

**CRIMINAL LAW BETWEEN WAR AND
PEACE EL DERECHO PENAL ENTRE LA
GUERRA Y LA PAZ LE DROIT PÉNAL
ENTRE LA GUERRE ET LA PAIX**

LE DROIT PÉNAL ENTRE LA GUERRE ET LA PAIX

JUSTICE ET COOPÉRATION PÉNALE
DANS LES INTERVENTIONS MILITAIRES

Résumé et conclusions du XV^e Congrès International de
l'Association Internationale de Défense Sociale¹

I

Malgré le vieil adage qui dit que «*inter arma, silent leges*», le droit et la guerre ne sont pas des réalités s'excluant mutuellement. Du point de vue conceptuel et juridique, le processus de rapprochement entre les deux mondes a commencé à se forger pendant le siècle des Lumières, avec la distinction entre *ius in bello* et *ius ad bellum*, et il s'est développé en Europe partant de douloureux cas de figure dans le climat belliqueux des 19^e et 20^e siècles. La fin des deux grandes guerres européennes a marqué un point d'inflexion décisif, matérialisé par les procès de Nuremberg et de Tokyo, et la signature des quatre Conventions de Genève. Ces événements ont donné lieu à la première génération de normes de droit pénal de la guerre qui répondent à une dichotomie très claire: sanctionner les comportements les plus intolérables qui se produisent pendant les guerres et les atteintes à la paix. Ces conventions et la Convention Universelle des

1 Le présent travail constitue le rapport de synthèse du XV^e Congrès International de Défense Sociale célébré à Tolède du 20 au 22 septembre 2007 (le programme est affiché sur le site www.defensesocial.org, où on trouve également les enregistrements audio des différentes interventions du Congrès).

Ont participé dans la rédaction de ce rapport de synthèse: Emmanuela Fronza (Italie), Alicia Gil (Espagne), Carmen López Peregrin (Espagne), Masako Nakahira (Espagne), Paula-Andrea Ramirez (Colombie), Cristina Rodriguez (Espagne), Pablo Galain (Allemagne-Uruguay), Claire Saas (France). La rédaction finale a été réalisée par Adán Nieto (Espagne).

Les conclusions énoncées à la section VII ont été discutées et élaborées par: Luis Arroyo, Luigi Foffani, Stefano Manacorda, Manuel Maroto, Adán Nieto, Daniel Schuenemann et Joachim Vogel.

Droits de l'Homme, plus les différentes conventions régionales, représentent les bases essentielles de l'éthique de la mondialisation – exposée par Delmas-Marty –, renforcées, après la fin de la Guerre Froide, avec l'approbation du Statut de Rome et la création de la Cour Pénale Internationale.

La solidité et la stabilité de ces fondations doivent nous permettre d'affronter et de développer l'agenda des nouvelles questions exposées par *Stefano Manacorda* dans son rapport d'introduction qui répond en grande partie à la rupture de la logique binaire constituant les ordres juridiques. Entre la paix et la guerre, entre les ennemis qui luttent et les civils innocents, se sont développées des réalités beaucoup plus complexes. D'un côté, les opérations de maintien de la paix répondent à une subtile échelle, allant du maintien de la paix à son imposition, ce qui peut être identifié soit à des forces de maintien de l'ordre, soit à des forces armées lancées à la conquête d'un territoire, soit même à des forces d'occupation. La structure internationale de ces forces, de par sa régulation juridique, contribue par ailleurs à illustrer un exemple d'interlégalité. Les droits nationaux, les conventions mondiales –telles que les conventions de droit international humanitaire– ou les conventions régionales des droits de l'homme, associées au propre droit des organismes internationaux, tels que l'OTAN, l'ONU ou l'UE constituent un inextricable labyrinthe juridique. Par ailleurs, d'autres acteurs ont fait irruption dans les conflits de guerre : des terroristes, des mercenaires et des corporations qui cherchent des opportunités de faire des affaires dans un espace traditionnellement monopolisé par l'État.

II

Les problèmes juridiques soulevés par les missions de paix sont centrés sur la détermination des normes qui doivent réglementer leurs interventions. Cela implique d'établir des limites dans le cadre desquelles il est admis d'utiliser la force, ce qui est mis en oeuvre par les règles d'engagement (ROE) et les normes juridiques à respecter dans l'exercice d'activités aussi importantes dans les missions de paix que les activités policières et de

maintien de l'ordre public. Il est également indispensable de mettre en oeuvre leur régime de responsabilité pénale et la juridiction de laquelle dépendent leurs interventions, tâche qui est réalisée à travers de la SOFA (*Status of Forces Agreements*).

Le régime de responsabilité des participants dans une mission militaire à l'extérieur, comme l'a exposé *Kuniko Ozaki*, dépend du fait d'appartenir au staff d'une organisation internationale, comme c'est le cas singulièrement pour l'ONU, avec son propre personnel et les observateurs civils et militaires, ou si par contre ce sont des troupes militaires nationales dont le statut juridique est fixé dans leurs SOFA, même si elles font partie de la mission internationale dirigée par l'organisation internationale.

