

LE PROCUREUR DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE ET LE JEU D'ÉCHECS

Idris FASSASSI

Doctorant Aix-Marseille Université,
Institut Louis Favoreu — GERJC, CNRS UMR 7318,
LL.M., Harvard Law School

RÉSUMÉ

En vertu des dispositions du Statut de Rome, le Procureur de la Cour pénale internationale (CPI) a pour mission de mener les enquêtes et de poursuivre les auteurs des crimes internationaux les plus graves. L'influence des considérations politiques sur le travail du Procureur, niée par celui-ci mais mise en lumière par les observateurs, a depuis longtemps été au centre des critiques ciblant l'institution et, de manière plus générale, la CPI.

Parce que le Procureur opère, sur l'échiquier international, au croisement du droit et de la politique, l'analogie échiquéenne mobilisée dans cet article permet d'appréhender sous un angle original et éclairant les différentes contraintes auxquelles est soumis le Procureur ainsi que la dimension stratégique de sa fonction. L'article envisage ainsi les rôles que le Procureur joue, prétend jouer ou qu'on lui prête (l'arbitre, le pion, le joueur) et les tensions inévitables entre ceux-ci. Il saisit ensuite plus spécifiquement certaines des stratégies que le Procureur peut mettre en œuvre en vue de remplir ses missions. Enfin, la référence au jeu d'échecs permet de questionner certaines de ses décisions à l'aune d'une approche pragmatique reposant sur l'analyse de la faisabilité de ses actions, qui révèle, en dernière analyse, la limite de son « jeu ».

ABSTRACT

As the linchpin of the mechanism established by the Rome Statute, the Prosecutor of the International Criminal Court (ICC) is charged with the duty to conduct investigations and prosecutions for the

most serious international crimes, with the goal of ending impunity and contributing to the prevention of such crimes. Operating at the juncture of law and international politics, the Prosecutor has often been criticized for yielding to political considerations and for failing to acknowledge the strategic motivations of its decisions.

This article uses the chess metaphor to apprehend the power dynamics which the ICC Prosecutor must navigate on the international chessboard and the strategic dimension of its activities. Part one situates the chess analogy in the context of the Prosecutor. Through a succession of shifting frames based on the chess metaphor, part two considers the Prosecutor's actual or apparent roles (Pawn, Arbiter and Player), and ultimately concludes that despite the appeal of the pawn and arbiter analogies, the Prosecutor is undoubtedly a player. Part three then analyzes more specifically certain actions and inactions of the Prosecutor with a particular emphasis on the issue of feasibility, in order to examine the limits of the Prosecutor's game.

INTRODUCTION

« Je voudrais voir un coucher de soleil... Faites-moi plaisir...
Ordonnez au soleil de se coucher...

— Si j'ordonnais à un général [...] de se changer en oiseau de mer, et si le général n'exécutait pas l'ordre reçu, qui, de lui ou de moi, serait dans son tort ?

— Ce serait vous, dit fermement le Petit Prince.

— Exact. Il faut exiger de chacun ce que chacun peut donner, reprit le Roi. L'autorité repose d'abord sur la raison. [...] J'ai le droit d'exiger l'obéissance parce que mes ordres sont raisonnables.

— Alors mon coucher de soleil ?, rappela le Petit Prince [...].

— Ton coucher de soleil, tu l'auras. Je l'exigerai. Mais j'attendrai, dans ma science du gouvernement, que les conditions soient favorables.

— Quand ça sera-t-il ?, s'informa le Petit Prince.

— Hem ! Hem !, lui répondit le Roi, qui consulta d'abord un gros calendrier, hem ! hem !, ce sera, vers... vers... ce sera ce soir vers sept heures quarante ! Et tu verras comme je suis bien obéi »⁽¹⁾.

(1) A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Le Petit Prince*, Paris, Gallimard, 1999, p. 42.

La mise en place de la Cour pénale internationale (CPI) en 2002 suscita de hautes espérances au sein de la communauté internationale⁽²⁾. Pour la première fois dans l'histoire, une juridiction internationale permanente était instituée en vue de connaître des crimes les plus graves que sont le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression⁽³⁾. Plus de cinquante ans après le jugement rendu par le Tribunal de Nuremberg, et à la suite des tribunaux *ad hoc* institués dans les années 90, le Statut de Rome créant la Cour donnait corps aux espoirs fondés en la justice internationale pénale. Il offrait même la perspective d'une justice « potentiellement universelle »⁽⁴⁾, puisque la compétence de la Cour s'étend aux crimes commis par un ressortissant d'un État partie, sur le territoire d'un État partie ou en quelque autre endroit dans le monde si le Conseil de sécurité des Nations Unies décide de saisir la Cour⁽⁵⁾.

Les plus audacieuses des espérances se heurtent toutefois bien souvent aux plus obstinées des résistances et la mission de la Cour s'annonçait dès le départ être une véritable gageure. Certes, il ne s'agissait pas d'ordonner au soleil de se coucher, mais pénétrer la forteresse, longtemps inexpugnable, des souverainetés étatiques afin de poursuivre les criminels qui s'y abritent semblait également relever d'une douce utopie⁽⁶⁾.

Par quels moyens une institution forte d'un peu moins de sept cents individus allait-elle parvenir à mettre un terme à « l'impunité des auteurs des crimes les plus graves et à concourir à la prévention de nouveaux crimes »⁽⁷⁾ ? La difficulté première à laquelle se heurtait, et se heurte

(2) Voy. L. CONDORELLI, « La Cour pénale internationale — Un pas de géant (pourvu qu'il soit accompli...) », *R.G.D.I.P.*, n° 1, 1999, pp. 7-21 ; R. BADINTER, « From Darkness to Light », in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1931-1935.

(3) Statut de Rome de la Cour pénale internationale, article 5. Les États ne parvinrent pas à s'entendre sur la définition du crime d'agression lors de la Conférence de Rome. Une définition fut adoptée lors de la conférence de révision de Kampala, en juin 2010, mais la Cour ne pourra exercer sa compétence à l'égard de ce crime que si, à partir de 2017, deux tiers des États parties adoptent une décision activant sa compétence et si trente États ratifient l'amendement adopté à Kampala.

(4) A. CASSESE, « Is the ICC Still Having Teething Problems », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, n° 3, 2006, p. 434.

(5) Statut de Rome, articles 12 et 13.

(6) A. CASSESE, « Reflections on International Criminal Justice », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n° 1, 2011, p. 273.

(7) Reprenant la formulation retenue dans le paragraphe 5 du Préambule du Statut, l'ancien Procureur de la CPI, Luis Moreno Ocampo, affirmait ainsi que « l'objectif pour-

encore aujourd'hui, la Cour tient ainsi dans le fait qu'elle est dépendante de la coopération des États. Parce qu'elle est dépourvue de toute force de police et tributaire du bon vouloir des États quant à son budget, la Cour ne peut que s'en remettre à la coopération des États parties au Statut de Rome, et espérer celle de ceux qui ne le sont pas⁽⁸⁾.

Le défi est sans doute encore plus élevé pour le Procureur de la CPI. Cheville ouvrière du mécanisme mis en place par le Statut, sa mission consiste à mener les enquêtes et poursuivre les auteurs des crimes internationaux les plus graves au nom de la communauté internationale⁽⁹⁾. Le Procureur peut ouvrir une enquête si la « situation » lui est déférée par un État partie ou par le Conseil de sécurité des Nations Unies, et il peut également ouvrir une enquête de sa propre initiative (*proprio motu*) si la Chambre préliminaire l'y autorise⁽¹⁰⁾. Le Procureur dispose ainsi d'un pouvoir discrétionnaire conséquent, et là étaient d'ailleurs les craintes des uns et les espoirs des autres lors de la Conférence de Rome⁽¹¹⁾. Néanmoins, celui qui est parfois présenté comme le procureur le plus puissant du monde⁽¹²⁾ ne dispose pas en réalité des moyens dont jouissent ses homologues nationaux et, de surcroît, il opère dans un environnement qui peut être autrement plus réticent à son intervention.

suivi par le Statut de Rome est de mettre un terme à l'impunité des auteurs des crimes les plus graves ayant une portée internationale — génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre — et de concourir à la prévention de ces crimes », in L. MORENO OCAMPO, « The International Criminal Court : Seeking Global Justice », *Case Western Reserve University Law Review*, vol. 40, 2007, p. 216. Les traductions des sources en langue anglaise utilisées tout au long de l'article ont été réalisées par nos soins.

(8) En vertu de l'article 86 du Statut de Rome, les États parties sont soumis à une obligation générale de coopérer. Au 1^{er} septembre 2013, 122 États étaient parties au Statut de Rome.

(9) Statut de Rome, article 42. Voy. C. LAUCCI, « Les poursuites et l'enquête du Procureur », in H. ASCENSIO, E. DECAUX, A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, pp. 865-870 ; J. JONES, « The Office of the Prosecutor », in A. CASSESE, P. GAETA, J. JONES (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, op. cit., pp. 269-274 ; G. TURONE, « Powers and Duties of the Prosecutor », *ibid.*, pp. 1137-1180.

(10) Statut de Rome, article 15.

(11) Voy. P. KIRSCH, « La Cour pénale internationale : de Rome à Kampala », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU (dir.), *Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, 2012, p. 26 ; B. NIGNAN, « Article 15. Le Procureur », *ibid.*, pp. 646 et s. ; A. DANNER, « Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion », *American Journal of International Law*, vol. 97, 2003, pp. 512 et s.

(12) Voy. J. ROZENBERG, « Why the World's Most Powerful Prosecutor Should Resign : Part 1 », *The Telegraph*, 14 septembre 2008, accessible à l'adresse suivante : <http://www.telegraph.co.uk/news/newstoppers/lawreports/joshuarozenberg/2236288/Why-the-worlds-most-powerful-prosecutor-should-resign-Part-1.html>.

En pratique, il doit donc choisir, parmi la multitude de situations qui peuvent relever de la compétence de la Cour, les quelques cas dans lesquels il entend effectivement ouvrir une enquête, ainsi que les individus qu'il entend poursuivre⁽¹³⁾. La question se pose naturellement de savoir à l'aune de quels critères sont opérés ces choix. En tout état de cause, la tension entre l'étendue du mandat du Procureur, d'une part, et la modestie de ses moyens, d'autre part, constitue déjà une limite à sa capacité à concrétiser l'idéal d'une justice globale.

D'une certaine manière, le Procureur ressemble au Roi décrit par Antoine de Saint-Exupéry dans *Le Petit Prince*. Un Roi assis « sur un trône majestueux et cependant très simple », un monarque qui règne « sur les planètes et les étoiles », et dont la juridiction semble « universelle », mais un monarque dont les ressources sont en réalité limitées⁽¹⁴⁾. En raison des contraintes matérielles et politiques pesant sur le Procureur, la question de la faisabilité des enquêtes et des poursuites est une donnée cardinale dans l'exercice de ses fonctions⁽¹⁵⁾, un peu à l'image du Roi dépeint par Saint-Exupéry qui s'efforce de donner des ordres raisonnables afin d'être obéi. Cela contrevient certainement à l'image d'un Procureur mû par le seul souci d'appliquer le droit, mais le Procureur ne saurait faire fi de ces considérations. Elles participent en effet de la légitimité d'une institution naissante, située au croisement du droit et de la politique et qui cherche à s'imposer sur l'échiquier international.

