

Justice pénale internationale : vers un resserrement des règles du jeu

Luc Côté

Luc Côté a été Chef des poursuites auprès du bureau du procureur du Tribunal spécial pour la Sierra Leone de 2003 à 2005. Il a également été juriste hors classe auprès du bureau du procureur du Tribunal Pénal International pour le Rwanda de 1995 à 1999 et conseiller juridique à la Section des crimes de guerre du ministère de la Justice du Canada de 2001 à 2006.

Résumé

Même si beaucoup de paroles et d'écrits ont été consacrés à la création des tribunaux pénaux internationaux et à la contribution qu'ils ont apportée au développement du droit international humanitaire, en soi, l'instance de poursuite internationale a donné lieu à très peu d'études. Dans le présent article, l'auteur passe rapidement en revue l'évolution récente des institutions de justice pénale internationale, en se concentrant en particulier sur les limites qui ont été imposées récemment au pouvoir discrétionnaire des procureurs internationaux.

Introduction

On connaît déjà l'histoire : la dernière décennie nous a permis d'assister au développement foudroyant du droit international pénal, tant sur le plan normatif qu'institutionnel. Depuis la création des tribunaux *ad hoc* de l'ex-Yougoslavie (TPIY-1993) et du Rwanda (TPIR-1994), en passant par la surprenante adoption à Rome du Statut de la Cour Pénale Internationale (CPI-1998) jusqu'à la plus récente expérience de la Special Court for Sierra Leone (SCSL-2002), les institutions judiciaires internationales pénales sont venues changer pour toujours le paysage du droit international pénal. Le droit international humanitaire (ci-après DIH) est brusquement sorti de l'état d'hibernation où il était plongé depuis Nuremberg et Tokyo. En l'espace de dix ans, les juges des différents tribunaux pénaux internationaux ont refaçonné le DIH, lui ont insufflé une nouvelle vie en puisant, entre autres, à la source du droit international coutumier. S'il est vrai que pendant longtemps le DIH avait été enfermé dans

l'ordre diplomatique, politique et militaire, qu'il avait été limité voire « confisqué ¹ » par les États, l'ouverture de ces nouveaux couloirs judiciaires internationaux en matière pénale, accessibles aux acteurs non étatiques, constitue une véritable révolution en droit international. Depuis dix ans, on assiste à une ré-appropriation du DIH par de nouveaux acteurs qui, grâce aux nouvelles juridictions internationales, le soumettent systématiquement au contrôle judiciaire auquel il avait trop souvent échappé.

La mise sur pied par le Conseil de sécurité de l'ONU des deux premiers tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* fut spectaculaire, expéditive et, oserons-nous dire, quelque peu improvisée. Elle échappa ainsi dans une certaine mesure au contrôle direct des États, du moins à l'origine. Depuis lors, on assiste à une reprise en main, un remodelage de certains des éléments les plus déterminants des différentes institutions judiciaires internationales, notamment en ce qui a trait aux pouvoirs des Procureurs internationaux. Le présent article se propose de jeter un bref regard sur l'évolution récente des institutions judiciaires internationales pénales en s'intéressant aux récentes limites imposées aux nouvelles juridictions, qui touchent en premier lieu aux pouvoirs discrétionnaires de sélection des Procureurs internationaux. Ce choix n'est pas fortuit. D'abord l'exercice discrétionnaire des pouvoirs du Procureur se retrouve au cœur même de la justice pénale internationale : décisions d'enquêter ou non, de mettre ou non en accusation certains individus, de choisir de quels chefs d'accusations ils devront répondre, etc. En fait, une grande partie du succès ou de l'échec des tribunaux pénaux internationaux (ci-après TPI) se mesure par l'exercice judicieux ou non des pouvoirs discrétionnaires du Procureur. Le choix du procureur quant à l'identité, au nombre et au statut des personnes accusées peut compromettre à la fois l'efficacité et la crédibilité de ces nouvelles institutions judiciaires internationales. Or cette « nouvelle justice pénale internationale », censée selon la formule bien connue mettre fin à l'impunité, rendre justice aux victimes de violations graves du DIH, ne s'exerce pas en vase clos. Elle s'inscrit plutôt dans cette recherche de « la paix, la sécurité et le bien-être du monde ² », enjeu au cœur des relations internationales. On comprend mieux pourquoi il apparaît important pour les États de mieux l'encadrer, voire si nécessaire d'en limiter l'exercice ou les abus.

Le pouvoir du Procureur international : inquiétude pour les uns, garantie pour les autres

Si beaucoup de choses ont été dites et écrites sur la création des TPI et leur contribution au développement du DIH, très peu d'études ont été consacrées à l'institution du Procureur international comme tel. Pourtant le procureur est incontestablement l'« organe » des TPI le plus connu du grand public, le visage même de cette nouvelle justice internationale. C'est lui qui frappe aux portes des différents États, des différentes organisations internationales pour demander aide et assistance. C'est sa voix qui interpelle le plus souvent l'opinion internationale à travers les médias. C'est de lui que les plus grands « criminels de guerre » doivent se méfier. Son pouvoir sur les individus est considérable et fait du Procureur, en droit international pénal, un nouvel acteur important de la scène politique internationale.

