle délégation de pouvoirs.

⁵⁵ *Statut de Rome*, *supra* note 32 art 22-24.

⁵⁶ Philip Traest, « Rechts(on)zekerheid in materieel en formeel strafrecht en strafrechtelijk legaliteitsbeginsel » (1993-1994) *Rechtskundig Weekblad* 1190 à la p 1190; Marc Verdussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995 à la p 37 [Verdussen].

⁵⁷ Franklin Kutty, *Principes généraux du droit pénal belge: Tome I – La loi pénale*, Bruxelles, Larcier, 2009; Damien Scalia, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

⁵⁸ Verdussen, *supra* note 56 à la p 49. Dans le même sens, pour l'Italie, voir Antolisei, *supra* note 37 à la p 60 à la note 2 pour les arrêts de la Cour constitutionnelle. Pour la France: Cass crim, 21 juin 1984, (1984) *Bulletin criminel* n°235. C'est ce qui motive, d'ailleurs, la résistance des États membres de l'Union européenne à l'égard de la communautarisation du droit pénal.

⁵⁹ Cour d'arbitrage belge, 10 juillet 2002, arrêt n°128/2002 (repris aussi par le Conseil d'État *Doc Parl*, Chambre, 2003-2004, Doc 51, 0258/001 à la p 25).

⁶⁰ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991.

⁶¹ L'Angleterre a progressivement légiféré dans ce domaine, les juges se limitant à appliquer la loi depuis des décennies (John Anthony Jolowicz, *Droit anglais*, Paris, Dalloz, 1992; Jean Pradel, *Droit pénal comparé*, Paris, Dalloz, 2008 aux pp 687-688), bien que quelques exceptions persistent.

⁶² Notamment en application du PIDCP. De nombreux pays non occidentaux, tels que l'Inde, l'Égypte, les Émirats arabes unis ou le Kenya requièrent explicitement l'existence d'une loi écrite (Kenneth S. Gallant, *The principle of legality in international and comparative criminal law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 aux pp 255-256).

⁶³ Antolisei, *supra* note 37 à la p 56. Voir dans le même sens : Verdussen, *supra* note 56 à la p 46.

⁶⁴ A l'égard des traités constitutifs des Communautés européennes, le Conseil de l'Union européenne a déclaré que, en l'absence de toute attribution expresse de compétence, « compte tenu de l'importance considérable du droit pénal pour la souveraineté des États membres, il ne saurait être admis que cette compétence ait pu être implicitement transférée à la Communauté à l'occasion de l'attribution de compétences matérielles spécifiques » (*Commission des Communautés européennes c Conseil de l'Union européenne*, C-176/03 [2005] au para 27, en ligne : CJE <<http://curia.eu.int./jurisp>>).

Dès lors qu'une délégation expresse de pouvoirs n'a eu lieu ni lors de l'adoption de la *Charte des Nations unies* ni ultérieurement, la théorie des pouvoirs implicites ne peut pas être appliquée au droit international pénal sans induire un affaiblissement préjudiciable du socle des droits fondamentaux.

2. LA THÉORIE DE LA PRATIQUE SUBSÉQUENTE

Plus convaincante peut apparaître la possibilité que la pratique d'une organisation internationale, bien que sortant des compétences qui lui ont été expressément attribuées, soit acceptée et entérinée par la pratique subséquente des États membres. Un obstacle s'oppose, cependant, à son application en matière pénale : le principe de légalité doit amener à considérer comme nécessaire un acte d'acquiescement explicite et à exclure que le simple fait de ne pas s'y opposer soit retenu comme équivalent. Il s'agit, donc, de savoir à partir de quel moment l'intervention du Conseil de sécurité doit reposer sur une acceptation explicite des États membres.

Denis affirme que lorsque la pratique du Conseil de sécurité se limite à exercer un « pouvoir normatif au sens large »⁶⁵, c'est-à-dire à rappeler aux États membres leurs obligations internationales (autres que celles de la *Charte*), voire même à exiger leur respect, une telle pratique peut être acceptée dès lors que l'existence de la règle de référence ou son interprétation ne sont ni contestées ni considérées comme contestables. Dans ce cas, si le Conseil participe à l'interprétation et, donc, à l'évolution du droit international conventionnel et coutumier, et même lorsqu'il exerce une contrainte basée sur sa propre interprétation des normes de référence, le Conseil n'impose aucun droit, obligation ou habilitation nouvelle à l'égard des États destinataires de ses décisions; il n'est donc pas créateur de droit⁶⁶.

Il en va différemment, selon Denis, dans les cas où le Conseil semble devenir producteur de normes juridiques, en développant ainsi un pouvoir normatif au sens strict⁶⁷ consistant en « la production directe et unilatérale par cet organe de normes juridiques, particulières ou générales »⁶⁸, c'est-à-dire dont les destinataires sont un (ou des) État(s) spécifique(s) ou l'ensemble des États membres de l'ONU. Tel est le cas, selon cet auteur, de la création des Tribunaux pénaux *ad hoc* et de certaines

⁶⁵ C'est-à-dire « la participation de cet organe à un processus global d'élaboration de règles juridiques en droit international » (Denis, *supra* note 19 à la p 9).

⁶⁶ Denis, *supra* note 19 aux pp 31-56. Notons que certains exemples donnés quant à ce pouvoir normatif général (notamment en matière de contribution à la « détermination d'incriminations en droit pénal international » [*ibid* à la p 33]) relèvent plutôt du pouvoir normatif au sens strict, dont la légalité et la légitimité sont mises en question par l'auteur.

⁶⁷ Weckel considère que le Conseil de sécurité s'est livré à un travail de réécriture du chapitre VII de la *Charte*, qui transforme en profondeur sa mission, et que « sa fonction normative semble hypertrophiée » (Weckel, *supra* note 29 à la p 199). Sur la « vive controverse » suscitée par la possibilité d'admettre un pouvoir de création du droit lorsque le Conseil de sécurité adopte les mesures consécutives à la qualification d'une situation, voir Lagrange et Eisemann, *supra* note 1 aux pp 1201-1203.

⁶⁸ Denis, *supra* note 19 à la p 9.

incriminations prévues par leurs Statuts⁶⁹ (voir *infra* § II.A.), de l'utilisation élargie des pouvoirs attribués au Conseil par le *Statut de la Cour pénale internationale* (voir *infra* § II.B.) ou, encore, de son intervention en matière de lutte contre le terrorisme (voir *infra* Conclusion). Dans tous ces cas, le Conseil a imposé aux États de nouvelles obligations. Or, bien que le chapitre VII le dote d'un pouvoir de contrainte, la *Charte* n'autorise pas le Conseil de sécurité à modifier de manière permanente des règles qui lient les États⁷⁰.

Pour être légale, une telle production normative devrait donc être entérinée par les États membres; cela, de manière explicite et confirmée par les Parlements dès lors qu'il s'agit de la matière pénale. Or, certains auteurs admettent que « savoir quand une pratique est assez générale et assez acceptée peut être douteux »⁷¹, voire excluent que les États membres des Nations unies aient véritablement entériné les pratiques du Conseil de sécurité amenant à élargir ses pouvoirs⁷².

Si Denis considère que l'accord des États membres pourrait intervenir pour valider une telle interprétation évolutive des pouvoirs attribués au Conseil de sécurité par la Charte, elle conclut que la pratique des États membres des Nations unies est « loin de traduire leur accord quant à l'exercice par le Conseil d'un pouvoir normatif de type "judiciaire" ou "législatif" »⁷³. Elle souligne, de plus, que les décisions du Conseil de sécurité ne lient les États membres, aux termes de l'article 25 de la *Charte*⁷⁴, que dans la mesure où elles sont conformes à cette dernière. Il en dérive, pour les États, un pouvoir de contrôle de la légalité des décisions du Conseil. Cela est arrivé à plusieurs reprises, lorsque des États ont contesté des résolutions du Conseil et/ou ont décidé de ne pas les appliquer⁷⁵.

Notons, par ailleurs, que le fait que les États se conforment aux résolutions des Nations unies pour des raisons ou des pressions politiques, ou par crainte de mesures coercitives onusiennes à leur encontre, ne démontre pas qu'ils en acceptent la teneur juridique. Plusieurs États se sont, ainsi, régulièrement opposés aux pouvoirs de type normatif ou législatif que le Conseil de sécurité s'arroge, en considérant qu'ils dépassent les pouvoirs qui lui sont attribués par la *Charte des Nations unies*; cela, à

⁶⁹ *Ibid* aux pp 114-124. Il s'agit de certains crimes de guerre, ainsi que des crimes contre l'humanité, dont la définition diffère dans les Statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et pour le Rwanda (TPIR) et ne correspond pas à celle donnée par le *Statut du TMI de Nuremberg*. « Contrairement à ce que le Conseil de sécurité a prétendu faire, il ne semble pas que ces Statuts soient la simple transposition du droit pénal international en vigueur au moment des événements considérés. » (Denis, *supra* note 19 à la p 122).

⁷⁰ Dans la matière qui nous intéresse, par la création de nouvelles incriminations notamment, ainsi que par l'obligation de coopération avec une juridiction internationale et par la primauté de juridiction de celle-ci (*ibid* aux pp 122-124 et 367-368).

⁷¹ Kolb, *Droit des Nations Unies*, *supra* note 12 à la p 136.

⁷² Denis, *supra* note 19.

⁷³ *Ibid* à la p 369. Nous renvoyons à l'ouvrage pour la démonstration, très convaincante, de cette conclusion.

⁷⁴ *Charte*, *supra* note 5.

⁷⁵ C. Denis (Denis, *supra* note 19 à la p 371) mentionne notamment les États de l'Union africaine à l'égard des résolutions 748 (1992) et 883 (1993), ainsi que la grande majorité des membres de l'ONU à l'égard des résolutions 731 (1992) et 748 (1992).

l'occasion, par exemple, de l'adoption des résolutions 1373 (2001), 1422 (2002) et 1487 (2003), auxquelles il se sont pourtant conformés⁷⁶.

Quant à la création d'organes juridictionnels, plusieurs membres du Conseil de sécurité ont qualifié la création du TPIY, par la résolution 827 (1993), de mesure exceptionnelle destinée à répondre à une situation exceptionnelle, situation qui semble empêcher certains de mettre en discussion les pouvoirs du Conseil pour des motifs non pas juridiques, mais d'éthique et d'efficacité⁷⁷. Tout en votant pour la création du tribunal, le Brésil et la Chine affirment explicitement, d'ailleurs, que c'est en raison des circonstances particulières, dont la gravité et l'urgence demandent une réaction, qu'ils votent favorablement, mais que ce vote ne doit pas être interprété comme une approbation du recours par le Conseil aux pouvoirs du chapitre VII de la *Charte* pour créer une telle juridiction qui, selon ces pays, ne pourrait être créée que par un traité⁷⁸. Cette position a été réitérée lors de l'adoption de la résolution 955 (1994) qui a créé le TPIR, à l'égard de laquelle la Chine s'est d'ailleurs abstenue, en relevant que

[à] l'heure actuelle certains ont encore des doutes et des inquiétudes quant à la façon dont un Tribunal international a été créé aux termes d'une résolution du Conseil de sécurité invoquant le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies⁷⁹.

Aussi, lors du vote de la résolution 1757 (2007) qui a créé le Tribunal spécial pour le Liban⁸⁰, un tiers des États se sont abstenus (Afrique du Sud, Fédération de Russie, Chine, Indonésie et Qatar) en contestant le fondement légal de sa création par le Conseil de sécurité. De plus, non seulement deux de ces États, mais aussi le représentant du Pérou (qui a voté en faveur de la résolution « du fait des circonstances politiques exceptionnelles qui prévalent »), ont souligné que cette résolution ne peut

⁷⁶ Denis, *supra* note 19 aux pp 373-375.