Pour une institution telle que le Bureau du Procureur, la légitimité est fondamentale, précisément parce qu'il s'agit de sa seule arme⁽¹⁶⁾. L'institution doit être perçue comme légitime par son auditoire en vue de le convaincre de coopérer et de soutenir ses actions. Et dans la mesure où cette audience est composée de diverses entités — victimes, juges de la Cour, États, organisations non gouvernementales (ONG), individus, etc. — ayant chacune des intérêts particuliers, potentiellement conflictuels avec ceux des autres, le Procureur se doit d'être un fin diplomate. Il est ainsi engagé dans un dialogue multipartite qui, en

(13) Voy. C. APTEL, « Prosecutorial Discretion at the ICC and Victim's Right to Remedy », *Journal of International Criminal Justice*, n° 5, 2012, pp. 1359 et s.

(14) A. DE SAINT-EXUPÉRY, *Le Petit Prince*, *op. cit.*, pp. 38 et s.

(15) Voy. J. GOLDSTON, « More Candour about Criteria : The Exercise of Discretion by the Prosecutor of the ICC », *Journal of International Criminal Justice*, n° 2, 2010, p. 395.

(16) « Nous n'avons pas de police ni d'armée, mais nous avons la légitimité. Nous l'emporterons », L. MORENO OCAMPO, « The International Criminal Court : Seeking Global Justice », *art. cit.*, p. 225.

raison des rapports de force qui s'exercent, ressemble davantage à une succession de négociations stratégiques.

S'il est une activité qui symbolise l'art de la stratégie et qui a d'ailleurs influencé les théories de la négociation, c'est bien le jeu d'échecs⁽¹⁷⁾. Aux échecs, comme dans toute négociation, saisir et conserver l'initiative, prévoir un plan, étudier le jeu de l'adversaire et savoir se montrer patient sont des préceptes essentiels⁽¹⁸⁾. Les échecs enseignent également l'adaptabilité à des situations inattendues et la résistance aux pressions, que celles-ci proviennent de l'adversaire, du temps qui s'écoule ou de soi-même. Comme l'avait relevé Benjamin Franklin, « le jeu des échecs n'est pas un vain amusement [et] on peut, en le jouant, acquérir ou fortifier plusieurs qualités utiles dans le cours de la vie, et se les rendre assez familières pour s'en servir avec promptitude dans toutes les occasions. La vie est elle-même une sorte de partie d'échecs, dans laquelle nous avons souvent des pièces à prendre [et] des adversaires à combattre »⁽¹⁹⁾. Le « roi des jeux et jeu des rois », selon l'aphorisme célèbre, est donc un outil idéal pour étudier le mécanisme de prise de décision et la mise en œuvre de stratégies. Ceci vaut également, et même particulièrement, pour l'analyse de l'action du Procureur de la CPI. Après tout, le jeu d'échecs est un « substitut à l'art de la guerre »⁽²⁰⁾, et les enseignements d'un des jeux les plus anciens dans l'histoire de l'humanité⁽²¹⁾ peuvent se révéler utiles pour les combats modernes, y compris ceux contre l'impunité.

Le présent article mobilise ainsi l'analogie échiquéenne afin d'appréhender les contraintes pesant sur le Procureur et certaines des stratégies qu'il peut mettre en œuvre. Si le jeu d'échecs sert volontiers de métaphore aux manœuvres militaires, aux relations politiques ou encore économiques, il est d'ordinaire peu utilisé comme référent ou outil dans la littérature juridique⁽²²⁾. Une des raisons tient peut-être à ce que l'es-

(17) Voy., à titre d'illustration, A. KARPOV, J.-F. PHELIZON, *Psychologie de la Bataille*, Paris, Economica, 2004, 204 p. ; B. PANDOLFINI, *Jouer sa vie comme aux échecs*, Paris, Michel Lafon, 2005, 112 p.

(18) B. PANDOLFINI, *op. cit.*, p. 11.

(19) B. FRANKLIN, *The Morals of Chess*, 1779, reproduit in G. WALKER, *The Chess Player*, Boston, Dearborn, 1840, p. 8.

(20) E. JONES, « The Problem of Paul Morphy : A Contribution to the Psychology of Chess », *International Journal of Psychoanalysis*, vol. 12, 1931, p. 2.

(21) J. MAUFRAS, *Le jeu d'échecs*, Paris, PUF, 2005, p. 6.

(22) Une recherche menée par nos soins sur les plus grandes bases de données en France, en Belgique, aux États-Unis et au Royaume-Uni n'a permis de trouver qu'un nombre très limité d'articles parus dans des revues juridiques utilisant de manière suivie la métaphore ou le discours échiquéen, à la différence des revues de sciences poli-

sence même du jeu — la dimension stratégique, le calcul et la poursuite d'un intérêt — sied davantage à l'image que l'on se fait des entreprises guerrières, des calculs froids du monde politique ou de la lutte pour la conquête de nouveaux marchés, qu'à celle d'un droit impartial dont le rendu ne serait que le produit d'une application neutre des règles pertinentes. En d'autres termes, la métaphore échiquéenne serait généralement impropre dans la littérature juridique car elle risquerait de mettre en lumière une part d'instrumentalisation et de calcul qu'une vision traditionnellement présentée du droit réprouve. C'est précisément parce que le Procureur de la CPI opère, sur l'échiquier international, au croisement du droit et de la politique, et parce que ses actions sont en réalité inévitablement politiques⁽²³⁾, que le jeu d'échecs se révèle être un fil conducteur original et éclairant dans l'analyse du rôle et des actions du Procureur de la CPI.

La comparaison avec le jeu d'échecs, y compris dans les différences qu'elle révèle (section I), permet ainsi d'illustrer les différents rôles que le Procureur joue ou prétend jouer (section II), et de saisir plus spécifiquement certaines des stratégies qu'il met en œuvre (section III).

SECTION I. — L'ANALOGIE ÉCHIQUEENNE

Avant de pousser plus avant l'analogie échiquéenne, il est important de la situer et de souligner certaines des différences qui existent entre le jeu du Procureur et celui d'un joueur d'échecs. Ces différences

tiques, économiques ou de management. À titre d'illustration, voy., sous une perspective théorique, O. JOUANJAN, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n° 54, 2011, pp. 27-48 (à propos de la métaphore utilisée par Michel TROPER et Véronique CHAMPEIL-DESPLATS in *Théorie des Contraintes juridiques*, Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2005, pp. 2-3) ; A. MARMOR, « How Law is Like Chess », *Legal Theory*, n° 4, 2006, pp. 347-371. Voy. également G. WEINER, « Chess and the Art of Litigation », *New York State Bar Association Journal*, n° 8, 2003, p. 46. Un certain nombre d'articles mentionnent les « échecs » dans leur titre, mais la référence y est en définitive limitée, voy. D. WILLIAMS, « Law, Chess and Ideals », *University of San Francisco Law Review*, vol. 23, n° 3, 1989, pp. 399-407. On mentionnera également l'étonnante étude dans laquelle l'auteur, un politiste, examine, à partir d'une perspective biopolitique, les méthodes retenues par les juges de la Cour suprême américaine pour interpréter la Constitution, en évaluant leurs décisions à l'aune de modèles tirés de la littérature échiquéenne, I. CARMEN, « Chess Algorithms of Supreme Court Decision Making : A Bioconstitutional Politics Analysis », *Political Behavior*, n° 2, 1989, pp. 99-121.

(23) W. SCHABAS, « Victor's Justice : Selecting "Situations" at the International Criminal Court », *John Marshall Law Review*, vol. 43, n° 3, 2010, p. 549.

semblent plaider en faveur d'une utilisation nuancée de la référence au jeu d'échecs. Néanmoins, à travers la mise en lumière des spécificités du jeu stratégique du Procureur, elles permettent une meilleure appréhension de celui-ci et confortent en définitive l'intérêt de la comparaison échiquéenne. Elles soulèvent en effet des questions fondamentales quant à la mission même du Procureur, et celle de la Cour.

§ 1. — *Le nombre de joueurs*

La différence la plus évidente entre le jeu du Procureur et celui d'un joueur d'échecs est que, comme prévu par l'article 1 des Règles du jeu d'échecs, « le jeu d'échecs se joue entre deux adversaires [...] »⁽²⁴⁾. Deux joueurs, pas plus et sûrement pas moins. Une partie d'échecs mettant aux prises un seul joueur semble en effet relever du non-sens. Stefan Zweig a ainsi décrit dans sa célèbre nouvelle, *Le Joueur d'échecs*, l'histoire d'un homme qui, dans des circonstances particulières, dut jouer contre lui-même et sombra dans la démence⁽²⁵⁾. Par ailleurs, les variantes modernes permettant à trois joueurs de s'affronter ne relèvent déjà plus du même jeu. Après tout, « l'attrait du jeu d'échecs réside tout entier en ceci que deux cerveaux s'y affrontent, chacun avec sa tactique »⁽²⁶⁾. Par conséquent, un joueur d'échecs n'a qu'un seul adversaire et peut ainsi mobiliser son entière attention sur les mouvements de celui-ci.

Si le Procureur de la CPI est bien un joueur⁽²⁷⁾, qui sont ses adversaires ? S'agit-il des auteurs des violations les plus graves du droit international ? S'agit-il des États ? Le Procureur joue-t-il seul ou dispose-t-il d'alliés ? Quel est le rôle des juges de la CPI et dans quelle mesure leur propre jeu empiète-t-il sur celui du Procureur ? Le Procureur est ainsi engagé dans une partie bien plus complexe que celle d'un joueur d'échecs ordinaire parce qu'il doit anticiper et répondre aux mouvements d'une pluralité d'acteurs⁽²⁸⁾. Ces derniers peuvent à tout moment agir, et

(24) Règle du jeu d'échecs, article 1.1, accessible à l'adresse suivante : <http://www.echecs.asso.fr/LivreArbitre/110.pdf>.

(25) S. ZWIG, *Le Joueur d'échecs*, Paris, Stock, 2000, 117 p., traduit de l'allemand *Die Schachnovelle*, paru en 1942.

(26) *Ibid.*, p. 86.

(27) Il est également possible d'envisager le Procureur comme un arbitre ou encore comme un pion, voy. *infra*, section II.

(28) Il serait également possible de rapprocher la situation du Procureur de celle d'un maître jouant une partie simultanée contre plusieurs adversaires. Le maître, qui se déplace de tables en tables, d'échiquiers en échiquiers, mène ainsi plusieurs parties de front, de dif-

le forcer à réagir. En d'autres termes, l'échiquier international sur lequel est placé le Procureur est bien plus instable qu'un échiquier classique. En témoigne la décision prise par la Procureure Fatou Bensouda⁽²⁹⁾ d'ouvrir une enquête sur la situation au Mali en janvier 2013⁽³⁰⁾. Alors que le Bureau du Procureur (BdP) conduisait un examen préliminaire depuis le mois de juillet 2012, la décision d'ouvrir une enquête fut annoncée quelques jours seulement après le début de l'intervention militaire française au Mali. S'il est très probable que le BdP envisageait sérieusement l'ouverture d'une enquête avant ladite intervention, celle-ci a sans doute poussé le BdP à réagir et, en tout état de cause, à modifier son agenda.