Le cas d'abus sexuels perpétrés par des membres de la mission de paix de l'ONU à la République du Congo a révélé les difficultés existant actuellement pour établir la responsabilité pénale des membres des Nations Unies. Vu que ces cas restent en dehors du régime général d'immunité du personnel de l'ONU, établi à la Convention de 1946 sur les privilèges et les immunités –et qui se limite aux délits commis dans l'exercice des fonctions et qui ne cherchent pas un bénéficiaire personnel–, en principe, la République Démocratique du Congo aurait été compétente pour juger les faits conformément à son ordre juridique. Les difficultés surgissent quand on constate que le système pénal du *host state* n'est pas capable d'entreprendre une enquête ou il existe des doutes au sujet de certaines de ses normes ou pratiques quand à leur compatibilité avec les droits de l'homme. Devant la fréquence de ce type de situations, et afin d'établir un cadre juridique pénal approprié pour assurer la responsabilité pénale du personnel de l'ONU, le groupe d'experts chargé d'élaborer un rapport *ad hoc* sur ce cas, a rédigé un projet de Traité destiné à établir la responsabilité pénale des membres des Nations Unies (*International Convention on the Criminal Accountability of UN officials and experts on mission*). Le Projet est limité uniquement aux modalités les plus graves (dolosives) des délits contre la vie, l'intégrité physique et la liberté sexuelle, afin qu'au moins chaque État partie adopte les mesures nécessaires pour assurer l'exercice de sa juridiction, soit lorsque les faits ont été commis sur son territoire, soit lorsqu'ils ont été commis par un de ses ressortissants. Le Projet invite par ailleurs les États signataires à élargir leur juridiction à partir du principe de la personnalité passive, et pour

les cas où l'auteur réside habituellement sur leur territoire. L'article 7 du Projet prescrit l'obligation de l'extrader ou de le juger. En avril 2007, le Comité d'experts décida de reporter l'instruction du projet afin d'étudier plus en détail le type de délits auxquels on pouvait étendre la responsabilité, car il semblait injustifié, par exemple, d'en exclure les infractions contre le patrimoine; afin également d'améliorer le système de réparation des victimes et le régime de responsabilité civile des Nations Unies.

L'exposé de *Pierini* traitait des différents modèles de SOFA qui servent à établir le régime juridique applicable, et, par conséquent, la responsabilité pénale des membres des contingents nationaux. Le premier modèle de SOFA est celui qui régleme le statut des forces d'un État sur le territoire d'un autre État appartenant à une même organisation internationale, comme c'est le cas de l'OTAN. Dans ce premier modèle, et concernant la responsabilité pénale, l'État d'accueil est compétent pour juger des infractions qui sont délictueuses uniquement en raison de leur ordre juridique; lorsqu'il existe une double incrimination, le conflit de juridictions est résolu en faveur de l'État qui envoie les troupes si l'infraction est en rapport avec les fonctions réalisées; dans le reste des cas, la compétence revient à l'État qui a le plus d'intérêt dans la sanction.

Les cas où il s'agit de régler le statut des forces dans un pays tiers deviennent plus complexes. La base juridique dans ces cas est moins claire, et au problème juridique général vient s'ajouter parfois l'incapacité du système judiciaire de l'État d'accueil de juger de certains délits. Sont également délicats les cas où un soldat ou un ressortissant de l'État d'accueil meurt ou est victime de blessures par le «feu ami», car il existe la supposition que la procédure de l'État du pays qui envoie les forces a comme finalité de garantir l'immunité au moyen d'une décision qui éviterait un deuxième jugement. *Kuniko Ozaki*, dans son exposé, et suivant quelques recommandations du groupe d'experts des Nations Unies concernant les agressions sexuelles commises au Tchad, propose comme éventuelle solution la création de cours martiales mixtes ad hoc pour juger des faits commis dans l'État d'accueil puisque c'est là que se trouvent la majorité des preuves et, évidemment, les victimes.

Si nous passons des problèmes juridiques plus généraux aux plus particuliers qui déclenchent les interventions militaires à l'étranger, il faut

procéder maintenant à exposer les réflexions suscitées à propos des règles d'engagement (ROE). Outre l'exposé de *Jean Paul Pierini*, lequel a abordé le cadre théorique générale, les généraux *José Antonio Fernández Tresguerres*, *José Elito Carvalho Siquiera* et *Sylvain Fournier* ont illustré l'importance et les problèmes juridiques associés aux règles d'engagement dans le cadre d'expériences d'opérations concrètes.

Il est bien connu que le but principal des ROE est d'assurer le contrôle politique sur l'usage de la force; à cause de cette raison fonctionnelle et de la façon dont ces règles d'engagement sont adoptées, ne correspondant pas aux conditions dérivées du principe de la légalité pénale, il est complexe de les intégrer et de les invoquer afin de compléter le système des causes de justification du droit pénal international, en fixant l'étendue de figures telles que la légitime défense. Le problème est particulièrement complexe dans le cas des missions commandées par des organisations internationales (ONU, OTAN, UE), où on ne peut pas utiliser un seul cadre national comme référence exclusive, et où, par ailleurs, il est fréquent que les forces d'un pays agissent sous le commandement d'un autre pays se servant de ROE qui peut-être ont été établies conformément à des paramètres légaux différents.

Sylvain Fournier a fourni dans son exposé l'exemple de la façon dont l'OTAN élabore ses règles d'engagement dans ce cadre d'interlégalité. Chaque État intervient dans leur élaboration sur un plan d'égalité, et en aucun cas les ROE peuvent limiter le droit à la légitime défense tel que réglementé dans l'ordre juridique national, étant entendu en outre que les États sont autorisés dans certains aspects à ne pas les utiliser ou à en restreindre leur usage. Ce critère *self restraint* est également observé dans les ROE approuvées par l'Union Européenne, où il est indiqué expressément que les règles d'engagement n'ont aucun effet sur l'interprétation des normes juridiques qui réglementent l'usage de la force.