⁷⁷ Voyez les déclarations du Brésil, de la Chine, du Venezuela, du Royaume-Uni et du Japon, dont le représentant affirme : « on ne peut prétendre que ces mesures dépassent la compétence du Conseil car la complexité même de la menace et la gravité de la crise font que le Conseil se devait d'agir. » (Doc off CS NU, 1993, 3217^e séance, Doc NU S/PV.3217 [provisoire] à la p 26). L'urgence de répondre à une situation exceptionnelle sera à nouveau évoquée lors du vote de la résolution 955 (1994) créant le TPIR (Doc off CS NU, 1994, 3453^e séance, Doc NU S/PV.3453). Dans les deux cas, les déclarations font reposer le vote favorable sur l'extrême gravité des crimes commis et l'impératif d'en punir les auteurs. La recherche d'efficacité par rapport à ces objectifs est souvent évoquée pour justifier la nécessité du recours au chapitre VII de la *Charte*, qui oblige les États membres. L'incidence de la lutte contre l'impunité sur la paix et la sécurité (internationales, parfois évoquée, n'est toutefois jamais motivée (Doc off CS NU, 1993, 3217^e séance, Doc NU S/PV.3217 [provisoire] à la p 26; voir aussi Doc off CS NU, 1993, 3175^e séance, Doc NU S/PV.3175 [provisoire]).

⁷⁸ Le représentant chinois a précisé que « cette position politique qui est la nôtre ne devrait cependant pas être considérée comme une approbation de l'approche juridique utilisée » (Doc off CS NU, 1993, 3217^e séance, Doc NU S/PV.3217 [provisoire] à la p 32).

⁷⁹ Doc off CS NU, 1994, 3453^e séance, Doc NU S/PV.3453 à la p 11. Le représentant chinois souligne que son pays n'y était déjà pas favorable lors de la création du TPIY et que sa position n'a pas changé. Le représentant du Brésil déclare que malgré le vote favorable aux deux résolutions, dû aux « circonstances exceptionnellement graves de la situation », son pays « n'est pas convaincu que la compétence pour l'établissement et/ou l'exercice d'une juridiction pénale internationale fasse partie des pouvoirs constitutionnels du Conseil de sécurité », et que le vote favorable doit être considéré comme l'« expression politique de notre condamnation des atrocités commises » (*ibid* à la p 9).

⁸⁰ *Résolution 1757 (2007)*, Rés CS 1757, Doc off CS NU, 5685^e séance, Doc NU S/RES/1757 (2007).

pas constituer un précédent⁸¹.

Le fait que les États aient accepté, par la suite, de coopérer avec les Tribunaux *ad hoc* et d'en assurer le financement via le budget des Nations unies montre une attitude réaliste : une fois ces juridictions créées, il aurait été politiquement très difficile de ne pas leur permettre de fonctionner⁸². Une telle attitude montre aussi une adhésion large au principe de la punition des principaux auteurs de crimes de masse (par ailleurs confirmée par le nombre d'adhésions au *Statut de Rome*)⁸³ ; toutefois, cet objectif, typique du droit pénal, ne correspond pas aux finalités du chapitre VII de la *Charte*. Cela permet, certes, de comprendre comment se produit l'acceptation d'une pratique à titre exceptionnel au nom d'un objectif éthique (la lutte contre l'impunité) et politique (la recherche de l'efficacité) ; mais l'acceptation d'une exception confirme la règle et ne démontre pas la reconnaissance du pouvoir du Conseil de sécurité en tant que tel⁸⁴. D'ailleurs, c'est bien par voie conventionnelle et non pas par l'action des Nations unies que la CPI a été, plus tard, mise en place.

3. DES ORGANES SUBSIDIAIRES (IN)DÉPENDANTS

Dès lors que les organes subsidiaires sont supposés dépendre de l'organe qui les a créés, une telle position à l'égard du Conseil de sécurité exclut d'emblée qu'il puisse s'agir de juridictions, et tout particulièrement lorsqu'il s'agit de juridictions pénales. Le droit au procès équitable, qui fait partie des droits fondamentaux internationalement reconnus, implique l'indépendance des juridictions interdisant que celles-ci puissent dépendre d'un organe politique.

Peut-on considérer que le Conseil de sécurité a le pouvoir de créer un organe subsidiaire juridictionnel dès lors qu'il en garantit l'indépendance de fonctionnement, comme cela a été officiellement le cas pour les Tribunaux *ad hoc*⁸⁵ ? Si cela a déjà eu lieu, la légalité d'une telle décision est néanmoins discutable.

⁸¹ Doc off CS NU, 2007, 5685^e séance, Doc NU S/PV.5685.

⁸² C. Denis (Denis, *supra* note 19 à la p 374) souligne que les États récalcitrants à suivre les décisions du Conseil de sécurité encourent un risque réel d'adoption de mesures coercitives par le Conseil ; c'est d'ailleurs la menace de sanctions de la part de la Communauté internationale qui a été de façon récurrente évoquée à l'encontre du gouvernement libanais, qui rechignait à renouveler le financement du TSL ; à ce propos, le commissaire européen Stefan Füle avait mis en garde le Liban sur les « conséquences néfastes » du refus de s'acquitter ses obligations internationales (« TSL : Füle évoque des « conséquences néfastes... si le Liban n'est pas digne de confiance » », L'Orient le Jour [28 octobre 2011] en ligne : L'Orient le Jour.com < <http://www.lorientlejour.com/archives> >.

⁸³ 122 États membres en mars 2012.

⁸⁴ D'ailleurs, l'indépendance des TPI, une fois créés, permet de considérer que c'est un rapport autonome qui s'est établi entre ceux-ci et les États.

⁸⁵ Cassese soulignait, cependant, l'influence que diplomates et hommes politiques peuvent exercer sur les tribunaux internationaux (Antonio Cassese, « Quelques réflexions sur la justice pénale internationale » dans Emanuela Fronza et Stefano Manacorda, dir, *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes de Law Clinics en droit pénal international*, Giuffrè, Dalloz, 2003, 283 à la p 289 [Cassese, « Réflexions »]).

Il est vrai que l'Assemblée générale de l'ONU a créé un organe juridictionnel (le Tribunal administratif des Nations unies – TANU) en tant qu'organe subsidiaire mais indépendant, alors qu'elle ne possède pas plus de pouvoirs judiciaires que le Conseil de sécurité. La légalité d'une telle décision a été retenue par la Cour internationale de justice⁸⁶. Kolb en déduit que l'organe principal peut créer des organes subsidiaires dans des domaines qui échappent à sa compétence, en se fondant sur la *Charte* et grâce aux compétences implicites⁸⁷.

La situation n'est toutefois pas la même. D'une part, on peut admettre que la création de ce tribunal administratif, fondée sur les compétences implicites, était nécessaire pour la protection des droits des fonctionnaires de l'organisation et, par conséquent, directement nécessaire pour assurer le bon exercice des fonctions de l'Assemblée générale et, plus généralement, des organes de l'ONU. D'autre part, les décisions de l'Assemblée générale manifestent l'existence d'une volonté majoritaire, sinon d'un consensus, de la part des États membres à l'égard de l'adoption d'une telle résolution. Enfin, on peut considérer que, du point de vue substantiel, l'Assemblée générale a en quelque sorte délégué, en les judiciarisant, les pouvoirs des responsables de l'ONU en matière de gestion des conflits avec le personnel lesquels, en l'absence d'une juridiction extérieure, se seraient manifestés par des recours hiérarchiques internes.

Il en va différemment pour la création de juridictions pénales internationales par le Conseil de sécurité : ici, manquent à la fois la compétence originelle (voir *supra* § I.A.), le consensus explicite des États membres à l'égard de l'attribution d'une compétence en matière pénale au Conseil de sécurité (voir *supra* §§ I.B.1. et I.B.2.) et la nécessité pour l'exercice des fonctions de l'organe⁸⁸, la preuve de l'utilité de la justice pénale internationale aux fins de la restauration ou du maintien de la paix n'étant pas établie⁸⁹.

II. Conseil de sécurité et Justice pénale internationale

Malgré le problème de légalité que nous venons d'analyser, à partir des années 1990, le Conseil de Sécurité va jouer un rôle croissant dans la mise en place

⁸⁶ Dans la décision relative à l'*Effet de jugements du TANU accordant indemnités*, Avis consultatif, [1954] CIJ rec 41 à la p 57 (cité par Kolb, *Droit des Nations Unies*, *supra* note 12 à la p 146).

⁸⁷ Kolb, *Droit des Nations Unies*, *supra* note 12 aux pp 146 et 168.

⁸⁸ Notons que, si l'on devait considérer que la Cour internationale de justice a le pouvoir de créer des organes subsidiaires, l'éventuelle création d'une Cour pénale en tant qu'organe subsidiaire de celle-ci semblerait plus légitime, dès lors que la Cour exerce une compétence juridictionnelle. L'élargissement de cette compétence (actuellement limitée aux litiges entre États (*Charte*, *supra* note 5 art 36) et aux avis consultatifs de toute nature (*ibid* art 96.1) à la matière pénale demanderait, néanmoins, une décision explicite de la part de l'Assemblée générale, fondée sur l'accord préalable des Parlements nationaux.

⁸⁹ Voir Luigi Condorelli et Santiago Villalpando, « Les Nations unies et les juridictions pénales internationales » dans Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, *supra* note 1 à la p 245 [Condorelli et Villalpando]; Cassese, *supra* note 85.

d'une justice pénale (partielle)⁹⁰ internationale. Pour ce faire, il mobilise le chapitre VII de la *Charte des Nations unies* pour créer des juridictions internationales pénales, alors même que le lien entre le maintien de la paix et la justice pénale (internationale) ne ressort pas de la *Charte*. Ce lien est établi par le Conseil de sécurité lors de la création des Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda⁹¹. Les pouvoirs exercés par le Conseil de sécurité en matière pénale sont donc récents (d'autant plus lorsqu'on les confronte aux principes élaborés en matière pénale depuis l'époque des Lumières) et ne paraissent pas consolidés.

Le Conseil fonde son action sur un syllogisme qui est loin d'être prouvé : a) des crimes ont été commis, qui b) mettent en danger la paix et la sécurité internationales et, par conséquent, c) le Conseil est autorisé à les faire punir dès lors que, ce faisant, il garantit la restauration de la paix ou son maintien à l'avenir. Or, la preuve du fait que ces crimes constituent une menace contre la paix n'est jamais donnée, puisque le Conseil est maître de la qualification de la menace⁹². Par ailleurs, en dépit d'une telle croyance, le pouvoir dissuasif de la punition n'a jamais été prouvé à ce jour⁹³, et encore moins dans le cadre de la justice pénale internationale, dont l'action ne peut être qu'exemplaire⁹⁴. Enfin, l'argument selon lequel la justice pénale permet une réconciliation reste encore à démontrer⁹⁵, et ses effets négatifs sur les processus de pacification ont été soulignés par des juristes éminents, tel le juge

⁹⁰ Bien que la justice pénale internationale s'institutionnalise progressivement, en particulier avec la création de la CPI, trois éléments essentiels du système de justice pénale font défaut : une police judiciaire garantissant l'effectivité des décisions, des institutions régissant l'exécution des peines et un contrôle juridictionnel extérieur.

⁹¹ Notons que, par la création de ces tribunaux, le Conseil de sécurité a outrepassé encore plus largement ses pouvoirs et joué un rôle législatif majeur en matière pénale, en définissant les incriminations devant être jugées par ces juridictions (voir *infra* § II.A.).

⁹² Le fait que n'importe quelle situation puisse être qualifiée de la sorte est toutefois controversé (d'Argent et al, *supra* note 30 à la p 1140). La maîtrise de la qualification ne signifie pas, en effet, que la légalité de la décision du Conseil ne peut pas être contestée. Certains États n'ont pas obéi à des résolutions dont ils contestaient la légalité. En doctrine, certains auteurs ont considéré que la CPI, possédant la compétence de sa compétence, peut exercer un examen de légalité sur la qualification de la menace par le Conseil. Ce principe sous-tendait la décision du TPIY considérant qu'il pouvait vérifier lui-même la légalité de son propre fondement juridique.