Sur la scène judiciaire internationale, le Procureur joue un rôle de premier plan. Il est de tous les débats. C'est lui qui permet à l'appareil judiciaire international de se mettre en marche en déposant un acte d'accusation à la suite des enquêtes qu'il a menées. Et sa décision de terminer les enquêtes, de conclure ses mises en accusation, aura l'effet le plus déterminant

¹ Olivier Russbach, « ONU contre ONU, Le droit international confisqué », Éditions de la Découverte, Paris, 1994.

² « Reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde, ... », 3^e par. du Préambule du Statut de la Cour Pénale Internationale.

sur l'achèvement du mandat de toute l'institution. En ce qui a trait à la Cour Pénale Internationale (ci après CPI), la décision du Procureur de déposer ou non une mise en accusation dans une situation donnée, bien qu'elle puisse être l'objet d'un contrôle judiciaire, sera généralement l'élément déclencheur ou extincteur du processus de justice internationale pénale.

Même si la source de son pouvoir est juridique, inscrite au sein même des Statuts des TPI, le Procureur n'en joue pas moins le rôle le plus politique de la justice pénale internationale. En déterminant qui fera l'objet d'une mise en accusation, à quel moment les procédures seront enclenchées et quels crimes seront retenus, le Procureur ne peut ignorer la dimension politique de ses décisions qui s'inscrivent au cœur même des relations internationales, y compris dans certains cas de la question du règlement pacifique des conflits. La « nomination » pour le moins laborieuse du premier procureur du TPIY par le Conseil de sécurité, qui s'éternisa sur une période de plus de dix-huit mois, privant ainsi le tribunal de son organe moteur, témoigne de l'importance politique de cette fonction³. Tout comme la question des pouvoirs du Procureur se retrouva au cœur même des négociations de Rome de l'été 1998 qui ont mené à la création de la ci-après CPI⁴. Ce qui inquiétait les uns, notamment plusieurs des États parties aux négociations de la CPI, c'était ce pouvoir discrétionnaire du Procureur d'entamer des enquêtes et d'engager des poursuites de son propre chef —*proprio motu*— sans contrôle des États ou des Juges. On se méfiait d'un procureur puissant et incontrôlable muni d'un « *overreaching power*⁵ », y voyant un danger imminent, menaçant à la fois le fragile équilibre des relations internationales et les difficiles négociations de paix. En bref, les États craignent l'arrivée de ce nouveau joueur « indépendant » sur qui ils ne pourront exercer les pressions étatiques traditionnelles. À l'opposé, ce pouvoir discrétionnaire source de méfiance des uns constitue précisément pour d'autres l'élément essentiel assurant l'indépendance du Procureur international. Selon les termes d'Amnesty International, « *the most important way to ensure that the prosecutor will be independent is to provide that the prosecutor has the power on his or her own initiative to initiate investigations and seek the approval of the appropriate judicial chamber of the court to begin a prosecution, without interference by any political body*⁶ ». Voilà qui illustre bien la relation entre l'indépendance du procureur et le pouvoir discrétionnaire dont il doit être muni pour en assurer l'exercice, comme les deux faces d'une même médaille.

Le pouvoir discrétionnaire dont il est question ici est bien connu dans les systèmes accusatoires de *common law* : il s'agit du « principe de l'opportunité des poursuites », laissant au procureur l'ultime choix de déposer ou non une mise en accusation. Si ce principe ne pose pas trop de difficultés sur le plan domestique où il est surtout utilisé pour les crimes les moins

³ Voir Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance—The Politics of War Crimes Tribunals*, Princeton, Princeton University Press, 2000, à la p. 217. Voir également Cherif Bassiouni, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, New York, Transnational Publishers, 1996, pp. 210-213.

⁴ « The ability of the ICC Prosecutor to initiate investigations *proprio motu* was the most controversial aspect of the Court's trigger mechanism and was one of the main political/legal issues that had to be resolved before the Statute could be assured of adoption. Both opponents and proponents of the Prosecutor's *proprio motu* powers—and the chasm was very wide—agreed that their inclusion or absence would fundamentally affect the Court's structure and functioning », Bergsmo et Pejic, dans Otto Triffterer (ed.) « Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court », 1999, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 360.

⁵ « Let me state unequivocally at the outset that there is more to fear from an impotent than from an overreaching Prosecutor. It is trite to recognise that an institution should not be constructed on the assumption that it will be run by incompetent people, acting in bad faith for improper purposes », Statement by Justice Louise Arbour to the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court, 8 December 1997, dans ICTY Yearbook, 1997, p. 229.