§ 2. — *L'équilibre des forces*

La deuxième différence notable entre le jeu du Procureur et celui d'un joueur d'échecs tient au rapport de forces à l'œuvre. Le jeu d'échecs oppose deux joueurs aux forces égales. Si, bien entendu, le niveau respectif des joueurs varie, le joueur occasionnel n'étant pas l'égal de Garry Kasparov, ils disposent pour autant tous deux au départ des mêmes armes, à savoir seize pièces, de surcroît disposées de la même manière. Mis à part l'avantage dont dispose le joueur ayant les pièces blanches de jouer le premier coup, « une totale symétrie lie [donc] les joueurs »⁽³¹⁾. La situation est radicalement différente en ce qui concerne le Procureur. Chaque partie qu'il engage offre un rapport de force différent et celui-ci peut lui être défavorable. Il est évident qu'enquêter sur les crimes qui auraient été commis par le Président soudanais Omar Al-Bachir ou par le Président kenyan, Uhuru Kenyatta, et les poursuivre engendre de bien plus grandes difficultés, politiques et matérielles, que d'enquêter sur les crimes commis par un seigneur de guerre local dont le pouvoir en place

férentes longueurs, contre des adversaires de différentes forces, de la même manière que le Procureur mène de front plusieurs affaires. À ce jour, vingt-et-une affaires, dans le contexte de huit situations, ont été ouvertes, depuis l'affaire *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo* en 2006, à l'affaire *Le Procureur c. Walter Osapiri Barasa* en 2013.

(29) Fatou Bensouda a été élue Procureure de la CPI par l'Assemblée des États parties le 12 décembre 2011 et a pris ses fonctions le 15 juin 2012 en remplacement de Luis Moreno Ocampo.

(30) *ICC Prosecutor opens investigation into war crimes in Mali*, accessible à l'adresse suivante : http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/Pages/pr869.aspx.

(31) J.-C. POLACK, « Échecs », *Chimères*, n° 2, 1987, p. 1.

cherche à se débarrasser. Comme le sait tout joueur d'échecs, le Roi est toujours la pièce la plus difficile à capturer⁽³²⁾.

§ 3. — *L'obligation de jouer*

La troisième différence majeure tient dans le fait qu'un joueur d'échecs a l'obligation de déplacer une pièce lorsque vient son tour de jouer. En d'autres termes, il ne peut passer son tour. Ceci peut conduire à une situation de « zugzwang »⁽³³⁾ lorsque le joueur ayant le trait est contraint de jouer un mauvais coup parce que jouer est, en soi, un désavantage dans la situation dans laquelle il se trouve. Ceci survient surtout en fin de partie, dans des positions délicates, lorsque tout mouvement du joueur ayant la main dégrade sa position. Le Procureur de la CPI, lui, n'est pas astreint à la même obligation et peut, dans le cadre de ses larges pouvoirs discrétionnaires, décider de ne pas agir. C'est ce qu'a notamment choisi de faire l'ancien Procureur Luis Moreno Ocampo en 2006 lorsqu'il a, là aussi dans des situations sensibles, refusé d'ouvrir une enquête sur les crimes qui auraient été commis par des soldats britanniques en Irak⁽³⁴⁾, ou plus récemment en 2012 lorsqu'il a refusé d'enquêter sur les crimes qui auraient été commis par l'armée israélienne en Palestine⁽³⁵⁾. La décision de refuser d'agir peut néanmoins avoir des conséquences tout aussi grandes, si ce n'est plus, que ne l'aurait eu celle de « jouer »⁽³⁶⁾.

(32) En réalité, à proprement parler, le roi ne peut être capturé aux échecs. Il peut seulement être mis en échec. Si le joueur est dans l'impossibilité de parer l'échec, il est alors « échec et mat ». Cette impossibilité de s'emparer du roi fut d'ailleurs mise en avant par Louis VI lui-même lorsqu'un soldat entendit le capturer sur le champ de bataille : « Ignorant et insolent cavalier, même aux échecs un roi ne peut être pris », propos rapportés in J. DEXTREIT, N. ENGEL, *Jeu d'échecs et sciences humaines*, Paris, Payot, 1981, p. 27.

(33) François Le Lionnais et Ernst Maget, dans leur *Dictionnaire des échecs*, Paris, PUF, 1967, en donnent la définition suivante : « situation curieuse où le meilleur coup pour un camp serait de ne pas jouer, tous les coups possibles entraînant un dommage, un danger ou une perte de matériel. Cela étant interdit, il faut donc jouer et causer sa propre perte ».

(34) *Réponse du BDP concernant les communications reçues à propos de l'Irak* (9 février 2006), accessible à l'adresse suivante : http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/04D143C8-19FB-466C-AB77-4CDB2FDEBEF7/143683/OTP_letter_to_senders_re_Iraq_9_February_2006_Fr.pdf.

(35) Bureau du Procureur, *Situation en Palestine* (3 avril 2012), accessible à l'adresse suivante : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/C6162BBF-FEB9-4FAF-AFA9-836106D2694A/284388/SituationinPalestine030412FRA.pdf>.

(36) Voy. *infra* nos développements sur l'« inaction », section III, § 1.

§ 4. — *Les règles du jeu*

La quatrième différence tient au fait que le jeu d'échecs est un jeu ancien dont les règles sont aujourd'hui bien établies⁽³⁷⁾, alors que le droit international pénal, et plus précisément le Statut de Rome ayant donné naissance à la CPI, sont des développements récents⁽³⁸⁾ dont les règles continuent d'évoluer. Concernant la CPI, si les articles du Statut codifient les plus importantes des dispositions applicables, le Procureur et les chambres de la Cour n'en sont pas moins engagés dans un processus de spécification et, parfois même, de modification des règles⁽³⁹⁾.

En outre, l'objectif aux échecs est clair et relativement simple : il s'agit de gagner en « matant » son adversaire⁽⁴⁰⁾. Il en va différemment pour le Procureur, et la CPI plus généralement. Le Procureur a certes rappelé à maintes reprises que l'objectif poursuivi par le Statut est de mettre fin à l'impunité des auteurs des plus graves violations du droit international et de prévenir la commission de futurs crimes⁽⁴¹⁾ mais la signification concrète de la formule n'en est pas pour autant évidente. En particulier, se pose la question de savoir comment le Procureur doit résoudre la tension entre justice et paix lorsque, par exemple, des belligérants exigent l'assurance qu'ils ne seront pas poursuivis en tant que condition *sine qua non* à leur arrêt des combats. Parvenir à un accord de paix, quand bien même cela se ferait au détriment des impératifs de la justice, peut être un moyen plus efficace de mettre fin et de prévenir la commission des crimes que l'inflexible poursuite des coupables. Au-

(37) Si certaines légendes font remonter l'origine du jeu d'échecs à deux mille ans avant notre ère, la plupart des historiens s'accordent néanmoins à dire que le jeu fut inventé en Inde au VI^e siècle. Les règles du jeu n'ont quasiment pas changé depuis le XVII^e siècle.

(38) Pour un aperçu historique, voy. R. BADINTER, « De Nuremberg à La Haye », *Revue internationale de droit pénal*, n° 3, 2004, pp. 699 et s. Voy. également O. DE FROUVILLE, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, pp. 13 et s. ; D. REBUT, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 479 et s. ; C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, Boston, Martinus Nijhoff, 2013, pp. 535-648.

(39) Voy. M. ARSANJANI, W.M. REISMAN, « Law-in-Action of the International Criminal Court », *American Journal of International Law*, vol. 99, n° 2, 2005, pp. 385-403.

(40) « L'objectif de chaque joueur est de placer le roi adverse "sous une attaque", de telle manière que l'adversaire n'ait aucun coup légal. On dit que le joueur qui atteint ce but a "maté" le roi adverse et gagné la partie », Règle du jeu d'échecs, article 1.2.

(41) Voy. *supra*, note 7 ; « l'objet et la but poursuivi par le Statut est la prévention des crimes les plus graves à travers la lutte contre l'impunité », Bureau du Procureur, *Policy Paper on the Interest of Justice* (2007), accessible à l'adresse suivante : <http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/772c95c9-f54d-4321-bf09-73422bb23528/143640/iccotpinterestsofjustice.pdf>.

delà du débat « paix contre justice »⁽⁴²⁾, les opinions divergent parmi les auteurs et praticiens quant aux orientations de la CPI et à la manière dont ces objectifs peuvent être atteints⁽⁴³⁾.

§ 5. — *La fin du jeu*

La dernière différence majeure porte sur la fin du jeu. Nous venons de voir que si les finalités du jeu d'échecs sont claires, celles de la CPI demeurent, dans une certaine mesure, sujettes à débat. Mais qu'en est-il de la fin du jeu ? Le jeu d'échecs est un jeu délimité dans le temps et trois résultats sont possibles : les Blancs gagnent, les Noirs gagnent ou la partie s'achève par un match nul. Lorsque les joueurs s'asseyent à leurs tables, ils savent ainsi que dans quelques dizaines de coups la partie sera terminée. Le jeu d'échecs est à cet égard un jeu fermé⁽⁴⁴⁾. S'agissant du Procureur, peut-on imaginer une fin à son jeu ? Peut-il perdre ? Et comment pourrait-il gagner⁽⁴⁵⁾ ?

Il ne rentre pas dans le cadre de cet article de répondre à ces questions qui, sans doute, continueront de susciter l'intérêt et le débat parmi les universitaires dans les années à venir, mais quelques éléments méritent d'être mentionnés.

(42) Voy. A.-L. VAURS-CHAUMETTE, « La CPI et le maintien de la paix », in J. FERNANDEZ, X. PACREAU (dir.), *Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, op. cit., pp. 65-75 ; W. SCHABAS, *The International Criminal Court — A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 42 et s., sur les rapports entre paix et justice ; J. CLARK, « Peace, Justice and the International Criminal Court », *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9, n° 3, 2011, pp. 521-545 ; R. MNOOKIN, « Rethinking the Tension between Peace and Justice : the International Criminal Prosecutor as a Diplomat », *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 18, 2013, pp. 145-174.

(43) La CPI aurait ainsi hérité de la « schizophrénie des missions du droit international pénal », entre orientations globales et poursuites d'objectifs locaux, M. DEGUZMAN, « Choosing to Prosecute : Expressive Selection at the International Criminal Court », *Michigan Journal of International Law*, vol. 33, 2012, p. 280.

(44) Néanmoins, entre le premier coup joué et le dernier, le nombre de possibilités est proprement astronomique. Le nombre de positions possibles au cours d'une partie est d'ailleurs supérieur au nombre d'atomes dans l'univers. C'est sûrement ce qui conduisait Pierre Mac Orlan à déclarer qu'« il y a plus d'aventures sur un échiquier que sur toutes les mers du monde », in *L'ancre de miséricorde*, Lausanne, La Guilde du livre, 1946, p. 78.

(45) Sur l'importance de la question et sur ce que signifierait « réussir » pour le Procureur, voy. les remarques émises par le coordinateur des poursuites au Bureau du Procureur, Alex Whiting, in *Whiting offers views on the International Criminal Court's impact*, accessible à l'adresse suivante : http://www.law.harvard.edu/news/2012/10/15_whiting-on-international-criminal-courts-impact.html.

À l'aune d'une approche minimaliste, le simple fait que le Procureur enquête et poursuive les auteurs des crimes les plus graves et que ceux-ci soient jugés à La Haye est sans doute déjà une victoire⁽⁴⁶⁾. En d'autres termes, le simple fait que le Procureur ait trouvé sa place sur l'échiquier international, et qu'il « joue », peut être envisagé comme un succès fonctionnel⁽⁴⁷⁾. Des espoirs audacieux de Gustave Moynier visant à créer un tribunal pénal permanent en 1872⁽⁴⁸⁾ au procès de Thomas Lubanga Dyilo en 2012, le premier devant la CPI, un long chemin jalonné d'obstacles a été parcouru. La Cour est désormais une réalité et le Procureur est l'acteur essentiel qui oriente son activité.

