

**Bruno
Cotte**

***Le mal, une
question toujours
ouverte ?***

1. Je voudrais participer à cette rencontre en partant, notamment, de l'expérience que j'ai acquise à la Cour pénale internationale de La Haye. J'y préside une chambre qui connaît de la deuxième affaire soumise à la Cour : des événements dramatiques s'étant déroulés au nord-est de la République Démocratique du Congo (RDC) en 2002-2003. J'ai parfaitement conscience que cette table ronde ne porte pas sur

la justice pénale internationale mais sur la « question du mal ». Aussi ne parlerai-je de la première que pour contribuer à nourrir le débat proposé sur la seconde. La question du mal est-elle « toujours ouverte » ? Donnerait-elle par hasard l'apparence d'être close... ? Quoiqu'il en soit, c'est elle qui nous rassemble aujourd'hui.

Dans son livre *Le Mal en procès*, Isabelle Delpla propose de considérer la « chronique judiciaire » comme un genre philosophique à part entière et d'une grande actualité pour une philosophie du mal. Selon elle en effet, confrontée aux figures contemporaines du mal extrême, dont la Shoah est l'archétype et que nul ne se hasarde à justifier, en public du moins, la philosophie morale se serait trouvée paralysée. Face à des actes relevant de l'impensable, tout débat raisonnable serait exclu car chacun convient que l'on ne peut que les condamner sans réserve. Isabelle Delpla critique les termes de « banalité du mal » utilisés par Hannah Arendt dans *Eichmann à Jérusalem* et elle reproche à cette dernière de reprendre ainsi, de manière irréfléchie, la défense, très stratégique, qu'avait adoptée Eichmann. Elle suggère que nos représentations du mal extrême, oscillant entre, d'une part, l'idée du mal radical, voulu par un criminel diabolique et foncièrement mauvais, d'autre part, l'idée de la « banalité du mal », chez un simple bureaucrate du génocide, sont tributaires de semblables procès. Or, ajoute-t-elle, les procès portant sur des crimes de masse créent une situation dans laquelle de tels actes deviennent objet d'interrogations et de débats, argumentés et nuancés. Mais il ne s'agit alors pas de s'interroger sur ce qu'il est permis ou sur ce qu'il est interdit de faire, de se demander « que dois-je faire ? », ou, en creux, « ne pas faire ? » ou encore, « quel est le pire ou le moins mal ? », questions moralement absurdes quand on parle de crimes de masse, il s'agit plutôt de juger le mal commis par d'autres, d'examiner tel ou tel acte, d'établir tel ou tel fait, d'imputer telle ou telle responsabilité. En proposant une réflexion sur les débats auxquels donnent lieu de tels procès et en les analysant, la « chronique judiciaire » offre ainsi, selon Isabelle Delpla, un modèle pour une philosophie du mal extrême qui dialogue avec l'histoire et les sciences sociales, (lesquelles analysent et comparent tel et tel crime de masse), et qui thématise la dépendance de nos représentations du mal extrême envers ces grands procès dont certains peuvent constituer des événements à part entière. Je vous ferai part de quelques réflexions sur *l'exercice, sur la pratique du jugement* que me suggèrent mon expérience et la lecture de ce livre. Préalablement, cependant, je voudrais rapidement rappeler ce qu'est et d'où vient la justice internationale, de façon à évoquer le « mal en procès » à partir de certaines *attentes de justice et expériences du mal*.

2. L'expression « de Nuremberg à La Haye », souvent utilisée pour parler de la justice internationale pourrait laisser entendre qu'elle date de 1945 alors que tel n'est pas le cas. Après la Première Guerre mondiale fut en effet créée une Cour internationale compétente pour trancher les contentieux entre États, projet dont on parlait depuis le début des années 1900 et qui, dans l'esprit de ses promoteurs américains, devait permettre de créer

