

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le rêve déçu de Kant

Fierens, Jacques

*Published in:*  
Journal des Tribunaux

*Publication date:*  
2010

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Fierens, J 2010, 'Le rêve déçu de Kant: l'intégration des infractions internationales de droit humanitaire dans le Code pénal', *Journal des Tribunaux*, pp. 682-687.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

tion intervenue à l'étranger interrompait la prescription<sup>29</sup>.

La prescription de l'amende est interrompue par tout acte d'exécution, tel qu'une saisie ou un commandement<sup>30</sup>. La Cour de cassation a également considéré que le paiement volontaire d'une partie de l'amende par le condamné interrompt la prescription et fait ainsi naître un nouveau délai<sup>31</sup>.

## 5

## Effets de la prescription

À l'échéance du délai de prescription de la peine, celle-ci ne peut plus être mise à exécution, « elle est, en quelque sorte, présumée déjà exécutée »<sup>32</sup>. Cependant, la condamnation demeure et continue à produire des effets notamment pour fonder une récidive ou pour permettre l'octroi d'un sursis ou d'une suspension du prononcé de la condamnation<sup>33</sup>. Par ailleurs, la condamnation demeure toujours inscrite au casier judiciaire. Un effet procédural particulier doit également être évoqués, puisque la peine prescrite ne peut plus faire l'objet d'une opposition en application de l'article 187, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle<sup>34</sup>. Enfin, il y a lieu de ne pas confondre les effets de l'extinction de la peine avec ceux de l'effacement qui ne constitue, quand à lui, pas un obstacle au recouvrement de l'amende<sup>35</sup>.

## 6

## Conclusions

L'institution de la prescription de la peine est fondée sur la considération que « l'ordre public serait plus troublé, après un certain délai, par la mise à exécution de la peine que par son absence de mise à exécution (la paix sociale commande de ne pas raviver des faits infractionnels dont l'opinion publique aurait peut-être même perdu le souvenir) »<sup>36</sup>. Il n'est pas certain que cette conception généreuse et humaniste serait encore actuellement défendue par notre législateur, à l'heure où certains proposent de multiplier les catégories de délits imprescriptibles, notamment pour des faits de mœurs.

Quoi qu'il en soit, les règles de suspension du délai de prescription en cas de libération provisoire et la possibilité d'interrompre indéfiniment, par des actes successifs, le délai de prescription des peines pécuniaires posent question. Ce faisant, la justice se croit-elle investi d'un pouvoir divin lui permettant d'agir sur l'écoulement naturel du temps ou ne faut-il y voir qu'une application concrète supplémentaire de la théorie de la relativité d'Albert Einstein?

Antoine LEROY

(29) Liège, 25 janvier 1962, *Pas.*, II, pp. 55 et s.

(30) P.-L. BODSON, *op. cit.*, p. 532.; S. DERNE et A. JACOBS, *op. cit.*, E200/3.

(31) Cass., 24 août 1967, *Pas.*, I, p. 1297.

(32) P.-L. BODSON, *op. cit.*, p. 533.

(33) Toutes les hypothèses de récidive sont ici envisagées, à l'exception de celle visée à l'article 56, alinéa 2, du Code pénal commentée *supra*.

(34) Cass., 22 février 1994, *Pas.*, I, p. 193.

(35) Article 619 du Code d'instruction criminelle modifié par la loi du 27 décembre 2006.

(36) A. JACOBS, *op. cit.*, p. 200/3.

## Le rêve déçu de Kant

## L'intégration des infractions internationales de droit humanitaire dans le Code pénal

« Il faut les tenir ferme, m'expliquait-il, parce que ça tire et quelquefois ils s'arrachent, ils montent trop haut, ils partent à la poursuite du bleu et tu ne les revois plus, sauf quand les gens les ramènent ici en morceaux »

Romain GARY, *Les cerfs-volants*.

## 1

## La compétence « cosmopolitique » : le rêve de Kant

1. Lorsque le Code pénal napoléonien, constitué de six lois publiées en février 1810<sup>1</sup>, est promulgué, Emmanuel Kant n'est mort que depuis cinq ans. Il avait consacré sa vie à tenter de déterminer les exigences ultimes de la raison, contre tout utilitarisme. On a pu écrire que sa pensée tend à « une ouverture pathétique sur l'horizon ultime de la philosophie transcendante : le droit<sup>2</sup> ».

2. Le philosophe de Königsberg avait clairement exprimé sa conviction qu'une législation interne ne peut se concevoir qu'en lien avec la régulation des rapports interétatiques<sup>3</sup>. L'idée de constitution « cosmopolitique » est, aux yeux du philosophe qui s'inspire de Thomasius, Heinecke, Wolff ou Vattel, la fin même du droit des gens<sup>4</sup>. C'est l'existence de la guerre qui mènera à ce droit cosmopolite. Celle-ci, « par ses préparatifs extravagants et jamais relâchés, par la souffrance qui s'ensuit et qui doit finalement être ressentie par chaque État même en pleine paix intérieure, (...) pousse les États à des tentatives d'abord imparfaites, mais finalement,

après beaucoup de dévastations, de renversements, et même après un épuisement intérieur général de leurs forces », à entrer « dans une société des nations, dans laquelle chaque État, même le plus petit, pourra attendre sa sécurité et ses droits non de sa force propre ou de son appréciation juridique personnelle, mais seulement de cette grande société des nations (*Fœdus Amphictyonum*), de l'union des forces en une seule force et de la décision, soumise à des lois, de l'union des volontés en une seule volonté<sup>5</sup> ».

3. La guerre est pourtant, dans son principe, catégoriquement condamnée par Kant. Sur le plan interne, le souverain ne peut en effet utiliser ses propres sujets pour mener la guerre contre d'autres États, sous peine de traiter les citoyens comme des animaux ou des plantes qu'il posséderait, alors qu'ils sont colégislateurs. Ce n'est que si le citoyen a donné son consentement à la guerre que l'État peut exiger qu'il prenne les armes, ce « périlleux service ». Pour le reste, il convient de déterminer les conditions juridiques de l'entrée en guerre et de la conclusion de la paix, de refuser les guerres punitives, les « stratagèmes honteux » ou le pillage, l'extermination et l'asservissement<sup>6</sup>. Quant à l'État auquel on fait la guerre, tous les moyens de défense lui sont permis, à l'exception de ceux dont l'usage ôterait aux sujets la capacité d'être des citoyens. Au nombre de ces moyens illégitimes, il faut ranger ceux qui consistent à se servir de ses propres sujets comme espions, ou même d'étrangers comme d'assassins ou d'empoisonneurs. En un mot, on ne doit pas se servir des moyens perdus qui détruiraient la confiance nécessaire pour fonder à l'avenir une paix durable. Ainsi, la voie privilégiée de la constitution d'une assemblée pacifique et unifiée des États est la détermination des lois de la guerre et par voie de conséquences des crimes de guerre. L'entreprise est des plus difficiles, car « droit » et « guerre » sont fondamentalement contradictoires : « Le droit dans la guerre est précisément dans le droit des gens celui qui présente la plus grande difficulté, si l'on veut seulement en faire un concept et penser une loi dans cet État sans lois (*inter arma silent leges*), sans se contredire soi-même; cette loi devrait être de conduire la guerre d'après les principes suivant lesquels il demeure toujours possible de

(1) Le Code pénal se compose des lois du 12 février 1810 (dispositions préliminaires et livre premier), 13 février 1810 (livre deuxième), 15 février 1810 (livre troisième, titre premier, chapitres 1 et 2), 16 février 1810 (livre troisième, titre premier, chapitre 3), 17 février 1810 (livre troisième, titre deuxième, chapitres 1 et 2) et 20 février 1810 (livre quatrième). Le décret du 13 mars 1810 fixe la date de sa « mise à exécution » à celle fixée pour le Code d'instruction criminelle qui le précède, soit au 1<sup>er</sup> janvier 1811. De nombreuses modifications seront apportées au Code pénal par la loi du 28 avril 1832.

