

ENTRE LA GUERRE ET LA PAIX: LE DROIT PÉNAL EN QUÊTE DE SA PLACE

STEFANO MANACORDA

Professeur de Droit Pénal à l'Université de Naples II

I. INTRODUCTION: UN DROIT PENAL «EN SUSPENSION»

À l'automne 1907, la seconde Conférence internationale de la paix se clôturait à La Haye: dix nouvelles conventions étaient adoptées et trois anciennes, dites de Genève, étaient modifiées. Le droit international humanitaire venait ainsi s'enrichir sensiblement au travers de nouvelles normes sur la conduite des guerres terrestre et maritime et sur la protection des malades et des blessés¹.

Il paraît étonnant que, exactement un siècle après, certaines de ces règles qui sont longtemps apparues comme un patrimoine indépassable de l'humanité, renforcées par le choc de deux guerres mondiales, puissent être remises en doute. En effet, le danger surgit aujourd'hui que la guerre, sous l'impulsion des contingences dramatiques du terrorisme international et d'une volonté politique marquée par un fort unilatéralisme, s'affranchisse de plus en plus des impératifs de l'État de droit, mettant en échec l'espoir de *Hans Kelsen* d'atteindre la paix par le droit². Le recours à «la guerre comme peine et à la peine comme guerre» – selon la formule du pénaliste

1 Le droit pénal a été toujours en première ligne pour assurer l'effectivité du droit international humanitaire: v. H.H. JESCHECK, «Der strafrechtliche Schutz der internationalen humanitären Abkommen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1953, p. 112 et s.

2 H. KELSEN, *Peace through law*, The University of North Carolina Press, 1944.

allemand *Prittwitz*³ – brouille nos catégories de juristes. Serions-nous aujourd’hui devant un revirement dangereux du cours de l’histoire dont nous resterions les spectateurs impuissants?

C’est donc aux organisateurs de ce XVe Congrès international de Défense Sociale que revient le mérite d’avoir retenu le thème, que nous commençons à aborder aujourd’hui comme objet commun de notre réflexion, s’inspirant de la vocation humaniste inscrite dans le statut de la Société. Par la suite, j’essaierai donc d’esquisser le fil conducteur du Congrès pour mettre en exergue certains des points fermes de la réflexion, mais aussi pour signaler quelques questions qui, en l’état actuel des choses, surgissent dans le débat. Il reviendra aux rapporteurs qui interviendront au cours de ces trois journées de nous offrir des réponses dans un domaine si complexe.

Si je pouvais donner un titre pour cette introduction aux travaux, je dirais que le système pénal est aujourd’hui dans une position de très forte incertitude, «en suspension», et cela à plusieurs égards.

Premièrement, le pénal se trouve, pour ainsi dire, «écartelé entre la guerre et la paix». Très schématiquement, alors qu’il pénalise la guerre d’agression et les crimes de guerre, d’une part, et protège la paix des différentes atteintes auxquelles elle est exposée, d’autre part, cette logique binaire est bien loin de la réalité. Un nombre impressionnant de conflits a eu lieu au cours de ces dernières années, notamment après la chute du mur de Berlin, et ne relève d’aucune de ces deux catégories. Je me passerai ici de la qualification variée de telles interventions militaires à l’étranger qui est venue s’esquisser, d’abord dans la pratique et, de plus en plus, dans les textes. Je tournerai plutôt autour de la question de savoir quel est le rôle que la justice pénale est appelée à jouer: quelles sont ses potentialités et ses limites face à la panoplie de conflits que la réalité actuelle nous présente ? Car, sauf à revendiquer une sorte d’anomie du recours à la violence, nous sommes – bon gré, mal gré – obligés de nous pencher sur la question. Le constat formulé par *Herbert Jäger*, dans les années soixante, est toujours d’actualité: la criminologie ne s’est pas intéressée suffisamment à la violence systématique liée aux conflits, alors qu’il est évident que le nombre de victimes des *Makroverbrechen* excède de loin celui des *Private-Verbrechen*⁴. Et une telle insuffisance de la réflexion se manifeste aussi sur le plan du droit pénal, qui est resté longtemps éloigné de ces problématiques.

