

La fausse dichotomie entre paix et justice et la Cour pénale internationale

Linda M. Keller *

Table des matières

Introduction

I. Bases juridiques des sursis de la Cour pénale internationale

- A. Demande du Conseil de sécurité (Article 16)
- B. Irrecevabilité (Article 17)
- C. *Ne bis in idem* (Article 20)
- D. Discretion dans les poursuites (Article 53)

II. Procédure des sursis au profit d'alternatives non juridictionnelles

- A. Cadre général
- B. Enquête de seuil
- C. Promotion de la justice pénale internationale
 - 1. *Justice rétributive*
 - 2. *Dissuasion*
 - 3. *Expressivisme*
 - 4. *Justice réparatrice*

Conclusion

* Professeur associé de droit, Faculté de droit Thomas Jefferson. Cet essai est basé sur un article plus important analysant le dilemme paix contre justice dans le cadre de l'enquête de la Cour pénale internationale en Ouganda du Nord. Voir Linda M. Keller, *Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms*, 23 CONN. J. INT'L L. ____ (à venir 2008). L'auteur aimerait remercier le Professeur Mark Drumbl ainsi que Beth Van Schaack pour leurs commentaires judicieux. L'auteur remercie également tous les membres du groupe de travail du Faculté de droit Thomas Jefferson, en particulier le Professeur Anders Kaye ainsi que Deven Desai, pour leurs remarques utiles.

Introduction

S'ils sont laissés en liberté, les criminels conditionnent l'arrêt des violences à l'une ou l'autre forme d'immunité. Ils menacent d'attaquer davantage de victimes. Je qualifie ces agissements de racket, de chantage. Nous ne pouvons y souscrire¹.

Les conflits modernes prennent de plus en plus souvent la forme de luttes intra-étatiques, plutôt que de guerres entre États. Même lorsque la violence s'étend au-delà des frontières, la guérilla et les tactiques de terreur prédominent souvent. Les civils sont directement victimes de la terreur et des atrocités, ou indirectement du déplacement et des privations. Les milices rebelles utilisent des tactiques « de frappe éclair » et attaquent les civils pour saper le pouvoir dominant, plus que dans un but de conquête territoriale. Une solution militaire à de tels conflits est peu probable. Il est plus probable qu'un conflit armé actuel s'achève par un accord de paix, une capitulation non inconditionnelle, malgré le rejet par la communauté internationale du principe de l'impunité. Par conséquent, les chefs des groupes rebelles qui sont aussi des criminels internationaux obtiendront un siège à la table des négociations plutôt qu'une place sur le banc des accusés d'une cour pénale, qu'elle soit nationale ou internationale. Bien que le besoin immédiat de paix semble souvent l'emporter sur les appels à la justice, la Cour pénale internationale (CPI)² peut servir ces deux objectifs dans certaines circonstances³.

Le conflit de longue haleine en Ouganda illustre le problème et une solution potentielle. Un groupe rebelle brutal, l'Armée de résistance du Seigneur (ARS), terrorise les civils ougandais depuis des décennies. Parmi ses tactiques favorites, on compte l'enlèvement d'enfants et la réduction des jeunes filles en esclavage sexuel ainsi que la transformation des garçons en enfants soldats agissant sous l'emprise de drogues. Les personnes enlevées sont forcées à mutiler, estropier, violer et tuer sous la menace de mort. Plus d'un million de personnes ont été déplacées dans des camps surpeuplés et sordides, où elles sont toujours vulnérables aux attaques en raison d'une protection insuffisante de la part du gouvernement, dont les forces sont aussi accusées d'abus envers les civils. L'Armée de résistance du Seigneur est décidée à déposer les armes et à mettre fin aux atrocités. Mais la contrepartie qu'elle exige pour signer un accord de paix comprend l'immunité de poursuites pour les accusations portées contre ses chefs par la CPI⁴. Comme

¹ CPI, *Allocution de M. Luis Moreno-Ocampo, Nuremberg, 24/25 Juin 2007, Bâtir un avenir fondé sur la paix et la justice* disponible sur

http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO_nuremberg_20070625_French.pdf

² Voir de manière générale : Statut de Rome de la Cour pénale internationale, Art. 2, 1^{er} juillet 2002, 3 *The Statut de Rome: Of The International Criminal Court: A Commentary* 4 (Antonio Casesse et al, eds., 2002), disponible sur http://www.icc-cpi.int/library/about/officialjournal/Rome_Statute_French.pdf [ci-après Statut de Rome].

³ Pour une discussion approfondie de ces questions dans le contexte de l'Ouganda du Nord, voir Linda M. Keller, « Achieving Peace with Justice: The International Criminal Court and Ugandan Alternative Justice Mechanisms », 23 *Conn. J. Int'l L.* ____ (à paraître 2008).

⁴ Voir de manière générale : Tim Allen, *Trial Justice: The International Criminal Court and the Lord's Resistance Army* (2006).

l'affirme le procureur de la CPI dans la citation ci-dessus, une telle demande revient à du chantage et du racket. Pourtant, la communauté internationale peut-elle légitimement refuser de troquer la paix contre l'impunité, laissant ainsi les gens du nord de l'Ouganda en proie à de nouveaux crimes de guerre et crimes contre l'humanité ? Cet essai postule que la communauté internationale ne fait pas nécessairement face à un choix binaire. Elle peut accepter un accord de paix tout en promouvant une certaine forme de justice.

À première vue, il existe un conflit inévitable entre paix et justice, mais cet essai soutient qu'il s'agit d'une fausse dichotomie. Il existe un moyen d'atteindre la paix en même temps qu'une certaine forme de justice pour les victimes comme celles d'Ouganda. Les poursuites pénales sur le plan international, au moyen de tribunaux tels que la CPI, ne sont pas le seul moyen d'atteindre la justice. Pourtant, même les commentateurs qui reconnaissent que paix et justice peuvent coexister⁵ s'opposent quant à la forme adéquate et à l'équilibre entre les mécanismes visant à atteindre la paix et la justice. Cet essai explore les défis de l'équilibrage des intérêts concurrents lorsque la CPI est face à un dilemme tel que celui posé par les négociations de paix en cours en Ouganda. L'essai examine les bases juridiques qui permettraient à la CPI de suspendre ou d'abandonner une affaire au profit de méthodes de justice locale non juridictionnelles. Cet essai fournit un cadre pour guider la CPI dans l'évaluation des alternatives locales basée sur leur habilité à servir à la fois la paix et les objectifs de la justice pénale internationale. Le test proposé est applicable non seulement à l'Ouganda mais à toute affaire devant la CPI pour laquelle un processus de paix est en cours.

La solution proposée invoque le droit international des traités et l'interprétation, les normes de droit international humanitaire et les normes coutumières, les paradigmes de la justice transitionnelle et la théorie du droit pénal. Le débat « paix contre justice » est illustré de la manière la plus flagrante par les impératifs concurrents de la justice rétributive et de la justice réparatrice. La rétribution à proprement parler requiert généralement la poursuite de tous les coupables de crimes internationaux. La justice réparatrice cependant, se focalise sur les besoins des victimes, les causes à la base du conflit et la réintégration des combattants au sein de la société. Mais aucune de ces approches ne suffira à elle seule. La CPI devrait essayer d'harmoniser les principes de

⁵ Voir, p. ex., Eric Blumenson, « The Challenge of a Global Standard of Justice », 44 *Colum. J. Transnat'l L.* 801, 824 (2006) (La question de la paix contre la justice ignore la troisième alternative du modèle sud-africain); Mark S. Ellis, « Combating Impunity and Enforcing Accountability as a Way to Promote Peace and Stability », 2 *J. Nat'l Sec. L. & Pol'y* 111, 113 (2006) (Mauvais choix entre la paix et la justice) ; Anita Frohlich, « Reconciling Peace with Justice », 30 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 271, 278 (2007) (idem) ; Lisa J. Laplante & Kimberly Theidon, « Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia's Ley de Justicia y Paz », 28 *Mich. J. Int'l L.* 49, 101 (2006) (équilibre entre la paix et la justice) ; Dwight G. Newman, « The Rome Statute, Some Reservations Concerning Amnesties, and a Distributive Problem », 20 *Am. U. Int'l L. Rev.* 293, 296 (2005) (complémentarité entre la paix et la justice punitive); Charles Villa-Vicencio, « The Reek of Cruelty and the Quest for Healing », 14 *J.L. & Religion* 165 (1999-2000) (la justice réparatrice et la justice punitive sont compatibles).

justice rétributive et réparatrice. Cet essai propose un cadre théorique préliminaire pour ce faire, un cadre applicable à la répétition inévitable du débat paix contre justice à la CPI⁶.

La première partie de cet essai analyse les interprétations du statut fondateur de la CPI qui pourraient permettre à la Cour, sous la forme du Bureau du Procureur ou des juges, de s'incliner face à des méthodes de justice alternative. Plus précisément, elle évalue brièvement quatre possibilités : (1) l'acceptation d'une requête du Conseil de sécurité de l'ONU de suspendre les poursuites qui menaceraient la paix internationale ; (2) la mise en œuvre du principe de complémentarité dans le but de rendre l'affaire irrecevable devant la CPI ; (3) la mise en œuvre de la clause *ne bis in idem* du statut de la Cour pour bloquer les procédures à la CPI ; et (4) l'exercice de la discrétion dans les poursuites⁷.

La deuxième partie propose des critères basés sur la théorie du droit pénal international et la littérature relative à la justice transitionnelle, pour guider la CPI dans sa détermination quant à la question de savoir si elle doit s'incliner devant des méthodes de justice locale négociées. Elle propose une condition seuil de nécessité et de légitimité. Elle évalue ensuite dans quelle mesure les alternatives négociées peuvent servir les objectifs du droit pénal international quant à la justice rétributive, la dissuasion, l'expressivisme et la justice réparatrice. L'idée fondatrice de la CPI est de poursuivre au niveau international ou national, mais si le fait de s'incliner devant des alternatives non juridictionnelles peut servir à la fois la paix et les buts de la CPI, alors la Cour ou le Bureau du Procureur (BdP) devraient faire une exception. Cet essai tente de conclure que la CPI peut et devrait, dans certaines circonstances, s'incliner devant les mécanismes alternatifs négociés. Par exemple, lorsqu'une garantie d'absence de poursuites est requise pour un accord de paix, une commission de vérité qui a le mandat et les ressources adaptés pourrait servir la paix tout en garantissant une certaine forme de justice. En concourant à la réalisation des objectifs emblématiques du système de justice pénale internationale, la CPI préserverait sa légitimité et contribuerait à obtenir la paix avec la justice⁸.

I. Bases juridiques pour les sursis de la Cour pénale internationale

Il n'y a pas de disposition juridique explicite relativement aux sursis motivés par une amnistie négociée ou toute autre méthode de justice alternative (MJA) telle qu'une commission de vérité⁹. Néanmoins, la Cour ou le BdP pourraient interpréter le statut

⁶ BdP, *Rapport sur les activités mises en œuvre au cours des trois premières années (juin 2003-juin 2006)*, 12 septembre 2006, sur http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/OTP_3-year-report-20060914_French.pdf

⁷ Pour une discussion plus approfondie de ces dispositions légales basée sur l'exemple concret de la situation de la CPI en Ouganda du Nord, voir Keller, *supra* note 3, at Part III.

⁸ Ces procédures sont expliquées et appliquées aux méthodes de justice alternative proposées comprenant la complexe cérémonie de réconciliation tribale acholie du nord de l'Ouganda, le *mato oput*, in Keller, *supra* note 3, partie IV.

⁹ John Dugard, « Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions », in *The Statute of Rome: Of The International Criminal Court: A Commentary* 700 (Antonio Casesse et al, eds., 2002).

comme permettant implicitement le sursis au profit de méthodes de justice alternative négociées lors d'un accord de paix pour mettre fin à un conflit (« MJA négociées »). Il existe un différent significatif au sujet de l'interprétation des dispositions pertinentes du statut et la CPI doit encore rendre une décision à ce sujet.

À l'époque de la rédaction du statut de Rome, il n'y avait pas de discussion sérieuse quant à la compatibilité de l'amnistie ou des commissions de vérité avec la CPI, parce qu'il était apparemment clair qu'un accord était impossible¹⁰. Selon John Dugard, « [i]l y a des signes dans le statut de Rome que le silence quant à la question de l'amnistie était délibéré »¹¹. De son point de vue, l'instauration par la communauté internationale de la CPI prouve qu'elle a « décidé que la justice, mise en œuvre sous la forme de poursuites, doit être prioritaire par rapport à la paix et à la réconciliation nationale »¹². Par conséquent, Dugard conclut que « le parcours le plus sage » dans la plupart des cas serait que la CPI prenne l'amnistie en compte dans l'atténuation de la sentence, plutôt que de la considérer comme un obstacle aux poursuites exercées par la CPI¹³. Parce que la CPI est « fondée sur une aversion pour l'impunité ainsi que sur l'imputabilité pour la commission des crimes internationaux », on prétend que son intégrité sera préservée au mieux par cette position¹⁴. Pourtant, Dugard note également que le statut a laissé la porte ouverte à la reconnaissance de certaines méthodes non juridictionnelles, dans des circonstances extrêmes¹⁵. Les critiques qui reprochent au statut de ne pas explicitement inclure les amnisties craignent que le procureur puisse « involontairement faire échouer des accords fragiles visant à

¹⁰ Voir Darryl Robinson, « Serving the Interests of Justice », 14 *Eur. J. Int'l L.* 481 (2003) (qui conclut que les rédacteurs ont choisi de ne pas débattre de la question étant donné qu'un accord aurait probablement été impossible et que la codification d'un test relatif à des éléments de justice alternative acceptables aurait été peu judicieuse) ; Jessica Gavron, « Amnesties in Light of Developments in International Law and the Establishment of the International Criminal Court », 51 *ICLQ* 91, 107 (2002) (l'amnistie considérée comme tellement controversée qu'un compromis au sujet d'une disposition est peu probable) ; Ruth Wedgwood, « The International Criminal Court: An American View », 10 *EJIL* 93, 95 (1999) (« Rome a esquivé la question des amnisties »).

¹¹ Dugard, *supra* note 9, au point 701.

¹² *Id.* aux points 702-03.

¹³ *Id.* au point 703.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Voir *id.* au point 701 (La CPI devrait prendre l'amnistie en compte dans l'atténuation des circonstances plutôt que de la considérer comme un obstacle aux poursuites, hormis en présence de circonstances exceptionnelles où l'amnistie est sujette à une approbation judiciaire ou quasi-judiciaire) ; voir aussi Thomas Hethe Clark, « The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interests of Justice" », 4 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 389 (2005) (soutient qu'alors que la CPI semble requérir les poursuites, des dispositions ambiguës laissent une marge de manoeuvre aux projets de justice alternative dans des circonstances très particulières) ; Gavron, *supra* note 10, au point 108 (bien que cela soit difficile, des amnisties correctement élaborées peuvent être respectées par la CPI) ; Richard J. Goldstone & Nicole Fritz, « "In the Interests of Justice" and Independent Referral », 13 *Leiden J. Int'l L.* 655 (2000) (le statut est assez flexible pour que le Procureur puisse surseoir au profit d'un processus national d'amnistie individualisé comme en Afrique du Sud) ; Robinson, *supra* note 10, au point 481 (alors que la CPI insistera généralement sur les poursuites, les méthodes alternatives peuvent être reconnues lorsqu'un tel processus sert l'imputabilité et est nécessaire en vertu des circonstances) ; Michael P. Scharf, « The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court », 32 *Cornell Int'l L. J.* 507, 522 (1999) (Le statut n'exclut pas l'amnistie « monnaie d'échange » pour mettre fin à un conflit armé) ; Carsten Stahn, « Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice », 3 *J. Int'l Crim. Just.* 695, 708 (2005) (l'ambiguïté créative dans le statut permet la reconnaissance de certaines amnisties dans des circonstances exceptionnelles).

transmettre le pouvoir ou bien, lorsque de tels accords ont déjà été passés, saper l'autorité et la crédibilité du nouveau régime démocratique »¹⁶.

De nombreuses voix au nord de l'Ouganda par exemple, ont protesté contre l'implication de la CPI par peur qu'elle anéantisse la perspective d'une fin négociée au conflit entre le gouvernement et le groupe rebelle de l'ARS. Plus précisément, elles prétendent qu'aller de l'avant avec les mandats d'arrêt contre les chefs de l'ARS serait fatal aux négociations de paix en cours entre l'Ouganda et l'ARS ; le BdP ayant rejeté de telles craintes¹⁷. Malgré l'émission des mandats, une des dispositions de l'accord de paix proposé substitue apparemment les alternatives non juridictionnelles, telles que les commissions de vérité¹⁸ et les cérémonies tribales traditionnelles, à des poursuites par la CPI ou des instances pénales nationales¹⁹.

Le statut de Rome pourrait permettre la reconnaissance *sub rosa* de tels MJA négociés, dans des circonstances exceptionnelles²⁰. Il existe quatre possibilités principales : (1) le sursis à enquêter du Conseil de sécurité (Article 16), qui requiert que la CPI suspende des poursuites qui constitueraient une menace à la paix internationale ; (2) l'irrecevabilité (Article 17), interprétant le principe de complémentarité tel que l'existence de MJA négociés rend l'affaire irrecevable ; (3) *ne bis in idem* (Article 20), traitant les MJA comme des poursuites préalables bloquant les procédures à venir devant la CPI ; et (4) la discrétion dans les poursuites (Article 53), permettant au procureur de décliner les poursuites dans l'intérêt de la justice²¹. Cette partie évalue l'applicabilité de chaque article aux MJA négociés en général. Comme l'analyse le montrera, aucune des dispositions n'impose le sursis à enquêter en vertu d'une MJA, mais chacune peut le

¹⁶ Traduction non officielle, Goldstone & Fritz, *supra* note 15, au point 660 (admet les craintes des critiques mais réplique que le statut de Rome est assez flexible pour éviter le problème). Mais voir John M. Czarnetzky & Ronald J. Rychlak, « An Empire of Law? », 79 *Notre Dame L. Rev.* 55 (2003) (prétend que la CPI suit purement le modèle légaliste de justice, un défaut fatal qui va entraîner de nouveaux conflits dans les sociétés en transition en interdisant les méthodes alternatives de justice, telles que les commissions de vérité).