(2) A. PHILONENKO, *L'œuvre de Kant*, t. 2, Paris, Vrin, 1972, p. 254. Sur la philosophie du droit de Kant, voy. S. GOYARD-FABRE, *La philosophie du droit de Kant*, Paris, Vrin, 1996, spécialement pp. 237 et s.; de la même, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, P.U.F., 1997, spécialement pp. 368 et s.; A. LEJBOWICZ, *Philosophie du droit international - L'impossible capture de l'humanité*, Paris, P.U.F., 1999, spécialement pp. 180 et s.

(3) E. KANT, « Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique » (1784), septième proposition, dans *Œuvres philosophiques*, Paris, N.R.F.-Gallimard [Bibliothèque de La Pléiade], tr. fr. J. et O. MASSON, t. II, p. 196.

(4) Voy. E. KANT, « Anthropologie du point de vue pragmatique », dans *Œuvres philosophiques*, cité, t. II, pp. 1142-1143. Ch. THOMASIIUS, *Fundamenta iuris naturalis et gentium* (1730); J.-G. HEINECKE, *Elementa juris naturalis et gentium* (1730); Ch. WOLFF, *Ius naturalis et gentium* (1740-1750); E. DE VATTEL, *Le droit des gens* (1758). L'idée de cosmopolitisme est déjà un trait majeur de la pensée des stoïciens et de Cicéron.

(5) « Idée d'une histoire universelle du point de vue cosmopolitique », cité, *ibidem*. Kant fait allusion à l'*amphictyonie* grecque, alliance de cités ou de régions rassemblées autour de valeurs culturelles et d'intérêts communs. Kant ne rêve pas d'un gouvernement mondial, mais d'une fédération d'États.

(6) Voy. *Métaphysique des mœurs*, première partie, *Doctrine du droit*, II, II, § 57, tr. fr. A. PHILONENKO, Paris, Vrin, 1986, pp. 230-231.

sortir de cet état de nature des États (dans leur rapport mutuel externe) et d'entrer dans un état juridique<sup>7</sup> ».

2

### La compétence fondée sur les intérêts nationaux : le XIX<sup>e</sup> siècle

Le Code de 1810, qui n'est lui-même qu'une réforme du premier Code révolutionnaire de 1791, n'a rien de kantien. Influencé par Bentham et l'école utilitaire du droit pénal, son approche est globalement utilitariste<sup>8</sup>. Son souci est de préserver avant tout l'État contre les agressions intérieures et extérieures. Il n'envisage pas les dimensions internationales de certains crimes, et encore moins ce qu'on appellera ultérieurement la violation du droit humanitaire, bien que le concept de crime de guerre, au sens de comportement interdit avant, pendant ou après les hostilités et en lien avec celles-ci, remonte au moins à Platon<sup>9</sup>. La codification de 1810 est pensée dans le cadre d'une société supposée homogène, mais évidemment contenue dans les limites du territoire français de l'époque.

4. En ce qui concerne la compétence pénale *ratione personae* et *ratione materiae*, rien ne fait songer, ni de près, ni de loin, à ce qui s'appellera un jour la compétence universelle, bien que, comme il sera rappelé, le principe d'une telle compétence avait lui aussi déjà été mis en évidence depuis longtemps. Si le juge pénal est compétent, c'est la plupart du temps en tant que *judex loci commissi delicti*. Selon le Code d'instruction criminelle de 1808, certains actes commis à l'étranger par des Français peuvent toutefois être sanctionnés, de même que certains crimes commis à l'étranger par des étrangers, mais uniquement parce que l'État lui-

même est censé trouver un intérêt direct à sa répression<sup>10</sup>.

5. La première pénalisation explicite de certains comportements guerriers est celle du droit interne des États-Unis. Elle remonte à la Guerre de sécession, lorsque Le Code de Francis Lieber, promulgué en 1863, tente de codifier le droit de la guerre. L'article 44 prévoit que les violences délibérées commises contre les personnes dans le pays envahi, toute destruction de biens non ordonnées par un officier qualifié, tous vols, pillage ou mise à sac, même après la prise d'une place de vive force, tous viols, blessures, mutilation ou mise à mort de ses habitants, seront punis de la peine de mort ou de toute autre peine grave, proportionnée à la gravité de l'offense. Il n'est cependant pas question d'envisager la compétence des tribunaux de l'Union à l'égard d'autres personnes que ses propres soldats.

6. Le Code pénal belge de 1867, bien que justifié par l'évolution des « nécessités sociales<sup>11</sup> », ne se différencie guère de son prédécesseur de 1810<sup>12</sup>. Il n'envisage pas la répression des crimes de guerre commis à l'étranger. Le Code d'instruction criminelle français avait été conservé et la compétence accordée aux juridictions du for pour des crimes commis à l'étranger se fonde sur les principes établis en 1791 et en 1810. Les aspects internationaux de la répression ne sont pris en compte que du point de vue de l'intérêt belge. Selon les articles 3 et 4, l'infraction commise sur le territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois belges. L'infraction commise hors du territoire du royaume, par des Belges ou par des étrangers, n'est punie, en Belgique, que dans les cas déterminés par la loi, qui visent tous des intérêts belges<sup>13</sup>.

monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi, jugé et puni en France, d'après les dispositions des lois françaises ». Selon l'article 6, « Cette disposition pourra être étendue aux étrangers qui, auteurs ou complices des mêmes crimes seraient arrêtés en France, ou dont le gouvernement obtiendrait l'extradition ».

(11) *Pandectes belges*, t. 20, v<sup>o</sup> « Code pénal », 1886, n<sup>o</sup> 5.

(12) J.-J. Haus écrit pourtant qu'« il faut que la peine soit juste en elle-même et indépendamment de toute considération d'utilité sociale », ce qui le rapproche ici de la conception kantienne. *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, 1879, rééd. Bruxelles, Swinnen, 1977, t. 1, n<sup>o</sup> 61. Il s'en éloigne pourtant lorsqu'à propos de la compétence extraterritoriale, il évoque le « système de justice absolue », qui vise ce que nous appelons la compétence universelle. Ce système est, selon l'auteur, critiquable, car il faut que le système pénal soit « nécessaire à la conservation ou au bien-être de la société », donc utile (n<sup>o</sup> 219).

(13) Le Code pénal renvoie ici aux articles 6 à 14 du titre préliminaire du Code de procédure pénale. À l'origine, ceux-ci ne visaient que des infractions que la Belgique pouvait avoir intérêt à réprimer : crimes contre la sûreté intérieure ou extérieure de l'État belge, crimes ou délits contre la foi publique belge, c'est-à-dire contrefaçon ou falsification de monnaie ayant cours légal, de papiers nationaux, d'effets émis par des administrations ou des établissements publics, contrefaçon des sceaux, timbres, poinçons et marques de l'État, des administrations ou établissements publics. « L'État a le droit de punir quand la conservation de son ordre public l'exige, et cette condition est indépendante du territoire » (A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles - Paris, Bruylant - Librairie A. Marescq, 1899, n<sup>o</sup> 105.)

3

### La compétence de l'effroyable : la suite des guerres mondiales

7. Le génocide des Arméniens a lieu en 1915, sans susciter de réactions en droit international pénal. La Première Guerre mondiale fait plus de quinze millions de tués militaires ou civils et plus de vingt et un millions de blessés. L'utilisation ravageuse de l'artillerie et l'emploi des gaz de combat provoquent des dégâts inimaginables pendant la « der des der » qui ne le fut nullement. Les déclarations et conventions antérieures relatives au droit humanitaire, apparues à partir de la Déclaration de Saint-Petersbourg des 29 novembre-11 décembre 1868, les Conventions et Déclarations de La Haye du 29 juillet 1899 et la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne, du 6 juillet 1906, révèlent leur inutilité. Le droit international tente alors de s'adapter à travers les Conventions de Genève du 27 juillet 1929 notamment, mais elles ne contiennent aucune pénalisation des comportements de guerre interdits. L'article 227 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 prévoit la mise en accusation de Guillaume II, ex-empereur d'Allemagne, devant ce qui aurait pu être le premier tribunal pénal international<sup>14</sup>. Le Kaiser est notamment accusé d'avoir commis des crimes de guerre « en violation des conventions internationales relatives aux lois et coutumes de la guerre ». Ce tribunal n'est toutefois jamais constitué, car les Pays-Bas, où Guillaume II s'était réfugié après son abdication, refusent de l'extrader<sup>15</sup>.