Mais «l’entre-deux» de la justice ne tient pas seulement au constat empirique qu’une «zone grise» s’esquisse entre la guerre et la paix. C’est aussi d’un point de

3 C. PRITTWITZ, «Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg. Wird nach dem ’11 September’ nichts mehr sein, wie es war?», in *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 499 et s.

4 H. JÄGER, *Makrocriminalität. Studien Zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1989, p. 11 et s.

vue strictement juridique que le droit pénal, dès lors qu'il est appelé à régler des conflits à la définition incertaine, se trouve aujourd'hui comme «suspendu»: il est en effet partagé entre sa dimension interne et sa dimension internationale. Ainsi, le visage des systèmes pénaux nationaux se veut rassurant: pour encadrer les conduites de forces armées, tout ordre juridique offre des réponses apparemment satisfaisantes, dont l'application extraterritoriale est prévue à l'occasion des missions à l'étranger. Mais le «repli nationaliste» cède progressivement la place à la recherche de solutions partagées, sous l'impulsion de conflits et interventions militaires de plus en plus interétatiques. D'où la mise en place par la communauté internationale de normes, qui depuis un siècle au moins – comme on l'a signalé au tout début de cette introduction – encadrent la conduite des hostilités. Plusieurs sous-ensembles normatifs sont à l'œuvre (droit humanitaire, droits de l'homme, droit pénal international), mais un cadre juridique stabilisé et réellement contraignant a encore du mal à s'affirmer.

C'est donc autour de ces deux pôles normatifs, spécifiquement entre *un droit pénal militaire partagé* (I) et *un cadre international contrasté* (II), que les quelques réflexions qui vont suivre s'organisent.

II. LE DROIT PÉNAL MILITAIRE PARTAGÉ ENTRE REPLI ET OUVERTURE

Je commencerai par présenter quelques éléments du droit pénal militaire s'appliquant aux missions. J'avancerai sur ce terrain avec la conscience qu'aborder une réalité si complexe oblige, peut-être, à revoir certains de nos acquis méthodologiques de pénalistes. Il n'est pas sûr, comme *Wolfgang Naucke* se charge de nous le rappeler, que la *Schöneswetterdogmatik* («la dogmatique du beau temps») puisse tenir la route, face à cette criminalité extraordinaire⁵. Voilà l'une des interrogations auxquelles les rapporteurs qui vont suivre pourraient contribuer à donner une réponse.

Aux fins de mon introduction, je me limiterai à signaler deux tendances en cours: l'une, pour ainsi dire, ancienne et spontanée, tenant au repli nationaliste de la justice pénale militaire, qui est par nature réfractaire à toute tentative d'intégration et se montre ainsi fortement *autarcique* (a). L'autre, en revanche, plus récente, montrant des ouvertures progressives de ce sous-système normatif, par l'*intégration* tant d'actes de nature infra législative que d'engagements internationaux (b).

⁵ W. NAUCKE, *Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996, p. 15 et s.

A. Un droit traditionnellement autarcique

Bien au-delà de la difficulté que toute analyse comparative de droit pénal présente, tenant à la divergence des modèles nationaux, accentuée aujourd'hui par la complexité croissante des sources (multiplication, dénationalisation, instabilité temporelle, etc.), le domaine de la justice pénale militaire présente une problématique supplémentaire.

La spécialité / spécialisation de ce sous-ensemble normatif représente, à quelques exceptions près, une constante, même si elle a tendance à se présenter dans des formes extrêmement variées d'un ordre juridique à l'autre. Un survol comparatif, que nous avons essayé récemment d'esquisser en relation avec quelques ordres juridiques européens, a permis de dégager une pluralité de modèles⁶ Sur le plan du droit pénal de fond, l'on passe de systèmes extrêmement complexes, prévoyant un triple régime (commun, militaire de paix, militaire de guerre), à des modèles simples, ayant renoncé à des codifications séparées pour incorporer dans le droit commun les quelques incriminations propres aux membres des forces armées. D'ailleurs, cela se combine avec une variabilité extrême des normes sur l'organisation de la justice: parfois c'est la magistrature ordinaire qui est en charge des affaires militaires; le plus souvent, toutefois, ce régime de droit commun connaît des assouplissements, par la prévision, dans la plupart des cas, de règles statutaires différentes pour les magistrats militaires, au niveau du parquet ou du jugement.