Afin de résoudre ces questions, *Pierini* propose deux modèles d'interprétation des ROE. Conformément au premier modèle, la fonction des ROE serait de réglementer l'usage de la force à partir des dispositions du droit international humanitaire, comme facteur inhérent aux interventions militaires; selon le deuxième modèle, sa fonction consisterait à justifier l'usage de la force, étant entendu que cet usage est potentiellement

délictueux et nécessite d'être justifié cas par cas (*criminal law centric*). Dans ce dernier modèle, les ROE auraient la fonction de compléter le système de causes de justification (*defenses*) de chaque ordre juridique, et son référent normatif serait donc le droit pénal interne.

Envisager les ROE conformément à ce dernier modèle est une option condamnée à l'échec, car elles n'ont pas la capacité de déroger, concrétiser ou faire des exceptions aux normes internes, représentant tout au plus des causes de justification putatives pouvant être avancées comme des cas d'erreur. Si les règles d'engagement sont, par contre, conçues comme une partie du droit international, et non comme une concrétisation des règles juridiques d'un ordre déterminé, alors leur estimation change considérablement. La légitimité des ROE proviendrait du fait d'être des concrétisations des normes de droit international, auxquelles les ordres juridiques attribuent une catégorie hiérarchiquement supérieure; ces concrétisations légitimeraient la restriction des droits fondamentaux dans les cas de conflits, sans qu'on soit obligé de se prévaloir de l'argument consistant à affirmer que ces restrictions représentent des cas de légitime défense.

Concevoir les ROE comme des spécifications de la légitime défense implique en outre méconnaître les différents espaces où elles opèrent. La légitime défense présuppose une exception au monopole de l'État sur la violence; les règles d'engagement servent à régler les situations caractérisées, précisément, par l'inexistence de ce monopole et du reste des éléments de légitime défense, tels que l'actualité de l'attaque, la nature injuste de l'agression ou sa restriction à des biens déterminés; elles provoquent trop de zones de friction lorsqu'on prétend légitimer les ROE sur cette base, en les articulant comme une cause de justification.

Giudicelli-Delage a abordé l'analyse des problèmes juridiques qui existent dans l'exercice des fonctions de la police judiciaire de la part de Forces Armées à l'étranger, caractérisées par leur diversité institutionnelle (États, organisations internationales), leurs normes (droit international humanitaire, Conventions des droits de l'homme, normes provenant de l'organisation internationale responsable de la mission, droit local, droit de l'État du pays auquel appartiennent les troupes, droit de l'État qui commande la mission...); et fonctionnelle, car les fonctions de la police judiciaire doivent faire face à différents types de criminalité, allant des

crimes internationaux, du ressort de la Cour Pénale Internationale, à la criminalité commune, les délits militaires, le terrorisme ou la criminalité organisée. Le général *Rodriguez Tresguerres* expliqua, dans le même sens, la complexité de problèmes surgis, du point de vue interne de l'ordre juridique espagnol, au cours des interventions des soldats espagnols comme forces de l'ordre public dans l'ex Yougoslavie. Les troupes espagnoles devaient accomplir une fonction qui est constitutionnellement interdite dans leur ordre judiciaire de référence, qui consiste, par exemple, à disperser la population civile qui s'opposait, sans armes, à la mission militaire ou à fermer en Bosnie des émissions de radio qui incitaient au «nettoyage ethnique». *Kuniko Ozaki* a souligné que l'exercice des fonctions policières est d'une grande importance pour les pays en proie à un conflit armé. La destruction des contrôles sociaux crée des scénarios favorables à l'émergence de multiples formes de criminalité, y compris des comportements aussi graves que la criminalité organisée, la corruption, la traite des êtres humains, etc.

Afin d'aborder la complexité normative et institutionnelle, la solution mentionnée par *Giudicelli-Delage* – dans le but d'augmenter l'efficacité, la sécurité juridique, le contrôle judiciaire et les garanties – passe, dans la mesure du possible, par le fait de rendre cette fonction utile pour pouvoir porter conseil et assistance au sujet des interventions des autorités policières de l'État d'accueil, rectifiées, s'il y a lieu, par les Conventions internationales des droits de l'homme. Cette orientation a des avantages considérables. Elle simplifie la complexité normative, rétablit les forces policières internes, en les formant par des exercices de pratiques policières respectueuses de l'État de droit, et elle représente par ailleurs un apport fondamental à la construction de la paix dans une zone détériorée par un conflit. Les agissements des forces des Nations Unies en Haïti, conformément à l'exposition faite par le Commandant de la mission de stabilisation *Carvalho Siquiera*, ont été encadrés par le principe d'intégration de bas en haut, en collaboration avec les autorités policières locales.

Cependant, parfois, à court et à moyen terme, il n'est pas possible d'occuper un arrière plan, à cause de la faiblesse des polices nationales. Dans ces cas, les soldats exerçant ces fonctions devraient disposer de normes sectorielles pour réglementer les activités policières les plus

importantes (détentions, interrogatoires, fouilles, etc.). L'unification au moyen d'un Code de procédure pénal type, si non impossible est actuellement une tâche énormément complexe.

III

Si bien les missions de paix représentent la première des zones de complexité pour les ordres juridiques actuels, le deuxième grand défi en est l'émergence de nouveaux acteurs, singulièrement, les terroristes et les entreprises privées.