8. La Deuxième Guerre mondiale et surtout l'extermination des juifs d'Europe dans les camps de la mort imposent l'idée que la répression de certains crimes concerne l'humanité entière. La loi pénale n'hésite d'ailleurs pas à se faire rétroactive. Des tribunaux — de vainqueurs — sont installés<sup>16</sup>. Le statut du Tribunal de Nuremberg

(14) Après la bataille de Waterloo, il est question de faire juger Napoléon par des députés de tous les souverains d'Europe et de le faire condamner pour usurpation à l'égard de Louis XVIII ainsi que pour crime de lèse-majesté, mais l'idée ne semble pas avoir dépassé la discussion entre philosophes. Voy. Joseph DE MAISTRE, *Correspondance diplomatique*, 1811-1817, t. 2, pp. 90-91, cité par Belg. jud., janvier 1920, p. 32; E. DECAUX, « Le statut de chef d'État déchu », *A.F.D.I.*, 1980, pp. 105-107.

(15) Les Pays-Bas n'avaient pas signé le Traité de Versailles. Ils se revendiquent neutres et terre d'accueil.

(16) Il semble aujourd'hui indiscutable, au-delà des discussions qui eurent lieu à l'époque, que le statut du Tribunal de Nuremberg et la loi n<sup>o</sup> 10 du 20 décembre 1945 du Conseil de contrôle allié étaient rétroactifs tant dans la qualification des infractions que du point de vue de la détermination de la peine. La question est de savoir si cette rétroactivité n'était pas justifiée, les crimes contre l'humanité commis ayant été littéralement inimaginables antérieurement. C'est la solution vers laquelle le Tribunal de Nuremberg tend en refusant de reconnaître à la règle de non-rétroactivité de la loi pénale le statut d'une règle contraignante et celui d'un principe général de droit : « Il faut rappeler que la maxime : *Nullum crimen sine lege* ne limite pas la souveraineté des États; elle ne formule qu'une règle généralement suivie » (« Procès des grands criminels de guerre », texte officiel en langue française, Nuremberg, 1947, vol. 1, p. 231.) Le Tribunal militaire international dit de Nuremberg a été constitué par l'Accord de Londres, signé le 8 août 1945 par la France, les États-Unis, le Royaume-Uni et l'U.R.S.S., puis ratifié par d'autres pays vainqueurs. Le général Mac Arthur, commandant en chef des troupes d'occupation,

(7) *Ibidem*.

(8) J. CONSTANT, *Manuel de droit pénal*, t. 1, *Principes généraux*, Liège, Imprimerie des Invalides, 1959, p. 70. Voy. P. LASCOURÈS, *Au nom de l'ordre - Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, plus spécialement sur le Code de 1810, pp. 177 et s.; sur l'influence de Bentham, pp. 208 et s.; M. SABATIER, « Napoléon et les codes criminels », *Rev. pénit.*, 1910, pp. 905 et s.

(9) Dans la ligne de son exigence de différence de traitement entre Grecs et « barbares », Platon estime inacceptables l'asservissement des Grecs, l'offrande d'armes au temple « surtout quand il s'agit de celles des Grecs, le dépouillement des morts après la victoire, hormis de leurs armes, le ravage des terres et l'incendie ou la destruction des maisons en terre grecque ». Il refuse que l'on traite en ennemis, au sein d'un État grec, « la totalité des citoyens, hommes, femmes, enfants », mais, dans chaque cas, ceux, « en petit nombre, qui sont les auteurs responsables du différend ». Les recommandations de Platon visent à tempérer une nouvelle conduite de la guerre qui autoriserait sans restriction la mise à mort, le pillage et la réduction en esclavage. Voy. *La République*, V, 469b, 470a-471b, 469cd, 476a, cité ici d'après la traduction de L. ROBIN, coll. La Pléiade, Paris, Gallimard, 1950. Voy. aussi J.-P. VERNANT, *Problèmes de la guerre en Grèce ancienne*, Paris - La Haye, Mouton, 1968.

(10) Selon l'article 5 du Code d'instruction criminelle de 1808, « Tout Français qui se sera rendu coupable, hors du territoire de France, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, de contrefaçon du sceau de l'État, de

créée la notion ambiguë de crimes contre l'humanité, distincte des crimes de guerre. Hannah Arendt dira à propos des premiers qu'elle y voit « l'euphémisme du siècle<sup>17</sup> », et, de façon prémonitoire, que « C'est [...] ce genre de crime qui causa le plus grand embarras aux juges de Nuremberg; ils laissèrent planer sur lui une ambiguïté telle que tous les juristes du monde devaient être tentés de le définir.<sup>18</sup> » La définition du crime contre l'humanité a en effet constamment fluctué. Depuis 1945, on peut en relever onze différentes, rien qu'en droit international<sup>19</sup>. Il reste que c'est à partir de la Shoah que le droit pénal a effectivement considéré que, pour certaines infractions, sa raison d'être n'était plus la préservation des intérêts de chaque État ou de chaque « nation », comme en 1791, 1810 ou 1867, mais ceux de l'« humanité » tout entière.

décida seul, le 19 janvier 1946, la création du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, plus connu sous le nom de Tribunal de Tokyo.

(17) « Traduit en allemand, cela donne *Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, comme si les nazis avaient seulement manqué de gentillesse, ce qui est assurément l'euphémisme du siècle » (*Eichmann à Jérusalem - Rapport sur la banalité du mal*, tr. fr. A. GUERIN revue par M.-I. BRUDNY-DE LAUNAY, coll. Folio histoire n° 32, Paris, Gallimard, 1991, p. 442).

(18) *Ibidem*, pp. 415-416. Il est vrai que le jugement trahit l'embarras des juges souligné par Hannah Arendt, quand il choisit de traiter ensemble des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. L'exigence de connexité de ces derniers avec « tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal », contenue dans l'article 6, alinéa 2, *littera c*, *in fine*, du Statut, les incitait à cet amalgame.

Sur la problématique de la notion même de crimes contre l'humanité, voy. le petit ouvrage lumineux de A. FROSSARD, *Le crime contre l'humanité*, Paris, éd. Robert Laffont, 1987; A. FINKIELKRAUT, *La mémoire vaine du crime contre l'humanité*, coll. Essais Folio n° 197, Paris, Gallimard, 1989; P. TRUCHE, « La notion de crime contre l'humanité - Bilan et propositions », *Esprit*, mai 1992, pp. 87-89; J. FIERENS, « La responsabilité pénale des auteurs de crimes de masse », dans *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, actes du colloque des 28-29 avril 2005, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, pp. 61-79; du même, « La non-définition du crime contre l'humanité », *La Revue nouvelle*, mars 2000, n° 3, pp. 36-49; M. DELMAS-MARTY, I. FOUCHARD, E. FRONZA et L. NEYRET, *Le crime contre l'humanité*, coll. Que sais-je?, n° 3863, Paris, P.U.F., 2009. Plus technique: J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », *R.C.A.D.I.*, 1950, pp. 10 et s.; C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff publishers, 1992; C. GRYNFOGEL, « Le concept de crime contre l'humanité - Hier, aujourd'hui et demain », *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 13 et s.; Y. JURJOVICIS, *Réflexions sur la spécificité du crime contre l'humanité*, Paris, L.G.D.J., 2002; J. DE HEMPTINNE, « La définition du crime contre l'humanité par le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 763-779.