⁹³ Ezzat A. Fattah, « Une revue de la littérature sur l'effet dissuasif de la peine » dans Commission de réforme du droit du Canada, *La crainte du châtimeur : la dissuasion*, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1976. Certains soulignent, d'ailleurs, que le Conseil de sécurité agit de manière croissante sur la base d'un principe de *criminal accountability* (Frédéric Mégret, « A Special Tribunal for Lebanon: The UN Security Council and the Emancipation of International Criminal Justice » (2008) 21 *Leiden J Int'l L* à la p 497), ce qui relève de la fonction rétributive de la peine et non pas de la fonction de prévention.

⁹⁴ Voir Condorelli et Villalpando, *supra* note 89 à la p 245. Il ne s'agit pas, ici, de discuter de l'efficacité des mesures que le Conseil de sécurité a le pouvoir d'adopter, mais de souligner que le recours au droit pénal, qui sort des compétences du Conseil, ne peut même pas être légitimé par une logique pragmatique.

⁹⁵ Un tel argument n'a été que rarement évoqué lors du vote des résolutions 827 (1993) et 955 (1994) (*supra* note 77), et parfois pour évoquer le contraire : « La justice est une chose; la réconciliation en est une autre. Le Tribunal pourrait devenir le véhicule de la justice mais il n'est pas conçu pour être un véhicule de réconciliation », affirmait le représentant de la République tchèque lors du vote sur la résolution 955 (Doc off CS NU, 3453^e séance, Doc NU S/PV.3453 (1994) à la p 7).

Cassese⁹⁶.

L'intervention du Conseil de sécurité dans la justice pénale internationale est, dès lors, un acte politique⁹⁷, qui plus est incompatible avec les droits fondamentaux relatifs au procès équitable⁹⁸.

A. Les Tribunaux pénaux internationaux

Par les résolutions 827 (1993)⁹⁹ et 955 (1994)¹⁰⁰, le Conseil de sécurité a créé les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda en tant qu'organes subsidiaires et sur la base du chapitre VII de la *Charte des Nations unies*.

Il est vrai que, dans le cas *Tadic*, le TPIY a considéré qu'il avait compétence pour examiner la légalité de la résolution 827 du Conseil de sécurité du 25 mai 1993, qui était pourtant l'acte constitutif du tribunal. Il a conclu au rejet de la question préjudicielle (*interlocutory appeal*) qui contestait le pouvoir du Conseil de sécurité de créer une juridiction pénale¹⁰¹. Or, le fait que la confirmation de la légalité de la décision du Conseil provienne du tribunal même qu'il a créé est problématique; certains se demandent d'ailleurs quelle juridiction « se permettra jamais de censurer la qualification d'une situation de "menace contre la paix" »¹⁰².

Le bien-fondé de la démarche est d'ailleurs contestable. Une juridiction n'est arbitre de l'existence (*rectius* : de la vérification) de sa propre compétence qu'à l'égard d'une affaire particulière (elle peut se déclarer compétente ou incompétente pour juger; en l'absence d'une juridiction supérieure, cette décision – éventuellement en appel – sera définitive). En revanche, la compétence de la compétence au sens strict – c'est-à-dire l'attribution originelle de la compétence et la définition de son étendue, caractéristiques et limites – est un élément essentiel du pouvoir de créer une juridiction, qui revient au législateur au niveau national en application du principe de légalité, mais a été exercé par le Conseil de sécurité à l'égard du TPIY. À défaut d'examen de la part d'une Cour supérieure chargée du contrôle de constitutionnalité ou de conformité aux traités, il est ainsi difficile de concevoir qu'une juridiction puisse juger de la légalité de sa propre création; c'est dans ce sens qu'ont récemment

⁹⁶ Cassese, « Réflexions », *supra* note 85 aux pp 289-290.

⁹⁷ Il est à ce propos intéressant de relever que certains, qui affirment que « le Conseil est seul juge du caractère approprié de la mesure » par rapport au maintien de la paix et de la sécurité internationales, reconnaissent néanmoins que « c'est en pratique l'action qui détermine la qualification », d'Argent et al, *supra* note 30 aux pp 1169-1170.

⁹⁸ Notamment par l'ingérence dans l'activité d'une juridiction (voir *infra* § II.B.).

⁹⁹ *Résolution 827 (1993)*, Rés CS 827, Doc off CS NU, 3217^e séance, Doc NU S/RES/827 (1993).

¹⁰⁰ *Résolution 955 (1994)*, Rés CS 955, Doc off CS NU, 3453^e séance, Doc NU S/RES/955 (1994).

¹⁰¹ *Le Procureur c Dusko Tadić*, IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (2 October 1995) (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : TPIY <<http://www.icty.org>> [*Procureur c Tadić*].

¹⁰² D'Argent et al, *supra* note 30 aux pp 1144-1145.

statué les chambres du Tribunal spécial pour le Liban¹⁰³.

De plus, face aux arguments juridiques des appelants (mesure non contemplée par la *Charte*; incapacité d'un organe exécutif de créer un organe juridictionnel), la réponse de la Chambre d'appel du TPIY est faible, pour ne pas dire utilitaire : elle se fonde sur l'inapplicabilité du principe de séparation des pouvoirs au système onusien¹⁰⁴, sur l'affirmation que le principe du juge naturel préétabli par la loi énoncé par la *CEDH*¹⁰⁵ et le *PIDCP*¹⁰⁶ ne s'applique pas aux juridictions internationales¹⁰⁷ et sur la réduction de ce principe, en ce qui concerne celles-ci, au simple respect des règles relatives au procès équitable¹⁰⁸.

Cependant, par la création de ces tribunaux, le Conseil de sécurité a non seulement créé les juridictions et imposé aux États une obligation générale de collaborer avec celles-ci, mais il a aussi adopté leur Statut qui définit les incriminations que ces dernières doivent appliquer. Une telle démarche pose problème non seulement car elle découle de l'exercice d'une compétence *ultra vires*, mais aussi car elle entraîne la violation de droits fondamentaux. En effet, le respect du principe de légalité requiert, à tout le moins, l'existence préalable d'incriminations de droit coutumier – i. e. fondées sur une pratique constante, uniforme et générale des sujets de droit accompagnée de la conviction que cette pratique possède une force juridique contraignante (*opinio juris*)¹⁰⁹ ayant abouti à une définition claire et précise de ces infractions¹¹⁰.

Or, si l'existence de certains crimes internationaux précède la création de ces tribunaux (par exemple en matière de violations graves des conventions de Genève de 1949), il en va différemment pour des infractions telles que l'emploi d'armes toxiques,

¹⁰³ *Le procureur c Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneisse & Assad Hassan Sabra*, STL-11-01, Décision relative aux contestations par la Défense de la compétence et de la légalité du Tribunal (27 juillet 2012) (Tribunal spécial pour le Liban, Chambre de première instance), en ligne : TSL <www.stl-tsl.org>; *Le procureur c Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneisse & Assad Hassan Sabra*, STL-11-01, Arrêt relatif aux appels interjetés par la Défense contre la décision relative aux contestations par la Défense de la compétence et de la légalité du Tribunal (24 octobre 2012) (Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appel), en ligne : TSL <www.stl-tsl.org>.

¹⁰⁴ *Procureur c Tadić*, *supra* note 101 au para 43.

¹⁰⁵ *CEDH*, *supra* note 48 art 6 au para 1.

¹⁰⁶ *PIDCP*, *supra* note 50 art 14 au para 1.

¹⁰⁷ *Procureur c Tadić*, *supra* note 101 au para 42.

¹⁰⁸ *Procureur c Tadić*, *supra* note 101 aux paras 45-47.

¹⁰⁹ La reconnaissance d'une incrimination d'origine coutumière de la part d'un nombre limité d'État (comme le fait, par exemple, le TPIY lorsqu'il fait référence à la pratique d'une dizaine d'États qui reconnaissent l'incrimination du génocide (Denis, *supra* note 19 à la p 117)) ne suffit pas à en démontrer l'existence et la validité *erga omnes*.

¹¹⁰ La possibilité d'appliquer des sanctions pénales sur la seule base d'incriminations de droit coutumier devrait toutefois être exclue. En effet, comme l'a opportunément indiqué Cherif Bassiouni (Bassiouni, *supra* note 49), la coutume peut être considérée comme source de droit international pénal uniquement lorsque son contenu est assez précis pour satisfaire le principe de légalité. Or, il est pratiquement impossible de déduire d'une telle source une définition claire de l'infraction. Une preuve indirecte réside dans les définitions différentes des crimes contre l'humanité données par les statuts du *Tribunal de Nuremberg* et des deux Tribunaux pénaux internationaux.

dont le caractère coutumier était douteux¹¹¹, pour la violation de l'article 3 commun aux conventions de Genève, qui n'est pas incriminée par celles-ci, ou pour celle du *Protocole II* aux conventions, qui n'était pas reconnu comme partie du droit coutumier, ce que soulignait, à l'époque, même le secrétaire général des Nations unies¹¹².

Denis affirme que, par la création des tribunaux pénaux *ad hoc* et la définition des incriminations dans leurs Statuts, le Conseil de sécurité a exercé un pouvoir normatif au sens strict, général et indirect, puisque, en prétendant appliquer des règles de droit international, il a en réalité apporté des modifications à leur contenu¹¹³. Par ailleurs, dès lors que de nombreux États membres du Conseil ont considéré qu'ils étaient en train d'adopter une mesure indispensable mais exceptionnelle, destinée à faire face à une situation d'urgence, Denis considère que de telles pratiques étatiques, qui correspondent à un jugement d'opportunité politique (i.e. conjoncturelle), ne manifestent pas nécessairement l'existence d'une *opinio juris* pouvant légitimer la décision du Conseil¹¹⁴.

Par ailleurs, la simple acceptation *a posteriori* de cet état de fait juridique créé par le Conseil – la création par résolution de nouvelles incriminations et des juridictions en charge de leur répression – ne suffit pas à rendre légal l'exercice d'un tel pouvoir. En effet, même si la pratique ultérieure des États devait les amener à considérer que les nouvelles incriminations introduites par les statuts des tribunaux pénaux internationaux sont devenues des définitions de droit coutumier, cela n'effacerait pas la violation du principe de légalité effectuée par les statuts, dont les incriminations ont été appliquées de manière rétroactive.

B. L'interaction avec la Cour pénale internationale

Le *Statut de Rome* attribue au Conseil de sécurité le pouvoir, d'une part, de saisir la CPI et, d'autre part, d'en suspendre, voire en bloquer l'activité¹¹⁵. Ce choix extraordinaire¹¹⁶, qui permet l'introduction d'un acteur politique dans une procédure juridictionnelle, n'a cependant pas été consensuel. Il est le produit d'un compromis qui a permis aux pays qui souhaitaient une cour subordonnée au Conseil de sécurité (notamment les États-Unis, la Russie et la Chine) d'obtenir une satisfaction partielle

¹¹¹ Éric David, « Le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie » (1992) 2 *Revue belge de droit international* 565 aux pp 577-578.

¹¹² Voir Secrétaire général des Nations unies, *Rapport du Secrétaire général conformément au paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 1995, Doc NU S/1995/134 (1995) au para 12 (cité par Denis, *supra* note 19 à la p 116 à la note 435).

¹¹³ Denis, *supra* note 19 aux pp 104 et 122-124.

¹¹⁴ *Ibid* aux pp 373-375.

¹¹⁵ *Statut de Rome*, *supra* note 32.