¹⁷ Voir CPI, *Mandats d'arrêt pour Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo, Raska Lukwiya, Dominic Ongwen* sur http://www.icc-cpi.int/cases/UGD/c0105/c0105_docAll1.html [ci-après *mandats d'arrêt*].

¹⁸ En bref, une commission de vérité est généralement une enquête officielle établie pour une période de temps limitée, qui examine une série de mauvais traitements passés. Dans son étude novatrice, Priscilla B. Hayner identifie cinq objectifs des commissions de vérité : (1) clarifier et reconnaître les abus du passé ; (2) répondre aux besoins des victimes ; (3) servir la justice et l'imputabilité, en l'absence de poursuites ; (4) enquêter sur la responsabilité institutionnelle et recommander des réformes ; et (5) promouvoir la paix et la réconciliation. Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions* 14, 23 (2002).

¹⁹ Int'l Crisis Grp, *Northern Uganda: Seizing the Opportunity for Peace* 5 (Africa Report No. 124, April 26, 2007) [ci-après: *Seizing Opportunity*] (décrit l'accord apparent pour des méthodes de justice alternatives au lieu de poursuites par la CPI).

²⁰ Pour une proposition visant à ajouter un protocole au statut, qui reconnaîtrait les amnisties, voir Andreas O'Shea, *Amnesty for Crime in International Law and Practice* (2002).

²¹ Statut de Rome, *supra* note 2; Voir also Dugard, *supra* note 9, aux points 701-02; Carsten Stahn, « Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice », 3 *J. Int'l Crim. Just.* 695, 708 (2005) (aborde également la question des amnisties ou du pardon conformément aux articles 12 et 21) [ci-après, Stahn, « Complementarity »].

permettre²². Pourtant, comme cela est expliqué dans la deuxième partie, la Cour et le BdP devraient interpréter le statut comme permettant le sursis à enquêter au profit de systèmes de justice locale seulement si la MJA sert aussi les standards de justice pénale internationale, y compris les théories sous-jacentes de justice réparatrice, dissuasion, expressivisme et justice réparatrice.

A. Demande du Conseil de sécurité (Article 16)

Tout d'abord, un État qui souhaite obtenir la reconnaissance internationale d'un accord de paix qui remplace les poursuites de la CPI par des MJA négociées peut chercher à obtenir un sursis à enquêter en vertu de l'article 16. Selon le statut de Rome, le Conseil de sécurité peut demander que la Cour s'abstienne d'enquêter ou suspende une enquête ou des poursuites pour un délai de douze mois²³. Cette demande peut être renouvelée. Elle doit être votée par une résolution du Conseil de sécurité « adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies »²⁴, chapitre intitulé « Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression »²⁵. Un commentateur a indiqué qu'il est « difficile, si ce n'est impossible, d'envisager une situation selon laquelle le refus de reconnaître une amnistie nationale pourrait constituer une menace à la paix internationale »²⁶. D'autres, cependant, ont avancé que le sursis à poursuivre est un des moyens viables pour permettre des alternatives aux poursuites par la CPI²⁷.

Un sursis dans le cadre de l'article 16 peut être malséant là où il approuve en réalité la violation d'une obligation étatique de poursuivre les crimes internationaux. Mais alors qu'il semble y avoir un devoir de poursuivre certains crimes selon le droit des traités, l'existence d'un devoir plus large qui serait basé sur le droit coutumier est discutable. Des traités tels que la convention sur le génocide, les conventions de Genève et la convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (convention contre la torture) prévoient un devoir de poursuivre certains crimes²⁸. Selon

²² Voir Newman, *supra* note 5, au point 37 (discute des implications négatives pour les conflits en cours si la CPI interprète le statut de Rome de manière étroite pour rejeter les amnisties).

²³ Statut de Rome, *supra* note 2, l'article 16 prévoit: « Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions ».

²⁴ Statut de Rome, *supra* note 2, art. 16.

²⁵ Charte de l'ONU, ch. VII.

²⁶ Dugard, *supra* note 9, at 701-02; voir aussi Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, au point 717 (sursis de l'article 16 peu probable).

²⁷ Voir, e.g., Yasmin Naqvi, « Amnesty for War Crimes », *Int'l Rev. of Red Cross* 592 (Vol 85, No. 851, Sept. 2003) (l'inclusion de l'article revient à reconnaître que les poursuites peuvent constituer une menace) ; Robinson, *supra* note 10, at 481 (conclut que le Conseil de sécurité pourrait demander un sursis lorsqu'un « processus non juridictionnel délicat de vérité et réconciliation est en cours », traduction non officielle) ; Jennifer Llewellyn, « A Comment on the Complementarity Jurisdiction of the International Criminal Court », 24 *Dalhousie L. J.* 192, 216 (2001) (soutient que les États qui souhaitent faire usage de commissions de vérité au lieu de poursuites pourraient demander au Conseil de sécurité d'au moins minimiser temporairement les menaces de poursuites de la CPI).

²⁸ Voir, e.g., Dugard, *supra* note 9, au point 696.

certain commentateurs, les États parties ne peuvent pas garantir l'amnistie pour le génocide, les violations graves ou la torture sans violer le traité respectif²⁹. L'étendue du devoir selon ces traités ne comprend cependant pas tous les crimes internationaux étant donné que les crimes de guerre commis lors de conflits armés internes et la torture opérée par des acteurs non-étatiques en sont exclus³⁰. Par exemple, les mandats d'arrêt de la CPI émis contre les chefs de l'ARS n'incriminent pas le génocide ou les violations graves, mais plutôt les crimes de guerre commis lors de conflits armés internes et les crimes contre l'humanité perpétrés au moyen de traitements cruels ou inhumains³¹. L'Ouganda a ratifié les conventions de Genève³², la convention sur le génocide et la convention contre la torture et a un devoir de poursuivre en vertu de ces mêmes instruments³³. Ainsi, selon le droit des traités, l'Ouganda a bien un devoir de poursuivre certains des crimes incriminés par la CPI, mais pas tous. Néanmoins, l'Ouganda peut avoir un devoir de poursuivre tous les crimes incriminés, en vertu du droit international coutumier.

Une coutume requérant la poursuite de crimes internationaux est en train d'émerger mais n'est pas encore établie. Il y a une tendance générale à s'éloigner de l'amnistie³⁴ pour aller vers l'imputabilité. Pourtant, la question est controversée de savoir si une obligation ferme de poursuivre lie tous les États pour tous les crimes internationaux³⁵. Le manque de pratique étatique semble exclure un devoir général de poursuivre les crimes internationaux³⁶. De nombreux États (et les Nations Unies) ont, soit mis en œuvre, soit accepté (explicitement ou implicitement) diverses formes d'amnistie pour les crimes internationaux³⁷. Qui plus est, le fait de poursuivre uniquement les principaux responsables

²⁹ *Id.* au point 697.

³⁰ Voir, e.g., Charles P. Trumbull IV, « Giving Amnesties A Second Chance », 25 *Berkeley J. Int'l L.* 283, 291-93 (2007).

³¹ CPI, *Mandats d'arrêt* sur http://www.icc-cpi.int/cases/UGD/c0105/c0105_docAll1.html&l=fr. D'autres situations peuvent impliquer des charges de génocide, donnant lieu à des attentes plus importantes par rapport aux poursuites.

³² Voir CICR Base de données, *Ouganda – Ratifications* sur <http://www.icrc.org/dih.nsf/Pays?ReadForm&c=UG>.

³³ Voir UN Treaty Ratifications sur <http://www.bayefsky.com/docs.php/area/ratif/state/179>.

³⁴ Voir, par exemple, Kristin Henrard, « The Viability of National Amnesties in View of the Increasing Recognition of Individual Criminal Responsibility at International Law », 8 *MSU-DCL J. Int'l L.* 595, 646 (1999); Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, at 717 (cite le rapport du secrétaire général).

³⁵ Comparer Thomas Hethe Clark, « The Prosecutor of the International Criminal Court, Amnesties, and the "Interests of Justice" », 4 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 389, 389-99 (2005) (soutient que tous les États ont le devoir de poursuivre le génocide et les violations graves en droit international) ; Robinson, *supra* note 10, at 92 (conclut qu'il est relativement clair que les États doivent poursuivre le génocide, la torture et les violations graves en vertu du droit des traités et du droit coutumier) ; et John Dugard, « Dealing with Crimes of a Past Regime », 12 *Leiden J. of Int'l L.* 1001, 1003 (1999) (devoir émergent de poursuivre les crimes internationaux) [ci-après Dugard, « Dealing with Crimes »] ; O'Shea, *supra* note 20, au point 260 (le devoir coutumier ne s'étend pas aux crimes contre l'humanité) ; Newman, *supra* note 5, at 314 (pas de devoir généralisé de poursuivre) ; Ronald C. Slye, « The Legitimacy of Amnesties under International Law and General Principles of Anglo-American Law », 43 *Va. J. Int'l L.* 173, 191, 245 (2002) (soutient que le devoir d'un État par rapport à l'imputabilité peut être rempli par un processus d'amnistie légitime mais en excluant les principaux responsables).

³⁶ Voir, e.g., Dugard, *supra* note 9, au point 698 ; Trumbull, *supra* note 30, aux points 295-99 ; mais cf. O'Shea, *supra* note 20, au point 264 (caractérise la pratique étatique comme une exception au devoir).

³⁷ Voir Dugard, *supra* note 9, au point 698 (fait référence à l'octroi d'amnistie par des gouvernements de succession aux acteurs étatiques précédents, coupables d'actes de torture et de crimes contre l'humanité, ainsi

peut être suffisant dans certaines circonstances³⁸. Par conséquent, il est difficile de conclure qu'il existe une obligation coutumière de poursuivre tous les crimes internationaux. Bien qu'il puisse y avoir une norme émergente requérant la poursuite à tous les niveaux du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, cette assertion est encore controversée³⁹.

Même s'il existe un devoir étatique de poursuivre, cela n'entraîne pas nécessairement une obligation pour la CPI de rejeter une demande de sursis dans le cadre de l'article 16, en raison d'une décision étatique qui violerait le devoir de poursuivre⁴⁰. Si une amnistie viole le droit international, la CPI peut ne pas être liée par une demande de sursis⁴¹. Par exemple, la CPI peut ne pas avoir à surseoir lorsque l'amnistie couvre le génocide ou des violations graves des conventions de Genève⁴². Par conséquent, une amnistie étatique pour de tels crimes ne requerrait pas la suspension d'une enquête ou de poursuites, indépendamment d'une demande de sursis⁴³. Mais une amnistie acceptable (ou le souhait d'éviter un conflit avec le Conseil de sécurité) pourrait inciter la CPI à honorer une demande de sursis en vertu de l'article 16 basée sur une amnistie étatique. De la même manière, un sursis en vertu de l'article 16 peut aider les pays souhaitant faire usage d'un processus de commission de vérité au lieu de poursuites par la CPI⁴⁴.

En raison de son mandat de paix et de sécurité, le Conseil de sécurité peut mettre des poursuites en attente pour permettre la mise en oeuvre d'un accord de paix. Ce faisant, il risque cependant de porter atteinte à la CPI et à la dissuasion des violations des droits de l'Homme⁴⁵. Un autre aspect limitatif du pouvoir de dissuasion est sa nature temporaire: il est peu probable que des criminels internationaux inculpés se rendent en échange d'une

que l'aval de l'ONU pour des amnisties telles que celle de l'Afrique du Sud) ; O'Shea, *supra* note 20 aux points 36-70 (discute des amnisties précédentes).

³⁸ Diane F. Orentlicher, « Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime », 100 *Yale L. J.* 2537, 2595-98 (1991) ; Ronli Sifris, « What Level of Deference Can and Should the International Criminal Court Give to Local Amnesty Programs », 1 *Austr. J. of Peace Studies* 31, 36 (2006).

³⁹ Clark, *supra* note 35, at 400, n.55-60 (cite les articles universitaires et les opinions d'organismes des droits de l'Homme) ; Naqvi, *supra* note 27, au point 612 (discute du devoir émergent relativement à divers crimes) ; Robinson, *supra* note 10, au point 492 (décrit les raisons convaincantes de conclure à l'existence d'un devoir ou à un devoir émergent de poursuivre les cas de génocide, crimes de guerre et crimes contre l'humanité) ; Charles Villa-Vicencio, « Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted », 49 *Emory L.J.* 205 (2000) (soutient que l'État peut déroger à son devoir en faveur de commissions de vérité ou d'amnisties lorsque certaines conditions sont remplies).

⁴⁰ Voir, e.g., Michael P. Scharf, « The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court », 32 *Cornell Int'l L. J.* 507, 522 (1999) (prétend que la CPI devrait surseoir à poursuivre lorsque des méthodes de justice alternative sont nécessaires et promeuvent la paix et la justice).

⁴¹ *Id.* at 523 ; Voir also Naqvi, *supra* note 27, au point 594 (l'amnistie doit être en accord avec le droit international relativement au sursis).

⁴² Scharf, *supra* note 40, at 523-24 (décrit le droit international comme requérant la poursuite du génocide et des violations graves) ; Voir also Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, at 699 (notant le dilemme de la cour entre obéir à une demande ou l'examiner au regard du droit international).

⁴³ Cf. Gavron, *supra* note 10, at 108.

⁴⁴ Llewellyn, *supra* note 27, au point 216 (fait référence au sursis comme une « option moins évidente » pour le maintien de la capacité des États à faire usage des commissions de vérité).

⁴⁵ Int'l Crisis Grp, *Negotiating Peace and Justice: Considering Accountability and Deterrence in Peace Processes*, (Nuremberg, 26 June 2007) [ci-après *Negotiating Peace and Justice*].

garantie d'immunité à court terme. En somme, le Conseil de sécurité devrait utiliser son pouvoir de dissuasion avec parcimonie, seulement dans des circonstances où les enquêtes ou poursuites de la CPI menacent fatalement un accord de paix, affectant la paix et la sécurité internationales. Qui plus est, la CPI ne devrait pas se plier à une requête du Conseil de sécurité à moins qu'elle ne soit compatible avec les objectifs de la justice pénale internationale, comme nous le discuterons dans la deuxième partie.

B. Irrecevabilité (Article 17)

En l'absence d'une demande de sursis de la part du Conseil de sécurité, la CPI peut aussi conclure que l'utilisation de MJA négociées rend l'affaire irrecevable en vertu de l'article 17⁴⁶. Une affaire est irrecevable si elle fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, ou si elle a fait l'objet d'une enquête « à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites [...] »⁴⁷. La recevabilité en vertu de l'article 17 peut être contestée par l'État ayant compétence ou bien par l'accusé, au motif que la CPI doit surseoir au profit de la justice locale. Le BdP peut aussi refuser d'enquêter ou de poursuivre une situation parce qu'elle est irrecevable selon l'article 17⁴⁸. Comme le montrera la discussion, il est peu probable que la CPI soutienne que des MJA négociées rendent l'affaire irrecevable, mais le jargon juridique est suffisamment ambigu pour permettre une telle décision.

La question de l'irrecevabilité et le principe de complémentarité sont intriqués. La complémentarité est le principe selon lequel la CPI complète, mais ne supprime pas, les systèmes nationaux de justice pénale. Si un État ayant compétence est vraiment déterminé et capable de traiter l'affaire au sein de son système national, la CPI doit surseoir. Le principe de complémentarité est incarné par l'article 17 et complété par les articles 18 et 19. L'article 17 expose les tests substantifs d'admissibilité alors que l'article 18 couvre les décisions de recevabilité préliminaires et l'article 19 les décisions de recevabilité ultérieures. Les MJA négociées peuvent bloquer les poursuites de la CPI soit au moment de l'enquête initiale du BdP selon l'article 18 ou lors de la phase d'enquête et de poursuites.

Tout d'abord, l'article 18 prévoit que le BdP doit notifier une enquête en instance à tout État ayant compétence et lui donner l'opportunité de supplanter la CPI. L'État a un mois pour informer la CPI qu'il est en train d'enquêter ou qu'il a enquêté sur certaines personnes liées à l'enquête du BdP et demander que le BdP suspende son enquête. En l'absence d'une autorisation spéciale de la Cour, le BdP doit surseoir au profit de l'enquête de l'État. Le BdP peut ensuite demander des mises à jour concernant les enquêtes et

⁴⁶ Voir Robinson, *supra* note 10, au point 499 (Malgré la controverse quant à savoir si une commission de vérité peut rendre une affaire irrecevable, l'article 17 maintient une certaine ambiguïté laissant ouverte la possibilité d'un sursis).

⁴⁷ Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 17 (1) (a).

⁴⁸ Voir *id.*, Art. 53 (suspension ou arrêt des enquêtes ou des poursuites parce que l'affaire est irrecevable en vertu de l'article 17).

poursuites⁴⁹. Cela signifie que le BdP pourrait par la suite contester la déclaration de compétence d'un État lorsque, par exemple, celui-ci s'impose une amnistie intéressée qui aboutit à peu d'enquêtes et pas de poursuites⁵⁰. D'un autre côté, le BdP peut ne pas contester un processus d'amnistie conditionnelle⁵¹ ou une autre forme de MJA négociée. S'il n'y a pas de demande de suspension par un État qualifié dans un délai d'un mois, la période de sursis automatique s'achève.

Après la période prévue par l'article 18, la cible du mandat d'arrêt ou un État ayant compétence par rapport à l'affaire peuvent contester la recevabilité de l'article 17 au moyen de l'article 19. Le BdP peut aussi demander à la Cour de déterminer la recevabilité. La Cour peut aussi déterminer la recevabilité *sua sponte*. Pendant que la demande est étudiée, la Cour aurait à suspendre l'enquête et vraisemblablement toute poursuite, bien que la validité de tout mandat d'arrêt n'en soit pas affectée. Si la Cour détermine que l'affaire est irrecevable, le BdP n'a pas à complètement l'abandonner. Il peut demander à la Cour de réviser sa décision si de nouveaux faits interviennent qui réduisent à néant la base de l'irrecevabilité⁵².