(19) Comp. l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg, l'article 5 de la charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, l'article 2 de la loi n° 10 du 20 décembre 1945 du Conseil de contrôle allié, le principe 6 établi par la Commission de droit international, l'article 1<sup>er</sup> de la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité du 26 novembre 1968, l'article 1<sup>er</sup> de la Convention européenne sur l'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre du 25 janvier 1974 élaborée au sein du Conseil de l'Europe, l'article 5 du statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, l'article 3 du statut du Tribunal international pour le Rwanda, l'article 7 du statut de la Cour pénale internationale, les « Éléments de crime » visés à l'article 9 du statut de la Cour pénale internationale, à propos de l'article 7 de ce statut.

On aurait pu croire que la définition du statut de la Cour pénale internationale « stabiliserait » à long terme les éléments constitutifs. C'est en effet la première fois qu'en 1998, le crime à juger est défini avant sa commission. Toutefois, l'article 2 de l'Accord pour et le statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, du 16 janvier 2002, et donc ultérieur au statut de la Cour pénale internationale, montre que tel n'est pas le cas.

9. Bien que le terme eût été utilisé dans l'acte d'accusation à Nuremberg et au cours des débats, il faut attendre la résolution 96 (I) du 11 décembre 1946 de l'Assemblée générale des Nations unies pour que le mot « génocide » apparaisse dans un instrument juridique normatif. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 en donne une définition qui, au contraire de celle du crime contre l'humanité, s'avérera remarquable par sa permanence, tant en droit international qu'en droit interne<sup>20</sup>. Le texte ne prévoit pas les peines à infliger aux auteurs, coauteurs, incitateurs ou complices de génocide, ou aux responsables d'une entente en vue de commettre le génocide, mais, aux termes de l'article 5, les parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la Convention, notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article 3<sup>21</sup>.

10. Les Conventions de Genève du 12 août 1949, malheureusement toujours en retard d'une guerre si l'on ose ici ce jeu de mot, s'efforcent ensuite, comme le droit conventionnel qui les a précédées, d'adapter le droit international humanitaire aux horreurs constatées pendant le conflit qui vient de s'achever. Elles prévoient la responsabilité pénale individuelle de la personne qui a commis, ou ordonné de commettre, l'une ou l'autre des infractions gra-

ves au prescrit conventionnel, limitativement énumérées. Sur ce point, pas plus que la Convention sur le génocide de 1948, les Conventions de 1949 n'ont donc d'effet direct, puisque chaque État est tenu de prendre les mesures législatives destinées à fixer les sanctions pénales adéquates<sup>22</sup>. Toutes les infractions aux Conventions ou à leurs protocoles additionnels ne sont pas destinées à être pénalisées. Toutes celles qui doivent être concernent les conflits internationaux, alors que la plupart des guerres qui suivront ne présenteront pas ce caractère<sup>23</sup>.

11. En cas d'infraction grave, une Partie contractante a le droit de déférer les auteurs à ses propres tribunaux, s'il ne préfère les remettre pour jugement à une autre Partie contractante intéressée à la poursuite. C'est l'application de l'adage *Aut judicare aut dedere*, variation du principe *Aut dedere, aut punire*, proposé par Grotius, et un pas décisif vers la compétence universelle<sup>24</sup>.

12. La convention sur le génocide de 1948, de même que la Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid du 30 novembre 1973, prévoient la création d'une cour internationale qui n'a pas été mise en place. Il faudra attendre la chute du mur de Berlin pour constater l'essor fulgurant du droit international pénal et la création des juridictions pénales internationales contemporaines, jusqu'au statut de la Cour pénale internationale qui fait aujourd'hui figure de Code pénal international, concrétisation embryonnaire et parcellaire du rêve de Kant<sup>25</sup>.

## 4

### La compétence « universelle » : les lois belges de 1993 et 1999

13. La loi du 2 avril 1948 modifiant l'article 10 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale fait un pas vers l'admission des crimes de guerre en tant que tels dans notre droit interne, et surtout vers la « compétence universelle »<sup>26</sup>.

(22) Voy. les articles 49 et 50 de la Convention de Genève (I), 50 et 51 de la Convention (II), 129 et 130 de la Convention (III) et 146 et 147 de la Convention (IV). Ces dispositions sont libellées en termes identiques.

(23) Seul « l'article 3 commun » aux Conventions s'applique à un conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des hautes parties contractantes. Les Conventions de 1949 protègent mal les civils dans les conflits non internationaux, alors que les crimes commis à l'égard de ceux-ci sont de plus en plus fréquemment utilisés, jusqu'à aujourd'hui et peut-être plus que jamais, comme armes de guerre. Le protocole II du 8 juin 1977 développe la protection des victimes des conflits armés non internationaux.

(24) Voy. *infra*, à propos de Grotius. Les Conventions de Genève de 1949 ont été approuvées par la loi belge du 3 septembre 1952, et les protocoles additionnels par la loi du 16 avril 1986.

(25) Sur l'importance de la fin de la guerre froide dans l'évolution du droit international pénal, voy. A. GARAPON, *Des crimes qu'on ne peut ni punir, ni pardonner - Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, spécialement pp. 19 et s.

(26) On renonce à citer les dizaines d'ouvrages évoquant la compétence universelle au niveau international ou à l'étranger. Sur la compétence universelle en droit belge, voy. A. ANDRIES, E. DAVID, C. VAN DEN WIJNGAERT

(20) La définition juridique de base du génocide est celle de l'article 2 de la Convention du 9 décembre 1948 : « Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- » a) meurtre de membres du groupe;
- » b) atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- » c) soumission intentionnelle du groupe à de telles conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- » d) mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- » e) transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe ».

La spécificité du crime de génocide est débattue notamment dans le jugement *Akayezu* du 2 octobre 1998, n° ICTR-96-4, rendu par la Chambre I du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Pour le T.P.I.R., la caractéristique commune aux quatre groupes visés par la définition internationale est que l'appartenance à ceux-ci ne peut normalement être remise en cause par ses membres, qui y appartiennent d'office, par naissance, de façon continue et souvent irrémédiable (§ 511). Sur la notion de génocide, voy. R. LEMKIN, *Qu'est-ce qu'un génocide?*, 1946, tr. fr. A. SPIESS, Monaco, éd. Du Rocher, 2008; du même, « Le génocide », *Revue générale de droit pénal*, 1946, n° 1 et 2; du même, « Le crime de génocide », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, n° 24, 1946, pp. 213-222; W. A. SCHABAS, *Génocide in International Law - The Crime of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000; A.-M. LA ROSA et S. VILLALPANDO, « Le crime de génocide revisité - Nouveau regard de la définition de la Convention de 1948 à l'heure de son cinquantième anniversaire - Tentative d'appréhension théorique des éléments constitutifs du crime », dans K. BOUSTANY et D. DORMOY (dir.), *Génocide(s)*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 53, 56 et s.; J. FIERENS, « La qualification de génocide devant le Tribunal pénal international pour le Rwanda et devant les juridictions rwandaises », *Actualité du droit international humanitaire*, Les dossiers de la *Revue de droit pénal et de criminologie*, 2001, pp. 181-209.

(21) La Convention sera approuvée par la loi belge du 26 juin 1951.