Les plus idéalistes objecteront peut-être que le Procureur ne remportera sa partie que lorsqu'il n'y aura plus de génocides, de crimes contre l'humanité, de crimes de guerre ou de crimes d'agression. Mais, sans vouloir jouer les oiseaux de mauvais augure, un aperçu de la réalité des conflits d'aujourd'hui amène à douter de l'imminence de ce jour. Comme l'a souligné le Professeur Antonio Cassese, « dans le sombre labyrinthe de nos vies, une des rares choses dont on peut être certain

(46) Le Procureur fait indéniablement et fera encore face à l'avenir à de nombreux défis, mais cela n'empêche pas de pouvoir apprécier les réalisations passées et d'espérer de futurs succès. Les enseignements du jeu d'échecs sont ici instructifs puisque « nous acquérons par le jeu des échecs, l'habitude de ne pas nous décourager, en considérant le mauvais état où nos affaires semblent être quelquefois, l'habitude d'espérer un changement favorable, et celle de persévérer à chercher des ressources », in B. FRANKLIN, *The Morals of Chess, op. cit.*, p. 8. Le grand maître Aron Nimzovitsch affirmait dans le même sens que « l'optimisme est, en dernière analyse, déterminant aux échecs. J'entends par là qu'il est psychologiquement bon de développer la faculté de se réjouir des petits avantages [...]. L'optimisme est la base psychologique indispensable pour le jeu stratégique. C'est cet optimisme également qui nous apporte la force face aux périls, aussi grands soient-ils, de percevoir la plus faible des lumières nous permettant encore d'espérer, in *My System 21st century Edition*, Hays Publishing, 1994, p. 35 (traduction de l'ouvrage *Mein System*, paru en 1925).

(47) On peut néanmoins envisager l'activité du Procureur sous un angle différent. À l'aune du principe de complémentarité, maître-mot de l'intervention de la Cour, l'activité du Procureur est le signe que les États ont failli à leur devoir d'enquêter et de poursuivre les auteurs des crimes les plus graves. Le succès fonctionnel du Procureur serait donc, en creux, le révélateur de l'échec des institutions nationales. Voy. *infra*.

(48) G. MOYNIER, « Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à parvenir, à prévenir et réprimer les infractions à la Convention de Genève », *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 11, 1872, pp. 122-131.

est l'intolérable degré de souffrance que les êtres humains s'infligent à travers les conflits armés et l'agression »⁽⁴⁹⁾.

Ceci conduit à adopter une approche plus réaliste en vertu de laquelle il apparaît que le Procureur, à la différence d'un joueur d'échecs, est engagé dans une partie sans fin. Il pourra, affaires après affaires, procès après procès, obtenir la condamnation des criminels et des visages de l'impunité, mais son véritable adversaire, l'impunité elle-même, est un ennemi mobile qu'il pourra mettre en échec, mais sans doute jamais « mater ».

Les questions soulevées par la comparaison entre le jeu du Procureur et celui d'un joueur d'échecs mettent en lumière les défis majeurs auxquels sont confrontés la Cour et le Procureur. À la lumière des différences et des rapprochements esquissés dans les développements qui suivent, la métaphore échiquéenne offre une grille de lecture unique permettant d'analyser les rôles du Procureur et les stratégies dynamiques qu'il utilise pour mener à bien sa mission.

SECTION II. — LES RÔLES DU PROCUREUR

Si l'on rapproche les actions menées par le Procureur et le jeu d'échecs, la première des questions qui vient à l'esprit porte sur le rôle même du Procureur. En d'autres termes, où se situe-t-il sur l'échiquier international ? Si la métaphore de l'arbitre (§ 1) et celle du pion (§ 2) se révèlent attrayantes, le Procureur est pourtant indiscutablement un joueur (§ 3).

§ 1. — *L'arbitre*

Il peut sembler paradoxal, à première vue, de vouloir comparer le Procureur de la CPI à un arbitre. Après tout, la réserve et la mesure généralement attendues d'un arbitre semblent difficilement conciliables avec le rôle actif traditionnellement reconnu au Procureur : celui de la voix des sans-voix et du défenseur des victimes des crimes les plus graves⁽⁵⁰⁾.

(49) A. CASSESE, « Reflections on International Criminal Justice », *art. cit.*, p. 271.

(50) R. GLADSTONE, « A Lifelong Passion Is Now Put to Practice in The Hague », *New York Times*, 19 janvier 2013, p. A7. La Procureure Fatou Bensouda déclare elle-même être « tournée vers les victimes » (« *I am a victim oriented person. I like to see that the victims know that they have a voice* »), *id.*

Les critiques du Procureur feront également valoir qu'il est un acteur politique, soumis aux intérêts des plus forts, loin, là encore, de l'image d'un arbitre impartial⁽⁵¹⁾. La métaphore de l'arbitre ne saurait pourtant être écartée si facilement. Si elle ne correspond pas totalement à ce que le Procureur *fait* en réalité, elle illustre dans une large mesure ce qu'il *prétend faire*.

En vertu de la métaphore de l'arbitre, le Procureur est un acteur neutre qui « suit les preuves »⁽⁵²⁾ et applique le droit, « rien de plus, rien de moins »⁽⁵³⁾, sans être influencé par les rapports de force internationaux, de la même manière qu'un arbitre aux échecs appliquerait les règles du jeu sans distinction entre les joueurs, indépendamment de leur force ou de leur renommée⁽⁵⁴⁾. En d'autres termes, le Procureur est insensible à toutes pressions politiques et il ne fait qu'appliquer, presque mécaniquement, les dispositions du Statut de Rome. L'ancien Procureur Luis Moreno Ocampo a ainsi affirmé dans un discours prononcé en 2010 :

« Je ne saurais prendre en compte des considérations politiques. Je dois respecter scrupuleusement mes limites juridiques, et mon approche n'est pas d'étendre indûment l'interprétation des normes adoptées à Rome. [...] Mon rôle est d'appliquer le droit sans considérations politiques. Les autres acteurs doivent s'adapter au droit »⁽⁵⁵⁾.

« Qui sont les acteurs ? Certainement pas moi », c'est par cette autre formule que Luis Moreno Ocampo présentait son rôle dans un documentaire remarqué sur les dernières années de son mandat⁽⁵⁶⁾. L'idée sous-

(51) Voy. *infra*, note 77.

(52) Luis Moreno Ocampo, cité in J. GOLDSTON, « More Candour about Criteria », *art. cit.*, p. 387, note 16.

(53) « J'ai l'énorme responsabilité de sélectionner les situations dans lesquelles la Cour interviendra [...]. En définitive, sélectionner une situation n'a rien de complexe. Je dois appliquer le droit. Rien de plus. Rien de moins », L. MORENO OCAMPO, discours prononcé à l'occasion de la commémoration du 10^e anniversaire du Statut le 17 juillet 2008, accessible à l'adresse suivante : http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Publications/ASP-PUB-10th-Ann-FRA.pdf.

(54) Le Préambule des Règles du jeu d'échecs dispose ainsi que « les Règles du jeu sous-entendent que les arbitres possèdent la compétence requise, un jugement sûr et une objectivité absolue ».

(55) L. MORENO-OCAMPO, « Keynote Address », Council on Foreign Relation, discours prononcé le 4 février 2010, accessible à l'adresse suivante : <http://www.cfr.org/international-law/prepared-remarks-luis-moreno-ocampo-prosecutor-icc/p21375>.

(56) *Le Procureur*, réalisé par M. VETTER et M. GENTILE, 2013, 87 min. (le passage en question intervient après 5 minutes et 20 secondes).

jacente est bien que le Procureur est en dehors du jeu, et qu'il ne fait qu'en appliquer les règles aux joueurs.

Dans le même sens, la nouvelle Procureure, Fatou Bensouda pouvait déclarer en 2012 :

« Le Bureau du Procureur ne saurait céder aux considérations politiques ni ajuster son travail par rapport au calendrier des négociations de paix. Il doit toujours conduire son travail sur la base du droit et des preuves collectées et agir en conséquence, de manière indépendante »⁽⁵⁷⁾.

La thèse de l'arbitre est une vision idéaliste que les deux Procureurs de la CPI à ce jour ont invoquée et tenté de faire accepter. Pour une institution qui opère à la jonction du droit et de la politique internationale, il y a un intérêt évident à apparaître comme un arbitre. Le voile de la neutralité est un puissant facteur de légitimité pour cette institution naissante, et s'y draper peut servir à rassurer ceux qui s'inquiètent des larges pouvoirs discrétionnaires du Procureur⁽⁵⁸⁾. Il n'est pas surprenant que d'autres acteurs du droit, eux aussi suspectés d'être animés par des considérations politiques, ont eu recours à cette analogie. Le plus célèbre exemple est sans doute la déclaration de John Roberts lors de son audition pour sa confirmation au poste de *Chief Justice* des États-Unis (Président de la Cour suprême) :

« Les juges sont comme des arbitres. Les arbitres ne créent pas les règles ; ils les appliquent. Le rôle de l'arbitre et du juge est essentiel. Ils assurent tous deux que tout le monde obéit aux règles mais c'est un rôle limité [...]. Mon rôle est d'arbitrer, pas de jouer »⁽⁵⁹⁾.

Les dispositions du Statut de Rome relatives au Procureur soutiennent dans une large mesure la thèse de l'arbitre. Ainsi en est-il des articles 42, qui dispose que le BDP « agit indépendamment en tant qu'organe distinct de la Cour », que « ses membres ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune source extérieure » et que « le Procureur et les Procureurs adjoints n'exercent aucune activité qui puisse faire douter de leur indépendance », 45, sur l'impartialité du Procureur et des Procureurs adjoints, ou 54 qui dispose que « le Procureur instruit tant à charge qu'à

(57) F. BENSOU DA, « Reflections from the International Criminal Court Prosecutor », *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 45, 2012, p. 510.

(58) Voy. *supra*, note 11.

(59) U.S. Senate Judiciary Committee, John Roberts Hearings, 12 septembre 2005, accessible à l'adresse suivante : <http://www.gpo.gov/fdsys/search/pagedetails.action?granuleId=&packageId=GPO-CHRG-ROBERTS>.

décharge ». Cette dernière disposition témoigne ainsi que le Procureur n'est pas une simple partie au procès, mais « qu'il est censé exercer les fonctions d'un organe de justice impartial »⁽⁶⁰⁾.