Lorsqu'un État renvoie lui-même une situation concernant son territoire à la CPI, la situation est recevable indépendamment des questions de complémentarité. Il en est ainsi si l'État de renvoi est présumé n'avoir pas la « volonté » ou la « capacité » de poursuivre. Cependant, dans le cadre de l'interprétation légale, il existe une controverse au sujet de la question de savoir si l'inaction est suffisante pour rendre une affaire recevable⁵³. Bien qu'une discussion intégrale au sujet de la complémentarité dépasse le cadre de cet essai, une brève identification des interprétations concurrentes est justifiée. Le BdP a déclaré : « Il va de soi que le fait qu'un État n'ait pas ouvert d'enquête ne constitue nullement une entrave à la recevabilité de l'affaire devant la Cour »⁵⁴. En effet, dans certains cas, « il peut arriver que l'absence d'action de la part d'un État se révèle être le mode d'action le plus approprié »⁵⁵. Par exemple, à la suite d'un conflit intra-étatique, des poursuites exercées par la CPI peuvent être vues comme neutres et impartiales, par contraste avec les poursuites menées par des organes étatiques biaisés⁵⁶. Selon le BdP, « [E]n pareil cas, la question de savoir si l'État a la capacité ou la volonté d'agir au sens de l'article 17 du statut de Rome ne se pose pas »⁵⁷. Cette interprétation est soutenue par la décision de la chambre de première instance de permettre que le mandat d'arrêt soit émis dans le cas de la situation

⁴⁹ *Id.* at Art. 18.

⁵⁰ Voir Goldstone & Fritz, *supra* note 15, at 661-62 (décrit la tâche du procureur quant à l'évaluation de la bienséance du processus d'amnistie après un sursis au profit d'une autorité judiciaire nationale).

⁵¹ Voir *id.* au point 661.

⁵² Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 19.

⁵³ Voir, e.g., Anita Frohlich, « Reconciling Peace with Justice », 30 *Suffolk Transnat'l L. Rev.* 271, 299-300 (2007).

⁵⁴ CPI, Bureau du Procureur, Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur 5 (Sept. 2003), *sur* http://www.icc-cpi.int/otp/otp_policy.html.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.*

renvoyée par l'Ouganda lui-même⁵⁸ et par les autres opinions d'expert⁵⁹, bien que cela ne soit pas accepté de manière universelle⁶⁰.

Si l'inaction de l'État ne suffit pas, la CPI peut étudier les dispositions de l'article 17. De la même manière, si un État de renvoi change ensuite de position et conteste la compétence de la Cour, comme l'Ouganda semble susceptible de le faire⁶¹, la CPI doit étudier l'article 17 dans son intégralité. En outre, un État peut revendiquer sa compétence lorsque la situation sur son territoire a été renvoyée par une autre partie, telle que le Conseil de sécurité. Par exemple, le Conseil de sécurité a renvoyé la situation du Darfour, Soudan, à la CPI ; le Soudan soutient que ses enquêtes et/ou poursuites sur le plan national rendent l'affaire irrecevable⁶². Cette discussion se focalise sur les alternatives non juridictionnelles, mais une grande partie de ce raisonnement pourrait s'appliquer aux poursuites sur le plan national, en particulier en ce qui concerne l'article 17(2) et (3).

⁵⁸ Voir CPI, *Mandats d'arrêt* sur http://www.icc-cpi.int/cases/UGD/c0105/c0105_docAll1.html&l=fr.

⁵⁹ Voir ICC, Xavier Agirre et al, *Informal Expert Paper on The Principle of Complementarity in Practice 7* (2003) sur <http://www.icc-cpi.int/otp/complementarity.html> (note qu'en cas de scénario d'inaction, il n'y a pas besoin d'examiner l'incapacité ou le manque de volonté parce qu'aucune des alternatives de l'article 17 (1)(a-c) n'est satisfaite). Voir aussi Payam Akhavan, « The Lord's Resistance Army Case: Uganda's Submission of the First State Referral to the International Criminal Court », 99 *Am. J. Int'l L.* 403, 414 (Avril 2005) (« Une interprétation ordinaire des articles 17(1)(a) et (b) indique que le manque de volonté ou l'incapacité sont pertinents uniquement lorsqu'un État a enquêté ou poursuivi une affaire ; lorsqu'il ne l'a pas fait, il n'existe pas de besoin express d'établir le manque de volonté ou l'incapacité comme une condition requise pour l'exercice de la compétence ». Traduction non officielle) ; Mohamed M. El Zeidy, « The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle », 5 *Int'l Crim. L. Rev.* 83, 102-04 (2005) (soutient que l'inaction devrait rendre une affaire irrecevable par insinuation, en vertu d'une interprétation logique ou libérale du statut). Sans parler du fait que les renvois effectués par les États concernés eux-mêmes devraient être une habitude, ce qui permettrait aux États de renoncer à leur devoir de poursuivre les crimes internationaux. Voir CPI, Bureau du Procureur, *Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur*, 5 (Sept. 2003), sur http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/030908_Policy_Paper_FR.pdf (alors qu'il « peut y avoir » des cas où l'inaction est appropriée, le devoir des États d'exercer des poursuites pénales sur le plan national devrait être rappelé) ; El Zeidy, *supra*, aux points 104-05 (le renvoi effectué par l'État concerné devrait être basé sur des raisons légitimes telles que de meilleurs droits à un procès en bonne et due forme à la CPI et devrait être considéré au cas par cas pour éviter de surcharger la CPI).

⁶⁰ Voir Manhoush H. Arsanjani & W. Michael Reisman, « The Law-in-Action of the International Criminal Court », 99 *Am. J. Int'l L.* 385, 389-97 (2005) (critique le renvoi volontaire via l'inaction de l'État qui n'est pas dans l'incapacité ou ne fait pas preuve d'un manque de volonté et conclut que le renvoi de l'Ouganda ne remplit pas les conditions de recevabilité de l'article 17) ; William Schabas, « First Prosecutions at the International Criminal Court », 27 *Hum. Rts. L. J.* 25, 27-29 (2006) (prétend que le renvoi effectué par l'État concerné n'a jamais été prévu et que l'Ouganda devrait poursuivre l'ARS). Mais voir Akhavan, *supra* note 59, at 413-15 (prétend que même si l'analyse manque de volonté/incapacité était requise, le renvoi de l'Ouganda est recevable parce que l'Ouganda n'a pas la volonté de poursuivre au sein de son système judiciaire en raison de l'amnistie et des craintes d'accusations politiquement teintées et qu'il est incapable de poursuivre étant donné qu'il ne peut pas mettre la main sur les membres accusés de l'ARS).

⁶¹ Voir Keller, *supra* note 3, at Part II. Des tribunaux hybrides ou internationalisés ne sont pas proposés dans le cas de l'Ouganda, mais cela pourrait être le cas dans d'autres contextes. Voir Carsten Stahn, « The Geometry of Transitional Justice », 18 *Leiden J of Int'l L.* 425, 463 (2005) (Article 17 et les tribunaux mixtes) [ci-après, Stahn, « Geometry »].

⁶² Voir, e.g., Elizabeth Rubin, « If Not Peace, then Justice », *N. Y. Times magazine* (April 2, 2006).

La CPI pourrait interpréter l'article 17 très largement pour conclure que les MJA négociées constituent des enquêtes, poursuites ou une décision de ne pas poursuivre. L'article 17(1) prévoit qu'une affaire est irrecevable lorsque :

- (a) L'affaire fait l'objet d'une enquête ou de poursuites de la part d'un État ayant compétence en l'espèce, à moins que cet État n'ait pas la volonté ou soit dans l'incapacité de mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites ;
- (b) L'affaire a fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée, à moins que cette décision ne soit l'effet du manque de volonté ou de l'incapacité de l'État de mener véritablement à bien des poursuites ;
- (c) La personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte, et qu'elle ne peut être jugée par la Cour en vertu de l'article 20, paragraphe 3 ;
- (d) L'affaire n'est pas suffisamment grave pour que la Cour y donne suite⁶³.

En ce qui concerne l'article 17(1) (a) et (b), il est possible qu'une MJA non juridictionnelle puisse être considérée comme une « enquête » ou des « poursuites ». Par exemple, une commission de vérité peut envisager des faits similaires à l'affaire devant la CPI. Si l'on part du principe que la commission de vérité a le mandat adéquat, sa procédure peut remplir les conditions d'une enquête⁶⁴. Il est un peu exagéré de qualifier une commission de vérité ou une autre MJA de « poursuite » ; le terme poursuite impliquant habituellement la responsabilité pénale et l'exposition à un certain type de sanctions, en particulier l'incarcération. Une méthode ougandaise traditionnelle telle que la cérémonie de réconciliation du *mato oput*, par exemple, inclut l'indemnisation⁶⁵. L'indemnisation n'évoque pas forcément les poursuites pénales, mais elle peut représenter une condamnation sociale à l'image des poursuites. Qui plus est, toutes les poursuites n'entraînent pas forcément d'incarcération et il n'y a pas de raison pour que les poursuites doivent exclure les procédures menant à d'autres types de sanctions telles que la réparation⁶⁶. Tout bien considéré, alors qu'il semble qu'une MJA non juridictionnelle ne tomberait pas dans le sens commun d'une enquête ou de poursuites, la Cour pourrait

⁶³ Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 17(1).

⁶⁴ William W. Burke-White, « The International Criminal Court and the Future of Legal Accountability », 10 *ILSA J. Int'l & Comp. L.* 195, 198 (2003) (une commission de vérité peut se conformer aux exigences d'une enquête) ; Llewellyn, *supra* note 27, at 203 (prétend que la formulation de l'article 17 peut inclure les commissions de vérité en tant qu' « enquête » parce qu'il n'y a pas de référence spécifique à une enquête de police ou une enquête criminelle) ; Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, au point 711 (une meilleure interprétation de l'article 17(1) inclut les enquêtes des commissions de vérité).

⁶⁵ *Roco Wat I Acoli: Restoring Relationships in Acholi-land: Traditional Approaches to Justice and Reintegration* 55 (Liu Institute for Global Issues, Sept. 2005); Voir Keller, *supra* note 3, Partie II.

⁶⁶ La combinaison fréquente de l'indemnisation et des poursuites pénales au sein du système de droit civil illustre également le manque de séparation stricte entre les deux ; Voir, e.g., Mark A., *Drumbl, Atrocity, Punishment, and International Law* 80-82 (2007) ; de la même manière que le système de la CPI englobe à la fois l'incarcération et les réparations.

interpréter le langage de manière assez large pour inclure une commission de vérité d'enquête ou une méthode traditionnelle telle que le *mato oput*⁶⁷.

De la même manière, on pourrait interpréter le statut pour conclure que l'absence de poursuite pénale par un État est le résultat d'une décision de ne pas poursuivre, suite à une enquête menée dans le cadre d'une MJA⁶⁸. Mais il pourrait être difficile de qualifier une commission de vérité ou une cérémonie traditionnelle d'enquête et de décision de ne pas poursuivre, lorsque les MJA sont adoptées lors de négociations de paix⁶⁹. Si l'accord de paix a déjà exclu les poursuites, la décision de ne pas poursuivre ne serait pas le résultat d'une quelconque enquête ; alors qu'il pourrait y avoir une enquête ultérieure au moyen de la MJA, l'enquête n'est pas à l'origine de la décision antérieure de ne pas poursuivre, contenue dans l'accord de paix. Cela suffit probablement à éviter que les MJA négociées rendent l'affaire irrecevable⁷⁰. Cependant, il pourrait être soutenu que la décision de ne pas poursuivre n'est pas finalisée tant que l'accusé n'a pas coopéré avec la MJA⁷¹. Si un manque de coopération est susceptible d'aboutir à des poursuites dans des cas exceptionnels, la présomption est l'absence de poursuites, même si la MJA révèle des crimes abominables. Il est donc possible mais peu plausible, de qualifier les MJA négociées non juridictionnelles d'enquêtes, poursuites ou décisions de ne pas poursuivre.

Si la Cour choisit d'interpréter l'article 17(1) (a) et (b) de telle manière qu'elle peut surseoir au profit de processus locaux dans l'intérêt de la paix, alors la qualité de l'enquête, des poursuites ou de la décision de ne pas poursuivre doit être évaluée au regard de l'article 17(2) (manque de volonté ou incapacité à véritablement enquêter ou poursuivre) et (3) (incapacité). L'article 17(2) dispose :

2. Pour déterminer s'il y a *manque de volonté* de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère l'existence, eu égard aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international, de l'une ou de plusieurs des circonstances suivantes :

a) La procédure a été ou est engagée ou la décision de l'État a été prise dans le *dessein de soustraire* la personne concernée à sa *responsabilité pénale* pour les crimes relevant de la compétence de la Cour visés à l'article 5 ;

⁶⁷ Voir Robinson, *supra* note 10, at 500 (l'enquête pourrait inclure une commission de vérité) ; Scharf, *supra* note 40, au point 525 (alors qu'un État pourrait prétendre qu'une commission de vérité telle que celle de l'Afrique du Sud constitue une véritable enquête, les conditions relatives à l'intention d'amener une personne devant la justice peuvent être interprétées comme requérant une procédure pénale) ; Czarnetzky & Rychlak, *supra* note 16, au point 96 n.147 (le négociateur chef indiqua qu'une commission de vérité ne constituait sans doute pas une enquête).

⁶⁸ Cf. Cheah Wui Ling, « Forgiveness and Punishment in Post-Conflict Timor », 10 *UCLA J. Int'l L. & Foreign Aff.* 297, 320 (2005).

⁶⁹ Dugard, *supra* note 9, at 702 (il est difficile de continuer à interpréter une amnistie de style sud-africain comme une décision de ne pas poursuivre à la lumière du manque de volonté d'exercer des poursuites).

⁷⁰ Voir, e.g., Frohlich, *supra* note 53, at 309 (soutient que la formulation de l'article 17 implique un processus où les poursuites étaient une possibilité).

⁷¹ Voir Llewellyn, *supra* note 27, au point 204.

- b) La procédure a subi un *retard injustifié* qui, dans les circonstances, est *incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée* ;
- c) La procédure n'a pas été ou n'est pas menée *de manière indépendante ou impartiale* mais d'une manière qui, dans les circonstances, est *incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée*⁷².

Un État qui adhère à un accord de paix promettant une MJA non juridictionnelle fait probablement preuve d'un *manque de volonté* de véritablement enquêter ou poursuivre⁷³. La Cour doit envisager trois facteurs : (1) la protection de l'accusé ; (2) le retard ; et (3) l'intention d'apporter la justice⁷⁴. Tout d'abord, dans le scénario paix contre justice, la décision d'utiliser les MJA semble servir le but précis de « soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale ». Même s'il n'y a pas d'auto-amnistie généralisée⁷⁵, un accord de paix qui supprime la possibilité de ce qui serait communément considéré comme la responsabilité « pénale » protège ainsi l'accusé. Si une faible possibilité de poursuites peut exister en raison du refus de se soumettre à une MJA, la règle la solution par défaut est l'absence de poursuites et donc la soustraction à la responsabilité pénale. D'un autre côté, la « protection » peut requérir une motivation de mauvaise foi qui manque dans une MJA négociée⁷⁶. Ainsi, bien que la CPI puisse envisager une MJA non juridictionnelle comme étant une soustraction impropre, elle pourrait aussi conclure autrement.

Le second facteur de « manque de volonté » de délai injustifié s'applique là où un État rallonge le processus, plutôt que d'annoncer qu'aucune poursuite ne va intervenir comme avec une MJA négociée non juridictionnelle. Mais si le délai des « procédures » était interprété de manière suffisamment large pour couvrir les MJA négociées, alors l'intention de faire justice serait dispositive⁷⁷.

⁷² Statut de Rome, *supra* note 2, Art 17(2) (accentuation rajoutée).

⁷³ Voir Llewellyn, *supra* note 27, at 204 (conclut qu'alors que l'amnistie et le processus de commission de vérité peuvent être considérés comme une entrave aux poursuites, il est plus probable que la Cour évalue sa compétence au regard du degré de réticence à poursuivre implicitement contenu dans une offre d'amnistie conditionnelle) ; Christine Van den Wyngaert and Tom Onega, « Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty », in *The Statut de Rome of the International Criminal Court: A Commentary* 726 (Antonio Casesse et al, eds, 2002) (« les amnisties [n]ationales qui sont censées protéger les auteurs de crimes de guerre, génocide et crimes contre l'humanité mériteraient le même traitement que les « procès truqués » et n'empêcheraient pas la CPI d'envisager l'affaire sous l'angle de l'article 17(1) ou (2), traduction non officielle) ; Robinson, *supra* note 10, aux points 499-502 (une amnistie conditionnelle ou des poursuites ciblées peu probables seraient considérées comme authentiques en vertu de l'article 17).

⁷⁴ Les standards d'un procès en bonne et due forme sont aussi requis. Voir Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, au point 714.

⁷⁵ Voir, e.g., Robinson, *supra* note 10, au point 497 (une amnistie générale ne respecterait jamais les conditions de l'article 17).

⁷⁶ Voir Sifris, *supra* note 38, at 42; Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, au point 715.

⁷⁷ L'article 17(2)(b) requiert un délai injustifié en contradiction avec l'intention de traduire en justice, alors que (c) considère aussi l'intention de traduire en justice dans le contexte des procédures qui sont insuffisamment indépendantes ou impartiales ou autrement en contradiction avec l'intention de traduire l'accusé en justice.

Le troisième facteur de « manque de volonté » requiert de la Cour qu'elle envisage l'indépendance ou l'impartialité des procédures et l'intention de traduire l'accusé en justice. L'indépendance ou l'impartialité des procédures peuvent être liées aux procédures « truquées » initiées contre un accusé en dépit du fait que l'acquittement est acquis d'avance en raison du contrôle de l'État⁷⁸. La MJA négociée peut être indépendante ou impartiale dans la mesure où les mécanismes et ceux qui les exécutent, comme les commissions de vérité et leurs membres, sont justes et impartiaux. Mais il semble que ces procédures soient en contradiction avec une intention de « traduire l'accusé en justice ». Alors qu'il existe diverses conceptions de la « justice », la signification dans ce contexte semble relativement simple. « Traduire en justice » signifie plus vraisemblablement l'imputabilité au moyen de poursuites pénales et de sanctions qu'au moyen de méthodes de justice réparatrice telles que les cérémonies de guérison ou les rituels de pardon⁷⁹. Cependant, il existe une marge de manœuvre suffisante pour que la Cour ou le BdP puissent conclure le contraire.

Outre le fait de déterminer le manque de volonté, la Cour ou le BdP pourraient déterminer que l'État est *incapable* de véritablement enquêter, poursuivre ou décider de ne pas poursuivre. L'article 17(3) dispose :

Pour déterminer s'il y a incapacité de l'État dans un cas d'espèce, la Cour considère si l'État est incapable, en raison de l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci, de se saisir de l'accusé, de réunir les éléments de preuve et les témoignages nécessaires ou de mener autrement à bien la procédure⁸⁰.