Elle a pour but « d'atteindre des étrangers ayant commis des crimes de guerre sur le territoire de l'Axe ou des satellites de l'Axe<sup>27</sup> ». Dans la ligne des législations précédentes, la loi du 17 avril 1878 ne permettait en effet de poursuivre en Belgique l'étranger qui avait commis une infraction hors du territoire du royaume, que dans le cas de crime contre la sûreté de l'État ou contre la foi publique. Un arrêté-loi du 5 août 1943 y avait ajouté l'hypothèse de certains crimes de guerre, à savoir les infractions d'homicide ou de lésions corporelles volontaires, de viol, d'attentat à la pudeur ou de dénonciation à l'ennemi, mais à la condition que ces infractions aient été commises contre un Belge. Or, « Dans les camps de concentration, les Belges et leurs frères des pays alliés ont été confondus dans la vie d'enfer qu'ils ont vécue. Les crimes qui y ont été commis ont été perpétrés contre eux sans distinction de nationalité et il est malaisé de faire la part de ce qui fut le malheur de l'un et le malheur de l'autre<sup>28</sup> ». C'est la raison pour laquelle les crimes commis à l'étranger à l'égard d'un ressortissant d'un pays allié devaient, aux yeux du législateur, entrer dans le champ de compétence des juridictions belges. La discussion du projet de loi indique que le président du Sénat de l'époque, Henri Rolin, soutenait qu'« il n'existe pas de règle du droit des gens interdisant aux États d'étendre la juridiction de leurs tribunaux à des actes accomplis en dehors de leur territoire s'ils estiment, dans leur souveraineté, y avoir intérêt<sup>29</sup> ». On

voit cependant que la notion d'intérêt national demeure la justification première.

**14.** La loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions<sup>30</sup> a pour ambition de transposer, assez tardivement d'ailleurs, les Conventions et les protocoles dans notre droit interne, c'est-à-dire de respecter les engagements de la Belgique<sup>31</sup>. Elle va cependant plus loin que ce que lui impose le droit international. L'article 1<sup>er</sup> évoque les infractions graves aux Conventions de Genève ou aux Protocoles, selon la terminologie des traités, parce que le projet entend initialement s'y limiter. Toutefois, à la suite d'un amendement déposé au Sénat<sup>32</sup>, la loi entend viser aussi certaines violations graves du droit conventionnel, qui peuvent concerner les conflits non internationaux<sup>33</sup>. Ce n'est nullement un détail, puisque, de cette manière, la Belgique ouvre la voie au dépôt de plaintes et aux poursuites relatives aux actes commis pendant des guerres civiles, notamment dans les régimes autoritaires.

**15.** La portée la plus spectaculaire de la loi réside dans son champ d'application *ratione loci* et *ratione personae*. L'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, est formulé comme suit : « Les juridictions belges sont compétentes pour connaître des infractions prévues à la présente loi, indépendamment du lieu ou celles-ci auront été commises ». Les poursuites échappent ainsi à l'exigence de tout critère de compétence personnelle active, de compétence personnelle passive, de nationalité ou de résidence, même si l'auteur présumé de l'infraction n'est pas trouvé sur le territoire belge<sup>34</sup>.

et J. VERHAEGEN, « Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 1114-1184; D. VANDERMEERSCH, « La répression en droit belge des crimes de droit international », *Rev. intern. dr. pén.*, 1997, pp. 1093-1135; L. REYDAMS, *Universal Jurisdiction - International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 102-118; G. SCHAMPS, « L'incrimination du crime de génocide, du crime contre l'humanité et des crimes de guerre en droit belge, à la lumière du droit international humanitaire », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale (II)*, Liège, Commission Université - Palais, 2004, pp. 329-401, pp. 329 et s.; A. BAILLEUX, « L'histoire de la loi belge de compétence universelle - Une valse à trois temps : ouverture, étroitesse, modestie », *Droit et société*, 59/2005, pp. 107-137; la remarquable somme que constitue la dernière édition du traité de M. Éric David : E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, spécialement pp. 244 et s.; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, Bruxelles - Paris, Bruylant - L.G.D.J., 2010, pp. 173 et s. Ces derniers auteurs écrivent que « L'originalité du principe de compétence universelle est de trouver son fondement dans la communauté d'intérêts jugés essentiels ou de valeurs à caractère universel dont la protection relève de la responsabilité commune de l'ensemble des États » (p. 173). Toute l'histoire de la compétence universelle en Belgique est justement celle du renoncement à certaines valeurs au profit de certains intérêts...

(27) *Novelles, Droit pénal*, t. 1, vol. 1, n° 412.

(28) *Doc. parl., Ch.*, 1947-1948, n° 139, p. 3.

(29) *Ann. parl.*, Sénat, séance du 24 mars 1948. Le président fait une allusion à « un arrêt formel [rendu], dans ce sens, par la Cour de justice internationale de La Haye », qui vise l'arrêt *Lotus*. La Cour permanente de justice internationale avait, en 1927, décidé que « Loin de défendre de manière générale aux États d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, [le droit international] leur laisse, à cet égard, une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables. » (C.P.J.I., 7 septembre 1927, C.P.J.I. Publications, série A, n° 10, p. 19.) L'arrêt *Lotus* ne s'affranchit pas de l'exigence selon laquelle l'Etat qui juge doit avoir intérêt à le faire, étant concerné par l'affaire (en l'occurrence, la France reprochait à la Turquie de se donner compétence pour juger un Français impliqué dans un abordage acci-

dental survenu en haute mer, entre les navires *Lotus* et *Boz-Kourt*, qui avait vu périr des marins turcs). La Cour s'était en outre abstenue de préciser quelles obligations internationales étaient de nature à exclure l'exercice de la compétence pénale.

Dans la discussion qui a eu lieu au sénat, un intervenant formulait la remarque suivante, qui ne manque pas de piquant, à la relire soixante ans plus tard, après les tensions créées entre les États-Unis et la Belgique par l'application de la loi du 10 février 1999 (*infra*) : « Que penseriez-vous si les Américains jugeaient un Belge ayant commis sur le territoire belge une infraction à l'égard d'un autre Belge? » (*ibidem*).

(30) Le titre sera modifié par la loi du 10 février 1999 en « Loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire ».

(31) *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1317-1. En réalité, le travail d'intégration des Conventions de Genève dans le droit interne avait commencé dès 1952, lors de la création, par un arrêté royal du 31 octobre 1952, de la Commission permanente pour l'examen des questions de droit pénal dans les rapports internationaux, instituée auprès du ministère des Affaires étrangères.

(32) *Doc. parl.*, Sénat, 1991-1992, n° 481/4. Le projet avait été relevé de caducité par la loi du 28 mars 1992.

(33) Voy. de même le concept de « violations graves » de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du protocole II, dans l'article 4 du statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Les faits dont ce tribunal a à connaître se sont en effet déroulés en dehors de tout conflit international.

(34) *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1317-1, p. 16. La chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Bruxelles a vu à juste titre, dans la mise en œuvre de cette disposition, une application du principe de la compétence universelle des juridictions belges. Voy. Bruxelles, ch. mises acc., 17 mai 1995, *J.T.*, 1995, p. 542. Dans un arrêt du 31 mai 1995, la Cour de cassation estime qu'il y a lieu de faire application de l'article 62bis du Code d'instruction criminelle, c'est-à-dire que la compétence territoriale est déterminée par le lieu de la résidence du prévenu ou par celui où il pourra être trouvé,

**16.** Le ministre de la Justice de l'époque estime que la qualification de « crimes de droit international » justifie la promulgation d'une loi spéciale distincte des codes pénaux ordinaires et militaires<sup>35</sup>. On n'en est donc pas encore à l'insertion du titre *lbis* dans le livre II du Code pénal.

**17.** La loi du 16 juin 1993, si elle tend à mettre en œuvre les Conventions de Genève, ne vise toutefois ni les crimes contre l'humanité, ni le crime de génocide<sup>36</sup>. La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves de droit international humanitaire entend la compléter à cet égard<sup>37</sup>. L'auteur de la proposition de loi, qui soutient devant le Sénat que « La discussion que nous tenons ce jour intervient avec cinquante ans de retard<sup>38</sup> », prétend de plus « transposer en droit belge » le statut de la Cour pénale internationale et se fonde sur celui-ci pour définir les crimes contre l'humanité.

**18.** Entre 1993 et 1999 en effet, les tribunaux internationaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda avaient été mis en place et avaient commencé à fonctionner. La Cour pénale internationale avait été constituée par la Convention de Rome du 17 juillet 1998<sup>39</sup>. Cette spectaculaire évolution du droit international pénal n'est pas étrangère, à l'époque, aux stimulations du droit pénal interne<sup>40</sup>.

ce qui revient à exiger sa présence en Belgique. (Cass., 31 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 582; *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 198).