une jurisprudence solide apte à inspirer confiance à des États toujours susceptibles de s'en remettre à l'arbitraire des armes pour régler leurs différends. Alors que le traité de Versailles prévoyait le jugement du Kaiser Guillaume II, les tenants de cette cour interétatique proposèrent également, mais en vain, l'institution d'une Haute Cour de Justice internationale qui statuerait sur « les crimes contre l'ordre public international et le droit des gens universel, qui lui ser[ai]ent déferés par l'Assemblée plénière de la Société des Nations ou par le Conseil de cette Société ». Le procès de Nuremberg, où le « crime contre la paix » fut qualifié de « crime international suprême », exprime certaines de ces idées. Quant au procès Eichmann, il est, à bien des égards, la reprise du procès de Nuremberg. À Nuremberg, en effet, chaque Juge et chaque Procureur était officiellement « délégué » par l'une des quatre grandes Puissances alliées que l'Allemagne avait plongées dans la guerre. Les accusés étaient des « grands criminels de guerre dont les crimes n'ont pas de localisation géographique précise ». Un homme en particulier, Jacob Robinson, survivant de l'extermination des Juifs d'Europe et travaillant aux États-Unis avec le Congrès juif mondial, tenta d'y faire défendre, par les Procureurs américains, un *jewish case*, qui aurait permis de reconnaître « le peuple juif » parmi les nations victimes – une nation victime d'un crime extraordinaire : le génocide. Robinson n'y parvint que partiellement. Quinze ans plus tard, à Jérusalem, devenu conseiller juridique et historique du Procureur en chef, il put réaliser son souhait. Le mot génocide, qui figure dans l'Acte d'accusation de Nuremberg mais qui est absent du jugement rendu, est en revanche au centre du procès de Jérusalem.

Depuis le début des années 1990, les juridictions pénales internationales se sont multipliées et ce que l'on pourrait appeler une certaine sensibilité humanitaire, nourrie d'images et de témoignages portant sur des massacres et des persécutions « lointains », s'est peu à peu affirmée. Apparue dans l'Amérique latine au cours des années 1980-1990, l'impératif programmatique de la « lutte contre l'impunité » a progressivement pris corps sous l'égide de l'ONU. Les guerres aussi ont changé et les protagonistes de la justice internationale, avec leurs expériences et leurs attentes, évoluent eux aussi sensiblement. Ainsi aperçoit-on moins la figure de la victime offensée ou celle de nations ayant l'expérience collective d'un mal dont elles peuvent, en leur nom, organiser le procès, un procès de refondation de la civilisation comme à Nuremberg, que celle du témoin indigné par les souffrances de populations entières, « populations civiles » et « catégories vulnérables », telles que les femmes et les enfants, et qui se tourne, en pleine guerre ou en pleine crise, vers une cour cosmopolitique protectrice. Encore cette figure s'éclipse-t-elle parfois : chacun ici s'est sans doute indigné récemment du sort d'Alep mais combien savent où se trouve l'Ihuri, pourtant au cœur des deux premiers procès de la CPI ? Plutôt que sur la noirceur d'un criminel diabolique, cliché présent à Nuremberg et à Jérusalem, plutôt que sur la gravité « métaphysique » de crimes contre l'humanité dont le nom peut devenir symbole (ainsi Auschwitz), l'attention se porte parfois sur des manifestations et des formes régionales de criminalité. La dernière « expérience de justice internationale », qualifiée comme telle, est ainsi la Commission Internationale contre l'Impunité au Guatemala : intitulé bien différent de ceux de procès des grands criminels de guerre dont les crimes n'ont pas de localisation géographique précise et de ceux du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda.

3. Sans doute ces transformations expliquent-elles en partie pourquoi il s'avère aujourd'hui plus difficile qu'à Nuremberg, à Jérusalem ou même au TPIY d'explicitier ce que l'on attend de la justice internationale. Ainsi en est-il de l'importance désormais reconnue à la « sensibilisation des communautés affectées », ou encore des critiques, justifiées ou non, formulées par de grandes ONG qui réclament, au nom des victimes,

une justice « qui fasse sens », *meaningful*¹. Ainsi apparaissent de nouvelles questions : pour qui sont exactement faits ces procès ? À qui s'adressent-ils ? Quels sont les publics de la justice ? Quelles sont exactement les politiques de poursuites qu'il appartient aux Procureurs de définir ? Dans cette situation, la figure, le protagoniste qui demeure le plus stable est sans doute le juge impartial, ce qui nous renvoie aux débats judiciaires, au « procès du mal », un procès tenu à distance, et à cet « exercice du jugement » qui s'avère exigeant et qui, plus qu'à la complexité du débat moral, se heurte aux difficultés que l'on rencontre pour établir les faits, leur donner la qualification juridique adéquate, interpréter un droit nouveau, comprendre toutes les données d'une « situation », imputer des responsabilités individuelles. Je souhaite m'arrêter un instant sur la difficulté propre à la détermination de la procédure à suivre dans ce type d'affaires, sur le sentiment diffus d'absence de lisibilité des « situations » soumises aux juges, enfin sur l'importance des débats juridiques liés à la détermination des modes de responsabilité pénale individuelle pour crimes collectifs.