Dans une situation post-confliktuelle, il est tout à fait possible que son système judiciaire se soit écroulé de telle manière que l'État soit incapable de poursuivre. Pourtant, si cela est vrai, il semble qu'une promesse d'absence de poursuites ne pèserait pas très lourd dans des négociations de paix. Il est plus probable qu'un système suffisant existe ou puisse être créé pour poursuivre les accusés les plus responsables, faisant de l'absence de poursuites une importante monnaie d'échange dans un accord de paix. Par exemple, l'accord de paix entre l'Ouganda et l'ARS est basé sur l'accord de l'Ouganda de renoncer à des poursuites criminelles au profit de mesures alternatives et non pas sur l'incapacité du système judiciaire. À la suite de cet accord, le système judiciaire ne peut que s'améliorer. L'accord de paix renforcerait la capacité de l'État à obtenir l'accusé, les preuves et des

⁷⁸ Voir Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, au point 714. La distinction entre ce facteur et le premier facteur peut être que les procédures qui protègent une personne ont plus de chance d'être conclues avant un procès, alors que les procédures en contradiction avec l'intention de traduire la personne en justice comprennent un procès spectacle à grande échelle.

⁷⁹ Voir Gavron, *supra* note 10, at 111 (conclut que « le terme “traduire quelqu'un en justice” est généralement interprété d'une manière légale ») ; Llewellyn, *supra* note 27, au point 207 (conclut que le fait de traduire quelqu'un en justice va probablement requérir des poursuites pénales et probablement des sanctions) ; Scharf, *supra* note 40, at 525 (le critère nécessaire d'une intention de traduire une personne en justice peut être interprété comme requérant des poursuites pénales) ; *mais cf.* Slye, *supra* note 35 au point 238 (les amnisties responsables pourraient exclure les poursuites).

⁸⁰ Statut de Rome, *supra* note 2.

témoignages. Ainsi, en Ouganda et dans la plupart des situations, la détermination de la recevabilité va probablement dépendre de la volonté (ou du manque de volonté) de l'État de véritablement enquêter, poursuivre ou refuser de poursuivre.

Même si un État n'a pas la volonté de véritablement enquêter ou poursuivre, l'affaire peut être irrecevable selon l'article 17(1) en raison de poursuites antérieures ou d'une gravité insuffisante. L'article 17(1)(c) dispose qu'une affaire est irrecevable en vertu du principe de *ne bis in idem*, qui sera discuté sous l'article 20 *infra*. L'article 17(1)(d) dispose qu'une affaire est irrecevable si elle n'est pas d'une gravité suffisante. Il est peu probable qu'une contestation basée sur la gravité parvienne à la Cour⁸¹. En raison des ressources limitées du BdP, il est peu probable qu'une affaire s'étende de manière telle qu'elle inclue des allégations de crimes d'une gravité insuffisante. Il est plus probable que le BdP soit critiqué pour son refus de poursuivre certaines personnes ou incidents, plutôt que pour procéder à des enquêtes ou des poursuites pour des crimes de génocide, crimes de guerre ou crimes contre l'humanité d'une gravité insuffisante. En effet, le BdP a indiqué qu'il allait se focaliser sur les principaux responsables de crimes. Ses enquêtes ont jusqu'à présent été critiquées comme étant trop limitées⁸².

En somme, la Cour et le BdP pourraient choisir d'interpréter l'article 17 comme comprenant certains types de méthodes alternatives qu'elle pense suffisamment sérieux. La Cour ou le BdP aurait à s'efforcer d'interpréter l'article 17 de telle manière qu'une MJA négociée rendrait l'affaire irrecevable. Ils ne devraient pas déformer le langage du statut de cette manière, à moins que la MJA ne corresponde aux standards de la justice pénale internationale, comme nous l'expliquerons dans la prochaine partie.

C. *Ne bis in idem* (Article 20)

La troisième voie de sursis possible est l'article 20, intitulé « *Ne bis in idem* »⁸³. « Le principe du *ne bis in idem* empêche qu'une personne soit jugée ou punie deux fois pour le même crime »⁸⁴. L'article 20 peut être interprété comme comprenant les procédures non pénales telles que celles devant une commission de vérité, mais sans doute pas si l'on se base sur les termes du statut⁸⁵. L'article 20 prévoit d'abord que ni la CPI, ni une autre Cour ne peuvent rejuger un accusé pour un comportement ayant déjà fait l'objet de

⁸¹ Voir Robert D. Sloane, « The Evolving “Common Law” of Sentencing of the International Criminal Tribunal for Rwanda », 5 *J. Int'l Crim. Just.* 713, 722 (2007) (la gravité est rarement un critère significatif pour les crimes internationaux).

⁸² Voir, e.g., Human Rights Watch, *Second War Crimes Suspect to Face Justice in The Hague: Investigation Should Expand to Include Senior Officials in the Region* (New York, October 18, 2007) sur http://hrw.org/english/docs/2007/10/18/global17125_txt.htm.

⁸³ Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 20.

⁸⁴ M. Cherif Bassiouni, 1 *The Legislative History of the International Criminal Court* 160 (2005). Traduction non officielle.

⁸⁵ Voir, e.g., Dugard, *supra* note 9, at 702; Naqvi *supra* note 27, at 590 (note que les négociateurs ont rejeté l'amnistie dans ce contexte).

poursuites devant la CPI⁸⁶. De manière plus significative, dans le contexte d'un sursis pour des MJA négociées, les poursuites sur le plan national peuvent empêcher les procédures devant la CPI.

Spécifiquement, en ce qui concerne un accusé qui a fait l'objet de procédures dans le cadre d'un autre forum, antérieurement à la procédure devant CPI, le statut dispose de manière judicieuse que :

3. Quiconque a été jugé par une autre juridiction pour un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8 [génocide, crimes de guerre, et crimes contre l'humanité] ne peut être jugé par la Cour que si la procédure devant l'autre juridiction :

- a) Avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale pour des crimes relevant de la compétence de la Cour ; ou
- b) N'a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice⁸⁷.

Le premier obstacle à l'application de cette disposition à des procédures non pénales est la référence à un autre procès devant une autre Cour. Bien que la CPI puisse décider qu'une amnistie accordée après la reconnaissance de la vérité devant un organe quasi-judiciaire (comme dans le processus de vérité et réconciliation africain) peut être qualifiée de procès devant un tribunal⁸⁸, il s'agit là d'une situation peu probable⁸⁹. De manière similaire, il est peu probable que la CPI compare une procédure traditionnelle telle

⁸⁶ Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 20 (1) stipule : « Sauf disposition contraire du présent Statut, nul ne peut être jugé par la Cour pour des actes constitutifs de crimes pour lesquels il a déjà été condamné ou acquitté par elle. » L'article 20(2) étend cette interdiction aux autres tribunaux : « Nul ne peut être jugé par une autre juridiction pour un crime visé à l'article 5 pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par la Cour. »

⁸⁷ *Id.* at Art. 20(3).

⁸⁸ Voir Dugard, *supra* note 9, at 702 (discute du besoin d'une enquête effectuée par un organe quasi-judiciaire préalablement à une amnistie conformément à la loi sud-africaine de promotion de l'unité nationale et de la réconciliation).

⁸⁹ *Id.*; Gavron, *supra* note 10, at 109 (prétend que l'article 20 a peu de chance de se référer à des commissions de vérité); Llewellyn, *supra* note 27, au point 206 (même lorsque l'on envisage le processus d'amnistie individualisé tel que celui d'Afrique du Sud, des différences significatives peuvent faire que la CPI ne le considérera probablement pas comme un procès devant une cour); Newman, *supra* note 5, au point 318 n.115 (commission de vérité et non pas procès devant une autre cour); Scharf, *supra* note 40, at 525 (une commission de vérité n'est pas un tribunal); Christine Van den Wyngaert and Tom Onega, *Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty*, in THE STATUT DE ROME OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: A COMMENTARY 726-27 (Antonio Casesse et al, eds, 2002) (prétend que les amnisties nationales ne peuvent être qualifiées de jugements et qu'il est peu probable que le « procès » d'une commission de vérité puisse être considéré comme un procès en vertu de l'article 20).

qu'une cérémonie tribale (*e.g.*, la cérémonie de réconciliation acholie en Ouganda, connue sous le nom de *mato oput*)⁹⁰ et un procès par un tribunal.

Même si une alternative non juridictionnelle est considérée comme constituant un procès devant un tribunal, les exceptions juridiques vont probablement empêcher l'application de l'article 20. L'accusé peut toujours être jugé par la CPI si les procédures antérieures étaient destinées à protéger la personne de la responsabilité pénale pour des crimes qui relèvent du statut. Par exemple, l'amnistie conditionnelle offerte dans le cadre d'un processus de commission de vérité peut ne pas avoir la « protection » comme son but suprême, mais il s'agit d'un résultat inhérent au processus⁹¹. En outre, le statut se réfère spécifiquement à la « responsabilité pénale », indiquant que les autres formes de responsabilité sont insuffisantes pour exclure les poursuites de la CPI.

Qui plus est, il sera difficile pour une alternative non juridictionnelle d'éviter de tomber sous la seconde exception : lorsque les procédures n'ont pas été menées selon les règles d'un procès en bonne et due forme et étaient en contradiction avec l'intention de traduire la personne en justice⁹². Comme cela a été noté dans le contexte de l'article 17⁹³, le terme « justice » peut inclure les méthodes de justice réparatrice mais « traduire en justice » semble impliquer la responsabilité pénale⁹⁴. Ceci est particulièrement vrai dans ce contexte : pour que l'article 20 s'applique, l'accusé doit avoir été auparavant « jugé » par une « juridiction ». C'est pourquoi un accusé qui a bénéficié d'une amnistie ou a été soumis à une procédure non pénale échouerait probablement s'il contestait la compétence de la CPI selon le principe de *ne bis in idem*. Néanmoins, le langage de cet article est suffisamment malléable pour que la Cour et le BdP puissent se baser sur l'article 20 pour surseoir au profit de MJA négociées. Comme il sera discuté dans la partie suivante, ils devraient procéder de la sorte uniquement dans des circonstances limitées.

⁹⁰ Pour une discussion plus élaborée de la cérémonie du *mato oput* et une analyse de sa compatibilité avec les poursuites de la CPI, Voir Keller, *supra* note 3, aux parties II & III.

⁹¹ Cf. Llewellyn, *supra* note 27, at 207 (reconnaît que l'argument selon lequel les commissions de vérité protègent les auteurs de crimes est particulièrement vrai lorsque qu'il traite de l'auto-amnistie comme condition d'un transfert paisible des pouvoirs) ; *mais voir* Yav Katshung Joseph, « The Relationship between the International Criminal Court and Truth Commissions » sur http://www.iccnw.org/documents/InterestofJustice_JosephYav_May05.pdf ou sur <http://www.lawandsocietysummerinstitutes.org/workshop06/participants/joseph.htm> (le but de l'amnistie sud-africaine n'est pas de protéger les auteurs mais de promouvoir la réconciliation basée sur le récit de la vérité).

⁹² Voir Dugard, *supra* note 9, at 702 (l'argument de l'article 20 est difficile à soutenir à la lumière de l'exigence d'un procès par une cour conformément avec l'intention de traduire en justice).

⁹³ Voir *supra* note 79 et texte accompagnateur.

⁹⁴ Voir Naomi Roht-Arriaza, « Amnesty and the International Criminal Court », in *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the International Criminal Court* 79 (Dinah Shelton ed. 2000) ; Sifris, *supra* note 38, at 42; cf. Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, aux points 711, 716 (une commission de vérité pourrait satisfaire aux exigences de traduire en justice uniquement si elle a le pouvoir de recommander des poursuites).

D. Discrétion dans les poursuites (Article 53)

Selon certains commentateurs, la discrétion dans les poursuites est le moyen le plus plausible de s'adapter à de telles MJA négociées, telles que l'amnistie et/ou les commissions de vérité⁹⁵. Selon l'article 53, le BdP peut exercer sa discrétion au stade de l'enquête ou des poursuites. Tout d'abord, il peut refuser d'initier une enquête dans l'intérêt de la justice (même s'il existe une base raisonnable du point de vue des faits et du droit et que l'affaire est recevable)⁹⁶. Deuxièmement, il peut décliner de poursuivre dans l'intérêt de la justice après avoir enquêté sur une situation⁹⁷.

Selon l'article 53(1), le BdP doit trouver une base raisonnable pour mener une enquête⁹⁸. Le BdP doit envisager si : a) il y a une base raisonnable pour l'existence d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; b) si l'affaire est recevable au regard de l'article 17 ; et c) « 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 »⁹⁹.

Dans le cadre des MJA négociées à la suite d'un conflit brutal, il est probable qu'il existe une base raisonnable pour enquêter sur les crimes de génocide, crimes de guerre ou crimes contre l'humanité. L'article 53(b) se réfère à la détermination de la recevabilité de l'article 17, qui, comme cela a été discuté plus haut, a peu de chances de s'appliquer dans la plupart des situations de MJA négociées. En conséquence, la disposition subsistante de l'« intérêt de la justice » a plus de chances d'être au centre d'une évaluation par le BdP d'une MJA négociée¹⁰⁰. Le procureur a déclaré que les appels visant à ce qu'il fasse usage de sa discrétion pour des objectifs politiques à court terme sont en contradiction avec le

⁹⁵ Voir Dugard, *supra* note 9, at 702 (décrit la discrétion dans les poursuites comme la possibilité la plus probable pour la protection d'une véritable amnistie); Drumbl, *supra* note 66, at 142-43 (note le sursis possible au profit de commissions de vérité ou d'amnisties); Diba MJAzub, « Peace or Justice? Amnesties and the International Criminal Court », 3 *Melb. J. Int'l L.* 247 (2002) (possibilité la plus probable) ; Robinson, *supra* note 10, au point 486 (point le plus probable pour surseoir au profit de mesures non juridictionnelles) ; Van den Wyngaert & Onega, *supra* note 89, at 726-27 (conclut que l'évaluation par le procureur des intérêts de la justice conformément à l'article 53 et non pas l'article 20, fournit des moyens d'accueillir une amnistie ou une commission de vérité). Mais Voir Int'l Crisis Grp, *Negotiating Peace and Justice*, *supra* note 45 (Le mandat judiciaire du procureur ne devrait pas inclure un jugement politique qu'il est préférable de laisser au Conseil de sécurité) ; Alexander K.A. Greenawalt, « Justice without Politics? Prosecutorial Discretion and the International Criminal Court », 39 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 583, 660 (2007) (idem) ; Llewellyn, *supra* note 27, at 217 (considère que la discrétion dans les poursuites est une piètre consolation pour les États cherchant à utiliser les commissions de vérité étant donné l'incertitude que la justice soit interprétée d'une manière suffisamment large pour couvrir un tel processus alternatif) ; Hector Olasolo, « The Prosecutor of the ICC before the Initiation of Investigations: A Quasi-judicial or a Political Body? », 3 *Int'l Crim. L. Rev.* 87, 147 (2003) (choix des politiques devraient être fait par les législateurs, pas le BdP) ; Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, at 719 (Article 53 d'un intérêt surfait).

⁹⁶ Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 53 (1).

⁹⁷ *Id.* at Art. 53 (2).

⁹⁸ Voir, e.g., CPI Communiqué de presse, *Le Procureur de la Cour pénale internationale ouvre une enquête sur le nord de l'Ouganda* (29 juillet 2004), disponible sur <http://www.icc-cpi.int/press/pressreleases.html>.

⁹⁹ Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 53 (1) (a – c).

¹⁰⁰ Voir de manière générale, Allen, *supra* note 4, au point 93, 176.

statut de Rome¹⁰¹, indiquant qu'il est peu probable que le BdP actuel fasse usage de l'article 53(1) pour s'en remettre à des MJA non juridictionnelles pour les principaux responsables de crimes internationaux. En effet, le BdP a rejeté des déclarations selon lesquelles les poursuites des chefs de l'ARS ne seraient pas dans l'intérêt de la justice pour la population du nord de l'Ouganda¹⁰². Même ainsi, le principe des « intérêts de la justice » devrait être envisagé. Il est incorporé ici conjointement avec les dispositions imbriquées de l'article 53(2).

Après être arrivé à la conclusion qu'une enquête devrait aller de l'avant, le BdP peut néanmoins décliner de *poursuivre* sur la base des intérêts de la justice. L'article 53(2) prévoit que le BdP peut conclure qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre :

- a) Parce qu'il n'y a pas de base suffisante, en droit ou en fait, pour demander un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître en application de l'article 58 ;
- b) Parce que l'affaire est irrecevable au regard de l'article 17 ; ou
- c) Parce que poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, y compris la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou le handicap de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué ;¹⁰³

S'il en est ainsi, le BdP doit notifier la Cour et la partie ayant renvoyé l'affaire (l'État ou le Conseil de sécurité)¹⁰⁴.

Quant à l'article 53(1), il est peu probable que le premier facteur soit applicable. Alors que, selon l'article 53(2)(a), le BdP ne va pas agir si la base légale ou factuelle est inadéquate, il est plus probable qu'une MJA négociée intervienne dans des situations impliquant des personnes suspectées de crimes relevant de la CPI. Encore une fois, la détermination de l'article 17 a été discutée ci-dessus. Même lorsque le BdP a trouvé une base légale/factuelle suffisante et conclu à la recevabilité, il peut refuser de poursuivre en vertu de l'article 53(2)(c).

Lorsque le BdP refuse de poursuivre en raison des intérêts de la justice, l'État de renvoi peut requérir que la Chambre préliminaire révise la décision. La Chambre peut aussi réviser *sua sponte* et la décision du BdP sera effective seulement si elle est confirmée par la Chambre préliminaire¹⁰⁵. Le BdP peut reconsidérer la décision sur la base de nouveaux

¹⁰¹ CPI, *Allocution de M. Luis Moreno-Ocampo, Nuremberg, 24/25 Juin 2007, Bâtir un avenir fondé sur la paix et la justice.*

¹⁰² Allen, *supra* note 4, at 116-117 (note que les enquêtes de la CPI ont amené l'ARS à des négociations de paix) ; Int'l Crisis Grp, « Northern Uganda: Seizing the Opportunity for Peace » 5 (*Africa Report No. 124*, April 26, 2007) [ci-après « Seizing Opportunity »] (discute des protestations au sujet des mandats d'arrêt).

¹⁰³ Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 53(2) (a-c).

¹⁰⁴ *Id.* at Art. 53(2).