(35) *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1317-1, p. 6.

(36) Un juge d'instruction refuse en 1998 de délivrer un mandat d'arrêt international contre M. Augusto Pinochet Ugarte, en se basant sur des considérations d'opportunité, mais admet en avoir le pouvoir en se fondant directement sur la coutume internationale (Civ. Bruxelles (J.I.), 6 novembre 1998, *J.T.*, 1999, 308 et note critique J. VERHOEVEN, « M. Pinochet, la coutume internationale, et la compétence universelle », *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 278, obs. H. BOSLY et J. BURNEO LABRIN).

(37) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1997-1998, n° 1-749/1, p. 2. Voy. P. D'ARGENT, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *J.T.*, 1999, p. 550; J. WOUTERS et H. PANKEN (éd.), *De Genocidewet in internationaal perspectief*, Bruxelles, Larcier, 2002.

(38) *Ann. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-227, 3 décembre 1998, p. 6.626.

(39) Voy. (coll.), *De Nuremberg à La Haye et Arusha*, Bruxelles, Bruylant, 1997; W. BOURDON et E. DUVERGER, *La Cour pénale internationale - Le statut de Rome*, coll. Points n° 426, Paris, Seuil, 2000. Le préambule du statut de la Cour pénale internationale n'est pas dépourvu d'accents kantien, quand il rappelle l'intérêt de l'humanité entière à la répression, et ses liens possibles avec la paix : « Reconnaissant que des crimes d'une telle gravité menacent la paix, la sécurité et le bien-être du monde; affirmant que les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale ne sauraient rester impunis et que leur répression doit être effectivement assurée par des mesures prises dans le cadre national et par le renforcement de la coopération internationale, ... ».

(40) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1997-1998, n° 1-749/1, p. 3. Les travaux parlementaires justifient l'application de la loi nouvelle aux faits commis avant son entrée en vigueur par les principes généraux du droit, la coutume et par la circonstance que le génocide et les crimes contre l'humanité sont par définition constitutifs d'infractions de droit commun comme le meurtre, le viol ou les coups et blessures volontaires. (*Doc. parl.*, Ch., 1998-1999, n° 1863/2, p. 3.) Le principe de la double qualification laisse perplexé, qui prétend supprimer ou atténuer la rétroactivité pénale par la constatation que les faits nouvellement qualifiés pouvaient l'être autrement sous l'empire de la législation ancienne. Une nouvelle qualification appliquée à des faits antérieurs à son introduction dans un texte légal, qui peut avoir notamment pour conséquence une augmentation de la peine, est rétroactive. Après le génocide commis au Rwanda, le lé-

5

## La compétence insupportable : le retour à l'intérêt national

19. Enthousiasme législatif, donc. La loi du 10 février 1999, comme celle de 1993, est votée à l'unanimité tant au Sénat qu'à la Chambre<sup>41</sup>. Il est étonnant que la suite logique de ces initiatives n'ait pas été prévue à l'époque par le gouvernement et les parlementaires. Des plaintes accompagnées de constitutions de partie civile sont en effet déposées notamment contre MM. Augusto Pinochet, Abdoulaye Yerodia, Hachemi Rafsandjani, Hissène Habré, Saddam Hussein, Yasser Arafat, Fidel Castro. Une plainte est aussi déposée contre Total Fina Elf pour soutien moral, financier, logistique et militaire à la dictature militaire birmane. D'autres forcent l'ouverture d'instruction contre Ariel Sharon, divers généraux américains ou G.H. Bush-père. Ce sont ces dernières qui provoquent un rapide abandon du principe de compétence universelle. La Belgique se voit accuser de « gendarmier » le monde ou de pratiquer un néocolonialisme par juges interposés. Elle subit sans aucun doute des pressions sévères de la part des pouvoirs israélien et américain. Israël rappelle son ambassadeur en Belgique. Les États-Unis menacent entre autres de transférer le siège de l'O.T.A.N. en dehors de la Belgique<sup>42</sup>.

20. La délivrance d'un mandat d'arrêt délivré contre M. Yerodia, à l'époque ministre des Affaires étrangères de la république démocratique du Congo, donne lieu à un arrêt rendu le 14 février 2002 par la Cour internationale de justice. La Cour décide que l'absence d'immunité d'un ministre des Affaires étrangères, ou d'un ancien ministre des Affaires étrangères, n'existe que devant les tribunaux internationaux<sup>43</sup>.

21. La chambre des mises en accusation de Bruxelles, par trois arrêts des 16 avril 2002 et 26 juin 2002, interprète la loi du 16 juin 1993

gislateur rwandais a tenté en vain d'échapper aux critiques de rétroactivité par l'exigence de double qualification (voy. J. FIERENS, « *Cacaca Courts : Between Fantasy and Reality* », *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), pp. 896-919).

(41) *Ann. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-227, 3 décembre 1998, p. 6638; *Ann. parl.*, Ch., 1998-1999, 306, 4 février 1999, p. 10907. La loi 10 avril 2003 réglant la suppression des juridictions militaires en temps de paix ainsi que leur maintien en temps de guerre abrogera l'article 9 qui donnait dans certains cas compétence aux juridictions militaires.

(42) Lors d'une conférence de presse du 12 juin 2003 tenue à Bruxelles, le secrétaire d'État à la défense américain Donald Rumsfeld déclare : « I'm told that the suit against General Franks was effectively invited by a Belgium law that claims to give Belgium courts powers to try the citizens of any nation for war crimes. The United States rejects the presumed authority of Belgium courts to try General Franks, Colonel McCoy, Vice President Cheney, Secretary Powell and General Schwarzkopf, as well as former President Bush. (...) But Belgium needs to recognize that there are consequences to its actions and this law calls into serious question whether NATO can continue to hold meetings in Belgium and whether senior U.S. officials, military and civilian, will be able to continue to visit international organizations in Belgium ». Voy. <http://nato.int/docu/speech/2003>, consulté en août 2010.

(43) C.I.J., 14 février 2002, *Affaire du mandat d'arrêt du 11 avril 2000, République démocratique du Congo c. la Belgique*, C.I.J. Recueil, 2002, p. 3.

en appliquant la condition de l'article 12 du titre préliminaire du Code de procédure pénale à la loi du 16 juin 1993 et dit que l'action publique intentée sur la base de la loi de 1993 ne peut être déclarée recevable que si l'inculpé a été trouvé en Belgique<sup>44</sup>. Par arrêt du 12 février 2003, la Cour de cassation décide au contraire que les crimes de droit international visés ne constituent pas des infractions pour la poursuite desquelles la loi requiert, lorsqu'elles ont été commises en dehors du territoire, que l'inculpé ait été trouvé en Belgique. En même temps, la Cour de cassation aligne sa jurisprudence sur l'arrêt de la Cour internationale de justice du 14 février 2002, en décidant que la coutume internationale s'oppose à ce que les chefs d'État et de gouvernement en exercice puissent, en l'absence de dispositions internationales contraaires s'imposant aux États concernés, faire l'objet de poursuites devant les juridictions pénales d'un État étranger<sup>45</sup>.

22. C'est peu dire que le gouvernement belge, de son côté, plie devant les menaces de l'administration des États-Unis. Le projet qui aboutit à la loi du 23 avril 2003 modifiant la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire et l'article 144ter du Code judiciaire prend prétexte de l'entrée en vigueur du statut de la Cour pénale internationale pour organiser un système de filtrage des plaintes déposées sur la base du droit interne, et argue du manque de moyens matériels pour revenir aux critères classiques de la compétence pénale. Le ministre de la Justice déclare en commission de la justice de la Chambre : « La Belgique n'a pas intérêt à se substituer à la Cour. Il faut absolument éviter une multiplication des plaintes, dont la politisation deviendrait incontrôlable tant en ce qui concerne les moyens humains de la justice belge qu'en ce qui concerne les relations diplomatiques. Il faut dès lors attacher une attention particulière à la manière dont les affaires non

fondées, n'ayant aucun lien avec la Belgique, peuvent être « filtrées ». La loi belge de compétence universelle ne doit pas aboutir à la mise en place d'une « Cour pénale internationale bis ». Eu égard aux moyens limités, le ministre reste convaincu que la Belgique ne devrait traiter, outre les dossiers qui sont recevables (*sic*) par la Cour internationale de justice (*sic*), que les affaires dans lesquelles une victime belge est impliquée ou dans lesquelles l'auteur se trouve sur le territoire de la Belgique<sup>46</sup> ».