⁶ Amnesty International, *The international criminal court: Making the right choices - Part II*, P. 9, IOR 40/01/97.

sérieux, il soulève beaucoup plus de problèmes sur la scène internationale. Comme le soulignait le procureur Louise Arbour, « *domestic prosecution is never really seriously called upon to be selective in the prosecution of serious crimes. In the ICTR, prosecutor has to be highly selective before committing resources to investigate and prosecute* ⁷ ». C'est donc la transposition de ce pouvoir discrétionnaire de sélection sur la scène internationale qui pose problème et suscite des inquiétudes. D'un côté, l'expérience des dix dernières années a démontré que tant dans le contexte du génocide commis au Rwanda, que dans celui des violations du droit international humanitaire perpétrées en ex-Yougoslavie et en Sierra Leone, le nombre de suspects potentiels, de personnes qui à un degré ou à un autre sont pénalement « responsables » des atrocités commises, se compte par milliers. Comme le disait le premier procureur du TPIY et du TPIR, le juge Richard Goldstone, nous sommes en présence ici « *des enquêtes criminelles les plus importantes jamais engagées dans l'Histoire : le nombre de suspects potentiels est considérable, les témoins se comptent par dizaines de milliers et les victimes par millions* ⁸ ». De façon pragmatique, on comprendra aisément qu'en pareil cas la règle qui s'est imposée en droit pénal international soit celle de l'opportunité des poursuites ⁹. Comme l'a reconnu la Chambre d'appel du TPIY, devant les ressources limitées dont dispose chacun des TPI, on laissera au procureur un large pouvoir d'appréciation sur le choix des enquêtes à mener et des personnes à accuser ¹⁰.

Si la réalité du nombre de suspects et de crimes commis en matière de conflits internes ou internationaux exige une certaine sélection, l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sur la scène internationale doit être suffisamment encadré et limité pour éviter toute apparence d'injustice et d'impartialité. En général, le mandat d'une juridiction pénale internationale consistera à examiner des conflits de nature politique ou ethnique dans des régions où règne la méfiance entre les différents groupes en présence, souvent impliqués dans les exactions commises contre les populations civiles. Dans ce contexte, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Procureur doit se faire de la manière la plus transparente possible afin d'établir rapidement la crédibilité et l'indépendance non seulement du Procureur comme tel, mais également de toute l'institution judiciaire internationale.

L'évolution des mandats des tribunaux pénaux internationaux : des « responsables » à ceux « portant la plus lourde responsabilité » sans nuire aux « intérêts de la justice »

Les tribunaux *ad hoc* de l'ex-Yougoslavie (1993) et du Rwanda (1994) : « *les personnes présumées responsables* »

En créant par résolution les deux premières institutions judiciaires internationales pénales depuis Nuremberg et Tokyo, le Conseil de sécurité des Nations Unies faisait œuvre de pionnier. La compétence de ces deux institutions *ad hoc* fut soigneusement limitée au conflit qui perdurait d'une part en ex-Yougoslavie depuis 1991, et d'autre part à tout ce qui entourait

⁷ Louise Arbour, « Progress and challenges in international criminal justice », Fordham international law journal, Vol. 21, No 2, 1997, p. 531.

⁸ Voir « Le Tribunal des tragédies », *Politique Internationale*, Paris, No 67, printemps 1995, p. 291, propos recueillis par Florence Hartmann.

⁹ Art. 18(1) du STPIY et Art. 17(1) du STPIR, *in fine* : « [Le Procureur] évalue les renseignements reçus ou obtenus et se prononce sur l'opportunité ou non d'engager les poursuites. »

¹⁰ Voir *Prosecutor v. Delalic, Mucic, Delic and Landzo*, Appeal Chamber, ICTY, 20 February 2001, par. 602 : « In the present context, indeed in many criminal justice systems, the entity responsible for prosecutions has finite financial and human resources and cannot realistically be expected to prosecute every offender which may fall within the strict terms of its jurisdiction. It must of necessity make decisions as to the nature of the crimes and the offenders to be prosecuted. It is beyond question that the Prosecutor has a broad discretion in relation to the initiation of investigations and in the preparation of indictments ». *Celebici Case*, précité, note 112, par. 602.