¹⁰⁵ L'Art. 53(3)(a - b) prévoit que :

3. a) À la demande de l'État qui a déféré la situation conformément à l'article 14, ou du Conseil de sécurité s'il s'agit d'une situation visée à l'article 13, paragraphe b) la Chambre préliminaire peut examiner la décision de ne pas poursuivre prise par le procureur en vertu des paragraphes 1 ou 2 et demander au procureur de la reconsidérer.
- b) De plus, la Chambre préliminaire peut, de sa propre initiative, examiner la décision du procureur de ne pas poursuivre si cette décision est fondée exclusivement sur les

faits ou de nouvelles informations¹⁰⁶. Il détermine si les poursuites serviraient les intérêts de la justice en vertu de critères spécifiques¹⁰⁷. Trois facteurs concernent l'auteur : (1) gravité du crime que l'auteur est supposé avoir commis ; (2) âge ou infirmité de l'auteur présumé ; et (3) son rôle dans le crime¹⁰⁸. D'autres facteurs concernent : (4) les intérêts des victimes ; et (5) toutes autres circonstances¹⁰⁹.

En se basant sur les « intérêts de la justice », le BdP pourrait renoncer aux poursuites par respect pour l'amnistie conditionnelle et la commission de vérité d'un État¹¹⁰. La phrase « intérêts de la justice » est cependant tellement vague qu'elle permet de nombreuses significations¹¹¹. Par exemple, selon la position initiale d'une ONG, l'article 53 pris dans son ensemble « autorise de manière assez large le procureur à revenir sur sa décision de mener une enquête pour ne pas interférer avec un accord de paix, une enquête ou avec les dispositions sociales de cet article »¹¹². D'autres commentateurs ont spécifiquement soutenu que la « justice » ne doit *pas* inclure une situation où la CPI menace l'existence d'un gouvernement de transition démocratique¹¹³. Pourtant, il n'y a pas de justice là où les auteurs conservent un pouvoir et des ressources tels que le sursis par la CPI signifie que le criminel bénéficie d'une impunité de facto devant la justice nationale¹¹⁴. Il n'y a sans doute pas de justice lorsque les criminels, en particulier les plus responsables, sortent libres d'un accord de paix.

considérations visées au paragraphe 1, alinéa c) et au paragraphe 2, alinéa c). En tel cas, la décision du procureur n'a d'effet que si elle est confirmée par la Chambre préliminaire.

¹⁰⁶ *Id.* à l'Art. 53(4).

¹⁰⁷ *Id.* à l'Art. 53(2)(c).

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ Dugard, *supra* note 9, au point 703 (se réfère à des aspects des procédures de justice alternative guatémaltèques et sud-africaines). Voir également Clark, *supra* note 35, au point 390 (2005) (note qu'en raison de la discrétion dans les poursuites, « les programmes d'octroi d'une amnistie et les méthodes de justice alternative restent possibles, même dans les situations où ils apparaîtraient normalement comme étant une obligation pour la CPI de poursuivre sur le plan pénal ») ; Declan Roche, « Truth Commissions, Amnesties and the International Criminal Court », 45 *Brit. J. Criminology* 565, 569 (2005) (sursis de l'article 53 pour les amnisties qui poursuivent les buts de la justice réparatrice). Mais voir Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, au point 718 (doute que la justice de l'article 53 comprenne les intérêts de la réconciliation ou de pacification, particulièrement à la lumière de l'article 21).

¹¹¹ O'Shea, *supra* note 20, at 317. Voir also Allison Marston Danner, « Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court », 97 *Am. J. Int'l L.* 510, 543-45 (2003) (propose des indications pour donner un sens à la phrase intérêts de la justice) [ci-après, Danner, « Enhancing Legitimacy »] ; Mireille Delmas-Marty, « Interactions between National and International Criminal Law in the Preliminary Phase of Trial at the ICC », 4 *J. Int'l Crim. J.* 2 (2006) (idem) ; Chris Gallavin, « Article 53 of the Statut de Rome of the International Criminal Court: In the Interests of Justice? », 14.2 *King's College L. J.* 179 (2003) (idem).

¹¹² Traduction non officielle, John Washburn et Wasana Punyasena, « Interests of Justice Proposals » (AMICC May 2005), at <http://www.iccnw.org/?mod=generaldoc&module=256>. L'ONG *American non-governmental organizations coalition for the ICC* n'a plus de position officielle sur l'article 53.

¹¹³ Goldstone & Fritz, *supra* note 15, at 662 (« Il ne serait pas juste de mettre en œuvre les poursuites et les sanctions si elles doivent susciter une opposition suffisamment forte pour menacer l'existence d'une démocratie naissante », traduction non officielle).

¹¹⁴ *Id.* au point 662.

En outre, à la lumière du droit international sur la question de l'obligation de poursuivre, le BdP n'a probablement pas la latitude pour surseoir au profit d'une MJA pour des cas de génocide ou de violations graves¹¹⁵. Même si le devoir des États de poursuivre ces crimes ne lie pas la CPI, elle devrait pencher pour un refus dans l'intérêt de la justice¹¹⁶. De la même manière, étant donné « la règle émergente de droit international » qui requiert la poursuite des crimes internationaux, le BdP *devrait* exercer sa discrétion uniquement dans des cas exceptionnels¹¹⁷.

Par exemple, le BdP a estimé que la question de la paix contre la justice en Ouganda ne constitue pas une telle circonstance exceptionnelle. Le procureur actuel a qualifié les demandes de l'ARS visant à ce que les mandats d'arrêt de la CPI soient retirés, de chantage et de racket¹¹⁸. Il a déclaré que la répression par la CPI des crimes commis dans le nord de l'Ouganda devrait continuer pour les chefs de l'ARS, les auteurs de rang inférieur étant soumis à des procédures ougandaises¹¹⁹. Ainsi, il est peu probable que la détermination des « intérêts de la justice » soit utilisée pour surseoir au profit de MJA négociées telles qu'une commission de vérité et de réconciliation ou des cérémonies traditionnelles proposées en Ouganda.

Il faut noter que certains commentateurs ont soutenu que le BdP aurait dû refuser de demander des mandats d'arrêts, en se basant sur l'intérêt de la justice à la lumière des négociations de paix entre l'Ouganda et l'ARS. L'argument principal est que les intérêts des victimes pour la paix et la sécurité dépassent le besoin de répression¹²⁰. Même s'il s'agit d'un argument puissant, il est trop facile de simplifier à outrance les désirs des victimes pour la paix par rapport à la justice. En Ouganda, par exemple, les intérêts des victimes sont divisés, certains favorisant la paix au moyen d'une amnistie, d'autres réclamant la justice sous forme de poursuites et d'autres encore appelant à l'amnistie assortie de poursuites des chefs¹²¹. En outre, le terme « victimes » pourrait être interprété

¹¹⁵ Voir Clark, *supra* note 35, at 402 (soutient que le BdP peut déférer à des procédures alternatives nationales mais ne devrait pas le faire pour des cas de génocide ou de violations graves des conventions de Genève) ; Dugard, *supra* note 9, at 703 (affirme que le BdP ne défèrera pas à une amnistie pour des cas de génocide ou de violations graves des conventions de Genève).

¹¹⁶ Gavron, *supra* note 10, au point 108.

¹¹⁷ Dugard, *supra* note 9, au point 703.

¹¹⁸ Voir *supra* note 1 ; Voir aussi Human Rights Watch, *The Meaning of "The Interests of Justice" in Article 53 of the Statut de Rome* (Policy Paper, June 2005) sur <http://hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf> (soutient que les intérêts des victimes pour la paix ne sont pas liés aux intérêts de justice de la CPI). Mais voir Allen, *supra* note 4, au point 93 (Le procureur aurait indiqué que la suspension des poursuites et non pas l'immunité serait possible après un accord de paix).

¹¹⁹ CPI, *Allocution de M. Luis Moreno-Ocampo, Nuremberg, 24/25 Juin 2007, Bâtir un avenir fondé sur la paix et la justice* disponible sur http://www.icc-cpi.int/library/organs/otp/speeches/LMO_nuremberg_20070625_French.pdf

¹²⁰ Voir, e.g., Refugee Law Project, *ICC Statement* (July 28, 2004). Mais voir Human Rights Watch, *The Meaning of "The Interests of Justice" in Article 53 of the Statut de Rome* (Policy Paper, June 2005) sur <http://hrw.org/campaigns/icc/docs/ij070505.pdf> (prétend qu'il serait contraire à l'objet et aux buts de la CPI que le BdP suspende les poursuites en vertu de l'article 53 en raison d'une amnistie nationale, une commission de vérité ou des méthodes de réconciliation traditionnelles).

¹²¹ Voir « Forgotten Voices: A Population-Based Survey on Attitudes about Peace and Justice in Northern Uganda » 1 (*ICTJ & Hum. Rts. Ctr.*, July 2005) [ci-après « Forgotten Voices »] ; Voir aussi Haut

de plusieurs manières, entre victimes directes des violences et les autres, étant donné que les crimes relevant de la CPI sont considérés comme des crimes contre la communauté internationale. Même si les intérêts des victimes et le besoin d'une paix négociée peuvent faire pencher la balance vers l'abandon des poursuites, il y a d'autres facteurs à envisager. Étant donné l'accent mis par le BdP sur les principaux responsables des crimes, les éléments liés à l'auteur ne vont en général pas dans le sens d'un abandon des poursuites. Qui plus est, le fait d'argumenter que les poursuites ne seraient pas dans l'intérêt de la justice parce qu'elles seraient nuisibles de manière prohibitive fait appel à la spéculation et sape la dissuasion¹²². Dans certaines circonstances, lorsque l'appareil judiciaire étatique fonctionne mais est apparemment corrompu ou biaisé, cela peut servir les intérêts de la justice que l'affaire soit instruite par la CPI¹²³. Néanmoins, l'idée des intérêts de la justice est un concept large pouvant donner lieu à diverses interprétations comprenant celles qui soutiendraient le sursis au profit de MJA non assorties de poursuites. Cependant, le BdP ne devrait pas surseoir, à moins que le sursis ne serve à la fois la paix et la justice pénale internationale, comme nous le discuterons dans la prochaine partie.

II. Procédure des sursis au profit d'alternatives non juridictionnelles

A. Cadre général

La CPI, sous la forme de la Cour ou du BdP, a besoin d'un cadre pour surseoir au profit d'une MJA, au delà du langage juridique ambigu discuté plus haut. Cet essai soutient que la CPI ne devrait pas surseoir au profit d'une alternative non juridictionnelle simplement parce qu'elle sert la paix, quelle que soit l'intensité du désir d'aboutir à un tel résultat. La MJA doit aussi servir les buts de la justice pénale internationale et, en particulier, ceux de la CPI¹²⁴. Cette partie aborde les bases théoriques les plus fréquentes du droit pénal international et propose des critères pour l'évaluation des MJA. Il existe un consensus selon lequel le but ou le mandat de la CPI comprend, au moins en théorie¹²⁵, la justice rétributive, la dissuasion et l'expressivisme¹²⁶, ainsi que la justice réparatrice, particulièrement la réconciliation¹²⁷. Il y a également un large consensus par rapport aux

commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme, *Making Peace Our Own: Victims' Perceptions of Accountability, Reconciliation and Transitional Justice in Northern Uganda* 49 (UN 2007) sur http://www.ohchr.org/english/docs/northern_Uganda_august2007.pdf (discute de vues plus récentes mitigées en Ouganda du Nord) [ci-après *Making Peace*].

¹²² Gavron, *supra* note 10, at 110 (alors que les poursuites susceptibles d'accroître la violence peuvent ne pas être dans l'intérêt de la justice, « cela implique la spéculation au sujet d'événements futurs et a le corollaire peu attrayant de faire capoter l'argument de la dissuasion »), *traduction non officielle*.

¹²³ Voir, e.g., El Zeidy, *supra* note 59, at 111-17 (conclut que la CPI est un meilleur forum pour ce faire en raison de la corruption de la police ougandaise, de la faible indépendance du système judiciaire et des ressources inadéquates).

¹²⁴ Cf. Blumenson, *supra* note 5, at 871 (L'obligation de la CPI de rendre justice peut être mise de côté dans certaines circonstances mais doit atténuer l'injustice).

¹²⁵ Comme nous le discuterons plus loin, il existe un scepticisme significatif au sujet de la capacité de la justice pénale internationale à servir ces théories dans les faits.

¹²⁶ Voir, e.g., Drumbl, *supra* note 66, au point 149.

¹²⁷ Voir, e.g., Danner, « Enhancing Legitimacy », *supra* note 111, at 531 (la réconciliation et la rétribution font partie du mandat de la CPI) ; Ralph Henham, « The Philosophical Foundations of International

facteurs qui doivent être envisagés lors de l'évaluation de la validité des MJA telles qu'une amnistie ou une commission de vérité. Cette partie synthétise les facteurs communément proposés et les situe au sein des théories les plus pertinentes des objectifs du droit pénal international. Elle applique ensuite ces critères à une alternative non juridictionnelle fréquemment louée, la commission de vérité. Le cadre proposé ici offre aussi des consignes qui seraient applicables à d'autres MJA négociées telles que les cérémonies traditionnelles de réconciliation proposées lors des négociations de paix entre l'Ouganda et l'ARS¹²⁸.

Cette partie vise à faire avancer le débat sur les sursis de la CPI au profit de la justice locale, en combinant la théorie et les facteurs spécifiques pour évaluer leur validité. En intégrant des facteurs préalablement proposés pour les MJA adaptées à la théorie justificative que le facteur sert le plus, elle tente d'isoler les objectifs de la CPI et d'offrir des critères concrets pour servir ces objectifs au moyen d'un sursis au profit d'une MJA. Bien entendu, les bases théoriques des objectifs de la CPI se chevauchent¹²⁹ et certaines des conditions d'une MJA appropriée sont liées à plus d'une théorie. Cette partie limite les facteurs dans une certaine mesure mais reconnaît que nombre des intérêts d'une théorie concernent aussi les autres. Elle vise à poursuivre la discussion quant aux solutions du dilemme paix contre justice, plutôt que d'offrir la solution définitive au moyen de cette rubrique.

La CPI ne devrait pas surseoir uniquement en vertu du fait que le sursis servirait la paix. Bien qu'il s'agisse là d'une considération cruciale, la CPI a été créée avec le mandat fondamental d'exercer des poursuites pour mettre fin à l'impunité¹³⁰. Elle ne devrait pas surseoir au profit de méthodes non juridictionnelles qui sapent sa raison d'être à moins que les méthodes alternatives puissent aboutir aux mêmes buts. La CPI ne devrait pas juger les MJA dans le vide, en essayant de décider s'ils elles sont bonnes ou mauvaises à première vue. Elle devrait plutôt les évaluer par rapport à des motifs qui tombent sous sa compétence, à savoir les fondations prétendument théoriques de la justice pénale internationale.

Il faut noter qu'une grande partie du travail préalable sur les amnisties et les commissions de vérité a conclu que certains crimes internationaux doivent en être exclus, en vertu du devoir de l'État de poursuivre. Plus précisément, la doctrine prétend que les MJA ne doivent pas concerner les principaux responsables de crimes de génocide et de crimes de guerre commis sous forme de violations graves et parfois même toutes les

Sentencing », 1 J. Int'l Crim. Just. 64, 80 (2003) (justice réparatrice et CPI) ; *mais cf.* Drumbl, *supra* note 66, at 150 (note que la réconciliation est un objectif louable masi qui ne bénéficie que d'une attention rhétorique des tribunaux internationaux).

¹²⁸ Voir Keller, *supra* note 3 Partie II (décrit le processus du *mato oput*).

¹²⁹ Voir, e.g., Drumbl, *supra* note 66, at 149 (souligne que la rétribution, la dissuasion et l'expressivisme ne s'excluent pas mutuellement).

¹³⁰ Voir, e.g., Blumenson, *supra* note 66, at 819 (les objectifs institutionnels de la CPI comprennent le maintien de sa légitimité en procédant aux poursuites).

formes de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité¹³¹. Cette consigne n'est pas suivie ici, étant donné qu'il est irréaliste de s'attendre à ce que ceux qui négocient la fin d'un conflit s'accordent sur la poursuite des personnes les plus responsables de crimes internationaux. Bien que l'idée de mettre fin à l'impunité pour les chefs tout en permettant des MJA pour des auteurs de rang moindre soit attractive, elle est souvent impraticable. Par exemple, il serait de peu d'aide pour le BDP de répéter son offre de surseoir au profit de MJA pour des auteurs de rang moindre de l'ARS tout en poursuivant ceux déjà cités dans les mandats d'arrêts parce que ces chefs ne donneraient jamais leur aval à un tel accord s'ils ont toujours la capacité d'infliger des pertes civiles massives¹³². Il est probable que ce dilemme relatif à un accord de paix se reproduise à l'avenir, particulièrement lorsque les situations de la CPI impliquent des conflits en cours¹³³. C'est pourquoi l'analyse ci-dessous fait appel aux facteurs proposés par la littérature pour évaluer les MJA légitimes pour tous les crimes de la CPI.

Les MJA négociées doivent être évaluées sur la base d'une enquête en deux parties : tout d'abord, si la MJA atteint la condition de base de la nécessité et de la légitimité et deuxièmement, si la MJA sert les buts de la justice pénale internationale. Le test de seuil postule que si l'utilisation d'une MJA au lieu de poursuites nationales ou internationales n'est pas requise par les circonstances ou est adoptée de mauvaise foi comme une auto-amnistie générale, alors la CPI ne devrait pas surseoir. Si le remplacement de poursuites par une MJA est nécessaire, alors la CPI devrait examiner si les MJA proposées sont aussi légitimes en termes de support populaire. Si les MJA négociées sont nécessaires et légitimes, la CPI devrait alors évaluer si et dans quelle mesure les MJA serviraient les quatre théories clefs de la justice pénale internationale à la base de l'établissement de la CPI : rétribution, dissuasion, expressivisme et/ou justice réparatrice¹³⁴.

¹³¹ Slye, *supra* note 35, at 245 (pas d'amnistie pour les principaux responsables des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et autres violations graves du droit) ; William Burke-White, « Reframing Impunity », 42 *Harv. Int'l L. J.* 467, 479 (2001) (pas d'amnistie pour le génocide, les violations graves des conventions de Genève, les crimes contre l'humanité ou la torture) ; Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, at 702, 706 (pas de reconnaissance de l'amnistie pour le génocide ou les violations graves ou pour les principaux responsables).