23. Le filtre consiste à confier au seul procureur fédéral le droit d'engager l'action publique lorsqu'il n'existe, dans le cas d'espèce, aucun lien de rattachement avec la Belgique. Le procureur fédéral a notamment pour guide « l'intérêt d'une bonne administration de la justice », critère pour le moins vague. Toutefois, en cas de décision négative, un recours est instauré devant la chambre des mises en accusation. Dans certains cas, le ministre de la Justice, sur décision délibérée en conseil des ministres, peut porter les faits à la connaissance de la Cour pénale internationale ou à celle de l'État dont l'auteur présumé est ressortissant, provoquant le dessaisissement de la juridiction belge. D'aucuns se sont étonnés de cette possibilité d'intervention de l'exécutif dans une procédure judiciaire, disparue depuis, mais significative de la volonté du premier de maîtriser la seconde.

24. Un nouveau projet de loi est déposé le 22 juillet 2003, soit à peine un peu plus d'un mois après les menaces de Donald Rumsfeld, puis voté et soumis à la sanction royale vingt jours plus tard. Le premier ministre de l'époque n'hésite pas à soutenir, pour justifier une réforme supplémentaire, que le « champ d'application large [de la loi relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire] couplé à une compétence importante dévolue à nos tribunaux — ledit principe de « compétence universelle » — ont entraîné une utilisation politique manifestement abusive de cette loi ». Il convient d'instaurer à nouveau « un point de rattachement personnel (auteur et/ou victime) ou territorial clair avec le pays »<sup>47</sup>.

25. C'est aussi parce que la nouvelle loi fait retour au droit commun de la compétence qu'elle

(44) Cette jurisprudence donnera lieu au dépôt d'une proposition de loi interprétative (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-1255/1), abandonnée ensuite parce que remplacée par le projet de loi qui aboutit à la loi du 23 avril 2003.

(45) Cass., 12 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 247, note P. D'ARGENT; voy. aussi J. KIRKPATRICK, « À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2003 relatif à la compétence universelle de la justice pénale belge en matière de violations graves du droit international humanitaire et à l'immunité de juridiction des chefs d'État et de gouvernement étranger », *Journ. proc.*, 2003, liv. 455, pp. 16-23.

(46) *Doc. parl.*, Ch., sess. 2002-2003, 2265/003, pp. 4-5. Le ministre veut évidemment parler de la Cour pénale internationale, et sans doute des dossiers qui seraient irrecevables selon son statut. L'argument de la prévalence de la Cour pénale internationale est sans fondement juridique, puisque celle-ci, aux termes du préambule de son statut et de l'article 1<sup>er</sup>, et contrairement aux tribunaux internationaux pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, n'est que « complémentaire » des juridictions pénales nationales (voy. article 17, § 1<sup>er</sup>, du statut). La loi du 23 avril 2003 institue paradoxalement une priorité de la Cour pénale internationale sur les juridictions belges, jugée admissible par certains (voy. H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, cité, p. 21). Le ministre invoque aussi, en faveur des modifications législatives projetées, l'opinion de M. Antonio Casese, ancien président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, et de M. Damien Vandermeersch, alors juge d'instruction au Tribunal de première instance de Bruxelles. Ce dernier avait surtout insisté, à lire ce qu'en dit le ministre, sur le manque de moyens humains et matériels nécessaires pour assumer le choix de la compétence universelle « absolue ».

(47) *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 2003, 103/001, p. 3. On peut s'étonner de ce qui ressemble bien à une immixtion de l'exécutif dans des affaires judiciaires alors en cours.

Le *J.T.* est également disponible en ligne.

Ce canal de diffusion met notamment à votre disposition :

- le dernier n° du *J.T.* avant même qu'il ne sorte de presse;
- les archives du *J.T.* depuis 1997;
- un moteur de recherche extrêmement efficace.

Toutes les informations sur  
<http://jt.larcier.be>

## 6

La compétence raisonnable :  
retour à Kant

sera intégrée dans le Code pénal. Ainsi voit le jour le titre *Ibis* du livre II. De manière significative, il se situe en tête de la partie consacrée aux infractions en particulier, mais après le titre consacré aux crimes et délits contre la sûreté de l'État dont les intérêts demeurent symboliquement et effectivement prépondérants, même en matière de droit humanitaire. Pour ce qui concerne la procédure, les articles 6 et 10, modifiés, du titre préliminaire du Code de procédure pénale reviennent aux conditions de compétence liées à la personnalité active, à la personnalité passive ou au rattachement territorial et énoncent que « Les poursuites [fondées sur le livre II, titre *Ibis*, du Code pénal] ne peuvent être engagées qu'à la requête du procureur fédéral qui apprécie les plaintes éventuelles sans voie de recours contre cette décision. » Le magistrat fédéral a le pouvoir de refuser la mise à l'instruction si « des circonstances concrètes de l'affaire, il ressort que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans le respect des obligations internationales de la Belgique, cette affaire devrait être portée soit devant les juridictions internationales, soit devant la juridiction du lieu où les faits ont été commis, soit devant la juridiction de l'État dont l'auteur est ressortissant ou celle du lieu où il peut être trouvé, et pour autant que cette juridiction présente les qualités d'indépendance, d'impartialité et d'équité, tel que cela peut notamment ressortir des engagements internationaux relevant liant la Belgique et cet État » (article 10, alinéa 3, 4<sup>o</sup>). La chambre des mises en accusation n'a plus de pouvoir de contrôle sur cette décision prise en opportunité. La nouvelle loi donne rapidement lieu à deux arrêts de dessaisissement de la Cour de cassation, du 24 septembre 2003, en cause *Ariel Sharon et consorts*, d'une part, *George H.W. Bush et consorts*, d'autre part.

26. Par arrêt 62/2005 du 23 mars 2005, la Cour d'arbitrage annule les dispositions du titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui excluent que la décision du procureur fédéral de ne pas poursuivre soit contrôlée par un juge indépendant et impartial<sup>48</sup>. La loi du 22 mai 2006 modifiant certaines dispositions de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale, ainsi qu'une disposition de la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves de droit international humanitaire harmonise le texte du Code d'instruction criminelle avec cette décision et aboutit au droit en vigueur actuellement.

(48) Par arrêt n° 68/2005 du 13 avril 2005, la Cour d'arbitrage a aussi répondu à trois questions préjudicielles posées par la Cour de cassation, décidant qu'est inconstitutionnelle la disposition qui imposerait le dessaisissement de la juridiction belge bien qu'un plaignant au moins soit étranger ayant le statut de réfugié en Belgique au moment de l'engagement initial de l'action publique. Ne sont par contre pas inconstitutionnelles les dispositions qui imposent le dessaisissement de la juridiction belge bien qu'un plaignant au moins soit un étranger séjournant légalement en Belgique au moment de l'engagement initial de l'action publique, fût-il candidat réfugié. Ne violent pas davantage les articles 10 et 11 de la Constitution les dispositions qui permettent l'exercice de l'action publique du chef d'un crime de droit international humanitaire commis à l'étranger lorsque la victime était belge au moment des faits, mais ne le permet pas lorsque la victime était au même moment un étranger séjournant légalement en Belgique depuis moins de trois ans, fût-il candidat réfugié. Voy. à ce sujet N. BENAÏSSA, « La loi de compétence universelle - Commentaire des arrêts rendus les 23 mars et 13 avril 2005 par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2005, pp. 389-391.