le génocide commis au Rwanda en 1994. En choisissant ainsi d'intervenir dans des situations conflictuelles bien spécifiques, « *le Conseil de sécurité s'accorde indirectement un pouvoir de procureur— qui décidera seul de l'opportunité de créer ou non des tribunaux spéciaux. C'est entaché(s) de ce péché originel* ¹¹ », qui en a fait l'instrument d'une justice internationale pénale sélective, que les TPI doivent exercer leur mandat. S'ils ne sont pas directement l'instrument des vainqueurs —comme le furent Nuremberg et Tokyo—, les tribunaux *ad hoc* n'en demeurent pas moins vus comme l'outil des puissants qui les utilisent pour masquer leur indifférence (Rwanda) ¹² ou leur renoncement (ex-Yougoslavie) ¹³ et pour se donner bonne conscience ¹⁴. Vu sous cet angle, on comprend mieux les problèmes de crédibilité qui ont entaché le mandat des premiers titulaires de la fonction de Procureur. Ils devaient rapidement démontrer qu'il était possible de rendre justice sur la scène internationale de manière efficace et en toute indépendance de façon à restaurer la crédibilité défailante de ces institutions judiciaires internationales naissantes. Cela peut expliquer qu'à l'origine le choix des personnes accusées ait pu répondre tout autant à des considérations de survie et de crédibilité de l'institution qu'à une stratégie de poursuites clairement établie ¹⁵.

Qui plus est, contrairement au Statut de Nuremberg qui ne prévoyait l'inculpation que des « *grands criminels de guerre* », les Statuts des tribunaux *ad hoc* donnent mandat au Procureur d'enquêter et de poursuivre les « *personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire* ¹⁶ » sans autres limitations. Or le seul terme « responsable » en droit pénal laisse la porte grande ouverte à des milliers de cas individuels. Sans plus d'indications ou de limites dans les Statuts, les Procureurs des TPIY et TPIR ont mis en accusation plus de deux cent personnes ¹⁷. Très rapidement les procédures se multiplièrent, l'ensemble du système s'engorgea entraînant des délais importants qui soulevèrent de nombreuses critiques de toutes parts. Le coût déjà élevé des deux institutions explosa sans laisser entrevoir de fin prochaine. En dix années à peine, le budget combiné des deux

¹¹ Voir Hazan, *La justice face à la guerre*, Paris, Stock, 2000, p. 69.

¹² « The events in Rwanda and Burundi also confirm this pattern of indifference : only minimal efforts were made by the international community to protect the target of genocide or to punish the main perpetrators. No strategic interests were at stake. », Richard Falk, « *Human Rights Horizons - The Pursuit of Justice in a Globalizing World*, New York, Routledge, 2000, p. 180.

¹³ « Les gouvernements voulaient cacher leur impuissance politique derrière l'existence d'un tribunal. », Juge Cassese et « Le TPI a été créé comme une catharsis, comme un exécutoire moral par un Conseil de sécurité qui se refusait à intervenir à fond politiquement et militairement dans l'ex-Yougoslavie », autre juge du TPIY, cité par Hazan, *op. cit.*, note 11, p. 89.

¹⁴ « En réalité, l'objectif est moins de « dissuader » et de « réconcilier » ...que de reconforter l'opinion publique occidentale, par le jugement de quelques criminels », Hazan, *op. cit.*, note 11, p. 77.

¹⁵ Pour Tadic: « In the fall of 1994, mindful of the importance of our being able to present evidence as soon as possible in a public trial, we asked the Tribunal judges to request that German prosecution defer to our investigation, » Schrag, « The Yugoslav Crimes Tribunal : a Prosecutor's View », *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 6, 1995, p.192. Dans la cas de Jean Paul Akayezu, « he was arrested by the Zambian authorities following a Security Council Resolution (S/RES/978, 27 février 1995) requesting States « to arrest and detain persons...against whom there is sufficient evidence of responsibility for acts of violence within the jurisdiction of the ICTR ». The Prosecutor was taken by surprise when he received a request for assistance by Zambia in late 1995 while his office was still not fully operational. He nevertheless decided to follow up on the Zambian demand and request the deferral of Akayezu and others much more to encourage other African States to collaborate with the ICTR than for the relative importance of the suspects in the Rwandan genocide. Two other persons arrested by the Zambian authorities were not requested by the prosecutor and were released without charges », Côté, « Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law », *Journal of International Criminal Justice*, 3 (2005), 162-186.

¹⁶ Art. 15 du STPIR et art. 16 du STPIY.

¹⁷ Au début de l'année 2006, plus de 150 personnes avaient été mis en accusations devant le TPIY et plus 70 devant le TPIR.

tribunaux *ad hoc* allait représenter plus de 10% du budget régulier total de l'Organisation des Nations Unies ¹⁸.