Les *policy papers* adoptés et rendus publics par le BdP s'inscrivent dans la même optique. Ces documents définissent les missions, orientations et stratégies du Bureau, et précisent les critères à partir desquels ses décisions sont adoptées⁽⁶¹⁾. Il n'y a rien de surprenant à ce que ces documents promeuvent la thèse de l'arbitre puisqu'ils visent précisément à illustrer l'impartialité du Bureau et à rendre plus objectif l'exercice des pouvoirs discrétionnaires du Procureur⁽⁶²⁾. Ainsi, dans la *Communication sur les intérêts de la justice*⁽⁶³⁾ publiée en 2007, le Procureur précisa les circonstances exceptionnelles dans lesquelles il peut, s'agissant d'une affaire qui relève pourtant de la compétence de la Cour, s'abstenir d'ouvrir une enquête ou de poursuivre au motif que de telles actions ne serviraient pas les « intérêts de la justice », selon la formule retenue par l'article 53 du Statut de Rome⁽⁶⁴⁾. Le Procureur prit alors le soin de distinguer les intérêts de la justice des intérêts liés à la paix, qui eux relèvent du mandat d'autres institutions, à savoir des institutions politiques telles que le Conseil de sécurité des Nations Unies. Dans la détermination de l'opportunité d'abandonner une affaire qui rentre pourtant dans le champ de compétence de la Cour, le Procureur ne prend donc en considération que les intérêts de la justice et non ceux liés à la paix. D'une certaine manière cette position ressemble à celle des cours américaines qui refusent de se prononcer sur les questions dites « politiques » parce que celles-ci sont insusceptibles de résolution judiciaire et relèvent des branches exécutive ou législative⁽⁶⁵⁾. Cette approche participe de la même volonté de distinguer le *politique* et de le renvoyer vers d'autres acteurs, ce qui permet par la même occasion à l'institution en question de signifier qu'elle ne rentre pas dans le jeu politique. Ici, le BdP délimite sa compétence aux intérêts

(60) G. TURONE, « Powers and Duties of the Prosecutor », *art. cit.*, p. 1164.

(61) Ces documents sont accessibles sur le site de la Cour.

(62) Voy., sur l'intérêt de ces *policy papers* pour le Procureur, A. DANNER, « Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion », *art. cit.*, pp. 541-550.

(63) Bureau du Procureur, *Policy Paper on the Interest of Justice* (2007), *op. cit.*, p. 1.

(64) L'article 53 du Statut dispose que : « Le Procureur, après avoir évalué les renseignements portés à sa connaissance, ouvre une enquête, à moins qu'il ne conclue qu'il n'y a pas de base raisonnable pour poursuivre en vertu du présent Statut. Pour prendre sa décision, le Procureur examine : [...] 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 ».

(65) Voy. E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1999, pp. 129 et s.

de la justice et s'interdit la possibilité de prendre en considération les questions politiques — les intérêts liés à la paix⁽⁶⁶⁾. En interprétant strictement l'article 53 du Statut de Rome, le Procureur entend réaffirmer son imperméabilité aux considérations politiques⁽⁶⁷⁾.

Néanmoins, en dépit des dispositions du Statut de Rome, des *policy papers* et des déclarations du Procureur, la thèse de l'arbitre ne résiste pas à l'épreuve des faits. Les efforts du Procureur pour se présenter comme un acteur qui ne fait « qu'appliquer le droit, ni plus, ni moins » ne rendent pas compte de la complexité des décisions qu'il doit adopter en pratique, en particulier celle de choisir les situations dans lesquelles il entend mener une enquête. Comme l'a souligné James Goldston, « aussi puissant soit l'attrait de l'image de la neutralité, l'expérience et le bon sens suggèrent que le droit ne peut pas être entièrement séparé du contexte dans lequel il s'applique »⁽⁶⁸⁾. Et l'auteur d'en appeler à plus grande transparence et la reconnaissance des considérations stratégiques et politiques qui influent sur les choix du BdP.

Par ailleurs, le Procureur n'est pas un juge et la neutralité qui est requise de celui-ci est différente, par nature, de celle dont il doit faire preuve. Assurément, il doit respecter les principes élémentaires d'indépendance, d'impartialité et d'équité. Il est néanmoins investi d'une mission particulière — poursuivre les auteurs des plus graves violations du droit international — qu'il doit remplir dans un environnement sensible et qui implique des choix qui le sont tout autant. En réalité, le Procureur

(66) « Je dois rappeler que les “intérêts de la justice” ne doivent pas être confondus avec les intérêts de la paix et de la sécurité [...]. La Cour et le Bureau du Procureur ne prennent pas en compte les considérations politiques. Nous devons respecter nos limites posées par le droit. La perspective des négociations de paix n'est donc pas un élément que le Bureau intègre dans la détermination des intérêts de la justice. La communauté internationale a institué une répartition claire des responsabilités. Le Conseil de sécurité s'occupe de la paix et de la sécurité, la CPI s'occupe de la justice », Fatou BENSOUDA, in « Reconciling the independent role of the ICC Prosecutor with conflict resolution », discours prononcé le 10 octobre 2012 à Pretoria et accessible à l'adresse suivante : <http://www.issafrika.org/uploads/10Oct2012ICCKeyNoteAddress.pdf>.

(67) D'autres conclusions quant au rapport entre paix et justice étaient néanmoins possibles, voy. W. SCHABAS, *The International Criminal Court — A Commentary on the Rome Statute*, *op. cit.*, p. 42. L'approche adoptée par le Procureur peut aussi être envisagée comme un moyen stratégique par lequel le Procureur se lie les mains, réduisant ainsi sa liberté d'action mais réduisant aussi, pour l'avenir, la pression pesant sur lui puisque le choix d'écarter les considérations liées aux intérêts de la paix aura déjà été fait, voy. R. MNOOKIN, « Rethinking the Tension between Peace and Justice : the International Criminal Prosecutor as Diplomat », *art. cit.*, p. 155.

(68) J. GOLDSTON, « More Candour about Criteria », *art. cit.*, p. 386.

ne peut ignorer les considérations politiques ; ses choix sont à vrai dire éminemment politiques comme l'a mis en exergue le Professeur William Schabas⁽⁶⁹⁾. L'auteur recommande lui aussi une plus grande transparence à ce sujet et l'abandon du « mythe » d'une institution soustraite à toute influence politique⁽⁷⁰⁾.

Le Procureur tient un rôle bien trop essentiel pour rester sur le bord de l'échiquier et demeurer en dehors du jeu. Le pouvoir discrétionnaire dont il jouit, ainsi que les contraintes qui pèsent sur lui, sont bien trop fortes également pour qu'il puisse s'affranchir de toutes considérations politiques.

§ 2. — *Le Pion*

Diamétralement opposée à la thèse de l'arbitre, figure celle du pion. En vertu de cette approche, le Procureur est un objet soumis à la volonté des vrais acteurs : les États, qu'ils agissent individuellement ou collectivement dans le cadre du Conseil de sécurité des Nations Unies. Partant, le Procureur n'aurait pas de capacités d'action ni de stratégies propres. En tant que pion, il ne pourrait qu'être utilisé et déplacé sur l'échiquier international, au gré des intérêts des États⁽⁷¹⁾. Si la thèse de l'arbitre était idéaliste, celle-ci pousse sans doute le réalisme jusqu'au cynisme.

Trois illustrations de la thèse du pion sont particulièrement instructives. La première, et sans doute la plus puissante, concerne les « auto-saisines », c'est-à-dire le fait pour des États de déférer à la Cour pénale internationale une situation ayant cours sur leur propre territoire⁽⁷²⁾. Une

(69) Voy. *supra*, note 23.

(70) *Ibid.*, p. 552.

(71) Toutes les pièces aux échecs sont nécessairement déplacées par le joueur et aucune pièce ne jouit d'une autonomie d'action. Nous utilisons ici la métaphore du pion parce que la figure du pion symbolise l'idée même de l'instrumentalisation d'une personne ou d'une institution.

(72) Sur la controverse suscitée par les auto-saisines, voy. C. BAKKER, « Le principe de complémentarité et les "auto-saisines" : un regard critique sur la pratique de la Cour pénale internationale », *R.G.D.I.P.*, 2008, pp. 361-376 ; P. GAETA, « Is the Practice of "Self-Referrals" a Sound Start for the ICC ? », *Journal of International Criminal Justice*, n° 4, 2004, pp. 949-952 ; D. ROBINSON, « The Controversy over Territorial States Referrals and Reflections on ICL Discourse », *Journal of International Criminal Justice*, n° 2, 2011, pp. 355-384. Quatre États ont à ce jour déféré à la Cour des situations ayant cours sur leur propre territoire : l'Ouganda, la République démocratique du Congo, la République centrafricaine et le Mali. Le Conseil de sécurité a déféré les situations au Darfour (Soudan) et en

fois saisi, le Procureur peut décider d'ouvrir une enquête, sans que cela ne soit toutefois une obligation, et peut théoriquement enquêter sur les crimes prétendument commis par chacun des belligérants, que ce soit les forces gouvernementales ou des mouvements dissidents, par exemple. Dans les faits, le Procureur n'a pourtant poursuivi principalement que des rebelles. Sans doute faut-il y voir en partie une illustration de ses faiblesses ; le Bureau du Procureur a en effet besoin de la coopération des États et « il est évident qu'il obtiendra plus aisément la collaboration des autorités nationales [...] lorsque des opposants sont visés par la justice pénale internationale » que s'il s'agit des dirigeants eux-mêmes⁽⁷³⁾. L'argument fréquemment invoqué au soutien de la thèse du pion est donc que les chefs d'États africains ayant ainsi saisi la Cour en vertu de l'article 14 du Statut de Rome l'ont manipulée à des fins politiques, soit pour se débarrasser d'ennemis politiques gênants, soit en vue d'améliorer leur image sur la scène internationale en coopérant avec la CPI⁽⁷⁴⁾.

Outre la question des auto-saisines, la thèse du pion est également appuyée par les événements intervenus en Libye en 2011. Un certain nombre d'observateurs ont vu en effet dans l'affaire libyenne un exemple patent de la manipulation du Procureur et de la Cour par les puissances phares du Conseil de sécurité⁽⁷⁵⁾. Selon cette approche, les puissances intervenantes ont instrumentalisé la Cour afin de pouvoir présenter leur intervention militaire sous le jour de la justice, d'isoler Mouammar Kadhafi et d'exercer des pressions sur celui-ci, avant ensuite d'abandonner la Cour lorsque celle-ci devenait un obstacle aux nouveaux intérêts politiques dans la Libye post-Kadhafi. L'invocation de possibles crimes

Libye et le Procureur a ouvert une enquête de son propre chef (*proprio motu*) concernant les situations au Kenya et en Côte d'Ivoire.

(73) C. MAIA, K. HAMA, « La Cour pénale internationale vue d'Afrique : organe juridictionnel ou organe politique ? », *L'Observateur des Nations Unies*, n° 1, 2012, p. 89.

(74) *Ibid.* et S. NOUWEN, W. WERNER, « Doing Justice to the Political : The International Criminal Court in Uganda and Sudan », *European Journal of International Law*, vol. 21, n° 4, 2011, pp. 941-965.

(75) Voy. M. KERSTEN, « Between Justice and Politics : The International Criminal Court's Intervention in Libya », in C. STAHN, S. KENDALL, C. DE VOS (dir.), *International criminal justice and « local ownership » : Assessing the impact of justice interventions*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, à paraître. Pour un rappel des faits pertinents ici, le Conseil de Sécurité avait décidé, dans une résolution en date du 26 février 2011, de déférer les événements intervenus en Libye au Procureur de la CPI considérant que les crimes intervenus pouvaient relever de crimes contre l'humanité (résolution 1970) avant, un mois plus tard, d'autoriser le recours à la force afin de protéger les populations civiles (résolution 1973).

contre l'humanité et la mobilisation de l'argument de la lutte contre l'impunité à travers la référence à la CPI rendaient en effet l'intervention non seulement acceptable mais même nécessaire. Mais le double discours n'était pas loin lorsque, alors même que la CPI avait émis un mandat d'arrêt contre le chef d'État libyen, les puissances occidentales exploiraient la possibilité de garantir son impunité afin de sortir de l'impasse militaire. Et l'abandon de la cause de la CPI se faisait encore plus fort lorsque les puissances soutinrent ou ne s'opposèrent pas à la perspective du jugement de Saïf al-Islam Kadhafi et d'Abdallah Senoussi par les nouvelles autorités libyennes⁽⁷⁶⁾.