Dans l'ensemble, le cadre comparatif de la justice pénale militaire se présente comme étant extrêmement fragmentaire, relevant d'une logique fortement nationaliste qui correspond à une situation substantielle d'*autarcie normative*. Un tel «repli nationaliste» des systèmes de justice pénale n'a pas pu être efficacement contre-carré dans le temps: même à l'échelle de l'Europe, laboratoire par excellence de la régionalisation du droit de punir, l'ancien projet d'une Communauté européenne de défense, intégrant des dispositions pénales communes, a échoué déjà en 1952 et depuis n'a pas été repris⁷.

Le caractère spécial de la justice pénale militaire peut d'ailleurs se traduire par un éloignement des impératifs auxquels la justice pénale ordinaire est assujettie. Assouplissement des garanties procédurales, recours à la nécessité militaire, construction idéologiquement orientée de la partie spéciale, immixtion de l'exécutif dans l'administration de la justice: nombreux sont les doutes qu'un tel cadre

6 Voir «European Models of Criminal Integration in Missions Abroad: Analysis and Possible Developments», in S. MANACORDA (dir.), *European Common Defence and Criminal Judicial Area*, Roma, Consiglio della Magistratura Militare, 2005, p. 247 et s.

7 H.H. JESCHECK, «Das Strafrecht des Europäischen Verteidigungsgemeinschaft», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1953, p. 118 et s.

soulève. Les inquiétudes s'accroissent si l'on considère que, dans certains ordres juridiques, la justice militaire a été récemment étendue au terrorisme, et que par là une tendance dérogatoire importante par rapport aux garanties s'observe⁸. Pour ma part, je me bornerai à demander quelles sont les conséquences découlant de l'excentricité du sous-système militaire par rapport aux garanties, dès lors qu'il acquiert une importance croissante en termes de politique criminelle. Bon nombre de ces questions, et certainement bien d'autres, seront abordées tout au long de nos travaux, notamment, avec les rapports très attendus du président Jiménez Villarejo et du professeur Fiandaca.

Face à de telles divergences d'un ordre juridique à l'autre, il pourrait apparaître quelque peu paradoxal que tous les systèmes pénaux étudiés maintiennent, malgré tout, une attitude identique en ce qui concerne l'application de leurs propres règles aux contingents militaires envoyés à l'étranger. Le prolongement du territoire aux navires et aux avions («territoire flottant») et le recours à la loi du pays d'envoi pour les faits extraterritoriaux («la loi dans le sac à dos», selon la formule italienne), s'imposent partout, assujettissant les militaires à leur juge national.

Les solutions techniques pour aboutir à l'extraterritorialité divergent sensiblement d'un pays à l'autre. Le plus souvent, un tel résultat est atteint par la prévision des principes de personnalité active et passive, qui ramènent au juge interne l'ensemble des affaires impliquant les soldats nationaux. Quant à l'organisation judiciaire, le dispositif est normalement complété par une centralisation des procédures devant un seul juge ou, parfois, par la mise en place d'un organe judiciaire spécialisé, ce qui ne fait qu'accroître la spécialité/spécialisation du système.

En définitive, le même repli nationaliste qui commande les choix du droit pénal militaire à l'intérieur de chaque Etat, caractérise aussi son application en dehors des frontières. Au fond, c'est le rejet de toute forme d'intégration avec les autres ordres juridiques qui se manifeste, rejet qui semble toutefois être destiné à s'assouplir.