Les implications entre le droit de la guerre et le terrorisme ont été l'aspect central de l'exposé d'*Ulrich Sieber*, lequel a diagnostiqué que la transformation subie actuellement par la plupart des ordres juridiques suppose l'émergence d'un nouveau Droit de la sécurité, intégré par le droit pénal, mais aussi par d'autres secteurs tels que le droit des étrangers, de la police, des services secrets, le droit fiscal, le droit des télécommunications, etc. En ce qui concerne le droit matériel et le droit de procédure pénale, cela a permis de consacrer un modèle préventif de criminalisation dans le cadre préliminaire, dont l'exemple pourrait bien être les nouveaux délits d'organisation qui permettent en matière de terrorisme la criminalisation des terroristes dormants. En droit de procédure pénale, le nouveau modèle consacre une logique similaire à celle du principe de précaution. Les nouvelles mesures en matière de procédure ont pour objet la surveillance des personnes répondant à un profil générique de suspect, mais sur lesquelles il n'y a pas de motifs concrets de suspicion d'avoir participé dans un fait délictueux. Tous ces facteurs ont conduit à une déconstruction des garanties traditionnelles telles que celles relatives à la durée de la période de restriction policière. Au-delà du cadre pénal, on peut également inclure dans ce nouveau droit pénal la création de *task forces* composées par la police, les services secrets, les autorités d'immigration ou des douanes; ce sont des forces qui, lorsqu'elles s'étendent au-delà du niveau de l'État et acquièrent la modalité de coopération internationale, elles sont particulièrement opaques et sans assujettissement au pouvoir judiciaire.

La manifestation la plus radicale de ce nouveau droit de la sécurité découle de l'extension du droit de la guerre à la «guerre contre le terrorisme». Ses développements les plus spectaculaires ont eu lieu aux États-Unis, où l'application du droit de la guerre a permis de justifier la capacité législative du pouvoir exécutif à travers le *Presidential Order*; la pratique de détentions indéterminées des combattants terroristes; la torture comme méthode d'enquête; le kidnapping de personnes comme mécanisme alternatif à l'extradition, en excluant par surcroît ces personnes du système judiciaire et pénitentiaire.

Même si cette stratégie n'a pas atteint des limites similaires en Europe ou dans d'autres pays culturellement proches, il ne faut pas oublier, par exemple, le projet de loi qui en Allemagne justifiait d'abattre un avion civil détourné par des terroristes, en appliquant une logique propre au droit de la guerre. Dans des pays comme Israël on a même proposé la possibilité d'effectuer des assassinats sélectifs. Même les Nations Unies, comme l'a indiqué *Delmas Marty*, ont contribué à estomper les limites entre le droit pénal et la guerre à travers des résolutions du Conseil de Sécurité de l'ONU du 12 et 18 septembre 2001, lesquelles admettaient qu'un État victime d'une attaque terroriste puisse invoquer la légitime défense pour décider souverainement d'une réponse.

William Laufer, Ryan Burg et Mark Pieth ont analysé quelques problèmes parmi les plus importants posés par l'intervention des entreprises privées dans un espace traditionnellement réservé au monopole absolu de l'État qui est l'espace de la guerre. Le business de la guerre est devenu très rentable. L'opacité qui entoure parfois les contrats de fourniture d'armement, l'absence de contrôles judiciaires et administratifs efficaces, la complexité juridique et la réalisation d'affaires hors du territoire national font que les affaires commerciales sur la scène de guerre soient rentables et provoquent l'apparition de fraudes et de corruption, comme formes de rentabiliser les bénéfices. Dans ce sens, l'exposé de *Mark Pieth* a montré l'importance de la corruption dans des situations de conflit suite à la faiblesse des contrôles aussi bien de la part du pays subissant la crise, des pays qui envoient des troupes que de la part des propres organisations internationales qui manquent de capacité et de compétences pour effectuer des enquêtes. *Burg et Laufer* ont donné de nombreux exemples de fraudes dans les

contrats de la part des sociétés ayant obtenu d'importants marchés publics, soit dans la reconstruction, soit dans l'approvisionnement de matériel militaire.

Les solutions proposées en vue de contrôler les activités des entreprises privées dans les situations de guerre passent par l'augmentation des audits et des contrôles, et l'intervention de l'État afin de surveiller l'activité et la gestion financière de ces sociétés, le respect des termes contractuels et la qualité des travaux réalisés. L'encouragement de l'autorégulation des entreprises est également conseillé dans ce cadre. Finalement, il faut typifier correctement les fraudes des entreprises dans les situations de guerre, en établissant la responsabilité pénale des personnes physiques et juridiques. Ces régulations doivent être appliquées selon un critère extraterritorial pendant et après la guerre. Une proposition de cette nature fait l'objet actuellement de discussion dans le Sénat des Etats-Unis.

IV

Face à une réalité aussi complexe et nouvelle comme celle qui vient d'être décrite ci-dessus, il faut s'interroger, en premier lieu, sur les transformations qu'elle doit impliquer dans le domaine du droit pénal militaire et du droit pénal international, qui sont les secteurs de l'ordre juridique les plus concernés par les situations décrites; et en deuxième lieu, sur le rôle des droits de l'homme et du contrôle judiciaire.

En ce qui concerne le droit pénal militaire, la question principale est celle de savoir s'il est actuellement légitime ou nécessaire ou s'il s'agit d'un reste atavique du passé qu'il conviendrait de supprimer. *Jiménez Villarejo* et *Fiandaca* ont donné une réponse à cette question. Pour *Jiménez Villarejo*, du point de vue du droit positif espagnol la raison d'être de la juridiction militaire est basée sur trois considérations: l'indiscutable spécificité du droit pénal militaire, lorsque ce dernier se réduit à éviter des comportements incompatibles avec la correcte exécution des missions qui constitutionnellement sont attribuées aux Forces Armées; le besoin de contrôler l'exercice du pouvoir disciplinaire de la part des autorités et des commandements militaires; et en troisième lieu, le maintien de la juridiction

militaire comme composante du Ministère de la Défense, ce qui évite que le gouvernement des juges civils ou militaires soit attribué au même organe.