¹¹⁶ Lagrange et Eisemann considèrent que les résolutions par lesquelles le Conseil de sécurité interagit avec la CPI « défont l'esprit classificatoire » (Lagrange et Eisemann, *supra* note 1 à la p 1219).

lors de la conférence des plénipotentiaires qui a adopté le *Statut de Rome* en 1998¹¹⁷.

1. LE POUVOIR DE DÉFÉRER UNE SITUATION ET LE CAS DU DARFOUR

La Cour pénale internationale peut exercer sa compétence à l'égard des crimes visés par le *Statut de Rome* dans trois hypothèses : sur la base de la saisine d'un État partie¹¹⁸, lorsque le procureur ouvre une enquête de manière autonome¹¹⁹ ou lorsqu'une situation dans laquelle un ou plusieurs de ces crimes paraissent avoir été commis est déférée au procureur par une résolution du Conseil de sécurité agissant en vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations unies*¹²⁰.

En principe, seuls les États parties peuvent initier une procédure et le procureur ne peut le faire qu'à l'égard de situations impliquant le territoire ou les ressortissants de ces derniers (sauf lorsque des États qui ne sont pas parties au *Statut de Rome* ont accepté la compétence de la CPI à l'égard de certains faits criminels¹²¹). Toutefois, l'intervention du Conseil de sécurité, fondée sur les exigences liées au maintien de la paix et de la sécurité internationales, permet d'élargir l'application du *Statut* à tous les États membres de l'ONU, y compris ceux qui ont ni adhéré au *Statut* ni accepté la compétence de la CPI par une décision *ad hoc*¹²².

Une telle intervention, qui ne requiert pas le consentement des États concernés – comme on peut le constater dans les deux cas d'exercice de ce pouvoir : le Soudan en 2005 et la Libye en 2011 –, revient à attribuer *de facto* à la CPI une sorte de compétence universelle, même si celle-ci ne peut être exercée que sur décision du Conseil de sécurité. Ce dispositif donne ainsi à une instance juridictionnelle une compétence basée sur des fondements politiques.

Le cas de la situation concernant le Darfour au Soudan est symptomatique du poids du Conseil de sécurité dans le cadre de la justice pénale internationale, alors même que de nombreuses oppositions à l'égard de la CPI existent encore en son sein (principalement de la part des États-Unis, de la Chine et de la Russie)¹²³. Il s'agit du premier cas de renvoi d'une situation par le Conseil de sécurité à la Cour pénale internationale.

¹¹⁷ Kolb et Scalia, *supra* note 33 aux pp 48-50; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008 aux pp 329-330 [Cassese, *Criminal Law*].

¹¹⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 32, art 13a.

¹¹⁹ *Ibid* art, 13.c. L'autorisation de la Chambre préliminaire est dans ce cas nécessaire (*ibid* art 15.3).

¹²⁰ *Ibid* art, 13.b.

¹²¹ *Ibid* art, 12.3.

¹²² Le Conseil de sécurité peut aussi saisir la CPI de la situation d'un État membre qui ne l'aurait pas fait, ou pour la période qui court entre l'entrée en vigueur du *Statut de Rome* et l'entrée en vigueur (postérieure) du *Statut* pour l'État en question. Aux termes du *Statut de Rome* (*Statut de Rome*, *supra* note 32, art 11.1), des faits précédent qui sont entrés en vigueur (1^{er} juillet 2002) ne pourront pas être jugés.

¹²³ Florian Aumond, « La situation au Darfour déférée à la CPI, Retour sur une résolution « historique » du Conseil de sécurité » (2008) 1 *Revue générale de droit international public* 111 aux pp 119-123 [Aumond].

Il n'y a pas lieu, ici, de présenter un historique des affrontements en œuvre au Darfour. Mentionnons, cependant, qu'il s'agit d'un conflit complexe entre tribus¹²⁴. Depuis le début des années 2000, le Président Omar Al Bashir se serait servi des milices Janjawid pour attaquer d'autres tribus et pour créer un climat de terreur, par des attaques directes à l'encontre de la population civile notamment¹²⁵.

Face aux informations relatives à de tels agissements, suite à des interventions diplomatiques infructueuses et agissant en vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*, le Conseil de sécurité a adopté le 18 septembre 2004 la résolution 1564 (2004), dans laquelle il a notamment prié le Secrétaire général des Nations unies de créer une commission internationale, afin d'enquêter sur les

informations faisant état de violations du droit international humanitaire et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme par toutes les parties dans le Darfour, pour déterminer également si des actes de génocide ont eu lieu et pour identifier les auteurs de ces violations afin de s'assurer que les responsables aient à répondre de leurs actes¹²⁶.

En octobre 2004, le Secrétaire général a nommé les membres de la commission, présidée par Antonio Cassese, et les a priés de lui rendre compte de leurs constatations dans un délai de trois mois. Dans son rapport du 15 janvier 2005¹²⁷, la commission a estimé que de nombreux crimes internationaux (notamment des crimes contre l'humanité) semblaient avoir été commis. Prenant acte de ce rapport, mais après un « travail laborieux »¹²⁸ (la Chine et les États-Unis s'étant finalement abstenus)¹²⁹, le Conseil de sécurité a adopté la résolution 1593 (2005)¹³⁰, par laquelle il a déféré la situation du Darfour au procureur de la CPI et demandé aux États (notamment au Soudan), ainsi qu'à l'Union africaine, de collaborer avec la Cour pénale internationale.

Cette résolution autorise, ainsi, la CPI à enquêter sur des crimes internationaux commis dans une situation se trouvant hors des territoires des États qui ont accepté sa compétence, afin d'en juger les responsables. Bien que de nombreuses interventions du Conseil portent sur des conflits internes depuis les années 1990¹³¹,

¹²⁴ John Hagan et Wenona Rymond-Richmond, *Darfur and the Crime of Genocide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

¹²⁵ Jennifer Falligant, « The Prosecution of Sudanese President Al Bashir: why a Security Council Deferral would harm the Legitimacy of the International Criminal Court » (2009-2010) 27 *Wisconsin International Law Journal* 727 aux pp 727-756 [Falligant].

¹²⁶ *Résolution 1564 (2004)*, Rés CS 1564, Doc off CS NU, 5040^e séance, Doc NU S/RES/1564 (2004) au para 12.

¹²⁷ Conseil de sécurité, *Rapport de la Commission internationale d'enquête sur le Darfour au Secrétaire général*, Doc off CS NU, 2005, Doc NU S/2005/60.

¹²⁸ *Résolution 1593 (2005)*, Rés CS 1593, Doc off CS NU, 5158^e séance, Doc NU S/RES/1593 (2005) [*Résolution 1593*]; Aumond, *supra* note 123 aux pp 114-123.

¹²⁹ Avec l'Algérie et le Brésil (Conseil de sécurité, *Procès verbal de la 5158^e séance du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5158^e séance, Doc NU S/PV.5158 [2005]).

¹³⁰ *Résolution 1593*, *supra* note 128.

¹³¹ Voir d'Argent et al, *supra* note 30 aux pp 1155-1156; ces auteurs soulignent, cependant, que la plupart de ces interventions sont justifiées par la menace que ces crises internes produisent sur la situation internationale, notamment régionale.

certaines estiment qu'une telle résolution, prise en vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations unies*, est douteuse, puisque le cas d'espèce concerne un conflit armé interne et non international¹³².

Le Procureur de la Cour a été invité par le Conseil de sécurité à l'informer de la suite donnée à ladite résolution dans les trois mois suivant son adoption, puis tous les six mois. Ayant pris le 6 juin 2005 la décision d'ouvrir une enquête, M. Luis Moreno-Ocampo a présenté au Conseil, dès fin juin, les actions entreprises sur la base de la résolution. Présentée sous la forme d'un simple « échange de vues »¹³³, une telle démarche peut néanmoins surprendre¹³⁴. En effet, le procureur, « organe du Tribunal agissant sur la base du droit »¹³⁵, doit-il se justifier auprès d'un organe politique qui n'a pas autorité sur sa juridiction? Les pouvoirs du Conseil de sécurité sont, en effet, limités à l'élargissement de la compétence de la CPI ou à la suspension de son activité, et ne lui donnent aucune autorité sur l'exercice de la fonction juridictionnelle de la CPI et de ses organes¹³⁶.

Les enquêtes du Procureur de la CPI mèneront à la délivrance de mandats d'arrêts à l'encontre de plusieurs hauts responsables du régime soudanais, les inculpant de différents crimes contre l'humanité, de guerre et de génocide¹³⁷.

¹³² William Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary of the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010 à la p 301 [Schabas, *Commentary*].

¹³³ Voir Conseil de sécurité, *Communiqué officiel publié à l'issue de la 5217^e séance (privée) du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5217^e séance, Doc NU S/PV 5217 (2005), ainsi que le procès verbal de la séance (Conseil de sécurité, *Procès verbal de la 5216^e séance du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5216^e séance, Doc NU S/PV.5216 (2005)). Voir ensuite les documents Conseil de sécurité, *Procès verbal de la 5321^e séance du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5321^e séance, Doc NU S/PV.5321 (2005) et Conseil de sécurité, *Communiqué officiel publié à l'issue de la 5322^e séance (privée) du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5322^e séance, Doc NU S/PV 5322 (2006); Conseil de sécurité, *Procès verbal de la 5459^e séance du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5459^e séance, Doc NU S/PV.5459 (2006) et Conseil de sécurité, *Communiqué officiel publié à l'issue de la 5460^e séance (privée) du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5460^e séance, Doc NU S/PV 5460 (2006); Conseil de sécurité, *Procès verbal de la 5589^e séance du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5589^e séance, Doc NU S/PV.5589 (2006) et Conseil de sécurité, *Communiqué officiel publié à l'issue de la 5590^e séance (privée) du Conseil de sécurité*, Doc off CS NU, 5590^e séance, Doc NU S/PV 5590 (2006).

¹³⁴ Williams et Schabas soulignent qu'il a agi sur la base d'une simple invitation du Conseil de sécurité et non pas d'une obligation imposée par le *Statut de Rome* (Sharon A Williams et William Schabas, « Article 13. Exercice de juridiction » dans Otto Triffterer, dir, *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court. Observer's notes, Article by Article*, 2^e éd., München, Beck, 2008, 563 aux pp 563-574 [Williams et Schabas]).

¹³⁵ Kolb et Scalia, *supra* note 33 à la p 279.

¹³⁶ Le devoir d'informer le Conseil lorsque celui-ci a saisi la Cour, imposé au Procureur en cas d'absence de bases suffisantes pour les poursuites (*Statut de Rome*, *supra* note 32, art 53.2.c), relève des règles classiques de la procédure pénale et n'implique nullement un échange de points de vue.

¹³⁷ Voir par exemple : *Le Procureur c Ahmad Muhammad Harun et Ali Muhammad al Abd-Al-Rahman*, ICC-02/05-01/07, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Ahmad Harun (27 avril 2007) (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire), en ligne : CPI <www.icc-cpi.int>; *Le procureur c Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, Mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir (12 juillet 2010) (Cour pénale internationale, Chambre préliminaire), en ligne : CPI < www.icc-cpi.int>.

Le renvoi de la situation du Darfour à la CPI a fait couler beaucoup d'encre, et l'Union africaine (ainsi que d'autres organisations régionales)¹³⁸ a fortement réagi face à la position du Conseil de sécurité. Suite à l'inculpation et à la confirmation des charges retenues à l'encontre du président soudanais, l'Union africaine a considéré que celles-ci entravent la recherche d'une solution au conflit. Ayant inutilement demandé, à plusieurs reprises¹³⁹, que le Conseil exerce son pouvoir de suspension sur la base de l'article 16 du *Statut de Rome*¹⁴⁰, l'Union africaine a réagi de manière très ferme, en décidant que ses États membres ne coopéreront pas avec la CPI pour l'arrestation du président Al Bashir¹⁴¹. Une telle décision laisse ouvertes de nombreuses questions sur les liens entre justice pénale internationale et processus de paix.