C'est le Président Claude Jorda du TPIY qui le premier tira la sonnette d'alarme dès l'année 2000 en soulignant publiquement que la justice avait un coût et qu'il lui apparaissait essentiel d'établir une échéance pour compléter le mandat du Tribunal en collaboration avec le Procureur « *who initiates prosecution* ¹⁹ ». On aurait souhaité que pareille initiative vienne du Conseil de sécurité, créateur de l'institution, ou du Procureur, organe moteur du Tribunal qui seul détermine la stratégie d'enquête et de poursuite. Or il n'en fut rien, ce qui reflète en soi un certain malaise ²⁰. Si le Procureur a adhéré à cette proposition qui allait au fil des mois se transposer en véritable stratégie d'achèvement (*completion strategy*), c'est seulement du bout des lèvres, insistant plutôt sur les dangers d'une justice à rabais et le problème de non-coopération des États. À plusieurs égards, le Procureur et les Juges ne partageaient pas la même vision d'une stratégie d'achèvement ²¹. Finalement, le Conseil de sécurité intervint à deux reprises. Il demanda d'abord au Procureur et aux Juges de se concentrer sur la poursuite et le jugement « *des principaux dirigeants portant la plus lourde responsabilité* » (Rés. 1503 du 23 août 2003) ²², proposant ainsi une interprétation limitative de la notion plus ouverte de personne « responsable », sans aller toutefois jusqu'à amender le Statut. Déjà, comme nous le verrons, l'ONU avait adopté une formule similaire dans le cas de la Special Court for Sierra Leone où l'on avait limité le pouvoir de sélection du Procureur aux « *persons who bear the greatest responsibility* ²³ ».

Par la suite, devant le peu d'enthousiasme apparent du Procureur du TPIY, qui annonça plutôt son intention d'y aller de 30 nouvelles mises en accusation ²⁴, le Conseil de sécurité adopta la Résolution 1534 (26 mars 2004) ²⁵ s'adressant directement aux Juges en ces termes:

5. Demande à chaque Tribunal de veiller à ce que les nouveaux actes d'accusation qu'il examinera et confirmera visent les plus hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de leur compétence, comme indiqué dans la résolution 1503 (2003);

¹⁸ « From modest beginnings in 1993 and 1994, the ICTY and ICTR have grown into enormous and extremely costly bureaucratic machines...The total number of post exceeds 2,200 and the combined budgets exceed \$250 millions per annum and are rising, representing more than 10 per cent of the total annual regular UN budget. Zacklin, «The Failings of *AdHoc* International Tribunals», *Journal of International Criminal Justice* 2 (2004)541, à la p. 543.

¹⁹ Raab, «Evaluating the ICTY and its Completion Strategy» *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005) 82, à la p. 84.

²⁰ Il est intéressant de noter que la première Résolution du Conseil de sécurité où l'on se préoccupe de la durée des mandats des Tribunaux *ad hoc* soit datée du 30 novembre 2000, suite au rapport du Président Jorda. D'ailleurs on y souligne clairement l'effort des Juges du tribunal en ces termes : «*Taking note with appreciation of the efforts of the judges of the International Tribunal for the Former Yugoslavia, ... to allow competent organs of the United Nations to begin to form a relatively exact idea of the length of the mandate of the Tribunal,* UN doc. S/RES/1329/2000, 30 November 2000.

²¹ On his report to the Security Council on 10 October 2003, President Meron of the ICTY «*noted the Prosecutor's intention to indict approximately 30 additional individuals and, acknowledging the Prosecutor's prerogative in this regard, stated that these cases could not be completed within the existing Completion Strategy time frame. He concluded that « the matter is clearly one between the Council and the Prosecutor ».* Raab, précité note 18, p.87

²² UN doc. S/RES/1503 /2003, 28 August 2003.

²³ Statut SCSL art 1 (2000), available on SCSL website at: <<http://www.sc-sl.org/>> (as of 20 Feb. 2006).

²⁴ Raab, précité note 18, p. 87

²⁵ UN doc. S/RES/1534 /2004, 26 March 2004.

Les Juges du TPIY répondirent aussitôt à cette demande en introduisant un mécanisme de contrôle du pouvoir discrétionnaire du Procureur de sélectionner les suspects mis en accusation. Cet amendement de la Règle 28 du Règlement de Procédure et de Preuve confie aux Juges le devoir de contrôler que « *l'acte d'accusation vise bien un ou plusieurs des hauts dirigeants soupçonnés de porter la responsabilité la plus lourde des crimes relevant de la compétence du Tribunal* », à défaut de quoi il sera renvoyé au Procureur sans être soumis à la procédure de confirmation. Encore ici, on reconnaît le langage familier des résolutions du Conseil de sécurité, qui limite les mises en accusations aux plus hauts dirigeants portant la plus haute responsabilité. Cet amendement a soulevé de vives objections de la part du Procureur, qui le considère comme *ultra vires*²⁶. Bien que l'objectif de cet amendement soit louable et conforme au désir du Conseil de sécurité, il n'en soulève pas moins de sérieuses questions de compétence²⁷. Les Juges pouvaient-ils introduire un nouveau critère de sélection des accusés non prévu au Statut ? Pareil amendement ne porte-t-il pas atteinte à l'indépendance du Procureur qui voit ainsi son pouvoir discrétionnaire limité par l'action des Juges tirant leur compétence d'une règle qu'ils ont eux-mêmes adoptée ? Chose certaine, cette approche des Juges du TPIY illustre une fois de plus les différences de vues avec le Procureur sur les questions de stratégie d'achèvement.