Toutefois, comme l'a montré *Jiménez Villarejo*, la justice militaire est en train de s'approcher davantage non seulement des grands principes mais aussi des dispositions plus concrètes de la justice civile, aussi bien pénale qu'administrative, en ce qui concerne les sanctions disciplinaires. Même le lien organique des juges militaires avec le Ministère de la Défense s'est relâché, car on a attribué aux juges militaires un statut d'indépendance substantiellement similaire aux juges civils. C'est ainsi que la spécificité de la justice et du droit pénal serait surtout la protection des fonctions constitutionnelles des forces armées, ce qui rendrait légitime une plus grande extension du droit pénal militaire là où elles se montrent dans toute leur ampleur, c'est à dire, en temps de guerre et pendant les interventions militaires à l'étranger. En tout cas, même en temps de guerre, le droit pénal militaire peut s'écarter des principes fondamentaux du droit pénal commun, et détériorer, par exemple, le principe de la légalité, pour devenir un droit pénal du pouvoir exécutif, tel qu'il arrive avec le modèle de droit pénal de la guerre conçu par l'administration *Bush*.

Cette dernière considération est probablement l'une des leçons principales à tirer du riche exposé de *Giovanni Fiandaca*. Le droit pénal militaire ne peut pas être destiné à la protection des valeurs propres découlant des particularités sociologiques ou politiques que l'armée a pu incarner par le passé: le courage, l'honneur, l'esprit de sacrifice, le mépris à l'égard du danger, la discipline, l'efficacité administrative, etc. Ce vieux droit pénal militaire, doté d'une forte empreinte subjective, éloigné de la protection des biens juridiques, et où le droit pénal et le droit disciplinaire s'entremêlaient jusqu'au point de se confondre, ne correspond pas au modèle des forces armées actuelles, un modèle plus technocratique et professionnalisé qu'héroïque. Dans ce nouveau modèle d'armée, il faut chercher une raison d'être au droit pénal militaire, surtout en période de conflit, ce qui unifierait le droit de la guerre avec le cadre pénal des missions de paix, celle-ci résidant non pas dans «l'efficacité» pour gagner la guerre mais dans le respect des règles et des usages de la guerre tendant à l'humaniser et la rendre moins violente et nuisible. De ce point de vue, peuvent être susceptibles de sanctions pénales des comportements qui

transgressent les règles techniques qui visent à la conformité et à l'efficacité de l'organisation militaire et même, une fois résolus les problèmes découlant du principe de légalité, le non respect des règles d'engagement (ROE), ainsi que tout autre type de normes associées à la sécurité personnelle dans les opérations qui rapprocheraient le droit pénal militaire, dans certains aspects, du droit pénal du travail.

Antonio Intelisano a également mis l'accent sur la complexité découlant du fait d'appliquer deux codes pénaux militaires différents pour les temps de paix et les temps de guerre dans des situations telle que la situation actuelle, où des missions de paix constituent un *tertium genus* difficile à classer et où les gouvernements et les parlements évitent à tout prix, pour des raisons politiques, d'utiliser le mot «guerre» pour désigner un conflit belliqueux. En Italie c'est une décision politique qui a empêché l'application du code pénal militaire en temps de guerre aux délits perpétrés par des missions de paix, comme il était d'usage, ce qui implique d'importantes conséquences pratiques.

Finalement, dans l'évolution du droit pénal international, et tel qu'il a été souligné par les exposés de *Lascano* et *Nieto Martín*, la jurisprudence des deux cours régionales des droits de l'homme ont joué un rôle décisif. Le TEDH depuis son célèbre arrêt *Engel* (1976) a égalé, dans des termes raisonnables, l'exercice des droits fondamentaux à l'intérieur et à l'extérieur des casernes militaires, et a doté de garanties le droit disciplinaire et le droit pénal militaire. Les deux droits sont considérés comme des manifestations du *ius puniendi* de l'État en matière pénale, et par conséquent il faut appliquer les garanties découlant de l'article 6 et 7 de la Convention. Non moins riche est la jurisprudence du TEDH visant à garantir l'impartialité et l'indépendance des juges militaires. La Cour Interaméricaine a souligné le caractère restrictif de la juridiction militaire, afin d'empêcher que cette juridiction s'occupe de la répression politique, comme ce fut le cas fréquemment dans plusieurs dictatures militaires.

Cette jurisprudence sert à conjurer les vieux dangers mentionnés par *Zaffaroni*, de la juridiction militaire: les restrictions absurdes et dangereuses des libertés et des garanties des militaires faisant l'objet de jugement, en mêlant le droit disciplinaire au droit pénal, ou par les agissements des juges administratifs sujets à une chaîne de commandement très forte et

par conséquent, manquant d'impartialité. Le modèle disciplinaire des pays de la *common law* et le modèle continental, plus proche du droit pénal, servent également de base commune et il harmonise deux modèles de justice militaire très différents, tel qu'il a été exposé par *Noon*.