Plusieurs États se sont aussi prononcés pour un blocage de l'enquête de la part du Conseil de sécurité : la Libye, la Chine, la Russie l'Afrique du Sud et le Burkina Faso¹⁴². Tous ont argué que la délivrance du mandat d'arrêt contre le président soudanais pourrait mettre en danger le processus de paix. Certains auteurs semblent penser, d'ailleurs, que l'arrêt de la procédure pénale a un rôle à jouer dans le rétablissement de la paix au Darfour, l'amnistie pouvant représenter une monnaie d'échange avec l'arrêt du conflit armé¹⁴³. Mais tous les États ne sont pas de cet avis¹⁴⁴, et la doctrine majoritaire semble se ranger du côté de ces derniers, en estimant que le dessaisissement du Procureur constituerait un préjudice pour la Cour, mais aussi pour la paix¹⁴⁵.

Par le renvoi de la situation du Darfour, puis de la Libye, le Conseil de sécurité garde sa position hégémonique¹⁴⁶ et joue un rôle dans la politique pénale du procureur de la CPI, dont il surveille les avancées. Il faut noter, cependant, qu'il paraît peu probable que ce dernier ne poursuive pas les principaux individus qui se

¹³⁸ Notamment la Ligue arabe, le Mouvement des non-alignés et l'Organisation de la Conférence islamique; voir Falligant, *supra* note 125 à la p 744.

¹³⁹ Union africaine, *Décision sur le rapport de la Commission sur la réunion des États africains Parties au statut de Rome de la cour pénale internationale (CPI)*, Doc Assembly/AU/Dec.245 (XIII), juillet 2009; Union africaine, *Communiqué sur l'arrêt du 3 février 2010 de la Chambre d'appel de la Cour pénale internationale sur le Darfour*, février 2010.

¹⁴⁰ *Statut de Rome*, *supra* note 32.

¹⁴¹ BBC, « South Africa Reverses Decision on Arrest of Sudan's Al Bashir », BBC Worldwide Monitoring (3 août 2009). Plus récemment, les poursuites menées à l'encontre du président et du vice-président du Kenya ont entraîné des réactions similaires au sein de l'Union africaine, plusieurs pays (dont le Kenya) ayant même évoqué la possibilité de se retirer du *Statut de Rome* (Tanguy Berthemet, Les présidents africains contestent la Cour pénale internationale, *Le Figaro* en ligne, 14 octobre 2013 <www.lefigaro.fr/international/2013/10/14/01003-20131014ARTFIG00271-les-presidents-africains-contestent-la-cpi.php>).

¹⁴² Conseil de sécurité, *Security Council Report - Update Report No.4*, 28 juillet 2008, en ligne : CS <www.securitycouncilreport.org> à la p 6 [Update report No.4].

¹⁴³ Philipp Kastner, « The ICC in Darfur - Savior or Spoiler? » (2007-2008) 14 *ILSA Journal of International & Comparative Law* 145 à la p 178 [Kastner].

¹⁴⁴ Notamment la France et les États-Unis, voir *Update report No.4*, *supra* note 142 à la p 6.

¹⁴⁵ Falligant, *supra* note 125; Kastner, *supra* note 143 aux pp 145-188.

¹⁴⁶ Nabil Elaraby, « The Role of the Security Council and the Independence of the International Criminal Court: Some Reflections » dans Mauro Politi et Guiseppe Nesi, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court, A Challenge to impunity*, Burlington, Ashgate, 2001 43 à la p 47.

trouveraient impliqués dans une situation déferée par le Conseil de sécurité¹⁴⁷.

2. LE POUVOIR DE SUSPENDRE UNE PROCÉDURE ET SON UTILISATION ARBITRAIRE

Outre le pouvoir de saisine de la CPI, le Conseil de sécurité a obtenu celui d'empêcher ou de suspendre toute enquête ou poursuite devant la CPI à l'égard d'une situation particulière¹⁴⁸. Ce pouvoir doit aussi être exercé au moyen d'une résolution adoptée en vertu du chapitre VII de la *Charte des Nations Unies*; il est limité, en principe, à une période de douze mois. Toutefois, ce délai étant renouvelable, on ne peut exclure que le Conseil ne bloque un jour définitivement toute possibilité de poursuites devant la Cour. Certains auteurs parlent ainsi de pouvoir de veto¹⁴⁹.

Le Conseil de sécurité a déjà eu recours à ce pouvoir, qu'il a interprété de manière extensive, à tel point que certains ont considéré qu'il avait amendé le *Statut de Rome*, ce qui ne relève indéniablement pas de ses pouvoirs¹⁵⁰.

En effet, par sa résolution 1422 du 12 juillet 2002¹⁵¹, renouvelée par la résolution 1487 (2003)¹⁵², le Conseil a utilisé son pouvoir discrétionnaire de manière arbitraire. Au lieu de suspendre une procédure relative à une situation particulière (ce que l'article 16 du *Statut de Rome* l'autorise à faire)¹⁵³, il a exempté de poursuites devant la CPI une catégorie de personnes (les ressortissants des États non parties au *Statut de Rome*) dans certaines situations générales (les missions de maintien de la paix) pour tous les « actes ou (d') omissions liés à des opérations établies ou autorisées par les Nations unies »¹⁵⁴. La légalité et la légitimité de cette résolution ont

¹⁴⁷ Le Conseil de sécurité peut déferer à la Cour une situation et non pas des crimes particuliers et leurs auteurs (Eric David, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009; *contra* : Luigi Condorelli et Santiago Villalpando, « Referral and Deferral by the Security Council » dans Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R. W. D. Jones, dir, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol I, Oxford, Oxford University Press, 2002). La résolution 1593 (2005) relative au Darfour a clairement déferé une situation générale, et la résolution 1970 (2011) a déferé « la situation en Jamahiriya arabe libyenne ». Cette seconde résolution est toutefois plus ambiguë, dès lors qu'elle comprend des mesures d'interdiction de voyage et de gel de bien prises à l'encontre d'une liste d'individus qui sont ainsi, indirectement, soumis à l'attention du Procureur.

¹⁴⁸ *Statut de Rome*, *supra* note 32, art 16.

¹⁴⁹ William Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, 2ème éd., Cambridge University Press, 2004 [Schabas, *International Criminal Court*].

¹⁵⁰ Seule l'Assemblée des États parties (dans une conférence de révision) est habilitée à amender le Statut de Rome (*Statut de Rome*, *supra* note 32 art 121-123). Les États membres de l'ONU ont d'ailleurs réfuté, plus généralement, l'existence d'un pouvoir du Conseil d'amender des traités internationaux. Pour un commentaire critique, voir Denis, *supra* note 19 aux pp 367- 370.

¹⁵¹ *Résolution 1422 (2002)*, Rés CS 1422, Doc off CS NU, 4572^e séance, Doc NU S/RES/1422 (2002) [*Résolution 1422*]. Cette résolution a été adoptée sous la menace que les États-Unis se désistent des missions de maintien de la paix en cours ou exercent leur pouvoir de veto pour de nouvelles missions.

¹⁵² *Résolution 1487 (2003)*, Rés CS 1487, Doc off CS NU, 4772^e séance, Doc NU S/RES/1487 (2003) [*Résolution 1487*].

¹⁵³ *Statut de Rome*, *supra* note 32.

¹⁵⁴ *Résolution 1422*, *supra* note 151 au para 1.

été largement critiquées, aussi bien par des États (tels que l'Allemagne ou le Canada) que par la doctrine¹⁵⁵, non seulement parce que le Conseil a dépassé ses pouvoirs¹⁵⁶, mais aussi car, ce faisant, il a violé le prescrit des conventions de Genève de 1949, qui obligent à réprimer les auteurs des infractions graves qu'elles établissent¹⁵⁷.

Si cette décision générale n'a plus été renouvelée après 2003, nous en retrouvons le contenu, notamment, dans les résolutions 1497 (2003) concernant la mission de maintien de la paix au Libéria¹⁵⁸, 1593 (2005) relative au Darfour¹⁵⁹ et 1970 (2011) relative à la Libye¹⁶⁰. Bien qu'elles concernent, cette fois, des situations particulières, ces résolutions établissent à nouveau, et toujours sur la base de l'article 16 du *Statut de Rome*¹⁶¹, une immunité devant la CPI pour les mêmes catégories de personnes uniquement : les ressortissants des États non parties au *Statut de Rome* impliqués dans les opérations de maintien de la paix; ces derniers ne pourront être poursuivis et jugés que par l'État dont ils sont ressortissants.

Or, si le *Statut de Rome* permet au Conseil d'empêcher la CPI d'intervenir dans une situation particulière par une enquête ou des poursuites, cela ne peut pas inclure le pouvoir d'assurer l'impunité devant la Cour à une partie seulement des individus pouvant être impliqués dans une telle situation¹⁶². Une telle immunité partielle introduit, en effet, une inégalité de traitement flagrante entre nationaux de différents pays.

3. LA POURSUITE DU (NOUVEAU) CRIME D'AGRESSION

Le rôle du Conseil de Sécurité dans le cadre des activités de la Cour pénale internationale se concrétise aussi (voire se renforce) en lien avec le crime d'agression¹⁶³.

Le crime d'agression n'a pas été défini lors de la Conférence de Rome de 1998¹⁶⁴, les États n'ayant trouvé d'accord, à l'époque, ni sur la définition du crime ni

¹⁵⁵ Voir Schabas, *International Criminal Court*, *supra* note 149 aux pp 83-84; David, *supra* note 147 à la p 947.

¹⁵⁶ Voir Ioannis Prezas, « La justice pénale internationale à l'épreuve du maintien de la paix : à propos de la relation entre la Cour pénale internationale et le Conseil de sécurité » (2006) 39 *Revue Belge de droit international* 57 aux pp 57-98; Denis, *supra* note 19.

¹⁵⁷ Voir Kolb et Scalia, *supra* note 33 à la p 279; Williams et Schabas, *supra* note 134 à la p 571.

¹⁵⁸ *Résolution 1497 (2003)*, Rés CS 1497, Doc off CS NU, 4803^e séance, Doc NU S/RES/1497 (2003).

¹⁵⁹ *Résolution 1593 (2005)*, Rés CS 1593, Doc off CS NU, 5158^e séance, Doc NU S/RES/1593 (2005).

¹⁶⁰ *Résolution 1970 (2011)*, Rés CS 1970, Doc off CS NU, 6491^e séance, Doc NU S/RES/1970 (2011).

¹⁶¹ *Statut de Rome*, *supra* note 32.

¹⁶² Il faut aussi relever, en ce qui concerne le Darfour et la Libye, la contradiction inhérente à l'exercice simultané du pouvoir de déférer une situation et de celui d'empêcher des poursuites.

¹⁶³ Niels Blokker et Claus Kress, « A Consensus Agreement on the Crime of Aggression: Impressions from Kampala » (2010) 23 *Leiden J Int'l L* 889 à la p 894.

¹⁶⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 32, art 5.2; Fannie Lafontaine et Alain-Guy Tachou-Sipowo, « Tous les chemins ne s'arrêtent pas à Rome : La révision du *Statut de la Cour pénale internationale* à l'égard du crime d'agression ou la difficile conciliation entre justice pénale internationale et sécurité internationale » (2009) 1 *Revue belge de droit international* 78 à la p 79 [Lafontaine et Tachou-Sipowo].

sur l'exercice de la compétence de la CPI. Bien que ce crime ne représente, pour l'instant, qu'une compétence « dormante » de la Cour¹⁶⁵, l'Assemblée des États parties a défini en juin 2010 (lors de la Conférence de révision de Kampala)¹⁶⁶ les éléments constitutifs du crime d'agression et les critères d'exercice de la relative compétence. Les nouvelles dispositions conservent la double compétence relative au crime d'agression (celle du Conseil de sécurité et celle de la Cour pénale internationale) et introduisent une notion d'agression qui apparaît aussi double de par sa nature : un acte d'agression imputable à un État et un crime d'agression imputable à un individu¹⁶⁷.