Enfin, selon une version néo-colonialiste de la thèse du pion, le Procureur est dépeint comme un pion aux mains des États occidentaux qui, à dessein, a focalisé son activité sur les pays africains. En d'autres termes, le fait que toutes les enquêtes et toutes les poursuites à ce jour lancées par le Procureur de la CPI concernent des situations ayant cours en Afrique et ne visent que des Africains, ne serait pas le fruit d'une application neutre des dispositions du Statut de Rome mais celui de la soumission du Procureur aux visées impérialistes des puissances occidentales⁽⁷⁷⁾. Le Procureur aurait lui-même tiré avantage de la situation puisque les expériences menées sur le cobaye africain lui auraient permis en retour de légitimer son propre rôle⁽⁷⁸⁾. Une vaste littérature existe sur à ce sujet⁽⁷⁹⁾, et cette thèse a été réaffirmée de manière remarquée par le

(76) Si les défenseurs de la Cour voudront voir dans le fait que Saïf al-Islam Kadhafi et Abdallah Senoussi soient jugés en Libye une victoire du principe de complémentarité positive, la vérité est qu'ils n'ont pas d'autres choix, tant il est improbable que les autorités libyennes acceptent leur transfèrement à La Haye, *ibid.*

(77) Voy. M. MAMDANI, « The New Humanitarian Order », *The Nation*, 28 septembre 2008, pp. 17 et s.

(78) « Il semble que l'Afrique soit devenue le laboratoire utilisé pour expérimenter le nouveau droit international », Jean Ping, président de la Commission de l'Union africaine, interview à la BBC, accessible à l'adresse suivante : <http://news.bbc.co.uk/2/hi/africa/7639046.stm> ; « Les Africains sont devenus les agneaux sacrificiels de la quête, par la CPI, d'une légitimité globale », in C. JALLOH, « Regionalizing International Criminal Law ? », *International Criminal Law Review*, vol. 9, 2009, p. 463.

(79) Voy., à titre d'illustration, P. MANIRAKIZA, « L'Afrique et le système de justice pénale internationale », *African Journal of Legal Studies*, vol. 3, n° 3, 2009, pp. 21-52 ; A. DIOMANDÉ, « La Cour pénale internationale : une justice à double vitesse ? », *R.D.P.*, 2012, pp. 1013-1030 ; C. JALLOH, « Regionalizing International Criminal Law ? », *International Criminal Law Review*, art. cit. ; C. JALLOH, « Africa and the International Criminal Court : Collision Course or Cooperation ? », *North Carolina Central Law Review*, vol. 34, 2012, pp. 203-229. Voy. également la décision des pays membres de l'Union africaine, adoptée le 3 juillet 2009, de refuser de coopérer dans l'arrestation et

Président ougandais Yoweri Museveni le 9 avril 2013, lors de la prestation de serment du Président kenyan Uhuru Kenyatta :

« Je tiens à louer les électeurs kenyans pour avoir rejeté le chantage de la Cour pénale internationale et de ceux qui cherchent à se servir de cette institution pour leurs propres desseins. Je faisais partie de ceux qui soutenaient la CPI, car j'abhorre l'impunité. Mais les acteurs pleins d'arrogance et d'idées arrêtées qui se basent sur leurs analyses irréflechies ont dénaturé le but de cette institution. Ils s'en servent maintenant pour installer en Afrique les dirigeants de leur choix et pour éliminer ceux qu'ils n'aiment pas »⁽⁸⁰⁾.

La métaphore du pion est toutefois plus complexe qu'il n'y paraît. Par exemple, dans le cas de la République démocratique du Congo et de l'Ouganda, le Procureur a très fortement encouragé les États à déférer ces situations à la Cour, et donc, à le saisir⁽⁸¹⁾. Le pion n'est dès lors pas forcément celui que l'on croit et le Procureur a lui aussi instrumentalisé la situation afin de pouvoir lancer ses premières enquêtes sans avoir à faire œuvre de ses pouvoirs *proprio motu*. Cette solution offrait ainsi l'avantage de permettre au Procureur d'opérer sans renforcer en retour la thèse néo-colonialiste puisque ce sont les États africains eux-mêmes qui ont demandé l'intervention de la Cour, et non le Procureur de son propre chef⁽⁸²⁾.

De plus, la thèse néo-colonialiste peut elle-même être remise en cause à l'aune d'une autre déclinaison de la théorie du pion puisqu'elle apparaît comme faisant elle aussi l'objet d'une instrumentalisation. La mesure dans laquelle les sociétés civiles des pays africains concernés adhèrent à la thèse néo-colonialiste invoquée par certains de leurs dirigeants est

le transfèrement d'Omar Al-Bashir, Décision sur le rapport de la Commission sur la réunion des États africains parties au statut de Rome de la Cour pénale internationale (CPI), Doc. Assembly/AU/13(XIII).

(80) « Statement by H.E. Yoweri Kaguta Museveni President of the Republic of Uganda », 9 avril 2013, accessible à l'adresse suivante : http://allafrica.com/stories/201304091224.html?aa_source=slideout.

(81) Bureau du Procureur, « Rapport sur les activités mises en œuvre au cours des trois premières années (juin 2003 — juin 2006) », 12 septembre 2006, p. 7, accessible sur le site de la Cour.

(82) Fatou Bensouda s'appuie sur le même argument lorsqu'elle fait valoir, à l'encontre de ceux qui pointent du doigt le parti pris anti-africain de la Cour, que ce sont les États africains eux-mêmes qui ont déféré les situations à la Cour, in « Lessons from Africa », discours prononcé le 15 février 2012, accessible à l'adresse suivante : http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9100BD4B-0FEF-4209-998D-11C453F187DB/0/IntroductoryremarksSydneyconferenceAustralia_Africalessons.pdf.

plus qu'incertaine. Il se pourrait donc, et c'est là l'argument soutenu par les défenseurs de la CPI, que les chefs d'États qui invoquent cette thèse l'instrumentalisent à des fins de propagande électorale⁽⁸³⁾.

La théorie du pion est en réalité multidimensionnelle ; elle se prête à un jeu de miroirs et soulève plus de questions qu'elle ne décrit le fonctionnement du Bureau du Procureur. Comme esquissé dans les développements précédents, le Procureur est plus qu'un simple pion dans la mesure où il a pu tirer son épingle du jeu, y compris lorsqu'il semblait manipulé. Dès lors, le cas des auto-saisines, par exemple, peut s'envisager comme une hypothèse dans laquelle le Procureur et les chefs d'États en cause ont chacun recherché et obtenu des avantages⁽⁸⁴⁾.

François-André Philidor, joueur d'échecs hors pair et musicien du XVIII^e siècle, déclara dans une formule célèbre que « les pions sont l'âme du jeu d'échecs »⁽⁸⁵⁾. Il entendait mettre en exergue la valeur du pion, qui est bien trop souvent négligée. Selon lui, « ce sont les pions qui forment uniquement l'attaque et la défense et de leur bon ou mauvais arrangement dépend entièrement le gain ou la perte de la partie »⁽⁸⁶⁾. Il est vrai que les pions recèlent un grand potentiel. En particulier, lorsqu'un pion parvient jusqu'à la huitième rangée sur l'échiquier, il peut être « promu » et échangé contre une Reine⁽⁸⁷⁾. Le fait que la pièce en apparence la plus

(83) C'est notamment la position défendue par Fatou Bensouda : « Ce qui me choque le plus lorsque j'entends les critiques au sujet d'un soi-disant biais anti-africain de la Cour, est la facilité avec laquelle on s'attarde sur les discours et propagandes d'une poignée d'individus puissants et influents au détriment des millions de personnes anonymes qui souffrent de leurs crimes », citée in R. GLADSTONE, « A Lifelong Passion Is Now Put to Practice in The Hague », *art. cit.*

(84) « Pour l'Ouganda comme pour la CPI, l'affaire représentait une opportunité importante. Pour l'Ouganda, la saisine constituait une tentative d'impliquer une communauté internationale jusque-là distante, en transformant les poursuites contre les leaders de la LRA en une mise à l'épreuve de la promesse de justice globale [...]. Pour la CPI, l'auto-saisine par l'Ouganda représentait tout à la fois une marque de confiance à l'institution naissante et l'opportunité bienvenue de démontrer sa viabilité », in P. AKHAVAN, « The Lord's Resistance Army case : Uganda's Submission of the First State Referral to the International Criminal Court », *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, p. 404.

(85) F.-A. PHILIDOR, *L'analyse des Échecs*, Londres, 1749, p. xix. Voy. H. KMOCH, *L'art de jouer les pions : une contribution à la stratégie échiquéenne*, Paris, Payot, 1994, 287 p. (traduction de l'ouvrage *Die Kunst der Bauernführung. Ein Beitrag zur Schachstrategie*, paru en 1956).

(86) *Ibid.*

(87) Règles du jeu d'échecs, article 3.7 (e). Le pion peut ainsi être échangé contre une reine, une tour, un cavalier ou un fou, mais les joueurs opteront le plus souvent pour la pièce la plus puissante, à savoir la reine.

faible du jeu puisse, à terme, devenir la plus puissante incite précisément à ne pas en sous-estimer l'importance.

S'agissant du Procureur, l'instrumentalisation par certains États à travers les auto-saisines était peut-être nécessaire, et même bénéfique dans un premier temps, dans la mesure où elle offrait à la Cour les ressources dont elle avait besoin — des affaires et des personnes à juger —, à un moment où le Procureur n'était sans doute pas en mesure de faire usage de ses pouvoirs *proprio motu* pour l'alimenter. En d'autres termes, l'étape du « pion » était sans doute inévitable avant que le Procureur puisse être « promu » et devenir un véritable acteur. Une approche pragmatique conduit ainsi à reconnaître qu'il peut y avoir un intérêt à être utilisé comme un pion, pour autant que le pion sache où il va *in fine*. Et si l'objectif premier est d'atteindre la huitième rangée, la question de savoir par qui on va y être poussé — y compris par des chefs d'États poursuivant leurs propres intérêts — peut parfois sembler accessoire. Ceci conduit logiquement à se demander si le Procureur peut encore être considéré comme un pion alors qu'il semble poursuivre sa propre stratégie. En réalité, alors qu'il était dépeint comme un pion par ses critiques, le Procureur était déjà en train de jouer.

§ 3. — *Le Joueur*

La vision utopiste de l'arbitre et la thèse cynique du pion peuvent être dépassées et en partie recoupées dans une troisième approche qui, à maints égards, rend compte de la complexité et de la sensibilité du rôle du Procureur. En vertu de cette approche, le Procureur est un joueur. Il n'est pas en dehors du jeu, comme peut l'être l'arbitre — et à ce titre le Procureur est un acteur de la politique internationale — mais il n'est pas condamné à demeurer un pion passif.