B. Un droit progressivement ouvert à l'intégration

Tout en restant fidèle à l'exigence de réglementer de manière autonome les comportements des militaires, la justice pénale militaire a dû faire face progressivement aux contraintes découlant de la nature internationale des interventions militaires à l'étranger. Plusieurs facteurs poussent dans le sens d'une intégration entre les ordres juridiques et assouplissent ainsi, au moins à première vue, la tendance nationaliste

⁸ Voir notamment le cadre comparatif présenté dans l'ouvrage d'E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *Juridictions militaires, tribunaux d'exception en mutation: perspectives comparées et internationales*, Paris, Editions des archives contemporaines, 2007.

des systèmes. Je ferai état de deux questions principales qui ont récemment surgi dans le débat et qui seront abordées pendant notre Congrès.

Tout d'abord, la norme pénale militaire interne s'ouvre à une *intégration* «vers le bas», par la prise en compte de dispositions infra-législatives, et notamment des règles d'engagement. Ces règles, visant la réglementation de la force, s'exposent à une série de réserves critiques, dont la doctrine commence à faire état, telles que: l'absence d'une procédure législative ordinaire pour leur adoption, le rôle dominant de l'exécutif et des hiérarchies militaires, leur caractère confidentiel et leur qualification incertaine sur le plan des sources, leur nature interétatique. Ici, j'entends me référer exclusivement à la question, clairement apparue dans une série importante de décisions judiciaires, de l'incidence des règles d'engagement sur le procès pénal⁹. La question tient à leur intégration dans l'interdit pénal, tant en fonction de renfort (pour définir par exemple les paramètres de la faute d'imprudence ou de négligence), qu'en fonction d'exonération de la responsabilité (et notamment en tant que fait justificatif). Dans ce dernier sens, il importe de savoir si un comportement, interdit à la lumière de dispositions pénales militaires, peut être justifié en raison de sa conformité aux règles régissant la conduite des hostilités. Le débat n'échappe pas aux acquis consolidés en matière de faits justificatifs, au moins dans les systèmes connaissant une application stricte du principe de la légalité: des normes de rang inférieur à la loi ne peuvent pas, en elles seules, modifier les marges d'application des faits justificatifs prévus en termes généraux par les codifications nationales (ordre de la loi, légitime défense, état de nécessité, etc.). Cependant, en tant qu'ordres légitimement impartis par l'autorité supérieure, les règles d'engagement peuvent concrétiser certains des éléments (par exemple le danger imminent) exigés par la norme générale. Je suis persuadé – tout en renvoyant au débat qui aura lieu sur ce thème – que prétendre, comme certains le voudraient, que la conformité du comportement du soldat à la règle d'engagement l'exonère de toute responsabilité, est une solution à ne pas retenir.

La problématique de l'ouverture des normes pénales internes se pose en termes quelques peu différents en ce qui concerne l'exercice de la juridiction. Là encore, on sait bien que se pose le problème de limiter l'exercice de la juridiction locale, à supposer qu'elle existe, pour éviter que les forces militaires étrangères y soient soumises. Les accords sur le statut des forces (SOFA) ont précisément ce but. Qu'il s'agisse de clauses contenues à l'intérieur de traités multilatéraux (dont le modèle est sans doute l'article VII du Traité de l'Otan sur le statut de leur forces,

9 M. UBEDA-SAILLARD, «L'invocabilité en droit interne des règles d'engagement applicables aux opérations militaires multinationales», *Revue Générale de Droit International Public*, 2004, p. 150 et s.

du 19 juin 1951)¹⁰ ou d'accords bilatéraux, ces normes impliquent la prise en compte des exigences de coordination entre pays d'envoi et pays de destination. Traditionnellement, ces accords prévoient une juridiction prioritaire de la part du *sending state*, accompagnée par une juridiction de substitution de la part du *receiving state*, au cas où le premier n'agirait pas (article VII(3)(c) SOFA Otan). Cela explique pourquoi – comme le Professeur *Cherif Bassiouni* le rappelle¹¹ – en Iraq, les pays de la coalition n'ont pas voulu recourir à un accord SOFA et l'ont remplacé par une ordonnance de la CPA, affirmant la juridiction exclusive de la part de l'Etat d'envoi sur ses propres militaires, et en garantissant ainsi une immunité pénale devant les juridictions iraqiennes¹².