¹³² Louise Parrott, « The Role of the International Criminal Court in Uganda », 1 *Austral. J. of Peace Studies* 8, 26 (2006) ; cf. Sifris, *supra* note 38, au point 48 (note le manque de probabilité qu'une personne au pouvoir négocie la paix si des poursuites sont susceptibles de suivre).

¹³³ Voir, e.g., Newman, *supra* note 5, au point 342.

¹³⁴ Accord Scharf, *supra* note 40, at 512 (les mécanismes de justice alternative comprennent la prévention, la dissuasion, la rétribution et la réhabilitation) ; cf. Miriam J. Aukerman, « Extraordinary Evil, Ordinary Crime », 15 *Harv. Hum. Rts. J.* 39, 94 (2002) (décrit comment les objectifs de rétribution et de dissuasion favorisent les poursuites alors que d'autres objectifs peuvent favoriser les méthodes alternatives dans certaines sociétés).

Bien que la CPI puisse avoir d'autres objectifs¹³⁵ ou des buts plus facilement atteints en pratique, ces quatre bases théoriques apportent un point de départ pour élaborer une rubrique permettant d'évaluer si la CPI devrait surseoir¹³⁶. De manière plus spécifique, elles prévoient un cadre basique pour explorer les mécanismes possibles de sursis décrits plus haut : (1) si la Cour devrait surseoir face à une résolution potentielle du Conseil de sécurité de suspendre les poursuites en vertu de l'article 16 ; (2) si la CPI devrait interpréter l'article 17 de manière assez large qu'une commission de vérité ou un processus traditionnel rende l'affaire irrecevable ; (3) si la CPI devrait interpréter l'article 20 de telle manière qu'une commission de vérité ou un processus traditionnel bloque la compétence en vertu du principe de *ne bis in idem* ; et (4) si le BdP devrait exercer sa discrétion pour décliner les poursuites à la lumière de la justice locale en vertu de l'article 53. La présomption va vers les poursuites¹³⁷, mais si le sursis au profit de MJA non juridictionnelles peut servir à la fois la paix et les buts de la CPI, la Cour et/ou le BdP devraient faire une exception dans de rares circonstances.

B. Enquête de seuil

La condition seuil a deux facettes : nécessité et légitimité de la MJA¹³⁸. La CPI ne devrait pas surseoir au profit de MJA négociées à moins que l'accord de l'État visant à recourir à des MJA au lieu de poursuites ne soit basé sur la nécessité¹³⁹. En résumé, les MJA sont nécessaires dans une situation où le fait d'insister sur les mesures de responsabilité telles que les poursuites mettrait un terme à toute véritable chance de paix. Comme nous l'avons discuté plus haut, il existe un devoir d'État de poursuivre certains ou tous les crimes internationaux. Qui plus est, il y a actuellement une tendance vers les poursuites de crimes internationaux¹⁴⁰. Cependant, comme cela a été illustré par la situation ougandaise, le remplacement des poursuites de la CPI par des MJA peut être la

¹³⁵ Voir, e.g., Danner, « Enhancing Legitimacy », *supra* note 111, at 543 n.274 (les objectifs des poursuites internationales comprennent le récit de la vérité, la sanction, la guérison des victimes, l'État de droit et la réconciliation) ; Drumbl, *supra* note 66, at 62 (la réhabilitation est importante pour les enfants soldats mais l'incapacitation n'est pas perçue comme un but central) ; Steven Glickman, « Victims' Justice », 43 *Colum. J. Transnat'l L.* 229, 238 (2004) (six théories y compris la réhabilitation, la réparation et l'État de droit) ; J. Alex Little, « Balancing Accountability and Victim Autonomy at the International Criminal Court », 38 *Geo. J. Int'l L.* 363, 368 (2007) (imputabilité contre autonomie des victimes).

¹³⁶ Cf. Newman, *supra* note 5, at 354 (appelle à une base théorique et empirique pour les sursis de la CPI au profit d'une amnistie).

¹³⁷ Voir Leila Nadya Sadat, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law* 47 (2002).

¹³⁸ Une autre condition seuil peut être la ratification du statut : un État qui a ratifié le statut peut être tenu à des standards plus élevés concernant l'absence de poursuites. Voir, e.g., Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, au point 707.

¹³⁹ Voir Majzub, *supra* note 95, at 276 (évite la reprise des conflits) ; Naqvi, *supra* note 27, at 617 (propose le test « but for ») ; O'Shea, *supra* note 20, at 85 (l'amnistie est inappropriée à moins qu'elle ne soit le prix à payer pour la paix) ; Robinson, *supra* note 10, at 497 (la nécessité est basée sur des « réalités sociales, économiques et politiques irrésistibles ») ; Scharf, *supra* note 40, at 512 (l'amnistie comme « monnaie d'échange de dernier ressort »).

¹⁴⁰ Voir Kimberly Hanlon, « Comment: Peace or Justice: Now that Peace is Being Negotiated in Uganda, Will the ICC Still Pursue Justice? », 14 *Tulsa J. Comp. & Int'l L.* 295, 320 (2007) (Soutien de l'ONU et de l'UE aux poursuites contre Kony).

disposition cruciale d'un accord de paix. Là où un accord étatique de renoncer aux poursuites nationales ou à celles de la CPI semble être une mesure de dernier resort nécessaire pour atteindre la paix, les MJA négociées correspondent à la première condition seuil.

En outre, l'accord doit être légitime¹⁴¹. Il doit être créé par un gouvernement démocratique ou un organe international, plutôt que par l'intention d'un gouvernement autocratique de couvrir ses propres crimes internationaux¹⁴². Sa formation et son usage doivent représenter le peuple¹⁴³ et adhérer à un principe de non discrimination¹⁴⁴. Il doit être tiré de la contribution et de la participation d'une grande partie du public, sans exclusion basée sur le sexe, la religion ou l'appartenance ethnique¹⁴⁵.

Par exemple, malgré le gouvernement relativement autoritaire de l'Ouganda¹⁴⁶, il ne semble pas que le gouvernement adopte les MJA pour se protéger, contrairement à, par exemple, l'installation par Idi Amin d'une commission de réconciliation en Ouganda dans les années 1970¹⁴⁷. Qui plus est, bien que l'opinion en Ouganda ne soit pas monolithique, il semble que la plupart soutiennent l'accord de paix. En particulier, l'utilisation des MJA avait été initialement proposée par des activistes au nord de l'Ouganda et non pas par le gouvernement. Ainsi, en Ouganda, l'introduction de MJA par l'accord de paix provient probablement de la nécessité des circonstances et il semble être plus vraisemblablement légitime que l'inverse¹⁴⁸. Une fois que la CPI détermine que les MJA négociées correspondent aux conditions seuil, elle devrait envisager les bases théoriques de la justice pénale internationale.

¹⁴¹ Cf. Drumbl, *supra* note 66, au point 190 (les procédures pour le sursis qualifié à la justice locale incluent la bonne foi et la légitimité démocratique).

¹⁴² Dugard, « Dealing with Crimes », *supra* note 35, au point 1012 (régime démocratique) ; Goldstone & Fritz, *supra* note 16, au point 659 (processus de décision démocratique) ; Clark, *supra* note 35, au point 409 (idem) ; Naqvi, *supra* note 27, au point 620 (moyens légitimes) ; O'Shea, *supra* note 20, au point 333 (gouvernement démocratiquement élu) ; Slye, *supra* note 35, at 245 (une amnistie responsable devrait être démocratique dans sa création) ; Trumbull, *supra* note 30, au point 322 (idem) ; Robinson, *supra* note 10, au point 497 (volonté démocratique) ; Roche, *supra* note 110, au point 575 (idéalement créée par un organe démocratique ou un référendum) ; Stahn, « Complimentary », *supra* note 21, au point 707 (présomption contre les auto-amnisties).

¹⁴³ Voir Burke-White, « Reframing Impunity », *supra* note 131, au point 472 (la légitimité de l'amnistie dépend de la création par des gouvernements libéraux et d'une procédure ou application représentative).

¹⁴⁴ Voir Stahn, « Geometry », *supra* note 61, au point 435; Roche, *supra* note 110, aux points 575-76.

¹⁴⁵ Voir Dugard, « Dealing with Crimes », *supra* note 35, au point 1012 (organe représentatif) ; Villa Vicencio, *supra* note 39, au point 210 (2000) (besoin de transparence et de soutien de la majorité des citoyens pour la politique).

¹⁴⁶ Voir Keller, *supra* note 3 Partie IV.

¹⁴⁷ Voir Hayner, *supra* note 18, at 51-52 (décrit la commission de vérité inefficace et oubliée de 1947 en Ouganda).

¹⁴⁸ Pour une discussion plus détaillée, voir Keller, *supra* note 3, Partie IV.

C. Promotion de la justice pénale internationale

La CPI se base apparemment sur les idées de justice rétributive, dissuasion, expressivisme et justice réparatrice¹⁴⁹. Ces théories sont les fondements les plus communément cités de la justice pénale internationale, malgré le scepticisme quant à la capacité des tribunaux pénaux internationaux à effectivement atteindre ces objectifs. Mark Drumbl, par exemple, a montré l'efficacité limitée de la rétribution, de la dissuasion et de l'expressivisme dans les cas de poursuites et de condamnations par des tribunaux internationaux antérieurs¹⁵⁰. D'autres ont également critiqué les tribunaux pénaux internationaux en raison du fait qu'ils servent rarement la rétribution ou la dissuasion d'une meilleure manière que la justice locale¹⁵¹. En conséquence, cette analyse ne va pas examiner uniquement si les MJA servent la théorie. Elle va évaluer si les MJA servent les buts de la justice pénale internationale autant ou aussi peu que les poursuites de la CPI pourraient le faire. De manière plus spécifique, pour chaque objectif du droit pénal international, la CPI devrait envisager certains facteurs. Si les MJA négociées satisfont à la plupart des facteurs énumérés d'une manière significative ou au moins de la même manière que les poursuites de la CPI, alors les MJA servent cette théorie (et la CPI devrait surseoir).

Cette section va examiner chacune des quatre théories de manière séparée, en expliquant brièvement chaque théorie et de quelle manière elle est liée à la justice pénale internationale. Elle va exposer brièvement les facteurs communément discutés pour les MJA adaptées dans la mesure où ces facteurs sont liés à chaque théorie du droit pénal international¹⁵². Les facteurs ne vont pas s'ajouter à un exemple modèle de la théorie et ils

¹⁴⁹ Voir, e.g., Drumbl, *supra* note 66, at 149 (les fondations théoriques de la CPI comprennent la rétribution, la dissuasion et l'expressivisme) ; Danner, « Enhancing Legitimacy », *supra* note 111, au point 531 (la réconciliation et la punition en tant que mandats de la CPI) ; Ralph Henham, « The Philosophical Foundations of International Sentencing », 1 *J. Int'l Crim. Just.* 64, 80 (2003) (justice réparatrice et CPI).

¹⁵⁰ Drumbl, *supra* note 66, au point 149.

¹⁵¹ Voir, e.g., Diane Marie Amann, « Group Mentality, Expressivism, and Genocide », 2 *Int'l Crim. L. Rev.* 93, 116 (2002) (indique que la sélectivité et le caractère aléatoire ébranlent l'application internationale) ; Mirko Bagaric et John Morss, « International Sentencing Law », 6 *INT'L Crim. L. Rev.* 191, 191 (2006) (soutient que la dissuasion générale justifie de manière marginale le prononcé de sentences pénales internationales alors que la réconciliation, la rétribution et la réhabilitation échouent) ; Immi Tallgren, « The Sensibility and Sense of International Criminal Law », 13 *Eur. J. Int'l L.* 561, 590-94 (2002) (questionne la rétribution et la dissuasion) ; Trumbull, *supra* note 30, at 309 (critique la théorie de la dissuasion).

¹⁵² Ces critères sont communément discutés dans le contexte de l'évaluation des amnisties et/ou des commissions de vérité. Voir, e.g., Aukerman, *supra* note 134, aux points 92-94 (envisage le contexte, les crimes et la culture par rapport aux méthodes alternatives) ; Burke-White, *supra* note 131, at 469 (légitimité et analyse du champ des amnisties) ; Drumbl, *supra* note 66, au point 188 (sursis qualifié) ; Dugard, « Dealing with Crimes », *supra* note 35, au point 1012 (conditions de procès et de substance pour une commission de vérité acceptable) ; Goldstone & Fritz, *supra* note 16, au point 656 (soutient que le procureur devrait accueillir les attributions d'amnistie dans l'intérêt de la justice « à la condition que celles-ci adhèrent aux consignes prévues sur le plan international ») ; Hayner, *supra* note 18, au point 252 (critère de processus, produit et impact de la commission de vérité) ; Henrard, *supra* note 34, au point 648 (amnistie conditionnelle avec le critère de la commission de vérité) ; Naqvi, *supra* note 27, aux points 616-17 (critère pour la reconnaissance de l'amnistie pour crimes de guerre) ; Newman, *supra* note 5, au point 354 (analyse des biens publics des amnisties) ; O'Shea, *supra* note 20, au point 333 (propose des facteurs pour l'accord de l'ONU en vue d'une amnistie étatique) ; Robinson, *supra* note 10 at 497 (exception de nécessité pour certaines amnisties) ; Roche, *supra* note 110, au point 575 (critère pour une commission de vérité légitime) ; Scharf, *supra* note 40, at 526 (offre six considérations par rapport à l'amnistie) ; Slye, *supra* note 35, au point 245

peuvent ne pas parfaitement s'accorder. La combinaison des facteurs et de la théorie offre néanmoins l'éclairage de la CPI pour savoir s'il faut surseoir au profit de MJA négociées. Cette section va brièvement évaluer comment les critères pourraient s'appliquer à une commission de vérité comme illustration des MJA négociées. Des considérations similaires s'appliqueraient à d'autres alternatives¹⁵³.

1. Justice rétributive

Le préambule du statut de Rome déclare 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 »¹⁵⁴. L'accent mis sur les poursuites doit être pris au sens rétributif. La justice rétributive justifie généralement les poursuites et sanctions basées sur la culpabilité individuelle : une personne est poursuivie et punie parce qu'elle le mérite¹⁵⁵. « La justice rétributive requiert la proportionnalité entre la gravité du crime et la sévérité de la sanction »¹⁵⁶. La justice rétributive est généralement liée aux poursuites pénales mais ses préoccupations par rapport à la culpabilité individuelle et à la sanction proportionnelle peuvent être servies par des mesures alternatives¹⁵⁷.

Tout d'abord, les MJA doivent fournir une évaluation précise de la culpabilité¹⁵⁸. Les MJA pourraient inclure une enquête extensive visant à établir la culpabilité ou à inciter les auteurs de crimes à admettre leur culpabilité. Une enquête efficace requerrait la présence d'un organe indépendant ayant des ressources, un cadre temporel et des pouvoirs adaptés¹⁵⁹. Par exemple, une commission de vérité disposant de pouvoirs de subpoena et d'un personnel adapté pourrait enquêter sur l'accusé¹⁶⁰. Une commission de vérité pourrait aussi constituer le forum adapté pour que l'auteur se confesse en échange d'une amnistie, comme au cours du processus de vérité et de réconciliation en Afrique du Sud¹⁶¹. Le processus de révélation intégrale exigerait probablement l'aveu de responsabilité de

(les amnisties légitimes ont l'imputabilité, la vérité, la participation des victimes, et les réparations) ; Stahn, « Complementarity », *supra* note 21, au point 695 (indications pour les amnisties acceptables ou les pardons) ; Trumbull, *supra* note 30, au point 283 (test d'équilibre pour la reconnaissance des amnisties) ; Villa-Vicencio, *supra* note 39, at 216 (se fonde sur le critère de Paul van Zyl pour les exceptions au devoir de poursuivre) ; Gwen K. Young, « All the Truth and As Much Justice As Possible », 9 *U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y* 209 (2003) (amnistie uniquement si enquête, poursuites et justice).

¹⁵³ Pour une évaluation plus approfondie de la commission de vérité proposée et du processus de *matu oput* dans le cadre de l'accord de paix entre l'Ouganda et l'ARS, voir Keller, *supra* note 3, Partie IV.

¹⁵⁴ Statut de Rome, *supra* note 2, Préambule 4.

¹⁵⁵ Voir, e.g., Drumbl, *supra* note 66, au point 15, 150 ; O'Shea, *supra* note 20, au point 79.

¹⁵⁶ Traduction non officielle, Drumbl, *supra* note 66, au point 154 ; Voir également Bagaric & Morss, *supra* note 150, au point 221.

¹⁵⁷ Cette conception rejette la punition stricte, comme décrite par le professeur Blumenson, qui réclame les poursuites. Voir Blumenson, *supra* note 5, au point 834.

¹⁵⁸ Voir Scharf, *supra* note 40, at 526 (responsabilité individuelle des auteurs).

¹⁵⁹ Voir de manière générale, Hayner, *supra* note 18 ; Henrard, *supra* note 34, au point 627 (enquête sans raison logique pour la commission de vérité).

¹⁶⁰ Voir, e.g., Hayner, *supra* note 18, au point 131.

¹⁶¹ Voir, e.g., *id.* aux points 40-45 ; Voir aussi O'Shea, *supra* note 20 au point 334 (une amnistie adéquate devrait être accordée après la révélation publique de la vérité).

l'auteur sous la menace de poursuites pour non-divulgation¹⁶². L'un ou l'autre des modèles requerrait une certaine forme de procès en bonne et due forme¹⁶³ pour l'accusé, incluant la possibilité de se défendre en invoquant la contrainte¹⁶⁴, qui atténuerait ou supprimerait la responsabilité personnelle. Le modèle non juridictionnel conditionnel pourrait davantage l'inciter à accepter sa responsabilité que les poursuites pénales. Il pourrait aussi concerner plus de personnes que celles susceptibles de faire l'objet d'une enquête, soit par une commission de vérité moins solide ou par le BdP, si l'enquête se focalisait sur les dirigeants. Ainsi, un processus de commission de vérité peut être mis en place pour satisfaire à la première préoccupation visant à établir la responsabilité pénale individuelle.