Du côté du TPIR, le nouveau Procureur s'empressa d'adopter publiquement un plan d'achèvement où il s'engageait à se concentrer sur les « *chefs de files ...et les premiers responsables du génocide* » dans l'esprit de la Résolution 1534. Faisant preuve d'une transparence plutôt inédite en matière de pouvoirs discrétionnaires, le Procureur du TPIR énuméra dans ce document les différents critères qu'il entendait utiliser pour déterminer qui sont « *les plus hauts dirigeants* » avant de se livrer à une ré-évaluation des dossiers existants et de sélectionner les accusés qui seront jugés par le TPIR²⁸.

Cette évolution du mandat des TPIY et TPIR venait rappeler à tous le caractère *ad hoc* de ces institutions. Il appartenait aux Procureurs de ces institutions, conçues dès l'origine comme des instruments éphémères, d'en tenir compte dans l'établissement de leur stratégie respective, avant de se faire rappeler à l'ordre par les Juges d'abord, et le Conseil de sécurité par la suite. Les négociations visant la mise sur pied de la Special Court for Sierra Leone allaient fortement s'inspirer de l'expérience des Tribunaux *ad hoc* pour mieux encadrer et limiter l'exercice du pouvoir de sélection du Procureur.

La « *Special Court for Sierra Leone* » : « *those who bear the greatest responsibility* »

Au moment même où surgissaient les questions relatives au coût et à la durée des mandats des tribunaux *ad hoc*, le Conseil de sécurité reçut une lettre du Président de la Sierra Leone demandant assistance pour la mise sur pied d'une *Special Court* pour juger les crimes commis pendant le conflit armé qui avait ravagé son pays. Tirant les leçons du passé, le Secrétaire général de l'ONU proposa la création d'une institution judiciaire au mandat très limité, d'une durée anticipée de 3 années avec pour budget total une somme de moins de 60 millions de

²⁶ See Johnson, «*Closing an International Criminal Tribunal while maintaining International Human Rights Standards and Excluding Impunity*», (2005) 99 Am.J.Int'l L. 158.

²⁷ Mundis, «*The Judicial Effect of the Completion Strategies on the Ad Hoc International Criminal Tribunals*», (2005) 99 Am.J.Int'l L. 142.

²⁸ Voir l'annexe à UN doc. S/2004/341, 30 Avril 2004, Stratégie d'achèvement du mandat du Tribunal pénal international pour le Rwanda, par. 14. Voir Jallow, *Prosecutorial Discretion and International Justice*, JICJ 3 (2005), 145 –161.

dollars²⁹. Il proposa également de limiter la compétence de la Cour aux « *persons most responsible* », une formule qui selon lui devrait « guider » le Procureur dans l'adoption de sa stratégie de poursuite³⁰. Finalement, le Conseil de sécurité adopta la formule finale « *to prosecute persons who bear the greatest responsibility* » dans le but déclaré de « *limiting the focus of the Special Court to those who played leadership role* »³¹. On assistait ici à un réajustement, un plus grand contrôle du pouvoir discrétionnaire du Procureur afin d'en limiter son exercice tout en assurant que le mandat de l'institution judiciaire se terminerai dans un délai raisonnable.

Cette nouvelle formulation n'était toutefois pas sans danger. Soumise au contrôle judiciaire dans l'affaire Fofana, les juges rejetèrent les prétentions du Procureur à l'effet que les termes « *bear the greatest responsibility* » n'étaient qu'une directive visant à orienter la stratégie de poursuite comme l'affirmait le Secrétaire Général dans son rapport³². Au contraire, la Cour y a vu l'expression d'un élément essentiel de la compétence personnelle du Tribunal soumis au contrôle judiciaire : « [It is a] *jurisdictional requirement, and while it does of course guide the prosecutorial strategy, it does not exclusively articulate prosecutorial discretion, as the Prosecution has submitted* »³³. En inscrivant spécifiquement cette notion de « *bear the greatest responsibility* » au sein même de l'article premier de son Statut qui jette les bases de la compétence du Tribunal³⁴ il était à parier qu'on y verrait un élément essentiel de la compétence personnelle bien qu'il soit difficile d'en déterminer le contenu de façon précise. Ne confie-t-on pas ainsi un rôle plus politique au judiciaire —déterminer qui sont les plus importants acteurs responsables des crimes commis— rôle qui généralement sied beaucoup mieux au Procureur? Le Conseil de sécurité, en intervenant dans la stratégie d'achèvement des deux tribunaux *ad hoc*, s'est bien gardé d'amender les Statuts constitutifs, préférant plutôt donner des directives qui relèvent d'abord du domaine politique.