La nouvelle Procureure, Fatou Bensouda a récemment déclaré que « bien que nous soyons une institution judiciaire, nous opérons dans un environnement politique, qu'on le veuille ou non »⁽⁸⁸⁾. Si cette déclaration reconnaît les contraintes politiques qui pèsent sur le BdP, elle ne rend néanmoins pas compte de toute la mesure du jeu entre les mains du Procureur, car Fatou Bensouda s'abrite encore derrière le paravent de la

(88) Citée in R. GLADSTONE, « A Lifelong Passion Is Now Put to Practice in The Hague », *art. cit.*

neutralité judiciaire. Le message véhiculé est que le BdP est une entité totalement apolitique opérant dans un univers, lui, éminemment politisé. Et pourtant cette affirmation est une illustration du jeu développé par le Procureur. La Palice ne l'aurait sûrement pas dit autrement mais si le Procureur est un joueur, il doit jouer. Cela signifie notamment que le Procureur doit apparaître comme un arbitre aux yeux d'une partie de son auditoire, même lorsqu'il joue. Il n'est pas certain que reconnaître la pleine dimension stratégique ou politique de ses actions servirait la cause du Procureur⁽⁸⁹⁾. Il semble plutôt que le Procureur ait beaucoup à gagner à entretenir, dans une certaine mesure, la fiction de son imperméabilité aux considérations politiques. C'est d'ailleurs l'une des conditions de l'acceptation de son intervention par les autres acteurs sur l'échiquier international.

À titre de comparaison, si beaucoup d'Américains sont convaincus de l'influence des considérations idéologiques dans les décisions des juges de la Cour suprême, aucun juge n'a pour autant reconnu explicitement que ses décisions étaient fonction de son idéologie. La thèse de l'arbitre exerce un attrait indéniable et lever le voile de la neutralité n'est sans doute pas le gage d'une plus grande acceptation de l'institution. En d'autres termes, le jeu du Procureur le conduit à faire certaines choses mais à en déclarer d'autres, à déplacer ses pièces sur une aile de l'échiquier tout en ciblant l'autre. Le Procureur, appréhendé comme un joueur, peut ainsi invoquer les autres figures, en particulier la posture de l'arbitre, en fonction des circonstances et de l'auditoire auquel il s'adresse.

SECTION 3. — LE JEU DU PROCUREUR

Le jeu du Procureur correspond aux différentes stratégies qu'il peut mettre en œuvre afin de remplir sa mission. Une des armes à sa disposition tient paradoxalement à sa possibilité de refuser de jouer, de refuser d'agir (§ 1). Le Procureur peut également menacer d'agir et ainsi forcer

(89) Dans un tout autre contexte, mais dans le même sens, au sujet d'un commissaire du gouvernement qui avait proposé sans succès un revirement de jurisprudence important aux juges du Palais royal, le Professeur Denys de Béchillon écrivait : « [L]e commissaire du gouvernement ne permettait pas au Conseil de se montrer exclusivement déterminé par des nécessités objectives d'ordre juridique. Il lui demandait d'afficher la part discrétionnaire de ses choix alors que c'est très exactement ce qu'un juge ne peut jamais faire sans masque », D. DE BÉCHILLON, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *Recueil Dalloz*, 2002, p. 976.

d'autres acteurs à réagir. À ce titre, l'utilisation des examens préliminaires est une illustration probante des moyens par lesquels le Procureur peut encourager, et même contraindre dans certains cas, les États à lancer des procédures à l'encontre de ceux qui se sont rendus coupables des crimes les plus graves (§ 2). En tout état de cause, comme le savait si bien le Roi décrit par Antoine de Saint-Exupéry, le Procureur doit, au vu de ses ressources limitées, prendre en compte la faisabilité de ses actes, que ce soit l'ouverture d'une enquête ou la demande d'un mandat d'arrêt (§ 3).

§ 1. — *L'inaction*

Aux échecs, la défense est parfois la meilleure des attaques et l'inaction la plus efficace des formes d'action. Dans l'un de ses ouvrages récents, l'ancien champion du monde Garry Kasparov louait ainsi le génie défensif de son prédécesseur Tigran Petrosian, le « champion de l'inaction » :

« Il avait perfectionné l'art de ce que l'on appelle la prophylaxie aux échecs. La prophylaxie est l'art de la prévention, du renforcement de ses positions et de l'élimination des menaces adverses avant même qu'elles ne soient des menaces. Petrosian défendait si bien que les attaques de ses adversaires étaient contrées avant même qu'elles ne débutent, peut-être même avant que ses adversaires ne les aient pensées [...]. J'aime le qualifier de champion de l'inaction. Il a développé une stratégie d'inaction vigilante permettant de gagner sans passer directement à l'attaque »⁽⁹⁰⁾.

L'expression « stratégie d'inaction vigilante » sonnera sans doute familière aux lecteurs d'Alexander Bickel. Dans *The Least Dangerous Branch*⁽⁹¹⁾, le constitutionnaliste américain développa en effet la théorie des « vertus passives » (*passive virtues*) qui, fondée sur la prudence et la retenue judiciaire, prône l'art de l'esquive juridictionnelle. Elle recommande en effet d'éviter de rendre des décisions en matière de contentieux constitutionnel en invoquant la non-justiciabilité des questions soumises aux juges lorsque cela est possible. Le critère de la justiciabilité est donc érigé en barrière qui protège le juge en lui évitant de se prononcer sur les questions les plus sensibles. À l'aune de cette approche, les inactions du juge deviennent dès lors plus parlantes que ses actes puisque, comme

(90) G. KASPAROV, *How Life Imitates Chess*, Londres, Arrow, 2008, p. 27.

(91) A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, 306 p.

l'avait mis en exergue le juge Louis Brandeis, « la plus importante des choses que nous faisons est de ne pas agir »⁽⁹²⁾.

Le Procureur de la CPI a lui aussi fait preuve d'« inaction vigilante » et a eu recours aux « vertus passives ». À la suite de l'opération « plomb durci » mené par l'armée israélienne dans la bande de Gaza, le gouvernement de la Palestine a déposé le 22 janvier 2009 une déclaration par laquelle il consentait à ce que la Cour exerce sa compétence sur le fondement de l'article 12 (3) du Statut de Rome concernant les actes commis sur le territoire de la Palestine. Le Procureur a alors ouvert un examen préliminaire qu'il a clos trois ans plus tard, en refusant d'ouvrir une enquête au motif que les conditions préalables à l'exercice de la compétence de la Cour n'étaient pas réunies, la qualité d'État de la Palestine faisant débat et le Procureur ne s'estimant pas compétent pour trancher la question⁽⁹³⁾.

(92) A. BICKEL, *The Unpublished Opinions of Justice Brandeis*, Cambridge, Harvard University Press, 1957, p. 17.

(93) « Dans son interprétation et application de l'article 12 du Statut de Rome, le Bureau a estimé que c'était aux organes compétents de l'Organisation des Nations Unies ou à l'Assemblée des États parties qu'il revenait de décider, en droit, si la Palestine constitue ou non un État aux fins d'adhésion au Statut de Rome et, par conséquent, d'exercice de la compétence de la Cour visée à l'article 12-1. Aucune disposition du Statut n'autorise le Bureau du Procureur à adopter une méthode visant à définir le terme "État" au regard de l'article 12-3 qui s'écarterait de celle établie aux fins de l'article 12-1 », Bureau du Procureur, *Situation en Palestine*, *op. cit.* L'argumentation du Procureur a pu surprendre, voy. J. SALMON, « La qualité d'État de la Palestine », *Revue belge de droit international*, n° 1, 2012, pp. 26 et s. ; M. FORTEAU, « La Palestine comme "État" au regard du statut de la Cour pénale internationale », *Revue belge de droit international*, n° 1, 2012, pp. 41 et s. Voy. également A. PELLET, « The Palestinian Declaration and the Jurisdiction of the International Criminal Court », *Journal of International Criminal Justice*, n° 4, 2010, pp. 981-999. Pour la thèse selon laquelle le Procureur ne serait pas compétent, c'est-à-dire la thèse *in fine* retenue par le Procureur, voy. Y. RONEN, « ICC Jurisdiction over Acts Committed in the Gaza Strip », *Journal of International Criminal Justice*, n° 1, 2010, pp. 3-27. Notons également que le Procureur a indiqué dans sa décision prendre acte « du fait que la Palestine a été reconnue comme un État dans le cadre de relations bilatérales par plus de 130 gouvernements et par certaines organisations internationales dont des organes onusiens. Il n'en reste pas moins que le statut qui lui est actuellement conféré par l'Assemblée générale des Nations Unies est celui d'"observateur" et non pas d'"État non membre". Le Bureau croit comprendre que, le 23 septembre 2011, la Palestine a demandé à devenir membre des Nations Unies en qualité d'État en vertu de l'article 4 (2) de la Charte des Nations Unies, mais que le Conseil de sécurité ne s'est pas encore prononcé sur ce point. Cette procédure ne se rapporte pas directement à la déclaration déposée par la Palestine, mais elle nous éclaire sur le statut juridique actuel de cette dernière aux fins d'interprétation et d'application de l'article 12 ». Dès lors, la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies du 29 novembre 2012 accordant à la Palestine le statut d'État observateur non membre semble, au vu même de la

Il est difficile de penser que la décision du Procureur n'a pas été déterminée, au moins en partie, par des considérations extra-juridiques. Le Procureur faisait clairement face à un choix délicat⁽⁹⁴⁾, et l'importance des enjeux et la certitude qu'Israël ne coopérerait pas s'il décidait d'ouvrir une enquête l'ont sûrement conduit à user des vertus de la prudence que prônait Bickel. À la différence d'un joueur d'échecs qui, comme nous l'avons vu, ne peut passer son tour, le Procureur a sans doute estimé que, dans cette situation, le meilleur coup serait de ne pas jouer⁽⁹⁵⁾. En termes échiquiers, c'était une forme d'« inaction vigilante » et, à première vue, la moins dangereuse des options. En soulignant qu'il appartient aux organes compétents de l'ONU ou à l'Assemblée des États parties de décider si la Palestine est un État aux fins de l'article 12, le Procureur protégeait l'institution en externalisant la question délicate au profit des acteurs politiques qu'il estimait compétents. De plus, le Procureur pouvait réaliser ce mouvement sous l'apparence de la retenue, en affirmant refuser d'exercer des compétences qui ne lui sont pas conférées par le Statut. Le Procureur se faisait ainsi stratège.

Il y a néanmoins des limites évidentes à l'usage des vertus passives. Une inaction prolongée risque en effet d'être perçue comme une abdication délibérée, et les vertus passives sont en réalité affectées de « vices subtils »⁽⁹⁶⁾. Concernant le Procureur de la CPI, deux problèmes majeurs se posent. En premier lieu, il n'est pas certain que la décision de ne pas agir protège le Procureur et l'isole des fortes pressions politiques qui n'auraient pas manqué de l'assaillir s'il avait décidé d'ouvrir une enquête, l'inaction confinant en réalité à une forme d'action. À l'aune d'une approche pragmatique, la décision de ne pas ouvrir d'enquête, bien que basée sur un point de droit — l'impossibilité pour le Procureur de trancher la question portant sur le statut de la Palestine au regard de l'article 12 du Statut —, a le même effet qu'une décision affirmant qu'il n'y a pas de « base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compé-

rédaction de la décision du Procureur, apporter des éléments de réponse substantiels quant au statut de la Palestine au regard de l'article 12 du Statut. Voy. J. DUGARD, « Palestine and the International Criminal Court : Institutional Failure or Bias ? », *Journal of International Criminal Justice*, n° 3, 2013, pp. 563-570.