Deuxièmement, les MJA peuvent servir la justice rétributive si elles apportent une certaine forme de punition juste, en l'absence d'une incarcération¹⁶⁵. Quelle que soit la forme de la sanction, elle ne doit pas violer le droit international. Par exemple, un processus traditionnel qui inclut l'offrande d'une fille comme compensation ne sera pas acceptable¹⁶⁶. De manière similaire, la peine capitale n'est pas une option, sans parler d'une punition se rapprochant du calcul « œil pour œil », qui violerait les standards des droits de l'Homme¹⁶⁷. Mais d'autres formes de sanctions généralement incluses dans des modèles non juridictionnels¹⁶⁸ de responsabilité peuvent suffire : travail d'intérêt général, amendes, réparations, disgrâce publique, expulsion d'un poste, etc¹⁶⁹.

De telles formes alternatives de sanction doivent être en accord avec le principe de proportionnalité. Il est probable que la sanction alternative soit une sanction insuffisante¹⁷⁰, qui échouerait ainsi au test de proportionnalité. Mais il ne s'agit pas nécessairement là d'un défaut fatal. La sanction potentielle devant la CPI (un maximum de trente ans

¹⁶² Voir, e.g., HAYNER, *supra* note 18, aux points 40-41; Stahn, *Geometry*, *supra* note 61, at 433 (nécessité que le système judiciaire effectue les poursuites de dernier ressort); Villa Vicencio, *supra* note 39, au point 209 (nécessité d'une menace de poursuites dans le processus sud-africain).

¹⁶³ Voir Aukerman, *supra* note 134, at 49; Blumenson, *supra* note 5, at 867; Hayner, *supra* note 18 au point 129; Mais voir Kevin Jon Heller, « The Shadow Side of Complementarity », *17 Crim. L. Forum* 255, 259 (2006) (soutient que le statut de la CPI doit être amendé pour protéger les droits du défendeur dans les procédures nationales).

¹⁶⁴ Cf. Markus D. Dubber, « Legitimizing Penal Law », *28 Cardozo L. Rev.* 2597, 2609 (2007) (discute du droit à la défense basé sur la capacité).

¹⁶⁵ Cf. Dan Markel, « The Justice of Amnesty? », *49 U. Toronto L. J.* 389, 431 (1999) (la punition n'a pas besoin d'être effectuée par la souffrance ou l'incarcération, mais la proportionnalité est liée à l'acheminement de la disaffirmance d'un acte plutôt que de la gravité du crime, excluant l'humiliation); Charles Villa-Vicencio, *The Reek of Cruelty and the Quest for Healing*, *14 J.L. & RELIGION* 165, 174 (1999-2000) (cite la conception de la justice rétributive de Jean Hampton).

¹⁶⁶ Voir, e.g., Drumbl, *supra* note 66, au point 192 (décrit le Pashtunwali, code de conduite de la région pachoune d'Afghanistan); cf. Alisa Tang, « Afghan Girls Traded for Debts, Blood Feuds », *USA Today* sur http://www.usatoday.com/news/world/2007-07-09-afghan-girls_N.htm

¹⁶⁷ Cf. Drumbl, *supra* note 66, au point 156.

¹⁶⁸ Certaines de ces sanctions alternatives sont utilisées au sein du statut de Rome (e.g., amendes imposées parallèlement à des peines de prison) ou des systèmes pénaux étatiques mais sont généralement considérées comme des sanctions moindres.

¹⁶⁹ Voir, e.g., Robinson, *supra* note 10, au point 498; Scharf, *supra* note 40, au point 527.

¹⁷⁰ La proportionnalité signifie aussi le manque de punition excessive, qui n'est généralement pas en question pour les crimes de la CPI, étant donné leur gravité.

d'emprisonnement à vie pour les crimes extrêmement graves et pervers)¹⁷¹ est probablement aussi insuffisante¹⁷². Il ne fait aucun doute qu'aucune période d'incarcération ne pourrait être proportionnelle à un crime international tel que le génocide¹⁷³. Étant donné que ni les MJA ni la CPI n'infligent de sanction proportionnelle, les MJA qui se rapprochent de la proportionnalité pourraient suffire lorsqu'elles sont comparées à une sanction aussi inefficace devant la CPI. Si les MJA négociées faillissent déplorablement, même par rapport à la réponse disproportionnellement faible de la CPI, alors elles ne suffiraient pas.

Il est probable qu'une commission de vérité faillirait à satisfaire la condition de proportionnalité de la même manière (ou d'une manière encore plus exacerbée) que les poursuites de la CPI. Une sanction alternative apportée par une commission de vérité, telle que la disgrâce publique, est généralement considérée comme une sanction moindre que l'incarcération¹⁷⁴ et serait donc encore plus hors de toute proportion par rapport à la gravité et à l'étendue des crimes internationaux, qu'une sanction de la CPI. D'un autre côté, la disgrâce publique de la part de la communauté proche pourrait avoir un bien plus grand poids qu'une peine de prison imposée par un tribunal pénal international distant¹⁷⁵. Cela serait particulièrement vrai si le prisonnier était incarcéré dans une prison internationalement approuvée, où les conditions peuvent surpasser de loin les standards locaux de vie, sans parler de ceux des prisons¹⁷⁶. Ainsi, l'importance accordée par l'Occident à l'incarcération peut exagérer l'inadéquation des formes alternatives de sanctions susceptibles d'être imposées par une commission de vérité. Tout compte fait, il semble plus probable que le processus de commission de vérité soit perçu comme offrant une sanction moindre afin de persuader les parties de conclure un accord de paix, échouant ainsi au test de proportionnalité¹⁷⁷.

De plus, le simple fait que des crimes extraordinaires soient traités au moyen d'une MJA alors que des crimes ordinaires font l'objet de poursuites sape la rétribution¹⁷⁸. Pourtant, il existe de solides arguments selon lesquels les poursuites internationales ne correspondent déjà pas aux principes de justice rétributive, en particulier la

¹⁷¹ Statut de Rome, *supra* note 2, Art. 77.

¹⁷² *Voir, e.g.*, Aukerman, *supra* note 134, au point 62 (limitations de poursuites visant à des sanctions); Blumenson, *supra* note 5, au point 841 (idem).

¹⁷³ *Mais voir* Raquel Aldana-Pindell, « In Vindication of Justiciable Victims' Rights for States-Sponsored Crimes », 35 *Vand. J. Transnat'l L.* 1399, 1450 (2002) (la proportionnalité requiert des sanctions échelonnées mais pas de relation idéale entre un crime et sa sanction).

¹⁷⁴ *Voir, e.g.*, David Gray, « An Excuse-Centered Approach to Transitional Justice », 74 *Fordham L. Rev.* 2621, 2689 (2006).

¹⁷⁵ Drumbl, *supra* note 66, au point 161.

¹⁷⁶ *Id.* au point 16; *Voir* Allen, *supra* note 4, au point 135 (cite le chef acholi déclarant que Kony devrait être dans la communauté au milieu de ceux qui ont souffert et non pas dans une prison climatisée); Glickman, *supra* note 135, au point 253 n.90 (note les conditions de vie supérieures, y compris les soins de santé); Hanlon, *supra* note 140, au point 323 (cite les critiques ougandaises par rapport aux conditions supérieures de la prison de la CPI).

¹⁷⁷ *Voir* Aukerman, *supra* note 134, au point 57 (les méthodes alternatives encore moins proportionnelles que les poursuites).

¹⁷⁸ Drumbl, *supra* note 66, au point 154.

proportionnalité. Bien qu'il puisse y avoir un certain nombre de difficultés, certaines MJA peuvent égaler les poursuites pénales internationales pour ce qui est de concrétiser la rétribution de manière similaire.

Qui plus est, la CPI devrait envisager une variation par rapport à la sanction de base. Eric Blumenson soutient que la « justice rétributive tenant compte de la victime » fait bien plus pour l'explication de la justice pénale internationale¹⁷⁹. Selon sa conception de la justice rétributive, les victimes jouent un rôle central bien que l'accent reste sur la culpabilité et le sort mérité¹⁸⁰. La justice rétributive axée sur les victimes requiert une enquête plus large, dépassant les individus pour s'attacher aux institutions responsables du conflit. De manière plus spécifique, elle requiert la reconnaissance de la victime au moyen de la condamnation publique de l'acte. De manière similaire, la souffrance de la victime doit être repoussée au moyen de la reconnaissance de la victime, de sa participation au processus et de réparations¹⁸¹. Selon cette théorie de la justice rétributive, une sanction sans incarcération, telle qu'une condamnation morale ainsi que la responsabilité interne suffiront. La condamnation morale prend la forme d'une disgrâce publique, d'une stigmatisation et d'une censure. La responsabilité interne se rapporte à la confession et à la reconnaissance de la culpabilité par l'accusé¹⁸².

Une commission de vérité solide peut atteindre les buts d'une justice rétributive axée sur la victime plus facilement que les poursuites pénales. Un processus de commission de vérité est généralement destiné à enquêter sur les racines du conflit. Il inclut souvent la participation des victimes sous forme de témoignage en public ou d'audiences à huis clos ou même d'interrogation de l'accusé par les victimes. Une commission de vérité peut recommander ou déterminer les réparations. En outre, la nature publique du travail de la commission de vérité, que ce soit lors de séances publiques¹⁸³ ou sous la forme d'un rapport publié, constituerait une condamnation morale. Une commission de vérité avec un aspect non juridictionnel conditionnel encouragerait la responsabilité interne sous forme de confessions assorties d'une révélation intégrale en échange de l'immunité juridictionnelle. Ainsi, une MJA telle qu'une commission de vérité solide semble mieux adaptée à la justice rétributive axée sur la victime que les poursuites de la CPI.

2. *Dissuasion*

Le préambule du statut de Rome expose également que les États parties au traité sont « [d]éterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir

¹⁷⁹ Voir Blumenson, *supra* note 5, au point 838. Outre la rétribution, des raisons conséquentialistes et pluralistes soutiennent la conclusion de Blumenson selon laquelle la CPI pourrait accepter un modèle tel que le processus sud-africain. *Id.* au point 860.

¹⁸⁰ Voir *id.* au point 838.

¹⁸¹ *Id.* aux points 862-63.

¹⁸² *Id.* aux points 868-69.

¹⁸³ Voir, e.g., Slye, *supra* note 35, at 245 (processus public ou reconnaissance).

ainsi à la prévention de nouveaux crimes »¹⁸⁴. Encore une fois, l'accent est mis sur le fait de tenir les auteurs de crimes responsables, apparemment à la fois pour des raisons de justice rétributive et pour l'effet dissuasif. La dissuasion est une théorie conséquentialiste : les poursuites et sanctions sont justifiées parce qu'elles ont l'effet ou la conséquence de prévenir de futurs crimes. La dissuasion peut être spécifique (prévenir un nouveau crime de l'accusé) ou générale (prévenir les crimes des autres). Le but principal de la CPI est la dissuasion générale¹⁸⁵. En mettant fin à l'impunité, la CPI rendra les autres moins susceptibles de commettre des crimes internationaux. Encore une fois, alors que les poursuites pénales et les sanctions sous la forme d'incarcérations sont typiques, il est possible que les MJA servent le but de la dissuasion.

La dissuasion requiert une certaine forme de punition ou une menace crédible de sanction¹⁸⁶ ainsi qu'une certaine publicité relative au résultat du processus. Par exemple, le rapport d'une commission de vérité doit être rendu public auprès d'une audience plus large afin de constituer une véritable dissuasion. Les difficultés inhérentes à la détermination de l'effet dissuasif réel des poursuites pénales se lisent dans les MJA. Pour créer la peur, la « punition » à redouter doit être perçue comme une souffrance significative. Il n'est pas clair si les sanctions alternatives seraient efficaces pour la communauté locale ou auprès d'une population de criminels potentiels, sans parler de la communauté internationale. Même si les MJA manquaient à servir la dissuasion, elles pourraient cependant égaler les poursuites de la CPI dans leur inadéquation ou être justifiées pour d'autres raisons préventives.

Par exemple, bien que les MJA négociées puissent être perçues comme moins onéreuses que les poursuites pénales, la dissuasion peut quand même être promue par les MJA en augmentant le caractère certain de la sanction¹⁸⁷. Alors que la stigmatisation d'une sanction peut être réduite si elle devient une habitude, il est possible de trouver le juste milieu entre les poursuites exemplaires (représentant une dissuasion moindre en raison de la sélectivité) et des sanctions généralisées (retirant le stigmate de la sanction). Les MJA apportent la possibilité d'atteindre plus que les quelques sélectionnés, mais préservent le stigmate de la sanction en incorporant des croyances et pratiques locales comme mesures de responsabilisation pour un nombre plus important de criminels.

Si une commission de vérité prévoit, par exemple, une menace crédible de souffrance de quelque sorte, alors elle servirait la dissuasion spécifique en décourageant les crimes répétés des auteurs. En effet, la fin du conflit va en soi faire diminuer la possibilité d'atrocités supplémentaires. Mais la dissuasion est généralement basée sur la peur : l'auteur de crimes est dissuadé de manière spécifique lorsqu'il craint les conséquences du système de justice pénale ou d'une MJA de manière telle qu'il ne va pas recommettre un crime. Les adeptes convaincus qui se soumettent à une MJA uniquement parce qu'elle a

¹⁸⁴ Statut de Rome, *supra* note 2, au Préambule 5.

¹⁸⁵ Drumbl, *supra* note 66, au point 16.

¹⁸⁶ Voir Tom Syring, « Truth versus Justice », 12 *Int'l Legal Theory* 143, 204 (2006).

¹⁸⁷ Voir Aukerman, *supra* note 134, au point 69 ; Bagaric and Morss, *supra* note 150, au point 249.

été requise par un accord de paix ne vont vraisemblablement pas être découragés de commettre d'autres crimes en raison des souffrances infligées par une commission de vérité¹⁸⁸. D'un autre côté, les membres de l'armée peuvent être « directement effrayés » et dissuadés de commettre de futurs crimes¹⁸⁹. Ainsi, il existe un potentiel limité mais réel pour la dissuasion spécifique, en particulier concernant les auteurs de rang moindre.

De même, il existe un potentiel de dissuasion générale. Du moins, le sursis de la CPI basé sur la condition d'un mécanisme robuste de responsabilité pourrait envoyer le signal qu'alors que des groupes rebelles peuvent marchander des promesses d'absence de poursuites, ils ne peuvent échapper à toute forme de responsabilité. Une commission de vérité ou un processus traditionnel perçus comme impitoyables peuvent constituer une menace notable pour les criminels internationaux en puissance. Alors que les poursuites pénales internationales sont rares et tendent à se focaliser sur les principaux responsables¹⁹⁰, les MJA pourraient accroître la possibilité que toutes sortes d'auteurs potentiels de crimes aient à répondre de leur responsabilité, les décourageant ainsi de commettre des crimes.

D'un autre côté, le sursis de la CPI au profit de MJA pourrait saper la dissuasion de manière significative si les conséquences des MJA sont perçues comme une petite tape sur les doigts. La sanction imposée par une commission de vérité peut ne pas être vue comme une souffrance substantielle à éviter, même au sein de la communauté locale¹⁹¹. Il est possible (et inquiétant) que le message reçu par d'autres chefs rebelles ou insurgés en puissance soit de commettre autant d'atrocités que possible, afin de créer une situation si désespérée que le fait de troquer la justice pour la paix devienne une option sur la table des négociations. Par exemple, un sursis de la CPI au profit d'une MJA de l'accord de paix entre l'Ouganda et l'ARS peut encourager les groupes rebelles à commettre des crimes internationaux à une échelle si large ou d'une brutalité telle qu'ils disposeraient de la puissance de levier nécessaire pour négocier en faveur de MJA faibles plutôt que de poursuites pénales.

Bien que la dissuasion soit vue comme un objectif des poursuites pénales internationales, il existe une rupture fondamentale entre les idées à la base de la dissuasion et le caractère des criminels internationaux qui sape l'impact dissuasif des méthodes à la fois juridictionnelles et non juridictionnelles¹⁹². La dissuasion requiert un acteur rationnel

¹⁸⁸ Il y a également peu de chances qu'ils soient affectés de manière significative par une longue peine de prison dans une cellule de prison relativement confortable, mais une incarcération à long terme aurait un effet incapacitateur plus important qu'une MJA. Il est intéressant de noter que l'incapacitation est rarement abordée comme une raison pour les poursuites internationales. Drumbl, *supra* note 66, au point 62.

¹⁸⁹ Aukerman, *supra* note 134, au point 69-70.

¹⁹⁰ Les poursuites nationales de criminels internationaux sont également rares. Voir Hayner, *supra* note 18, au point 89.

¹⁹¹ Cf. Aldana-Pindell, *supra* note 173, au point 1561-62 (soutient que les sanctions alternatives ont peu d'effet dissuasif, si tant est qu'elles en aient un).

¹⁹² Voir, Drumbl, *supra* note 66, aux points 17, 171; Robert D. Sloane, « The Expressive Capacity of International Punishment », 43 *Stan. J. Int'l L.* 39, 72 (2007) (note que le modèle d'acteur rationnel de la dissuasion est encore plus suspect dans le contexte international que dans le contexte national).

prenant des décisions calculées basées, au moins en partie, sur l'éventualité d'actions telles que les poursuites de la CPI ou les MJA. De la même manière qu'il existe, en droit pénal national, peu de preuves empiriques que ceux qui commettent les crimes les plus odieux pensent à leurs conséquences¹⁹³. Un chef rebelle peut envisager la menace de poursuites par la CPI alors qu'il négocie la fin d'un conflit avec un État partie au statut de Rome. Mais il y existe peu de raisons de croire que l'éventualité d'être capturé et appelé à répondre de ses actes soit un facteur de motivation au stade initial d'une violente insurrection, lorsque les chefs sont probablement plus focalisés sur le fait de rester en vie et d'amasser du pouvoir¹⁹⁴. De la même manière, lorsque les criminels sont à la tête d'un État, il y a peu de raisons de croire qu'ils s'attendent à être destitués pour tomber aux mains d'un tribunal international. Ainsi, il est possible que ni les poursuites par la CPI, ni les MJA ne dissuadent de tels acteurs.

Dans l'ensemble, l'évaluation de la dissuasion est nécessairement opaque. Les poursuites pénales internationales tout comme les MJA semblent ne pas suffire. Pourtant, une approche alternative peut de manière marginale avoir plus de succès dans la dissuasion des militaires en augmentant la certitude d'une certaine forme de châtement. Ainsi, l'adoption d'une MJA semble servir la dissuasion de la même manière, si ce n'est d'une manière plus importante encore, que les poursuites pénales internationales limitées, bien que l'impact dissuasif reste léger dans l'un ou l'autre des cas.