En définitive, les règles nationales sur la juridiction doivent être intégrées par le recours, «vers le haut», à des accords de nature internationale. Comme dans le cas des règles d'engagement, toutefois, l'ouverture du système de justice pénale militaire est plus apparente que réelle: c'est encore un but fortement nationaliste qui est poursuivi. Ce qui nous pousse à regarder comment les normes de source internationale assouplissent le nationalisme exaspéré du droit pénal militaire, par une tentative d'encadrement de cette branche du droit.

III. UN ENCADREMENT INTERNATIONAL CONTROVERSÉ

Les normes de source internationale, affectant en profondeur les systèmes pénaux, peuvent limiter fortement l'autarcie des systèmes de justice militaire: «raisonner la raison d'Etat», selon la célèbre formule de *Mireille Delmas-Marty*¹³ représente ici – plus que dans tout autre domaine – le but poursuivi. Cependant, l'encadrement international montre aussi des faiblesses, tenant tant aux limites propres à ces normes, qu'à la volonté de certains Etats de se soustraire à leur application. Nous allons constater cet aspect en relation avec différents sous-ensembles normatifs.

10 Voir S. G. HEMMERT, «Peace Keeping Mission SOFA's: U.S. Interest in Criminal Jurisdiction», *Boston University International Law Journal*, 1999, p. 215 et s.

11 Voir A. FAHIM, «The perils of colonial justice in Iraq», *Middle East*, Jul. 6, 2005, visible à l'adresse www.atimes.com/atimes/Middle_East/GG06Ak02.html, visitée le 15 septembre 2007.

12 *Coalition Provisional Authority Order Number 17 (Revised), Status of the Coalition Provisional Authority, MNF – Iraq, Certain Missions and Personnel in Iraq*, § 2(1) (June 27, 2004), visible à l'adresse http://www.iraqcoalition.org/regulations/20040627_CPAORD_17_Status_of_Coalition_Rev_with_Annex_A.pdf («Unless provided otherwise herein, the MNF, the CPA, Foreign Liaison Missions, their Personnel, property, funds and assets, and all International Consultants shall be immune from Iraqi legal process.»).

13 M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'État: Vers une Europe des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., Coll. Les voies du droit, 1989.

A. Les limites du droit des droits de l'homme

Alors qu'on pourrait espérer que les droits de l'homme aient une portée absolue et qu'ils soient applicables sans frontières, certaines réserves apparaissent en relation avec les nouveaux conflits. Renvoyant aux rapports qui seront consacrés à l'analyse des conventions de protection des droits fondamentaux, je me limiterai à signaler quelques aspects qui me paraissent particulièrement problématiques.

Tout d'abord, une certaine faiblesse est liée à la nature du droit pénal militaire, largement imperméable à tout encadrement international. Aux termes de l'article 15, para. 2 de la Ceesdh, par exemple, des actes licites de guerre justifient la violation de l'article 2 reconnaissant le droit à la vie. Ainsi, un certain retard est apparu, dans ce domaine, en relation avec l'abolition de la peine capitale: il suffirait de penser à cet égard au Protocole n° 13 de la Ceesdh qui n'est entré en vigueur que récemment¹⁴. L'actualité du débat est réapparue tragiquement à l'occasion de l'exécution de Saddam Hussein, fin 2006, suite à la condamnation par le Tribunal spécial pour l'Iraq, mais en relation avec le droit pénal international¹⁵.

Ensuite, alors que les instruments internationaux de protection des droits de l'homme n'admettent aucune dérogation à l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, ces interdits fondateurs se trouvent aujourd'hui menacés¹⁶. On se réfère ici au recours, par certains Etats, à des pratiques d'interrogatoire et de détention, contraires aux textes onusiens et régionaux. Les différents *memoranda* de l'administration américaine et les actes normatifs adoptés par le Président Bush¹⁷, ont eu comme conséquence que – comme l'internationaliste de la Columbia University José Alvarez l'a écrit avec justesse – la loi même a fini par être «torturée»¹⁸.