La Cour Pénale Internationale et « *l'intérêt de la justice* »

La création d'une Cour Pénale Internationale à vocation permanente et universelle allait soulever des difficultés politiques tout autres que les précédentes institutions qui étaient limitées à des situations conflictuelles spécifiques. Rien d'étonnant à ce que la question des pouvoirs du Procureur de la CPI fut celle qui fit l'objet des plus âpres débats à Rome, soulevant craintes et espoirs. Si les États les plus réfractaires à un Procureur trop « indépendant » et puissant ont finalement cédé, ils se sont néanmoins assurés de contrôler, voire limiter les pouvoirs discrétionnaires de ce dernier, notamment en soumettant la toute première étape du processus —l'ouverture même d'une enquête— à l'examen judiciaire d'une

²⁹ « On the 14 June 2001, the UN Secretariat presented to the group of interested States revised budget estimates amounting approximately to \$57 million for the first three years of operation of the Court ». See Letter dated 12 July 2001 from Secretary-General addressed to President of the Security Council, S/2001/693/

³⁰ Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, UN Doc. S/2000/915 (4 October 2000), par. 30. Voir également note 44.

³¹ Letter dated 22 December 2000 from the President of the Security Council to the Secretary-General, S/2000/1234, par.1.

³² « Decision on the Preliminary Defence Motion on the Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of Accused Fofana », SCSL Trial Chamber, 3 March 2004, SCSL-2004-14-PT. Voir note 44 *infra*.

³³ *Idem*, par. 27

³⁴ Le premier paragraphe de l'Article 1 du Statut de la Special Court for Sierra Leone se lit comme suit : « *The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone* ».

Chambre préliminaire³⁵. Malgré tout, force est d'admettre que le principe de l'opportunité des poursuites demeure, les juges ne devant s'assurer que de l'existence d'éléments de preuves justifiant l'ouverture d'une enquête (reasonable basis to proceed)³⁶.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le procureur devra examiner, selon les dispositions de l'article 53 du Statut de la CPI, « *s'il y a des raisons sérieuses de penser, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts des victimes, qu'une enquête ne servirait pas les intérêts de la Justice* »³⁷. De même, après enquête, le Procureur pourra décider de ne pas engager de poursuites parce que cela « *ne servirait pas les intérêts de la justice...* »³⁸. Cette notion d'« intérêt de la justice », bien connue en droit interne, fait ici une remarquable entrée en droit international pénal positif. Dans le contexte de la justice pénale internationale qui s'inscrit au cœur des relations internationales, des conflits et des guerres, cette considération des intérêts de la justice vient conférer au Procureur une véritable responsabilité politique à laquelle il ne pourra pas échapper³⁹. Bien que l'article 53 énumère certains critères pour déterminer s'il y va de l'intérêt de la justice de ne pas enquêter ou poursuivre, tel que « *la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou la déficience de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué* », cette liste demeure non exhaustive et ne pourra soustraire le Procureur, dans certains cas, au devoir « *d'arbitrer entre l'impératif de justice et l'impératif de paix* »⁴⁰. Par contre, cette considération des intérêts de la justice dans la décision du procureur de ne pas enquêter ou poursuivre sera soumise au contrôle judiciaire⁴¹ qui se verra ainsi, à l'occasion, plonger au cœur de la politique internationale. Cette solution, toute problématique soit-elle, fut néanmoins considérée par les États comme préférable au seul exercice discrétionnaire du pouvoir de sélection du Procureur.

Conclusion

Les dix dernières années ont vu s'écrire un tout nouveau chapitre du droit international pénal avec l'entrée en scène de nouvelles institutions judiciaires. Les premières expériences du Conseil de sécurité avec le TPIY et le TPIR, suivies de l'adoption du Traité de Rome créant la CPI et de l'arrivée des nouvelles institutions dites « hybrides » ont rapidement engendré un malaise parmi les États connu sous le vocable anglais de « *tribunal fatigue* ». Présenté à l'origine comme un malaise financier présent chez les principaux pays donateurs⁴², on peut également y voir une tentative de freiner l'emballement qui s'était emparé des premières institutions, notamment chez les Procureurs. C'est du moins ce qui ressort de la saga des stratégies d'achèvement des deux tribunaux *ad hoc*, fortement « encouragées » par deux résolutions du Conseil de sécurité. Si ses stratégies d'achèvement concernent l'ensemble de

³⁵ Art. 15 de la CPI.

³⁶ « Like in paragraph 3, the « reasonable basis » standard in paragraph 4 is purely evidentiary and not one of appropriateness », Bergsmo et Pejic, dans Otto Triffterer (ed.) « Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court », 1999, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, p. 360, à la p. 370.

³⁷ Art. 53 (1)(c) du Statut de la CPI.