Le préambule fait cependant référence à la prévention en général et non pas à la seule dissuasion. D'autres effets préventifs peuvent résulter d'une MJA. Par exemple, un processus de commission de vérité peut révéler non seulement les racines du conflit mais également suggérer des réformes¹⁹⁵ ce qui prive les anciens chefs rebelles d'un cri de ralliement, rendant la commission de futurs crimes moins probable. D'autres MJA négociées peuvent aussi aider à éradiquer les causes du conflit, évitant que ne germe un autre conflit. De même, la reconnaissance officielle des abus passés peut avoir un effet préventif¹⁹⁶. En outre, les MJA négociées telles qu'une cérémonie de réconciliation traditionnelle peuvent réintégrer les criminels dans la communauté, diminuant les possibilités qu'ils commettent de nouveaux crimes. Alors que l'effet dissuasif des poursuites tout comme des MJA négociés peut être faible, les MJA négociées peuvent servir les objectifs de prévention de manière plus efficace que les poursuites de la CPI.

¹⁹³ Voir Aukerman, *supra* note 134, aux points 64, 68 ; Leila Nadya Sadat, « Exile, Amnesty and International Law », 81 *Notre Dame L. Rev.* 955, 999 (2006).

¹⁹⁴ Voir, e.g., Drumbl, *supra* note 66, aux points 171-73; Int'l Crisis Grp, *Negotiating Peace and Justice*, *supra* note 45.

¹⁹⁵ Voir Hayner, *supra* note 18, au point 55.

¹⁹⁶ Voir Henrard, *supra* note 34, au point 637 ; Roche, *supra* note 110, au point 569.

3. Expressivisme

De nombreux spécialistes ont milité pour une fonction expressiviste du droit pénal international en plus de la rétribution et de la dissuasion¹⁹⁷. Par exemple, Diane Marie Amann soutient que l'expressivisme justifie mieux la justice pénale internationale¹⁹⁸. Selon Amann, « l'[e]xpressivisme comprend un ensemble de théories qui se focalise sur la fonction expressive d'une action gouvernementale, d'un acte »¹⁹⁹. Le message reçu par l'audience est la clef. Il a généralement besoin d'être émis par une voix respectée ayant autorité et le message moral doit être en accord avec les valeurs sociétales.

L'expressivisme est parfois conçu comme faisant partie de la justice rétributive²⁰⁰ ou au moins la chevauchant²⁰¹. La portée d'un message de sanction peut être que l'auteur mérite une sanction ou, selon certaines théories de la justice rétributive, que la victime ne méritait pas le manque de respect dont a témoigné l'auteur des crimes. Pourtant, la justice rétributive ne *requiert* généralement pas un quelconque message devant être envoyé ou reçu. L'expressivisme, cependant, requiert généralement que l'audience reçoive le message et assimile sa signification : que le comportement de l'auteur était erroné²⁰².

Par exemple, l'existence de la CPI, ses poursuites en cours et ses sanctions potentielles peuvent avoir une valeur expressive dans la mesure où elles marquent une condamnation morale²⁰³. Alors que la seule promulgation d'une déclaration de condamnation peut initialement aider à inculquer des valeurs morales à la société, les déclarations qui n'ont pas de conséquences négatives pourraient finir par la saper²⁰⁴. Ainsi, bien que la création de la CPI ait pu envoyer des messages de condamnation au sujet des crimes internationaux, sa valeur expressiviste peut diminuer s'il existe une impunité continue. La fin de l'impunité interviendrait normalement sous la forme de poursuites, mais il n'y a pas de raison catégorique pour laquelle les MJA ne pourraient pas avoir également une fonction expressiviste. En fait, les MJA ont le potentiel de servir les buts de l'expressivisme de manière substantielle²⁰⁵. Pour juger la capacité des MJA à exprimer la condamnation morale pour des actes, la CPI devrait envisager si le fait que les MJA

¹⁹⁷ Voir Drumbl, *supra* note 66, at 52 (qualifie le préambule de la CPI d'expressiviste) ; Ralph Henham, « Some Issues for Sentencing in the International Criminal Court », 52 *Int'l & Comp. L. Quarterly* 81, 111(2003) (signification de l'expressivisme à la CPI) ; cf. Slone, *supra* note 192, at 75 (modèle éducatif moral).

¹⁹⁸ Amann, *supra* note 150, au point 117. Voir also Drumbl, *supra* note 66, au point 17 (conclut que l'expressivisme a un potentiel plus fort que la dissuasion et la punition).

¹⁹⁹ *Traduction non officielle*, Amann, *supra* note 150, au point 118.

²⁰⁰ Ralph Henham, « The Philosophical Foundations of International Sentencing », 1 *J. Int'l Crim. Just.* 64, 76 (2003) (aspect dénonciateur de la punition) ; Aldana-Pindell, *supra* note 173, au point 1470 (place l'expressivisme en-deça de la rétribution).

²⁰¹ Voir Drumbl, *supra* note 66, au point 61.

²⁰² Le message conséquentialiste de la dissuasion, par contraste, est voué à créer la peur.

²⁰³ Voir Amann, *supra* note 150, au point 120 (décrit la fonction expressive des lois pénales et des sanctions).

²⁰⁴ Voir *id.* (note que les prononciations de condamnation qui n'ont pas de conséquences peuvent cultiver une norme mais doivent être suivies d'une mise en œuvre effective).

²⁰⁵ Drumbl, *supra* note 66, at 176 (pour l'expressivisme, les formes alternatives de responsabilité peuvent être égales ou supérieures aux poursuites pénales).

participent à la révélation de la vérité, permet l'élaboration d'un compte-rendu de l'histoire et sa diffusion²⁰⁶.

Une commission de vérité peut être une solution efficace pour une enquête de grande ampleur au sujet du passé et pour la révélation de la vérité²⁰⁷. Avec un mandat et des pouvoirs adaptés, une commission de vérité pourrait écrire une histoire du conflit faisant autorité. Alors qu'il peut être difficile si ce n'est impossible d'énumérer tous les crimes internationaux commis lors d'un conflit armé majeur, une commission de vérité pourrait donner une vue plus générale de la situation et exposer des cas représentatifs. Elle pourrait aussi proposer des réformes pour prévenir de futurs conflits. Le rapport devrait être publié à grande échelle, au sein de divers médias et institutions. Ce faisant, la commission de vérité dénoncerait les actes décrits dans le rapport, inculquant des valeurs de respect des droits de l'Homme au sein de la société²⁰⁸.

Cependant, le message de condamnation peut être occulté jusqu'à un certain point, à moins qu'il ne soit accompagné d'une sanction sévère²⁰⁹. Bien que la justice pénale occidentale penche vers l'incarcération, d'autres types de sanctions peuvent donner une certaine crédibilité à des messages dénonciateurs. En outre, au sein des communautés locales, la participation à une MJA peut être perçue comme une sanction plus significative. L'image d'un chef rebelle tel que Joseph Kony de l'ARS, privé de son pouvoir, se confessant devant une commission de vérité, pourrait apporter un puissant message de censure. Par contre, le message expressiviste des poursuites de Kony par la CPI peut être dilué par un procès pénal long et distant, suivi d'une incarcération dans une cellule de prison climatisée, avec une profusion de nourriture et une aide médicale²¹⁰. C'est particulièrement vrai étant donné que Kony plaiderait probablement non coupable et n'admettrait jamais sa responsabilité ni n'exprimerait de remords lors d'un procès pénal. Ainsi, les MJA négociées telles qu'une solide commission de vérité pourraient bien faire avancer l'expressivisme d'une manière similaire si ce n'est encore plus importante que les poursuites de la CPI.

4. Justice réparatrice

Enfin, le statut de Rome comprend également la justice réparatrice, particulièrement son objectif de réconciliation. L'accent mis par la justice réparatrice sur la participation des victimes et leur réparation est illustré par le rôle plus important qui leur est accordé au sein de la CPI. Par exemple, le rôle des victimes ne se limite pas à un rôle de

²⁰⁶ Cf. Aukerman, *supra* note 134, au point 85 (commissions de vérité et communication) ; Roche, *supra* note 110, au point 569 (rôle des commissions de vérité dans l'enregistrement de la vérité).

²⁰⁷ Voir, e.g., Villa-Vicencio, *supra* note 39, au point 214 (supériorité des commissions de vérité dans l'établissement de la vérité du passé).

²⁰⁸ Aukerman, *supra* note 134, au point 90-91 (potentiel des commissions de vérité dans la communication d'un consensus moral) ; Aldana-Pindell, *supra* note 200, au point 1474 (idem).

²⁰⁹ Cf. Amann, *supra* note 209, au point 120 (note que les prononciations de condamnation qui n'impliquent pas de conséquence devraient être suivies par des mises en œuvre effectives).

²¹⁰ Voir *supra* note 176.

témoin, mais elles peuvent participer à la procédure, de l'enquête préliminaire à l'appel²¹¹. Les victimes ont aussi droit à des réparations sous forme de restitution, indemnisation et réhabilitation²¹². La participation sans précédent des victimes à la procédure et à la recherche de réparations²¹³ devant un tribunal international reflète une préoccupation grandissante au sujet de la justice réparatrice²¹⁴. La justice réparatrice est souvent liée à des commissions de vérité et à d'autres MJA, ce qui signifie que les MJA vont probablement servir ses objectifs. Pour ce faire, les MJA devraient prendre des mesures pour réconcilier les victimes et les auteurs, pour réintégrer les anciens rebelles et pour restaurer les liens au sein de la société élargie²¹⁵.

Une commission de vérité peut, par exemple, aboutir à la justice réparatrice, y compris à la réconciliation, autant si ce n'est mieux que les procédures de la CPI²¹⁶. La réconciliation entre les victimes et les auteurs commence souvent par le récit de la vérité et une enquête sur les racines du conflit²¹⁷. La réconciliation requiert généralement le processus visant à « donner les noms » ou une autre manière d'identifier les auteurs tout en permettant la participation des victimes²¹⁸. L'accusé devrait être traité de manière équitable²¹⁹, d'une manière qui modère l'inclusivité²²⁰. Les auteurs devraient reconnaître le mal infligé, autant que le devrait l'État. Les victimes, même celles dont les agresseurs ne sont pas identifiés, devraient avoir une certaine opportunité de participer au processus²²¹. Toutes les victimes devraient être traitées avec respect et se voir offrir un soutien au cours du processus et par la suite, afin d'éviter une nouvelle traumatisation²²².

Idéalement, les victimes recevraient une réparation intégrale pour les dommages subis, qu'il s'agisse de souffrances physiques ou psychologiques ou d'injustices sociales, économiques ou politiques²²³. Il s'agit ici d'un préalable à la réconciliation et à la restitution que les besoins sécuritaires et économiques de base soient assouvis, lorsque

²¹¹ Voir statut de Rome, *supra* note 2, Arts. 53, 68, 82.

²¹² *Id.* at Art. 75, 79. Voir Linda M. Keller, « Seeking Justice at the International Criminal Court: Victims' Reparations », 29 *T. Jefferson L. Rev.* 189 (2007).

²¹³ ICC, *The Role of the Trust Fund for Victims and Its Relation with the Registry of the International Criminal Court* (Press Kit No.:pids.008.2004-EN, 22 April 2004).

²¹⁴ Voir Drumbl, *supra* note 66, at 53, 124 (note que la CPI prend des initiatives fortifiantes plus au sérieux bien qu'elle soit limitée dans sa capacité à les promouvoir).

²¹⁵ Voir Stahn, « Geometry », *supra* note 61, at 434 (désigne les commissions de vérité vouées à la réintégration).

²¹⁶ Voir Aukerman, *supra* note 134, at 73-75 (décrit les avantages des commissions de vérité dans l'expression de la vérité, l'enregistrement du passé, le consensus moral). *Mais voir* Aldana-Pindell, *supra* note 173, au point 1438 (soutient que les victimes préfèrent les commissions de vérité plus indulgentes à la vérité limitée des processus criminel).

²¹⁷ Voir, e.g., Hayner, *supra* note 18, au point 72.

²¹⁸ *Id.* at 127 ; Robinson, *supra* note 10, au point 498.

²¹⁹ Dugard, « Dealing with Crimes », *supra* note 35, point 1012 (révéler les noms tant que les accusés ont le droit de contester) ; Roche, *supra* note 110, at 573 (équité envers les auteurs nécessaire à la réconciliation).

²²⁰ Roche, *supra* note 110, au point 574.

²²¹ Voir Henrard, *supra* note 34, au point 648.

²²² Voir Hayner, *supra* note 18, au point 135-49 ; *Making Peace*, *supra* note 121, au point 48.

²²³ Voir Hayner, *supra* note 18, au point 170-171 ; Roche, *supra* note 110, aux points 572, 578.

c'est possible²²⁴. Les anciennes victimes tout comme les anciens rebelles ont besoin d'un soutien pour être réintégrés au sein de la société. Le processus devrait travailler à restaurer la société dans son ensemble et à reconnaître les dommages et les propositions de réforme²²⁵. Les dangers de l'exacerbation des tensions au sein de la société devraient être abordés et atténués autant que faire se peut²²⁶.

Si les critères ci-dessus sont gardés à l'esprit, une commission de vérité ou une autre MJA pourraient servir non seulement la justice réparatrice mais aussi l'expressivisme, la prévention, et la rétribution. Le processus correctement établi doit encore jouir du soutien à la population. Ainsi, il faut prendre soin de modifier le processus pour servir la justice pénale internationale sans perdre de vue la nature locale, non juridictionnelle d'une MJA. Si des exigences, comme celles fondées sur les principes d'un procès en bonne et due forme, ajoutent une série de qualités propres aux poursuites judiciaires, ces exigences ne devraient pas étouffer la nature alternative d'une MJA. Par exemple, l'enquête de grande ampleur et le récit de la vérité d'une commission de vérité ne seraient pas obtenus au moyen d'une approche juridictionnelle. Ces distinctions devraient être préservées pour protéger la nature alternative de MJA bien conçues, qui doivent encore remplir les conditions exposées ci-dessus²²⁷.

Pour revenir à l'enquête en deux étapes pour le respect par les MJA des standards de justice internationale, la question du seuil doit être remplie. Pour parler de manière générale, les MJA, comme la commission de vérité destinée à satisfaire les besoins décrits ci-dessus, satisferaient probablement les exigences de la justice réparatrice et de l'expressivisme. Elles seraient probablement généralement inefficaces pour atteindre la dissuasion et les sanctions de base, mais elles serviraient la rétribution en tenant compte des victimes. En outre, les échecs probables des MJA en termes de sanction classique et de dissuasion sont au moins d'une certaine manière égalés par l'insuffisance des poursuites pénales internationales dans l'exécution de ces objectifs. Les points faibles de la proportionnalité de la CPI et de l'impact dissuasif sont sans doute aussi significatifs que pour les MJA, si celles-ci bénéficient d'un fort soutien local. Ainsi, les MJA peuvent constituer une amélioration par rapport aux poursuites de la CPI, en ce qui concerne les sanctions tenant compte des victimes, de l'expressivisme et de la justice réparatrice, tout en ne faisant pas beaucoup moins bien que la CPI dans la concrétisation de la rétribution et la dissuasion. Dans ces circonstances, la Cour ou le BdP devraient sérieusement envisager un sursis au profit d'une MJA. Une mise en garde cependant : afin de servir les objectifs respectifs de la justice pénale internationale, la commission de vérité ou une autre MJA doivent avoir les qualités discutées ci-dessus. En requérant des MJA qu'elles remplissent ces critères, la CPI préservera sa crédibilité en tant qu'institution créée pour mettre fin à

²²⁴ Hayner, *supra* note 18, au point 81; Ellen A. Waldman, *Healing Hearts or Righting Wrongs: A Meditation of the Goals of Restorative Justice*, 25 *HAMLIN J. PUB. L. & POL'Y* 355, 367 (2004).

²²⁵ Aukerman, *supra* note 134, aux points 81-82 (discute des avantages d'une commission de vérité pour la justice réparatrice); Roche, *supra* note 110, au point 579 (mesures de réforme plus importantes).

²²⁶ Voir Henard, *supra* note 34, au point 639.

²²⁷ Mes remerciements vont au professeur Mark Drumbl pour avoir souligné le risque de l'internationalisation involontaire des mécanismes alternatifs au moyen de facteurs communément requis.

l'impunité et influencera les mesures nationales pour assurer une responsabilité substantielle, si ce n'est juridictionnelle.

Conclusion

Le dilemme paix contre justice continuera à émerger dans la mesure où les négociations de paix continuent entre les États et les insurgés qui ne peuvent pas être battus sur le plan militaire. Par exemple, la capacité de l'ARS à terroriser des civils dans le nord de l'Ouganda lui a fait gagner un siège à la table des négociations avec l'Ouganda, alors que l'ARS réclame des alternatives non juridictionnelles comme une précondition à la paix. Le mandat institutionnel de la CPI est de poursuivre ou de faciliter les poursuites au niveau national. Pourtant, le statut de la CPI est suffisamment ambigu pour permettre à la CPI de surseoir au profit d'alternatives non juridictionnelles dans des circonstances extrêmes.

Les mécanismes aux moyens desquels la CPI pourrait surseoir dépendent de la situation. La Cour peut avoir à faire face à une demande de suspension de l'affaire de la part du Conseil de sécurité (Article 16). La Cour ou le procureur peuvent examiner si le processus alternatif bloque l'affaire devant la CPI en raison de l'irrecevabilité (Article 17) ou en vertu du principe de *ne bis in idem* (Article 20). Enfin, le procureur, avec l'accord de la Cour, peut décider de ne pas enquêter ou de ne pas poursuivre, en faisant usage de sa latitude (Article 53). En interprétant ces dispositions, la CPI ne devrait pas seulement envisager l'interprétation légale mais également évaluer les MJA. Tout d'abord, elle devrait évaluer si les MJA non juridictionnelles sont nécessaires et légitimes. S'il en est ainsi, l'entité compétente de la CPI devrait examiner si les MJA négociées servent les objectifs de la justice pénale internationale. Lorsque les MJA servent la justice rétributive, la dissuasion, l'expressivisme et/ou la justice réparatrice d'une manière semblable aux poursuites internationales, elle devrait surseoir. De cette manière, la CPI peut garantir qu'il y ait au moins une certaine forme de responsabilité pour les criminels internationaux, sans faire entrave aux initiatives de paix vitales visant à mettre fin aux meurtres de masses et autres atrocités.

Traduit de l'anglais par Marie Delbot