14 V. notre article «Restrains on Death Penalty in Europe: a Circular Process», *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 263 et s.

15 M. DONINI, «La condanna a morte di Saddam Hussein. Riflessioni sul divieto di pena capitale e sulla «necessaria sproporzione» della pena nelle gross violations», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 25 et s.

16 F. JESSBERGER, «Bad Torture – Good Torture?: What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany», *Journal of International Criminal Justice*, 2005, p. 1059 et s.

17 V. J.J. PAUST, «Executive Plans and Authorizations to Violate International Law Concerning Treatment and Interrogation of Detainees», *Columbia Journal of Transnational Law*, 2005, p. 811 et s.

18 J.E. ALVAREZ, «Torture and the War on Terror: Torturing the Law», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2006, p. 175 et s.; sur les affaires portées devant la justice allemande voir W. KALECK et al. (dir.), *International prosecution of human rights crimes*, Berlin – New York, Springer, 2007.

Enfin, c'est dans l'interprétation jurisprudentielle que d'autres limites sont apparues en ce qui concerne l'exercice de la juridiction par rapport à des faits commis en dehors du territoire des Etats parties. Il n'est pas étonnant que les affaires les plus significatives portées devant les juges de Strasbourg concernent précisément des violations soupçonnées d'avoir été commises par des forces militaires européennes sur le territoire d'un Etat tiers. Tant dans la célèbre affaire *Bankovi*¹⁹, relative à la frappe par les forces aériennes de l'Otan de cibles civiles au Kosovo, que dans les affaires plus récentes *Behrami et Saramati*²⁰, portant sur la détention par les forces militaires, d'individus soupçonnés de crimes graves, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré les demandes inadmissibles. Les nombreuses critiques émanant de la doctrine qui seront probablement reprises par certains des intervenants de nos journées, mettent en exergue les hésitations du droit des droits de l'homme, précisément en relation avec le contrôle des missions militaires à l'étranger.

B. Les incertitudes du droit international humanitaire

La question de l'applicabilité du droit international humanitaire, et notamment de l'ensemble des garanties prévues par les Conventions de Genève de 1949 et par leurs Protocoles additionnels, aux missions militaires à l'étranger a été longuement discutée et sera approfondie dans une des sessions de notre Congrès. Traditionnellement, ces règles ont été élaborées en rapport avec les conflits armés, élément considéré comme inexistant lors de simples missions de maintien de la paix et, à plus forte raison, lors des opérations de police internationale. C'est pourquoi la doctrine dénonce donc à cet égard un véritable «*peace keeping gap in International Law*»²¹.

Les Nations Unies restent d'ailleurs un peu ambiguës concernant le recours intégral au droit international humanitaire à l'occasion de missions qui se déroulent sous

19 Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Vlastimir et Borka Bankovi, Zivana Stojadinovi, Mirjana Stoimenovski, Dragana Joksimovi Et Dragan Sukovi contre la Belgique, la République tchèque, le Danemark, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Norvège, la Pologne, le Portugal, l'Espagne, la Turquie et le Royaume-Uni*, 12 décembre 2001. En doctrine: M. HAPPOLD, «Bankovic v Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, 2003, p. 77 et s.

20 Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, *Agim Behrami et Bekir Behrami contre la France et Ruzhdi Saramati, contre la France l'Allemagne et la Norvège*, 2 mai 2007. P. PALCHETTI, «Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati», *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 681 et s.; A. SARI, «Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases», *Human Rights Law Review*, 2008 (sous presse).

21 R.O. WEINER – F.A. AOLAIN, «Beyond the Laws of War: Peace keeping in Search of a Legal Framework», *Columbia Human Rights Law Review*, 1996, p. 307 et s.

leur égide: alors que le *Bulletin* du Secrétaire général y renvoie largement²², d'autres textes successifs apparaissent plus prudents²³. Récemment toutefois, les Conventions de Genève et leurs protocoles additionnels ont été intégralement repris dans le cadre de la mission des Nations Unies en support au Timor Oriental²⁴.