La définition du crime d'agression¹⁶⁸ ne soulève pas de question particulière dans le cadre du sujet qui nous intéresse. Adoptée d'abord, en février 2009, par le Groupe de travail spécial sur le crime d'agression¹⁶⁹, elle a repris la définition des actes d'agression établie par la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations unies du 14 décembre 1974¹⁷⁰, et n'a fait l'objet que de peu de débats lors de la Conférence de Kampala. Il s'agit d'une violation « manifeste » de la *Charte des Nations unies*, d'un recours à la force armée non légitimé par les Nations unies et n'entrant pas dans le champ d'application des exceptions à l'interdiction d'utiliser la force¹⁷¹.

En revanche, l'exercice de la compétence relative au crime d'agression nous intéresse particulièrement¹⁷², dès lors que le rôle attribué au Conseil de sécurité semble sortir renforcé¹⁷³. En effet, à côté de son influence sur l'effectivité des poursuites, qu'il peut le cas échéant retarder, il semble pouvoir contribuer à déterminer l'existence même de l'infraction pénale : le politique risque ici de

¹⁶⁵ En effet, la compétence de la CPI ne pourra s'exercer qu'un an après l'acceptation de ladite compétence par 30 États parties, et sous réserve d'une décision des États parties qui ne pourra intervenir qu'en 2017 (Assemblée des États Parties au Statut de Rome, *Résolution RC/Res.6*, treizième séance plénière, (11 juin 2010) art 15bis et 15ter [*Résolution RC/Res.6*]). Pour l'expression « compétence dormante », voir Hector Olasolo, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005 aux pp 121-170.

¹⁶⁶ La conférence de révision du *Statut de la CPI* s'est tenue à Kampala, Ouganda, du 31 mai au 11 juin 2010.

¹⁶⁷ Lafontaine et Tachou-Sipowo, *supra* note 164.

¹⁶⁸ « 1. Aux fins du présent Statut, on entend par « crime d'agression » la planification, la préparation, le lancement ou l'exécution par une personne effectivement en mesure de contrôler ou de diriger l'action politique ou militaire d'un État, d'un acte d'agression qui, par sa nature, sa gravité et son ampleur, constitue une violation manifeste de la Charte des Nations Unies » (*Résolution RC/Res.6*, *supra* note 165 annexe I art 8bis para 1.) L'« acte d'agression » consiste en « l'emploi par un État de la force armée contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies » (*ibid* para 2). Qu'il y ait ou non déclaration de guerre, un certain nombre d'actes (tels que l'invasion d'un État, le bombardement de son territoire ou le blocus de ses ports) sont considérés comme des actes d'agression (*ibid* art 8bis).

¹⁶⁹ Groupe de travail spécial sur le crime d'agression de l'Assemblée des États Parties au Statut de Rome, *Rapport du Groupe de travail spécial sur le crime d'agression*, ICC-ASP/7/20/Add.I, (février 2009).

¹⁷⁰ *Définition de l'agression*, Rés AG 3314, Doc off AG NU, 2319^e séance, Doc NU A/3314 (1974) [*Définition de l'agression*].

¹⁷¹ Voir *Charte*, *supra* note 5, art 51.

¹⁷² Voir *Résolution RC/Res.6*, *supra* note 165, art 15bis et 15ter.

¹⁷³ Lafontaine et Tachou-Sipowo, *supra* note 164 aux pp 92-103.

contrôler le juridique, sous couvert de « coordination institutionnelle »¹⁷⁴.

Telles que conçues en juin 2010 et sous réserve de leur entrée en vigueur, les nouvelles dispositions règlent, d'une part, le rôle du Conseil de sécurité dans le cadre d'une affaire déférée par un État ou traitée d'initiative par le procureur (a) et, d'autre part, le renvoi à la CPI par le Conseil de sécurité (b).

a) *Le renvoi par un État ou l'ouverture d'une enquête par le Procureur*

La question la plus épineuse est posée par le rôle du Conseil de sécurité dans le cadre d'une enquête pour crime d'agression entamée par le Procureur *proprio motu* ou renvoyée par un État.

Dans ces cas, l'exercice de la compétence de la CPI est réglé par le nouvel article 15bis du *Statut de Rome*¹⁷⁵. Celui-ci prévoit que, lorsque le Procureur conclut qu'il y a une base raisonnable pour mener une enquête pour crime d'agression, il doit s'assurer d'abord que le Conseil de sécurité ait constaté qu'un acte d'agression a été commis par l'État en cause. Le Procureur doit aussi aviser le Secrétaire général de l'ONU de la situation portée devant la Cour et lui communiquer toute information et tout document utiles.

Deux cas de figure sont alors possibles :

a) le Conseil de sécurité a constaté un acte d'agression. Dans ce cas, le Procureur peut mener l'enquête sur ce crime;

b) un tel constat n'a pas été fait par le Conseil, ni celui-ci ne le fait dans les six mois suivant la date de l'avis au Secrétaire général. Dans ce cas, ce terme arrivé à échéance, le Procureur peut mener une enquête pour crime d'agression, à condition toutefois que la Chambre préliminaire ait autorisé l'ouverture d'une telle enquête¹⁷⁶, et que le Conseil de sécurité n'ait pas décidé de suspendre la procédure conformément à l'article 16 du *Statut de Rome*¹⁷⁷.

De nombreuses discussions ont été menées sur ces dispositions lors de la Conférence de Kampala¹⁷⁸, ainsi qu'auparavant lors des rencontres des groupes de travail sur le sujet.

L'obligation, pour le Procureur, de s'assurer que le Conseil de sécurité ait constaté un acte d'agression avant d'ouvrir une enquête et la suspension pendant six mois, en attendant qu'une telle constatation n'intervienne, ont fait l'objet d'âpres

¹⁷⁴ *Ibid* aux pp 95-97.

¹⁷⁵ *Statut de Rome*, *supra* note 32.

¹⁷⁶ Selon la procédure plus généralement établie par l'article 15 du *Statut de Rome* (*Ibid*, art 15).

¹⁷⁷ *Ibid*, art 15bis.

¹⁷⁸ Christian Wenaweser, « Reaching the Kampala Compromise on Aggression: The Chair's Perspective » (2010) 23 *Leiden J Int'l L* 883 [Wenaweser].

négociations. En effet, le 6 juin 2010, en pleine Conférence de Kampala, deux versions étaient proposées aux États membres – celle qui a été adoptée, ainsi que la suivante : « Sans un tel constat, le Procureur ne peut poursuivre une enquête pour crime d'agression »¹⁷⁹. Cette formulation aurait permis au Conseil de sécurité de rester silencieux, afin d'empêcher le Procureur de la CPI d'enquêter sur un acte susceptible de constituer un crime d'agression. Ce n'est pas ce qui a été retenu.

Lorsqu'un État a saisi la CPI pour qu'elle enquête sur un crime d'agression potentiel, le Procureur doit toujours s'assurer du constat de l'existence d'un acte d'agression par le Conseil de sécurité. Une telle obligation fait notamment suite à certaines positions étatiques, lesquelles, lors d'une réunion informelle de juin 2009¹⁸⁰, ont été exprimées dans les termes suivants : des « participants se sont dit favorables à l'application d'un filtre de compétence [...] dévolu au Conseil de Sécurité par la Charte des Nations Unies »¹⁸¹. Le but de ce filtre était « de faire en sorte que la Cour ne soit pas saisie d'affaires frivoles ou d'affaires répondant à des motivations politiques et, ainsi, de la protéger »¹⁸². Ainsi, alors que des institutions plus appropriées, comme la Chambre préliminaire de la CPI, avaient été proposées, c'est finalement le Conseil de sécurité – organe politique extérieur – qui a été choisi. Certains États se sont d'ailleurs montrés hostiles à une telle proposition, en arguant que, l'affaire étant déférée par l'État lui-même, le Conseil de sécurité n'avait pas à se prononcer¹⁸³.

La lecture de l'article 15bis entraîne plusieurs remarques¹⁸⁴. Il faut souligner qu'il n'est pas demandé au Conseil de sécurité de constater l'existence d'un crime d'agression, mais seulement d'un acte d'agression. La constatation du Conseil de sécurité ne représente qu'une condamnation politique visant un État. Elle constitue, néanmoins, une condition préalable permettant l'ouverture immédiate d'une procédure devant la CPI. Le Conseil devra adopter, semble-t-il, une résolution reconnaissant la violation de la *Charte des Nations unies* et qualifiant une action donnée d'acte d'agression¹⁸⁵. C'est à partir d'un tel constat que le Procureur pourra enquêter immédiatement sur la commission d'un crime d'agression, afin d'en identifier les responsables qui seront, en vertu de la compétence de la CPI, des individus¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Conférence de révision du *Statut de Rome*, *Document de séance relatif au crime d'agression*, RC/WGCA/1/Rev.1, (6 juin 2010) à la p 4 [Conférence de révision].

¹⁸⁰ Assemblée des États Parties au Statut de Rome, *Réunion informelle intersessions concernant le crime d'agression organisée au Princeton Club, New York, du 8 au 10 juin 2009 par le Liechtenstein Institute on Self-Determination de la Woodrow Wilson School*, Doc ICC-ASP/8/INF.2, (10 juillet 2009) [*Réunion informelle intersessions*].

¹⁸¹ *Ibid* au para 46.

¹⁸² *Ibid*.

¹⁸³ *Ibid* au para 47.

¹⁸⁴ *Statut de Rome*, *supra* note 32.

¹⁸⁵ David Scheffer, « The Complex Crime of Aggression under the Rome Statute » (2010) 23 *Leiden J Int'l L* 897 aux pp 898-901 [Scheffer].

¹⁸⁶ La responsabilité pénale des États pour le crime d'agression, bien qu'envisagée à plusieurs reprises, notamment dans les travaux de la Commission du droit international de l'ONU, n'a finalement pas été retenue.

La reconnaissance d'un acte d'agression par le Conseil de sécurité devrait entraîner la reconnaissance de son existence dans le cadre du crime d'agression, dès lors que la définition d'un tel acte devant la CPI coïncide avec les termes de la résolution 3314 de l'Assemblée générale des Nations unies¹⁸⁷. Toutefois, le *Statut* prévoit que « le constat d'un acte d'agression par un organe extérieur à la Cour est sans préjudice des constatations que fait la Cour elle-même en vertu du présent Statut »¹⁸⁸. On ne pourra donc pas éviter, le cas échéant, que la Cour considère qu'une situation qualifiée d'agression par le Conseil ne remplit pas les conditions du crime d'agression. Cela, d'autant plus que des éléments constitutifs matériels supplémentaires doivent être réalisés¹⁸⁹.

La formulation retenue donne subsidiairement à la Chambre préliminaire de la CPI le pouvoir d'autoriser le Procureur à mener une enquête, lorsqu'un constat d'agression n'est pas fait par le Conseil de sécurité dans les six mois suivant l'avis au Secrétaire général¹⁹⁰. Une question importante, peut-être la principale, apparaît à la lecture de cette disposition qui présente une lacune : qu'en est-il si le Conseil de sécurité fait un constat inverse affirmant qu'aucun acte d'agression n'a été commis dans la situation pour laquelle le Procureur souhaite intervenir?

Si le Conseil ne fait aucun constat et reste silencieux, il est certain que le Procureur pourra se tourner vers la Chambre préliminaire, afin de demander l'autorisation de mener une enquête. Fondée sur les nouvelles dispositions, cette solution est confirmée par le fait que la version interdisant au Procureur d'agir en cas de silence du Conseil de sécurité n'a pas été acceptée par les États parties. Le Procureur et la Chambre préliminaire oseront-ils, néanmoins, ouvrir une enquête sans l'aval explicite du Conseil de sécurité?