27. La compétence universelle comme fondement d'un monde cosmopolite en paix appartient sans nul doute au courant « idéaliste », qui s'est toujours opposé au courant « utilitariste » de la justification des compétences pénales. Les lois du 16 juin 1993 et du 10 février 1999 se rapprochent du premier, celles de 2003 renouent avec le second, plus ordinaire, en remettant au centre des préoccupations la défense des intérêts propres de chaque État.

28. Le philosophe de Königsberg n'était pourtant pas le premier à en appeler à une répression affranchie de tout facteur de rattachement à l'État du for<sup>49</sup>. Grotius se rapprochait déjà de la position idéaliste à travers une formule fort simple : le droit de punir « naît du crime du coupable »<sup>50</sup>. Ce droit n'en est pas moins encore triplement utilitaire aux yeux de Grotius. La peine est utile, écrit-il, à celui qui a commis la faute; à celui qui avait intérêt à ce que la faute ne fût pas commise, ce qui est déjà une manière de se préoccuper du « droit des victimes »; ou indistinctement à tout le monde<sup>51</sup>. C'est dans cette troisième finalité que réside la justification de ce que l'on appellera la compétence universelle : la jouissance du droit de punir « appartient naturellement à chacun »<sup>52</sup>.

(49) Le Code de Justinien, déjà, donne à la fois compétence au tribunal du lieu de commission du délit (*forum delicti*) et à celui du lieu d'arrestation du coupable (*forum judex deprehensionis*). (C. III, *Ubi de criminibus agi oportet*, 15). Les villes lombardes, au Moyen Âge, admettent que certains malfaiteurs peuvent être appréhendés sur leur territoire respectif alors qu'ils ont commis leurs actes ailleurs, l'impunité publique du crime étant considérée comme une cause de trouble social.

Sur l'histoire de la compétence universelle, voy. la remarquable étude de H. DONNEDIEUX DE VABRES, « Le système de la répression universelle », *Rev. dr. int. pr.*, 1922-1923, pp. 533-564. Le jugement *Eichmann* de la District Court of Jerusalem fait allusion aux antécédents historiques de la compétence universelle en s'inspirant manifestement de Donnedieu de Vabres. Voy. District Court of Jerusalem, Criminal case n° 40/61, 12 décembre 1961, reprinted (1968) 36 *Int'l L Reports* 5, §§ 13 et s.; P.-A. PAPADATOS, *Le procès Eichmann*, Genève, Librairie Droz, 1964, pp. 47-48.

(50) *Qui punit, ut recte puniat, jus habere debet ad puniendum, quod jus ex delicto nocentis nascitur*. Le droit de la guerre et de la paix, tr. fr. P. PRADIER-FODERE, Paris, P.U.F., 1999, livre II, ch. XX, II, 3. Voy. aussi, livre II, ch. XXI, III, 2-IV, 1, qui défend déjà le célèbre principe des Conventions de Genève de 1949 : *Aut dedere, aut punire*.

(51) Livre II, ch. XX, 6, 2, et les développements qui suivent.

(52) *Ibidem*, 9, 2. Des milliers de pages ont été écrites sur l'histoire de la justice pénale internationale, mais peu ont abordé la question de savoir si la répression constituée à l'égard des crimes concernés une réponse adéquate. Voy. toutefois les contributions de F. DIGNEFFE, M. MASSÉ, O. S. LIWERANT, P. THYS, J. FIERENS et D. VANDERMEERSCH dans la quatrième partie de F. DIGNEFFE et Th. MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, et l'intéressante approche de M. OSIEL, *Juger les crimes de masse - La mémoire collective et le droit*, tr. fr. J.-L. FIDEL, Paris, Seuil, 2006.

On ne peut en effet qu'être frappé par l'inexistence d'effets dissuasifs ou exemplatifs des condamnations. Comme Hannah Arendt le soulignait à propos d'Eichmann, on sait depuis longtemps que des « hommes ordinaires » peuvent être amenés à commettre les pires exactions dans certaines conditions, spécialement s'ils sont couverts par l'autorité ou encouragés par ceux qu'ils dirigent (voy. par exemple J. HATZFELD, *Une saison*

29. C'est sans doute le philosophe-juriste portugais Silvestre Pinheiro-Ferreira qu'il faut créditer de la plus belle formulation de la justification idéaliste de la compétence universelle : « Les lois pénales ne punissent pas le coupable parce qu'il a flétri tel ou tel pays de son crime, mais parce qu'en le commettant il a porté atteinte, dans la personne de sa victime, à l'humanité tout entière. Il est donc justiciable de tous les tribunaux, et partout le ministère public doit se faire un devoir de le traduire par devant le pouvoir judiciaire du pays dont il a insulté les lois et les magistrats, en se flattant que, par l'impunité qu'ils lui accorderaient, ils deviendraient les complices de son crime.<sup>53</sup> » Pinheiro-Ferreira traçait ces lignes il y a deux cents ans, à peu près au moment où le Code pénal de 1810 a vu le jour. Mais c'est bien Kant qui tente d'arracher définitivement la justification de la compétence universelle à toute considération utilitaire, et par voie de conséquence à toute considération opportuniste ou politique. La punition des crimes est une exigence de la raison et la transposition, en droit, de l'impératif catégorique de la justice. Une invocation utilitariste de la répression, fût-ce dans le souci d'être utile à l'humanité entière, est dangereuse parce que paradoxalement, c'est elle qui menace l'humain dans l'homme. « La peine juridique (...) ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée pour la seule raison qu'il a commis un crime; en effet, l'homme ne peut jamais être traité simplement comme un moyen pour les fins d'autrui. (...) Car si la justice disparaît, c'est chose sans valeur que le fait que des hommes vivent sur la terre<sup>54</sup> ».

30. Le législateur belge a tenté bien tardivement de l'entendre, mais en insérant le titre I<sup>er</sup> *Ibis*, comme il est aujourd'hui libellé, dans le livre II du Code pénal, il est revenu à une logique utilitaire centrée sur la préservation des intérêts particuliers de l'État au détriment de la construction d'un monde cosmopolitique. Son excuse est sans doute qu'aucune loi, interne ou internationale, n'a pu à ce jour réaliser le rêve de Kant.

Jacques FIERENS

*de machettes*, coll. Points n° P1253, Paris, Seuil, 2003; Ch. BROWNING, *Des hommes ordinaires - Le 101<sup>e</sup> bataillon de réserve de la police allemande et la Solution finale en Pologne*, tr. fr. E. BARNAVI, Paris, Les Belles Lettres, 2005). Les criminels reconnus coupables de crimes internationaux regrettent rarement leurs actes et les condamnations parfois sévères (peines de mort à Nuremberg, emprisonnements à vie prononcés par les tribunaux internationaux *ad hoc*) n'empêchent manifestement pas la commission ultérieure d'actes génocidaires, de crimes contre l'humanité ou de crimes de guerre.

La manière dont le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pour le Rwanda ont motivé les premières peines prononcées frise à cet égard la naïveté criminologique. Voy. ainsi la sentence *Akayezu* (ICTR-96-4-T) du 2 octobre 1998 : « Les peines qui sont infligées aux accusés déclarés coupables par le Tribunal doivent avoir pour finalité, non seulement la rétribution desdits accusés, ceci évidemment voir leurs forfaits punis, mais aussi la dissuasion, c'est-à-dire de décourager à jamais ceux qui seront tentés dans le futur de perpétrer de telles atrocités en leur que la communauté internationale n'était plus disposée à tolérer la violation du droit international humanitaire et des droits de l'homme ».

(53) *Droit des gens*, t. II, article 3, § 12, p. 31, cité par H. DONNEDIEUX DE VABRES, « Le système de la répression universelle », *ibid.*, p. 544.

(54) « Métaphysique des mœurs », 1<sup>re</sup> partie, *Doctrine du droit*, cité, II, I, remarque E, p. 214.