Le cadre dans lequel doit se dérouler le procès : dans les procès dont nous parlons, il n'existe pas de dossier commun aux parties et aux juges, comme c'est le cas en France, mais on voit le dossier se construire, audience après audience, comme c'est le cas dans les procédures de *common law*. Le nombre élevé des décisions rendues par une Chambre au cours d'un procès traduit bien le travail que doivent accomplir les juges pour qu'il soit équitable. Le dossier va se construire progressivement à partir, notamment, des réponses apportées aux requêtes des parties, souvent en désaccord sur ce qui peut être admis comme élément de preuve et des réponses aux questions posées à un témoin, la manière de poser telle ou telle question n'étant pas indifférente. Il s'impose de veiller à l'équité de la procédure. C'est essentiel et très exigeant. Et la Chambre que je préside a, par exemple, rendu une décision de cadrage procédural qui sert à tous, aux juges et aux parties, de feuille de route procédurale.

Le sentiment diffus d'un manque de lisibilité des situations soumises aux Juges : au début des années 1990, confrontés aux guerres qui déchiraient l'ex-Yougoslavie, certains évoquaient déjà « l'illisibilité » de la situation et avançaient même que « les Serbes », « les Croates », « les Bosniaques », « tous » étaient également responsables. Les principaux historiens qui comparurent comme témoins experts devant le TPIY dénoncèrent cependant cette théorie de « l'équivalence morale des parties ». À la CPI en revanche, d'abord saisie d'événements s'étant déroulés en RD du Congo, le premier témoin universitaire cité devant la Cour a décrit la situation de l'Ituri² comme « une situation d'anarchie [dans laquelle] on ne sait pas toujours qui tue qui »³. La justice internationale se rend à distance, une distance sans doute garante de l'impartialité des juges ainsi dégagés des passions locales mais qui ne permet pas toujours de se représenter aisément le cadre dans lequel ont été commis les faits. Dans le prétoire, à côté des stratégies assez classiques : l'accusation qui tend à diaboliser l'accusé, la défense d'alibi ou celle de rupture par exemple, on voit apparaître de nouvelles démarches : ainsi, à titre d'exemple, dans les deux premiers procès soumis à la Cour, l'Accusation ne décrit les accusés ni comme des gens foncièrement mauvais ni comme des fanatiques ; quant aux équipes de défense, elles professent leur attachement à la CPI mais regrettent que les poursuites soient, selon elles, mal orientées. Au TPIY bien des accusés se défendaient en affirmant que la guerre en Bosnie était une « guerre civile », entre voisins. A la CPI, ce sont les accusés, au contraire, qui pointent du doigt le contexte

1. Cf. HRW, *Unfinished Business. Closing Gaps in the Selection of ICC Cases*, September 2011.

2. Région de la République Démocratique du Congo

3. Lubanga, Compte-rendu d'audience T157, 27/03/2009, p. 12.

international et citent des noms de chefs d'État. En même temps donc que des situations semblent moins « lisibles », des types d'accusation et de défense relativement « imprévus » apparaissent ainsi, les débats portant en grande partie sur les responsabilités à imputer.

Les difficultés d'ordre spécifiquement juridique enfin : le droit international pénal est un droit d'initiés, un peu ésotérique, en particulier en ce qui concerne les catégories de responsabilité individuelle — on ne juge bien sûr que des individus mais pour des crimes « de masse », donc inéluctablement commis à plusieurs, jamais de manière purement « spontanée », mais pas toujours, pour autant, au terme d'une planification bureaucratique centralisée. Les TPI ont développé une jurisprudence importante sur le sujet et le statut de la CPI distingue différents modes de responsabilité individuelle. Mais la jurisprudence se réfère à des « précédents » judiciaires, alors qu'il n'y a pas toujours de « précédent historique » (la Yougoslavie ressemble peu à la Seconde Guerre mondiale et la RD du Congo peu à la Yougoslavie) ; et le statut de la Cour fait l'objet d'interprétations doctrinales souvent divergentes, notamment par des spécialistes qui ont participé à sa négociation. Le droit est difficile à interpréter, les cas difficiles à qualifier.

Autant de points donc qui font du « procès du mal à distance » une tâche ardue et de ces procès publics un exercice d'un grand intérêt pour les victimes et les parties bien sûr mais aussi je crois pour qui voudrait les observer et les comprendre.