³⁸ Art. 53 (2)(c) du Statut de la CPI.

³⁹ « ...the term 'in the interests of justice' also requires the Prosecutor to take account of the broader interests of the international community, including the potential political ramifications of an investigation on the political environment of the state over which he is exercising jurisdiction », Brubacher, « Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court », *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004) 71, p. 81.

⁴⁰ « En effet déterminer si une enquête sert ou non les intérêts de la justice, compte tenu des intérêts des victimes et/ou de la gravité du crime, pourra le conduire à faire un choix entre la nécessité d'ouvrir une enquête et celle de ne pas compromettre des négociations sur le point d'aboutir à la signature d'un accord de paix », William Bourdon, *La Cour pénale internationale*, Paris, Seuil, 2000, p. 165.

⁴¹ Paragraphe 3 de l'article 53 de la CPI.

⁴² Voir Zacklin, précité note 17.

l'institution judiciaire, c'est au Procureur avant tout qu'elles s'adressent, imposant une limite certaine à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Or la nature *ad hoc* des premiers tribunaux aurait dû inciter les Procureurs à adopter pareilles stratégies bien avant l'intervention du Conseil de sécurité. Qui plus est, l'adoption par le Procureur d'une stratégie transparente d'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires apparaît souhaitable afin d'éviter toute apparence de partialité, particulièrement en droit international pénal qui traite de crimes commis par des groupes organisés lors de conflits politiques ou ethniques ⁴³.

Certes le Conseil de sécurité peut en toute légitimité encadrer et limiter les pouvoirs du Procureur des institutions judiciaires qu'il a mis sur pied, soit par résolutions (TPIY/TPIR) soit par entente bilatérale (SCSL) ⁴⁴. S'il l'a fait avec un certain succès dans les Résolutions approuvant les stratégies d'achèvement, son approche avec la SCSL entraîna une conclusion plutôt inattendue. En limitant directement les termes du Statut qui définissent les compétences de la Cour, il a ouvert la porte au contrôle judiciaire d'une question nettement plus politique : qui sont « *les plus hauts dirigeants qui portent la responsabilité la plus lourde* » ? Certains auraient souhaité que pareille question reste la prérogative du Procureur, bien enfoui au sein même de son pouvoir discrétionnaire ⁴⁵.

Pour les États parties au Traité de Rome, privé du contrôle plus direct du Conseil de sécurité sur le Procureur que certains souhaitaient à l'image des tribunaux *ad hoc*, il est apparu préférable de confier aux juges un plus grand contrôle de l'exercice discrétionnaire des pouvoirs du Procureur, et ce dès la phase initiale de l'ouverture d'une enquête. De son côté, le Conseil de sécurité se voyait octroyé un droit de sursis à l'égard des décisions du procureur de la CPI au nom « des impératifs de la paix » ⁴⁶. C'est toutefois l'arrivée sur la scène du droit international pénal de la notion d'intérêt de la justice qui nous apparaît ici la plus déterminante. Ce qui deviendra rapidement l'élément essentiel de la stratégie de poursuite du Procureur fera obligatoirement l'objet d'un contrôle judiciaire qui en définira rapidement sinon le contenu, du moins les limites. Si d'un côté pareil contrôle judiciaire de la décision la plus « politique » du Procureur devrait en renforcer la légitimité, il n'en demeure pas moins un exercice juridique périlleux, qui, dépourvu de réserve, pourrait facilement menacer l'intégrité de l'ensemble de la Cour Pénale Internationale.

⁴³ « *Guidelines reduce the scope for arbitrariness...They provide a transparent standard by which prosecutors' decisions can be evaluated...They ultimately protect prosecutors, particularly those of the international tribunals, of accusations of initiating politically motivated prosecutions* », Nsereko, « *Prosecutorial Discretion Before National Courts and International Tribunals* », Journal of International Criminal Justice, 3 JICJ (2005) 124, p. 143. Voir également Allison Marston Danner, « *Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court* », 97 American Journal of International Law (2003), 510.

⁴⁴ « The Security Council, in the exercise of its responsibility under the UN Charter for the maintenance of international peace and security, as well as being the creator of the Tribunals, can legitimately prescribe general prosecutorial policy for the Tribunals. The Prosecutor is duty bound to implement such policy but exercises independent judgment in such implementation through the cases », Jallow, *Prosecutorial Discretion and International Justice*, JICJ 3 (2005), 145, p. 151.

⁴⁵ Contrairement aux Juges de la SCSL, le Secrétaire Général de l'ONU affirmait dans son rapport que la formulation « *persons most responsible* » suggested not as a test criterion or a distinct jurisdictional threshold, but as a guide to the Prosecutor in the adoption of a prosecution strategy ». Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, 4 October 2000, S/2000/915, par. 30.

⁴⁶ Voir Art. 16 de la CPI.