Cependant, le droit international humanitaire est lui aussi, à l'instar du droit des droits de l'homme, sous attaque, les Etats-Unis ayant procédé unilatéralement à une interprétation restrictive du statut de combattant ennemi²⁵. Heureusement les juges américains ont limité ces dérogations dans la célèbre affaire *Hamdam*, discutée devant la Cour Suprême des Etats-Unis en 2006, qui à l'occasion a rendu une décision fortement encourageante pour les défenseurs de l'Etat de droit²⁶. Comme on le sait, la décision a été suivie par l'adoption du *Military Commission Act*²⁷ qui, cependant, n'a pas été considéré comme étant applicable au prévenu par une décision du 5 juin 2007.

C. Les faiblesses du droit pénal international

C'est aussi le droit pénal international qui montre un double visage: alors que sa montée en puissance au cours de la dernière décennie est indéniable, il présente un certain nombre de faiblesses chroniques dont il faut faire état.

Ainsi, la très grande sélectivité de l'instrument apparaît déjà avec le choix de constituer des Tribunaux *ad hoc* relatifs à des conflits spécifiques²⁸. D'ailleurs, le refus du Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'enquêter

22 Secretary-General's Bulletin on Observance by United Nations forces of international humanitarian law, UN Doc. ST/SGB/1993/3.

23 V. R. MURPHY, «United Nations Military Operations and International Humanitarian Law: What Rules Apply to Peacekeepers?», *Criminal Law Forum*, 2003, p. 153 et s.

24 Agreement between the Democratic Republic of East Timor and the United Nations Concerning the Status of the United Nations Mission of Support in East Timor, 20.5.2002, article 6 (a) «The United Nations shall ensure that UNMISET shall conduct its operation in East Timor with full respect for the principles and rules of the international conventions applicable to the conduct of military personnel. These international conventions include the four Geneva Conventions of 12 August 1949 and their Additional Protocols of 8 June 1977 and the UNESCO Convention of 14 May 1954 on the Protection of Cultural Property in the event of armed conflict».

25 M. HENZELIN, «Statut de combattants et privation de liberté», in K. BANNELIER et al. (dir.), *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, Pedone, 2004, p. 171 et s.

26 *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006). Sur l'ensemble de ces développements v. D. AMANN. «La justice militaire et les juridictions d'exception aux Etats-Unis», in E. LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *Juridictions militaires, tribunaux d'exception en mutation*, cit., p. 265 et s.

27 *Military Commissions Act of 2006*, Pub. L. No. 109-366, 120 Stat. 2600 (Oct. 17, 2006), enacting Chapter 47A of title 10 of the United States Code. Voir les différents articles parus au *Journal of International Criminal Justice*, 2007, p. 2 et s.

28 Sur la sélectivité v. R. CRYER, *Prosecuting International Crimes. Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

sur les bombardements des forces de l'Otan sur la radiotélévision serbe et sur l'ambassade de la République populaire de Chine à Belgrade²⁹, montre bien les limites propres à un droit qui est toujours soumis, dans sa mise en œuvre, à la prise de décision politique.

La mise en place de la Cour pénale internationale laisse préconiser un accroissement des chances de réussite de la justice pénale internationale au cours des prochaines années. Cependant, les éléments d'inquiétude ne manquent pas. Je me limiterai à signaler, sous forme interrogative, les quelques points qui me paraissent les plus significatifs. Tout d'abord, des mécanismes de limitation de la juridiction ont été mis en place, tant par les règles statutaires que par les accords conclus par les Etats-Unis sur la base de l'article 98³⁰ du Statut, ainsi que par les résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité pour la protection de militaires américains³¹. Ensuite, les procédures de filtre aux poursuites, tenant tant au rôle du Conseil de Sécurité qu'à la formule vague des «intérêts de la justice» de l'article 53 du règlement de procédure et de preuve³², nécessitent d'être ultérieurement précisées dans la pratique. Enfin, sur le plan du droit pénal de fond, parmi les nombreuses difficultés que le Statut de la CPI soulève, apparaissent ici les réserves apportées par la France à l'application des crimes de guerre et le nœud gordien représenté par le crime d'agression, formule vide qui attend d'être remplie par un contenu.