Mais, si le Conseil de sécurité venait à affirmer, voire à adopter une résolution (improbable, mais non impossible) mentionnant qu'il n'existe pas d'acte d'agression, serait-il possible pour le Procureur de se retourner vers la Chambre préliminaire pour obtenir l'autorisation de mener une enquête? La résolution adoptée en 2010 par l'Assemblée des États Parties reste muette à ce propos¹⁹¹. L'interprétation peut, dès lors, être contrastée : soit on assimile ce cas à l'absence de déclaration d'agression et le Procureur pourra, alors, se retourner vers la Chambre préliminaire; soit il faut l'interpréter comme un obstacle aux poursuites. Cette dernière interprétation nous paraît raisonnable, à défaut de laquelle les autres éléments de l'article 15bis ne seraient pas pertinents, car la volonté du Conseil de sécurité serait toujours subordonnée à celle du Procureur, dès lors que ce dernier pourrait se retourner vers la Chambre préliminaire pour avoir son accord et passer outre la position du Conseil. Une telle hypothèse semble peu à même d'être acceptée¹⁹², même si le Conseil pourrait toujours la rendre inopérante par le recours à l'article 16 du

¹⁸⁷ *Définition de l'agression*, *supra* note 170.

¹⁸⁸ *Résolution RC/Res.6*, *supra* note 165, art 15bis para 9 et art 15ter para 4.

¹⁸⁹ Voir *Résolution RC/Res.6*, *supra* note 165, art 8bis para 1.

¹⁹⁰ *Ibid*, art 15bis para 8.

¹⁹¹ *Résolution RC/Res.6*, *supra* note 165; voir aussi Scheffer, *supra* note 185 à la p 901.

¹⁹² *Ibid* aux pp 901-902.

Statut¹⁹³.

b) *La saisine par le Conseil de sécurité*

Le nouvel article 15ter du Statut concerne le cas du renvoi d'une situation à la CPI par le Conseil de sécurité¹⁹⁴. Le pouvoir du Conseil est analogue à celui dont il dispose lorsqu'il défère une situation relative aux autres crimes relevant de la compétence de la CPI¹⁹⁵, l'acceptation de la compétence de la Cour par l'État en cause n'est pas nécessaire pour un tel renvoi¹⁹⁶. Cependant, le texte de cette disposition a engendré de nombreuses discussions¹⁹⁷.

Une question centrale qui a été posée concerne l'hypothèse du renvoi par le Conseil de sécurité d'une situation où des crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou génocide peuvent avoir été perpétrés, mais sans une référence explicite à un acte d'agression : le Procureur peut-il ouvrir aussi une enquête pour ce crime lorsque la situation concerne un État non partie ou un État partie qui n'a pas accepté la compétence pour le crime d'agression? Considérée comme théorique par certains États¹⁹⁸, comme très réaliste par d'autres¹⁹⁹, cette question n'a pas trouvé de réponse claire. Il semble que le Conseil de sécurité garde le contrôle de la reconnaissance de l'acte d'agression car, autrement, cela pourrait l'amener à ne pas déférer de situation alors même que d'autres crimes ont été commis, par peur que le Procureur enquête sur des crimes d'agression non mentionnés par le renvoi²⁰⁰. Il en découle que dans ces hypothèses, en l'absence de qualification d'agression par le Conseil de sécurité, la CPI n'aura aucune compétence pour intervenir à l'égard de ce crime.

Il en irait différemment, à notre avis, si le Conseil devait déférer à la CPI, pour d'autres crimes, un État partie ayant accepté sa compétence pour le crime d'agression. Dans un tel cas, les règles générales s'appliqueront et le Procureur pourrait ouvrir une enquête, avec l'autorisation de la Chambre préliminaire, après six mois de l'envoi d'un avis au Secrétaire général²⁰¹.

Le Conseil de sécurité joue, ainsi, un rôle important dans le cadre de la saisine et de la compétence de la CPI pour le crime d'agression : il peut déclencher la procédure, permettre de mener une enquête immédiate, imposer un délai de six mois

¹⁹³ *Statut de Rome*, *supra* note 32.

¹⁹⁴ *Résolution RC/Res.6*, *supra* note 165.

¹⁹⁵ Conférence de révision, *supra* note 179 à la p 7; voir aussi Conférence de révision du *Statut de Rome*, *Projet de rapport du Groupe de travail sur le crime d'agression*, RC/WGCA/3, (6 juin 2010) à la p 5 aux paras 22 et 23.

¹⁹⁶ *Résolution RC/Res.6*, *supra* note 165; Conférence de révision du *Statut de Rome*, *Éléments d'interprétation concernant les amendements au Statut de Rome de la Cour pénale internationale au crime d'agression*, RC/11,(11 juin 2010) au para 2.

¹⁹⁷ Wenaweser, *supra* note 178 aux pp 883-887.

¹⁹⁸ *Réunion informelle intersessions*, *supra* note 180 à la p 12 au para 50.

¹⁹⁹ *Ibid* à la p 12 au para 51.

²⁰⁰ *Ibid* à la p 24 au para 17.

²⁰¹ Sauf si le Conseil a affirmé l'inexistence d'actes d'agression, ou s'il recourt à l'article 16 du *Statut* (*Statut de Rome*, *supra* note 32).

par son inaction et, le cas échéant, suspendre l'ouverture d'une enquête ou une enquête déjà en cours (ce que lui permet plus généralement l'article 16 du *Statut de Rome*)²⁰². Il reste un pivot central, possédant des attributions plus importantes que celles qu'il connaît pour les autres crimes relevant de la compétence de la CPI. Rappelons, cependant, que pour contre-balancer ces pouvoirs on a prévu que la CPI n'est pas tenue par les constatations effectuées par des organes extérieurs. Ainsi, même si le Conseil de sécurité possède le pouvoir de déterminer l'existence d'un acte d'agression, la qualification légale des actes susceptibles de constituer un crime d'agression reste aux mains de la CPI. Il est toutefois difficile d'envisager que le constat du Conseil n'entraîne pas la reconnaissance, de la part de la Cour, de l'existence de l'élément matériel de l'infraction correspondant à l'acte d'agression reconnu par le Conseil.

C. Le Tribunal spécial pour le Liban

La création du Tribunal spécial pour le Liban par le Conseil de sécurité est aussi symptomatique de l'ingérence de cet organe dans le champ législatif et judiciaire²⁰³.

Le Tribunal spécial pour le Liban a été institué par le Conseil de sécurité des Nations unies pour juger les responsables de l'assassinat (le 14 février 2005) de l'ancien premier ministre libanais, Rafic Hariri, et d'une vingtaine d'autres personnes. Il s'agit d'un tribunal que certains considèrent comme « mixte » ou « internationalisé », du fait que ses textes constitutifs incorporent à la fois des éléments de droit international et de droit interne; cependant, à la différence de ce type de tribunaux, il a été créé par une résolution, ce qui le rapproche essentiellement des Tribunaux pénaux *ad hoc*. En effet, la création du TSL ne résulte pas d'un accord entre les Nations unies et l'État concerné, comme cela a été le cas, par exemple, pour la création du Tribunal spécial pour la Sierra-Leone.

Au lendemain de l'attentat, le Conseil de sécurité condamne l'attentat qui a provoqué le décès de Rafic Hariri et demande au Secrétaire général des Nations unies de lui rendre un rapport urgent sur « les circonstances, les causes et les conséquences de cet acte terroriste »²⁰⁴. Celui-ci met en place une Mission d'établissement des faits, qui commencera ses travaux le 25 février 2005. Parmi ses observations, la mission affirme que « les autorités libanaises étaient manifestement peu disposées à mener des investigations efficaces, et que les méthodes employées ne répondaient pas aux normes internationales »²⁰⁵. Elle demande que l'enquête soit menée par une commission internationale, qui seule pourra en garantir l'indépendance et l'efficacité.

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ Il n'y a pas lieu, ici, d'analyser le cadre juridique du TSL; nous nous limiterons à mettre en évidence le rôle joué par le Conseil de sécurité dans la création du tribunal.

²⁰⁴ Doc off CS NU, 2005, 5122^e séance, Doc NU S/PRST/5005/4.

²⁰⁵ Conseil de sécurité, *Rapport de la mission d'établissement des faits chargée d'enquêter au Liban sur les causes, les circonstances et les conséquences de l'assassinat de M. Rafic Hariri, ancien Premier Ministre*, Doc off CS NU, 2005, Doc NU S/2005/203 à la p 2.

Le 7 avril 2005, le Conseil de sécurité adopte la résolution 1595 (2005) instituant une

commission d'enquête internationale indépendante [...] basée au Liban afin d'aider les autorités libanaises à enquêter sur tous les aspects de cet acte de terrorisme, et notamment à en identifier les auteurs, commanditaires, organisateurs et complices²⁰⁶.

Durant les travaux de la Commission, dans un premier temps, le Premier ministre libanais a sollicité, le 13 décembre 2005, la création d'un tribunal international. En réponse, dans la résolution 1644 (2005) du 15 décembre²⁰⁷, qui prolonge le mandat de la Commission d'enquête, adoptée cette fois sur la base du chapitre VII de la *Charte des Nations unies*, le Conseil de sécurité demande au Secrétaire général d'aider le Gouvernement libanais à « déterminer la nature et l'étendue de l'assistance internationale nécessaire à cet égard ». Le Secrétaire général a opté pour la mise en place d'un tribunal « internationalisé » sur la base d'un accord négocié entre les Nations unies et le Liban²⁰⁸. De la rédaction de cet accord, incluant le Statut du futur tribunal, il ressort que le Tribunal ne serait ni un organe subsidiaire de l'ONU, ni un tribunal libanais, mais un tribunal fondé sur une convention. Cet accord devait entrer en vigueur après son approbation par le Parlement et sa ratification par le Président libanais. Cependant, aucun des deux actes n'a eu lieu.

Le 30 mai 2007, en l'absence de l'accord des autorités libanaises compétentes pour la ratification des traités internationaux, le Conseil a alors créé d'autorité le Tribunal spécial pour le Liban par la résolution 1757²⁰⁹. Cette décision, basée sur le chapitre VII de la *Charte des Nations unies*, a été justifiée, entre autres, par le fait qu'il aurait été impossible pour le Liban de juger les responsables de l'attentat. Le fondement juridique du TSL est donc la résolution du Conseil de sécurité²¹⁰ et non l'accord, qui n'a pas pu être entériné²¹¹ pour des motifs de politique interne.

²⁰⁶ Résolution 1595(2005), Rés CS 1595, Doc off CS NU, 5160^e séance, Doc NU S/RES/1595 (2005) au para 1.

²⁰⁷ Résolution 1644 (2005), Rés CS 1644, Doc off CS NU, 5329^e séance, Doc NU S/RES/1644 (2005).

²⁰⁸ Secrétaire général des Nations unies, *Rapport présenté par le Secrétaire général conformément au paragraphe 6 de la résolution 1644(2005)*, Doc off CS NU, 2006, Doc NU S/2006/176 au para 6.

²⁰⁹ Résolution 1757 (2007), Rés CS 1757, Doc off CS NU, 5685^e séance, Doc NU S/RES/1757 (2007) [Résolution 1757].

²¹⁰ C'est ainsi que, bien qu'il ne représente pas un organe subsidiaire du Conseil, le TSL se rapproche plus des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda que des tribunaux internationalisés.

²¹¹ Bardo Fassbender, « Reflexions on the International Legality of the Special Tribunal for Lebanon » (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* aux pp 1091-1105.

Par ailleurs, la compétence *rationae materiae*²¹² du TSL diffère grandement de celle des tribunaux pénaux internationaux ou internationalisés : pour la toute première fois, une juridiction internationale ne devrait juger que des délits de droit commun sur la base du droit national. La création du TSL a donc été imposée par le Conseil de sécurité à un État (le Liban) pour juger en fonction du droit interne (le droit pénal libanais) des crimes de droit national (notamment les crimes de terrorisme et d'assassinat tels que définis par le code pénal libanais). Un tel précédent concernant la compétence matérielle d'un tribunal international ne peut qu'étonner, voire inquiéter²¹³.