V

Les réflexions relatives au droit international et les situations de conflit de guerre conduisent inévitablement à s'interroger sur la classification du délit d'agression, car au-delà des problèmes juridiques pouvant être soulevés, son existence constitue un cas de légitimité du droit pénal international. On peut difficilement justifier la punition des comportements concrets si le fait déclanchant le conflit armé échappe à tout genre de considération juridique pénale. *Gehard Werle* a exposé les axes principaux fixant le débat actuel sur le délit d'agression, lequel, comme on le sait, se trouve dans une situation de *stand by*. Quoique prévu dans le Statut de Rome, il n'a pas été encore défini. De l'expérience de *Nuremberg* et *Tokyo*, *Werle* déduit que l'utilisation illégitime de la force de la part d'un pays ne constitue pas forcément un crime d'agression, à moins de contenir les trois éléments suivants: une certaine intensité, l'utilisation intensive de la force militaire à grande échelle; la présence d'une intention claire d'annexer ou de contrôler un autre État; et le troisième, une situation de leadership par rapport au sujet actif. Avec ces caractéristiques, par exemple, l'invasion d'Irak ne constitue pas un crime d'agression. Cette vision stricte est celle qui prévaut aussi dans les droits nationaux qui ont décidé de typifier le crime d'agression, où on exige un attentat à l'indépendance ou à la souveraineté d'un État, ou bien on établit une définition similaire à celle dérivant de *Nuremberg*.

En effet, l'ONU pourrait établir une définition plus étendue de ce délit, comme elle l'a proposé en 1973, et qui peut être déduite du contenu de l'article 5 du Statut de Rome. Devant cette nouvelle tâche, *Werle* coïncide avec l'opinion exprimée par *Rodríguez Villasante*, dans le sens où la future typification ne devrait pas faire dépendre l'existence du délit d'agression de l'opinion du Conseil de Sécurité des Nations Unies, que ce soit comme

élément du type ou comme condition objective de recevabilité. Ce modèle rendrait cette figure excessivement politisée.

Delmas Marty a signalé une autre perspective dont il faudrait tenir nécessairement compte dans une éventuelle réforme ou, au moins, dans une réélaboration conceptuelle des crimes de guerre. Si bien l'interdiction des comportements qu'y sont signalés constitue des fondements de l'éthique universelle, ces délits devraient être indépendants des situations de conflit armé, afin d'être applicables aux violations des Conventions de Genève et de La Haye qui se produisent au cours des missions de paix ou dans la lutte contre le terrorisme. Une telle modification peut servir de contrepoids au nouveau paradigme de la guerre contre le terrorisme.

Le principe de justice universelle est généralement applicable aux délits qui constituent les crimes contre l'humanité. Toutefois, dernièrement, aussi bien du point de vue législatif que doctrinaire, on assiste à un certain réexamen de cette question. C'est ainsi que, par exemple, *Werle* a manifesté ses doutes, concernant le crime d'agression, au sujet d'élargir le principe de la justice universelle à ce délit. *Florian Jasseberger* a également commenté les restrictions que le § 153 f de l'Ordonnance de la Procédure Pénale allemande a introduites au principe de la juridiction universelle afin de réduire à de proportions raisonnables l'application de ce principe, d'éviter le risque de forum shopping et la surcharge de la juridiction allemande. Conformément à cette disposition, qui régleme le pouvoir discrétionnaire du Ministère public, lorsqu'il s'agit d'exercer l'accusation conformément au principe de proportionnalité, le procureur est uniquement obligé d'accuser lorsqu'il existe un lien avec l'Allemagne décrit par la loi de manière stricte. Dans le reste des cas, il peut appliquer le principe d'opportunité pour ne pas poursuivre les faits.

Ce type de restrictions du principe de la justice universelle n'est pas incompatible avec le fait de maintenir en vigueur le principe de la complémentarité comme pierre angulaire des rapports entre la Cour Pénale Internationale et les juridictions nationales. Comme l'a signalé *Delmas Marty*, la complémentarité non seulement a l'avantage politique de préserver la souveraineté nationale, mais elle est aussi plus opérationnelle et a un avantage éthique, si elle est accompagnée de mesures d'harmonisation, favorisant l'émergence d'une communauté judiciaire transculturelle.

Derrière ces questions générales, *Gonzalo Jar* a abordé un sujet plus concret, mais qui est également non résolu d'une manière satisfaisante par le droit international humanitaire ou pénal, qui est la protection des journalistes qui effectuent leur travail dans des situations de conflit armé. Les chiffres rendent compte de l'importance de cette question: en 2006, plus de 100 journalistes sont morts dans des conflits armés, dont la plupart ont eu lieu en Iraq, et plusieurs étaient des correspondants natifs de la région dont les morts n'ont pas d'écho dans la presse occidentale. Le problème est essentiellement le suivant: la conception que le Droit international humanitaire a du correspondant de guerre était associée à celle d'un membre de plus du contingent armé, dont la mission était la propagande; pour cette raison, les Conventions de Genève de 1949 l'assimilaient à tout autre prisonnier de guerre. Avec l'émergence du journalisme de guerre indépendant, après la guerre du Vietnam, une nouvelle figure apparaît, celle du «journaliste en mission dangereuse», qui dans le protocole additionnel aux Conventions de Genève de 1977 est assimilé à la population civile; et les attaques contre des journalistes deviennent des crimes de guerre qui violent les dispositions du droit international humanitaire.

VI

Un sujet transversal qui a été présent au cours des différentes interventions du congrès est la valeur des droits de l'homme lorsqu'il d'agit d'établir les limites des vieilles et nouvelles formes de conflits de guerre.