En définitive, qu'il s'agisse du droit des droits de l'homme, du droit international humanitaire ou du droit pénal international, avec toutes les imbrications d'un secteur à l'autre, ainsi que les risques de divergence qui y sont inhérents, il nous semble que l'encadrement international de nos sous-systèmes de justice militaire est loin d'être définitivement acquis.

IV. REMARQUES CONCLUSIVES

Je suis conscient de ne pas avoir épuisé l'ensemble riche et complexe de questions que notre Congrès abordera. Il faudrait, entre autres, faire mention des efforts pour une *post-conflict justice*, perspective entamée par les Nations Unies avec les

29 M. COTTIER, «Did NATO Forces Commit War Crimes During the Kosovo Conflict ? Reflections on the Prosecutor's Report of 13 June 2000», in H. FISCHER – C. KRESS – F. LATTANZI, *International and National Prosecutions of Crimes Under International Law. Current Developments*, Berlin, Berlin Verlag, 2001, p. 505 et s.

30 D. FLECK, «Are Foreign Military Personnel Exempt from International Criminal Jurisdiction under Status of Forces Agreements?», *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 651 et s.

31 S. ZAPPALÀ, «Are Some Peacekeepers Better Than Others? UN Security Council Resolution 1497 (2003) and the ICC», *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 671 et s.

32 M. DELMAS-MARTY, «Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC», *Journal of International Criminal Justice*, 2006, p. 2 ss.

codes-modèle de droit et de procédure pénale³³, ainsi que de la problématique du recours aux missions militaires ayant une fonction de police judiciaire, au service des juridictions internes et internationales³⁴.

Les quelques remarques qui précèdent montrent cependant que les menaces à la paix se font de plus en plus réelles et concrètes et que le droit pénal est appelé à jouer un rôle important pour le contrecarrer. La table ronde permettra de jeter notre regard plus loin et de dépasser le strict cadre des conflits armés, pour nous mettre face à de nouveaux dangers.

Mais les risques pour la paix – comme nous avons essayé de le montrer – découlent aussi de la fragilité de certaines composantes du système normatif interne et international. C'est pour cela que la conférence de clôture de *Mireille Delmas-Marty* essaiera d'esquisser le rôle que le droit pénal est appelé à avoir dans ce cadre, un rempart contre les dérives qu'elle voit – à juste titre – dans les crimes de guerre et dans la «guerre contre le crime».

Pour conclure, je crois que l'occasion est propice pour réfléchir sur notre présence aujourd'hui, si nombreux, à Tolède. Il me semble, en effet, que si nous sommes réunis ici c'est qu'au fond nous tous partageons ce que *Karl Jaspers*, le grand philosophe allemand qui, en 1945, s'interrogea sur la *Schuldfrage*, avait appelé la «responsabilité métaphysique»³⁵: le principe de solidarité entre êtres humains nous appelle tous à répondre à de tels événements, qui menacent de près l'appartenance même à l'espèce humaine. Les analyser et les critiquer, selon les instruments qui sont propres au droit c'est la tâche que – j'en suis persuadé – nous essaierons d'accomplir tout au long de nos travaux.

33 V. notamment V. O' CONNOR – C. RAUSCH, (dir.), *Model Codes for Post-Conflict Criminal Justice*, Vol. I, 2007, USIP Press Books, 2007 et M. SASSOLI, «Droit international pénal et droit pénal interne. Le cas des territoires se trouvant sous administration internationale», in M. HENZELIN – R. ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Paris, LGDJ, 2002, p. 119 et s., spéc. p. 137 et s.

34 G. GIUDICELLI, «Missions abroad and police cooperation», in *European Common Defence and Criminal Judicial Area*, cit., p. 206 et s.

35 K. JASPERS, *Die Schuldfrage*, München, 1965 (trad. it.: *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania*, Milan, Cortina, 1996, p. 22 et s.).