De plus, le champ de la compétence matérielle du TSL est limité. Lors de l'adoption de la résolution 1757, elle ne portait effectivement que sur l'attentat du 14 février 2005 contre Rafic Hariri²¹⁴. Elle peut toutefois être exercée, le cas échéant, à l'égard d'autres actes terroristes présentant un lien de connexité avec cet attentat et étant de nature et de gravité similaires²¹⁵. C'est ainsi que, le 19 août 2011, le juge de la mise en état a émis trois ordonnances de dessaisissement de la juridiction libanaise pour trois autres affaires²¹⁶.

Le développement de l'activité du TSL montre aussi une ingérence internationale dans le droit national, même si elle est, en l'espèce, plus juridique que politique. En effet, alors même que le *Statut du TSL*²¹⁷ est clair et impose l'application du droit libanais concernant les incriminations qui seront jugées, le Tribunal a rendu, en février 2011, une décision²¹⁸ énonçant que le droit libanais s'applique, mais que son interprétation doit être conforme au droit international, et notamment à une prétendue définition du terrorisme d'origine coutumière²¹⁹. Il est impossible d'analyser ici cette décision, qui pose de nombreux problèmes juridiques. Limitons-nous à relever que l'ingérence du Conseil de sécurité dans le droit libanais apparaît d'autant plus importante que le fonctionnement – en principe autonome – du TSL

²¹² La compétence *rationae personae* n'est pas limitée (toute personne, quelle que soit sa fonction ou sa qualité officielle, pourra être jugée par le TSL) et la compétence temporelle du TSL, mentionnée à l'article 1^{er} du Statut (*Statut du Tribunal spécial pour le Liban*, Rés CS 1757, Doc off CS NU, Doc NU S/RES/1757 (2007) [*Statut du TSL*]), vise les attentats terroristes commis entre le 1^{er} octobre 2004 et le 12 décembre 2005 (ou à toute autre date ultérieure décidée par les Parties avec l'assentiment du Conseil de sécurité) s'ils ont, conformément aux principes de la justice pénale, un lien avec l'attentat du 14 février 2005.

²¹³ Voir Maria-Luisa Cesoni, « The International Independent Investigation Commission and the Special Tribunal for Lebanon : Legality and Legitimacy Issues » dans Kolb et Scalia, *supra* note 33 aux pp 605-634.

²¹⁴ *Résolution 1757*, *supra* note 209.

²¹⁵ *Statut du TSL*, *supra* note 212 art 1.

²¹⁶ Il s'agit des affaires connexes Hamadeh, Hawi et El-Murr (*Affaires connexes, Hamadeh, Hawi et El-Murr*, STL-11-02, Établissement de compétence (19 août 2011) (Tribunal spécial pour le Liban), en ligne : TSL <www.stl-tsl.org>).

²¹⁷ *Statut du TSL*, *supra* note 212 art 2.

²¹⁸ *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications*, STL-11-01/I/AC/R176bis, Décision sur l'article 176 bis (16 février 2011) (Tribunal spécial pour le Liban, Chambre d'appel), en ligne : TSL <www.stl-tsl.org>.

²¹⁹ *Ibid* aux pp 29-88. Sur cette question, voir Ben Saul, « Legislating from a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism » (2011) 24 *Leiden J Int'l L* 677 aux pp 677-700.

abonde dans le même sens. Ce dernier semble en effet, d'une part, imposer l'application de dispositions qui ne sont pas dans le Statut et d'autre part, par un tel procédé, pourrait induire une modification substantielle des dispositions du droit commun libanais (en l'espèce la définition du crime de terrorisme) par un effet d'interprétation créatrice en cascade; ce faisant, il excède largement ses pouvoirs.

Nous l'avons vu, l'intervention du Conseil de sécurité dans le cadre de la justice pénale internationale va croissant et l'amène à assumer des fonctions pouvant être assimilées à celle du législateur – production de crimes internationaux et création de juridictions internationales – du procureur – par l'intervention dans la politique pénale de la Cour pénale internationale, qu'il peut mettre en action ou entraver – voire du juge – par son rôle dans la définition de l'existence d'un acte d'agression, acte qui contribue, en même temps, à constituer l'élément matériel du crime d'agression.

Le fait que de telles pratiques se développent ne les rend toutefois pas valides du point de vue juridique. Une partie de la doctrine est ainsi critique à l'égard de ces activités du Conseil et la question de savoir si, ce faisant, la portée de la *Charte des Nations unies* n'a pas été étendue de manière illégitime a été correctement posée.

En effet, ces fonctions dépassent très largement les pouvoirs attribués au Conseil de sécurité par la *Charte*, et ne peuvent pas être justifiées sur la base de la théorie des compétences ou pouvoirs implicites, notamment en raison du fait que les principes de légalité et de séparation des pouvoirs, qui encadrent la matière pénale aux fins de la protection des citoyens – et doivent par conséquent s'appliquer *mutatis mutandis* au droit international pénal comme au droit interne –, ne permettent pas que cet organe s'arroge de telles compétences.

Il conviendrait, en effet, d'éviter que se délitent, grâce au déplacement supranational des incriminations et des poursuites, les droits que l'on a voulu garantir aux justiciables par l'élaboration progressive de principes rigoureux encadrant le droit pénal national.

Certes, les États membres des Nations unies semblent, finalement, valider cette politique du Conseil en acceptant ses résolutions. On ne doit pas confondre, toutefois, les positions politiques des États et leur conviction de se conformer à une règle juridique (*opinio juris*)²²⁰. À plusieurs reprises et dans des domaines divers – dont la création du TPIY, du TPIR et du TSL –, des États ont manifesté leur opposition à l'accroissement des pouvoirs du Conseil. Par ailleurs, des membres du Conseil de sécurité ont accepté les résolutions de celui-ci en matière de justice pénale comme étant des réponses exceptionnelles à des situations exceptionnelles – ce qui n'est pas apte à fonder une nouvelle règle juridique.

²²⁰ Denis, *supra* note 19 à la p 373.

Or, ce développement conséquent de pratiques exceptionnelles au sein du droit international (pénal) non seulement pose un problème de légalité internationale et aboutit à la négation de principes fondamentaux qui encadrent le droit pénal dans les États de droit démocratiques – et qui doivent donc être considérés comme principes du droit international pénal –, mais il produit aussi d'autres conséquences préjudiciables.

D'une part, la politisation de la justice pénale internationale ne peut qu'en entamer la légitimité, et l'action d'une justice supposée politique risque d'emblée de produire des effets politiques négatifs, tant au niveau international que national. Nous avons vu, par exemple, que la décision du Conseil de sécurité de faire ouvrir une enquête pénale pour le Darfour par la CPI, et l'émission par cette dernière d'un mandat d'arrêt contre le président Al Bashir, ont été contestées par l'Union africaine, ce qui a produit un conflit entre cette organisation et les Nations unies. Quant au Tribunal pour le Liban, sa création et le début de son activité ont produit des effets remarquables sur la stabilité politique du pays. En particulier, l'annonce, puis le dépôt de l'acte d'accusation par le procureur du Tribunal, en décembre 2010 et janvier 2011, ont contribué à motiver la chute du gouvernement et attisé à nouveau le conflit entre les deux camps politiques du pays (la mouvance du 8 mars, dont le principal acteur est le Hezbollah, et celle du 14 mars, concentrée autour de Saad Hariri, fils du premier ministre dont l'assassinat est jugé par le TSL).

Les questions de savoir si une justice politisée peut produire l'effet dissuasif escompté (à supposer qu'une justice non politisée puisse l'obtenir), et si elle ne produit pas inévitablement des conséquences politiques indésirables, ont été et doivent être posées. Elles ne peuvent que mettre en question le bien-fondé d'une telle institution.

D'autre part, les limites de l'action du Conseil de sécurité sont constamment franchies et son champ d'action élargi. C'est ainsi que, si la lutte contre le terrorisme « a fourni l'occasion au Conseil de mettre successivement en œuvre des compétences de nature judiciaire, puis législative »²²¹, ce dernier non seulement s'est affirmé directement en tant que législateur pénal, mais (suivi par l'Union européenne)²²² il s'est aussi arrogé le droit d'introduire un système de peines sans jugement.

En effet, par la résolution 1373 du 28 septembre 2001, qui « marque la création directe de normes générales en droit international par le Conseil de sécurité »²²³, et toujours sur la base du chapitre VII de la *Charte*, le Conseil a imposé l'obligation d'adopter des incriminations en droit national, dont il a défini le contenu, telles que :

la fourniture ou la collecte délibérée [...] par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont

²²¹ Pierre Klein, « Le Conseil de sécurité et la lutte contre le terrorisme: dans l'exercice de pouvoirs toujours plus grands? » (2007) *Hors-série Revue québécoise de droit international* 133 à la p 135.

²²² Voir notamment le *Règlement n° 2580/2001 du 27 décembre 2001*, JO L344, 28 décembre 2001, 70.

²²³ Denis, *supra* note 19 à la p 367.

on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes de terrorisme²²⁴.

Toujours sur la base du chapitre VII de la *Charte*, le Conseil a aussi imposé (entre autres) le gel des biens d'une liste de personnes et organismes considérés comme étant des terroristes, sans qu'aucune infraction ne leur soit imputée ni que sa commission ne soit retenue, et sans recours devant une juridiction indépendante²²⁵. Se voulant à la fois législateur et juge, le Conseil de sécurité introduit ici un principe de contradiction avec le système de justice pénale qu'il veut produire par ailleurs. En effet, l'application de sanctions et de restrictions de droits sur la base d'une simple décision politique ou administrative non soumise à recours va à l'encontre de décennies d'évolution du droit international des droits de l'homme²²⁶, qui a notamment amené la Cour européenne des droits de l'homme à entourer de garanties non seulement le droit pénal au sens strict, mais toute la matière pénale au sens large. Les mesures décidées par le Conseil constituent donc la négation même des fondements d'une justice pénale internationale et, plus largement, du droit international pénal.

Cette évolution nous inquiète fortement. Accepter que le droit pénal soit créé par un organe politique intergouvernemental à composition restreinte, qui ne dispose pas de compétences législatives – et encore moins en matière pénale –²²⁷, et lui permettre de s'ingérer dans une activité juridictionnelle, pose une question substantielle de démocratie au niveau tant national qu'international. Plus dangereuse encore apparaît une évolution qui mène au-delà même de la justice pénale, en permettant à un organe politique d'appliquer directement des peines qui ne disent pas leur nom.

²²⁴ *Résolution 1373 (2001)*, Rés CS 1373, Doc off CS NU, 4385^e séance, Doc NU S/RES/1373 (2001) au para 1 (b).

²²⁵ Voir notamment : *Résolution 1267 (1999)*, Rés CS 1267, Doc off CS NU, 4051^e séance, Doc NU S/RES/1267 (1999); *Résolution 1333 (2000)*, Rés CS 1333, Doc off CS NU, 4251^e séance, Doc NU S/RES/1333 (2000); *Résolution 1390 (2002)*, Rés CS 1390, Doc off NU, 4452^e séance, S/RES/1390 (2002).

²²⁶ Comme le montre la jurisprudence des cours européennes à l'égard des instruments nationaux ou européens visant à mettre en œuvre ces résolutions du Conseil (*Affaires jointes Kadi et Al Barakaat Foundation*, C-402/05 P et C-415/05 P, [2008] CJE rec p I-06351; *Affaire Nada c Suisse*, n° 10593/08, Cour EDH (12 septembre 2012)).

²²⁷ Notons que la production de normes pénales par la jurisprudence des juridictions pénales internationales pose des problèmes similaires.