Le premier aspect à analyser en est les rapports entre le droit humanitaire ou le droit de la guerre et les droits de l'homme. La Cour Internationale de Justice dans son arrêt relatif à la construction du mur qui sépare les territoires palestiniens a confirmé la thèse qui veut que les droits de l'homme consacrés dans les Conventions internationales et régionales soient également appliqués dans les conflits de guerre. Même si la doctrine, comme l'a exposé *Rodríguez Villasante*, considère que les deux corpus de normes sont complémentaires, il est vrai que la jurisprudence du TEDH relative aux conflits de guerre base ses décisions exclusivement sur les

droits de l'homme reconnus dans la Convention Européenne, peut-être parce qu'il considère que le droit international humanitaire peut diminuer le degré de protection de certains droits d'homme. La Cour Interaméricaine, de son côté, a signalé expressément qu'elle manque de compétences pour l'interprétation du droit international humanitaire.

L'efficacité des droits de l'homme est en outre gravement diminuée dans les situations de conflit de guerre pour deux raisons : la première raison, qui se détache nettement dans le cas *Bankovic* (2001) du TEDH, relatif au bombardement de la radio télévision serbe par les troupes militaires de l'OTAN, appartenant à des pays faisant partie de la Convention, en est que le principe de base pour déterminer le cadre d'application de la Convention et, par conséquent, la compétence du TEDH, est le cadre territorial, circonstance qui laisse hors de jeu la Convention dans toutes les missions militaires se produisant dans des pays tiers. Non moins limitatrice de l'efficacité de la Convention en est la jurisprudence *Saramati et Behrami* (2007). Dans les interventions dirigées par des organisations internationales, telles que les Nations Unies ou l'OTAN, il n'est pas possible d'appliquer la Convention car ne faisant pas partie de celle-ci. Cette doctrine, telle que l'a exposée *Nieto Martín*, doit être révisée conformément aux décisions les plus innovatrices, telles que *Loizidou* (1995), *Issa* (2004) ou la décision de la Chambre des Lords pour le cas *Ali-Saeki*. Il semble étrange qu'un soldat puisse «porter tout l'ordre juridique dans son havresac», sauf les Conventions les plus actives en matière de protection des droits de l'homme. Ces restrictions, comme l'a remarqué *Manacorda*, entravent en outre la fonction d'harmonisation du droit pénal militaire et de la guerre assumée par les droits fondamentaux recueillis dans les plus importantes Chartes.

L'intervention de *Giovanni Grasso* a montré l'importance des droits de l'homme dans le cadre de la coopération pénale dans les conflits de guerre. La jeune Chambre des droits de l'homme de Bosnie-Herzégovine qui est compétente pour signaler les violations de la CEDH dans ce territoire s'est opposée aux aspects les plus discutables de la législation terroriste des États-Unis. Ladite Cour a déclaré que la remise irrégulière aux troupes américaines de ressortissants bosniaques soupçonnés de terrorisme constituait une violation de la Convention. A partir d'une des lignes

jurisprudentielles des plus progressistes et innovatrices de la CEDH, celle établie dans le cas *Soering* (1989), ladite Cour a déclaré que la coopération avec un ordre juridique, dans les cas où il pourrait exister des risques d'imposition de la peine de mort, constitue une violation de l'article 3 de la CEDH, où les traitements inhumains et dégradants sont interdits, ainsi que des protocoles additionnels qui prohibent la peine capitale. Si cette jurisprudence se consolide et s'étend, comme le prétend l'article 19.2 du Projet de Constitution Européenne, il serait contraire aux Conventions internationales des droits tout acte de coopération judiciaire avec la procédure d'un État où il pourrait exister le risque de violation des droits de l'homme du détenu.

Les jurisprudences nationales ont pu faire échouer, à partir des droits de l'homme, quelques aspects des plus intolérables de la législation antiterroriste des Etats-Unis et d'Israël. Dans le premier cas, comme l'a exposé *Douglas Cassel*, l'argument de la nécessité militaire a conduit à éviter après le 11 septembre aussi bien l'application du Droit international humanitaire que les droits fondamentaux aux dénommés combattants ennemis. Le fait d'avoir dénommé «guerre» à la lutte contre le terrorisme a restreint l'application des droits de l'homme. Complémentairement, en arguant que le droit international humanitaire n'est pas d'application à la guerre contre le terrorisme, ne s'agissant pas d'un conflit interne ni d'une guerre internationale entre États, on a également évité l'application de ce corpus normatif. Ces deux arguments ont situé les personnes soupçonnées d'appartenir à *Al Qaeda* dans un *no man's land* juridique où on n'applique ni les droits de l'homme ni le droit pénal international, ni même le droit des États Unis, étant hors de son territoire. La Cour Suprême, comme on le sait, a rejeté ces arguments.

Rodríguez Villasante a montré également que l'activisme judiciaire en faveur des droits de l'homme a été également décisif dans un contexte aussi complexe que celui d'Israël. La Cour Suprême de ce pays, par arrêt du 13 décembre 2006, concernant les assassinats sélectifs, a considéré, en basant sa décision sur le droit international humanitaire, que l'usage de la force et la possible privation du droit à la vie, doit être proportionnel au risque subi para la personne affectée, ce qui conduit à l'illégitimité de ce type de pratiques.

En Italie, conformément à l'exposé du procureur de Milan, *Armando Spataro*, la position du Tribunal Constitutionnel, concernant les *extraordinary renditions* dans le cas Abou Omar, est d'une spéciale importance. Face aux allégations du gouvernement italien, signalant que l'enquête du procureur avait violé les secrets d'État, la Cour a objecté qu'il n'est pas possible d'utiliser cette figure lorsque les droits fondamentaux sont en jeu. Une autre preuve de la «mobilisation» judiciaire qui a eu lieu concernant ce cas, est l'efficace coopération qui s'est produite entre les juges allemands, suisses et espagnols, conscients du fait qu'une omission dans ce domaine pouvait constituer une violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui exige des obligations positives en matière d'enquêtes lorsque des violations graves des droits de l'homme sont en jeu.

VII

Compte tenu de ce qui a été exposé ci-dessus, des diverses exposés, des débats et des interventions, on peut énoncer dix conclusions à propos desquelles la Société International de Défense Sociale invite à continuer à travailler et à approfondir.

PREMIÈRE

Les droits de l'homme doivent être respectés en toute situation de conflit armé. Dans ce but, son application effective doit être assurée. Cela implique d'assurer son application extraterritoriale dans les interventions réalisées dans des pays tiers, au moyen d'un contrôle effectif de la part des tribunaux régionaux de protection des droits de l'homme.

L'application effective des droits de l'homme exige aussi son application dans les missions dirigées par les organisations internationales. Cet objectif peut être atteint au moyen de l'adhésion expresse des organisations aux Conventions internationales, en responsabilisant les membres nationaux du respect des droits de l'homme dans les conflits armés où ces organisations interviennent.

DEUXIÈME

La collaboration pénale ou policière avec un système pénal qui ne garantit pas le respect des droits de l'homme doit être considérée une violation des droits de l'homme des sujets affectés. En aucun cas on ne doit collaborer avec des procédures qui imposent la peine capitale.

TROISIÈME

Le crime d'agression doit avoir une définition plus ample que celle découlant du droit consuetudinaire dérivé de Nuremberg et Tokyo, sans faire de ce délit une norme pénale qui dépende des décisions du Conseil de Sécurité des Nations Unies.

QUATRIÈME

Les délits contre les personnes et les biens protégés en cas de conflit armé doivent s'étendre aux comportements similaires perpétrés dans le cadre des missions de paix et de la guerre contre le terrorisme.

CINQUIÈME

Il est urgent de mettre en oeuvre une convention internationale établissant la responsabilité pénale des membres de l'ONU pour les délits perpétrés dans le cadre des missions de maintien de la paix, d'une étendue similaire à celle des membres des contingents nationaux.

SIXIÈME

Il faut garantir l'efficacité du droit pénal afin de punir la fraude et la corruption perpétrées par les entreprises obtenant des marchés de fourniture d'armement ou d'exécution de travaux publics dans les zones de conflits. L'intervention du droit pénal doit être accompagnée de l'amélioration de la transparence de ce type de marchés et de l'établissement de rigoureuses procédures de contrôle.

SEPTIÈME

La spécificité du droit pénal militaire réside dans la protection des fonctions que les Constitutions démocratiques attribuent aux forces armées et, en particulier, le respect des principes et des normes visant à humaniser et à atténuer la violence des conflits armés. La juridiction militaire doit bénéficier d'une indépendance identique à la juridiction civile et la procédure pénale militaire doit intégrer les principes d'un procès juste.

Les ordres juridiques restreignant le droit pénal militaire aux temps de guerre ou disposant d'un code pénal spécifique à ces périodes doivent l'appliquer également aux délits perpétrés dans le cadre des missions de maintien de la paix.

HUITIÈME

La collaboration entre les institutions représente le modèle idéal pour résoudre les problèmes d'interlégalité découlant de la présence des troupes d'un pays sur le territoire d'un autre pays. Les délits perpétrés par des militaires ou des civils intégrés dans une mission de paix dans l'État d'accueil devraient ainsi être jugés par des tribunaux mixtes formés de juges de cet État et de celui qui envoie les troupes. Également, et s'il y a lieu, la collaboration avec les autorités nationales est le système le plus adéquat pour réaliser les fonctions policières de maintien de l'ordre public et d'enquête sur les faits délictueux.

NEUVIÈME

Les cours pénales internationales tendent à attribuer aux règles d'engagement (ROE) une efficacité normative immédiate, que ce soit dans le cadre des causes de justification (légitime défense, exercice d'un droit, etc.) ou comme éléments de types pénaux renvoyant à des éléments normatifs étrangers à la loi pénale. Cette efficacité des ROE, entraînant normalement comme effet la limitation de la responsabilité pénale des forces intervenant dans les conflits armés, tranche sur le manque de légitimité et de transparence de leur procès d'élaboration, dominé par les États-Majors. L'intégration

des règles d'engagement (ROE), nationales ou internationales, par l'ordre juridique pénal doit être subordonnée *ex ante* à l'existence d'un contrôle parlementaire, au moyen d'un comité spécial, et *ex post* à un contrôle judiciaire effectif, concernant la compatibilité des ces dispositions non seulement avec le droit interne de chaque pays mais aussi avec le droit international humanitaire.

DIXIÈME

Pour augmenter l'efficacité de la loi et des droits de l'homme dans les situations de conflit, il faut encourager l'autorégulation des sujets publics et privés impliqués. Il serait, ainsi, souhaitable d'élaborer un code de conduite type établissant les normes de comportement auxquelles doivent se soumettre les soldats d'un État lorsqu'ils assument des fonctions policières. Les entreprises et les ONG participant dans des missions de maintien de la paix devraient également mettre en oeuvre des systèmes d'autorégulation spécifiques (*compliance programs*) afin de respecter les droits de l'homme, le droit du travail et éviter la fraude et la corruption.