(94) « Il faudra que je sois assez adroit pour que ce soit acceptable pour les deux parties », L. MORENO OCAMPO, in *Le Procureur*, réalisé par M. VETTER et M. GENTILE, 2013, 87 min. (le passage en question intervient à 1 heure et 17 minutes).

(95) Voy. *supra*, note 33.

(96) G. GUNTHER, « The Subtle Vices of the "Passive Virtues" », *Columbia Law Review*, vol. 64, 1964, pp. 1 et s.

tence de la Cour a été commis »⁽⁹⁷⁾ ou que le crime ne satisfait pas le critère de gravité requis par le Statut. Dans chacun de ces cas, le Procureur n'agit pas, ou plutôt refuse d'ouvrir une enquête. Le juriste fera assurément valoir que les hypothèses sont techniquement différentes, et que la différence est fondamentale — et elle l'est —, mais l'auditoire plus large du Procureur risque d'être moins sensible à l'argument ; il risque d'interpréter la décision comme un rejet pur et simple des prétentions palestiniennes sans s'embarasser des subtilités. Ceci renforcerait en retour la thèse selon laquelle la Cour protège les États les plus puissants.

En second lieu, bien que la réponse apportée par le BdP entende promouvoir la thèse de l'arbitre, à travers la mise en exergue de ses propres limites et la nécessité de s'en remettre à la décision des acteurs politiques, elle est, paradoxalement, en tension avec cette thèse. En effet, si l'auditoire du Procureur a le sentiment que les motivations réelles de la décision tiennent à la volonté d'éviter de lancer une enquête délicate, l'usage d'une rhétorique axée sur la neutralité et les limites de son pouvoir est au mieux superficiel, au pire contre-productif. En d'autres termes, lorsque les vertus sont passives uniquement en apparence⁽⁹⁸⁾, et que l'auditoire perçoit que des considérations politiques sont en réalité à l'œuvre, la thèse de l'arbitre apparaîtra peu convaincante. Si la dimension de « joueur » du Procureur lui permet d'utiliser et d'invoquer à profit la posture de l'arbitre, cette possibilité a néanmoins pour limite celle de la crédibilité.

§ 2. — *La menace de l'action*

Aron Nimzovitsch était un des plus grands joueurs d'échecs du début du XX^e siècle. Son traité de stratégie, *Mein System*⁽⁹⁹⁾, paru en 1925 est un monument de la littérature échiquéenne. Il est également célèbre pour une phrase prononcée en 1927, lors d'un tournoi d'échecs à New York ; une phrase qui devait passer à la postérité et devenir un précepte majeur des échecs. Lorsque, au cours d'une partie, son adversaire Vidmar se saisit de son étui à cigarette, Nimzovitsch, très sensible à la fumée, se mit en colère et appela l'arbitre. Celui-ci lui fit observer que Vidmar, bien qu'ayant l'étui entre les mains, ne fumait pas. Nimzovitsch lui répondit alors que tout joueur d'échecs sait que « la menace est plus forte que

(97) Statut de Rome, article 53.

(98) G. GUNTHER, « The Subtle Vices of the "Passive Virtues" », *art. cit.*, p. 25.

(99) Voy. *supra*, note 46.

l'exécution »⁽¹⁰⁰⁾. L'idée est qu'une attaque n'a pas besoin d'être portée pour être efficace. La simple menace force l'adversaire à réagir. En fait, la menace serait tout aussi efficace que l'attaque tout en épargnant à son auteur le coût de l'action⁽¹⁰¹⁾.

L'usage par le Procureur des examens préliminaires est une illustration puissante de ce principe. L'objectif de l'examen préliminaire est de déterminer si une situation portée à l'attention du Procureur répond aux critères juridiques fixés par le Statut permettant à la CPI d'ouvrir une enquête. L'examen préliminaire peut être amorcé soit par le renvoi d'un État partie ou du Conseil de Sécurité, soit par une déclaration par un État non partie au statut, soit, enfin, par une décision du Procureur lui-même. Dans ce dernier cas plus particulièrement, l'ouverture d'un examen préliminaire peut servir de menace et forcer un État récalcitrant à lancer ses propres enquêtes⁽¹⁰²⁾. En effet, une fois l'examen préliminaire lancé, l'État sait que celui-ci peut déboucher sur une enquête de la CPI et il est donc fortement encouragé à agir lui-même s'il ne souhaite pas que la Cour intervienne davantage⁽¹⁰³⁾.

« L'examen préliminaire est l'un des moyens les plus efficaces dont nous disposons afin d'encourager les procédures nationales et de prévenir ou mettre un terme aux abus. Ainsi, la Cour évite d'ouvrir une enquête lorsque les procédures nationales fonctionnent conformément au Statut. C'est ce que nous faisons en Colombie, en Géorgie et en Guinée »⁽¹⁰⁴⁾.

L'examen préliminaire agit ainsi comme « un catalyseur des poursuites nationales »⁽¹⁰⁵⁾ tout en permettant à la Cour d'éviter d'ouvrir des enquêtes, et donc de préserver ses ressources. Un usage effectif des exa-

(100) Voy. R. FINE, *The World's Great Chess Games*, New York, Crown Publishers, 1951, p. 128.

(101) « Il est souvent préférable de laisser planer la menace sur la tête de votre adversaire, comme une épée de Damoclès, plutôt que de l'exécuter. Ainsi, votre adversaire devra constamment s'inquiéter de votre menace ; elle perturbera ses plans », P. KURZDOFER, *The Tao of Chess*, Avon, Adams Media, 2004, p. 93.

(102) En vertu du principe de complémentarité, pilier du système mis en place par le Statut, la Cour n'a pas vocation à se substituer aux cours nationales mais doit opérer seulement lorsque les États sont dans l'impossibilité ou n'ont pas la volonté de mener des enquêtes et lancer des poursuites. Voy. l'article 17 du Statut de Rome.

(103) Bureau du Procureur, Document de politique générale relatif aux examens préliminaires, p. 1, accessible à l'adresse suivante : <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/E278F5A2-A4F9-43D7-83D2-6A2C9CF5D7D7/282549/PPFRE.pdf>.

(104) F. BENSOUA, « Reflections from the International Criminal Court Prosecutor », *art. cit.*, p. 509.

(105) *Ibid.*, p. 508.

mens préliminaires, conjugué à la mise en œuvre du principe de complémentarité, pourrait donc concrétiser le souhait de l'ancien Procureur : une Cour sans procès parce que les États assumeront leur devoir d'enquêter et de poursuivre les criminels⁽¹⁰⁶⁾.

L'approche du Procureur n'est pas sans rappeler celle prônée par un courant de pensée qui apparut au cours des années 1920 dans le monde des échecs. En réaction au dogmatisme de Siegbert Tarrasch, les Hypermodernes, menés par Nimzovitch, proposèrent de nouvelles approches et remirent en cause les conceptions classiques. Une de leurs idées phares fut que, pour contrôler le centre — les quatre cases au centre de l'échiquier considérées comme essentielles —, il n'était pas nécessaire de l'occuper. Les Hypermodernes mettaient en effet l'accent sur le contrôle indirect du centre par le biais de pressions exercées par des pièces distantes⁽¹⁰⁷⁾. Peut-être Luis Moreno Ocampo joue-t-il aux échecs et, si c'est le cas, sans doute est-il un Hypermoderne. En effet, la Cour ne devrait pas selon lui « occuper le centre » — c'est-à-dire enquêter sur les crimes les plus graves — parce qu'elle serait à même de l'occuper « indirectement », à travers la menace de son intervention. L'ancien Procureur illustra d'ailleurs ce point lorsqu'il déclara que « les affaires les plus importantes que nous traitons sont celles que nous ne traitons pas »⁽¹⁰⁸⁾. Il entendait par là souligner que la majorité des affaires pouvant intéresser la Cour sont résolues par les États, « dans l'ombre de la CPI »⁽¹⁰⁹⁾, parce que les États ont internalisé la menace de l'intervention de la Cour.

Néanmoins, si la menace n'est qu'hypothétique et symbolique, le « centre », aux échecs comme pour la Cour, ne sera pas contrôlé et l'impunité ne sera pas combattue.

(106) « En raison du principe de complémentarité, le nombre d'affaires jugées par la Cour ne doit pas être un indicateur de son efficacité. Au contraire, l'absence de procès devant la Cour, en raison du fonctionnement des institutions nationales, serait un succès majeur », L. MORENO OCAMPO, *Statement Made at the Ceremony for the Solemn Undertaking of the Chief Prosecutor of the International Criminal Court*, 16 juin 2003, p. 2, accessible à l'adresse suivante : <http://www.iccnw.org/documents/MorenoOcampo16June03.pdf>.

(107) Voy. A. NIMZOVITSCH, *My System 21st century Edition*, *op. cit.*, p. 118.

(108) L. MORENO OCAMPO, « How Prosecution Can Lead to Prevention », *Law and Inequality*, vol. 29, 2011, p. 493.

(109) L. MORENO OCAMPO, « Keynote Address », *op. cit.*, p. 10.

§ 3. — *La faisabilité de l'action*

Le Procureur a clairement affirmé que son rôle était de poursuivre « les personnes portant la plus grande responsabilité dans la commission des crimes les plus graves »⁽¹¹⁰⁾. Le document de politique générale rendu public en 2003 dispose ainsi que :

« Le caractère global de la CPI, les dispositions contenues dans son statut ainsi que les contraintes logistiques auxquelles elle est soumise sous-tendent une recommandation liminaire, selon laquelle il faudrait que le Bureau du Procureur concentre les efforts et ressources mis en œuvre pour l'enquête et les poursuites sur les personnes qui ont la plus grande responsabilité, comme les dirigeants de l'État ou de l'organisation présumée responsable de ces crimes »⁽¹¹¹⁾.

Le jeu d'échecs et le combat contre l'impunité mené par le Procureur présentent donc un dernier point commun : dans les deux cas, l'objectif est de capturer la pièce maîtresse de l'adversaire, qu'il s'agisse du Roi adverse pour le joueur d'échecs, ou des personnes ayant la plus grande responsabilité dans la commission des crimes pour le Procureur⁽¹¹²⁾. Et dans les deux cas, la tâche est ardue. S'agissant du Procureur, le nombre limité d'arrestations est d'ailleurs une des préoccupations premières de l'institution⁽¹¹³⁾. Sur les vingt-six personnes visées par un mandat d'arrêt délivré par la Cour, treize n'ont pas été appréhendées, la plus célèbre étant le Président soudanais Omar Al-Bachir. En observant cette situation, un grand maître du jeu d'échecs questionnerait probablement la stratégie du Procureur.

Les échecs enseignent en effet la nécessité de développer une stratégie réfléchie et de la mettre en œuvre de manière efficace. Parce que chaque coup a une conséquence, chaque coup doit avoir un objectif précis. Et si

(110) L. MORENO OCAMPO, « The International Criminal Court : Seeking Global Justice », *art. cit.*, p. 221.

(111) *Communication relative à certaines questions de politique générale concernant le Bureau du Procureur* (2003), p. 8, accessible à l'adresse suivante : http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/1FA7C4C6-DE5F-42B7-8B25-60AA962ED8B6/143595/030908_Policy_Paper_FR.pdf.

(112) En réalité, techniquement parlant, le roi ne peut être capturé aux échecs. Il peut seulement être mis en échec. Si le joueur est dans l'impossibilité de parer l'échec, il est alors « échec et mat ».

(113) F. BENSOUDA, « Looking Back, Looking Ahead — Reflections from the Office of the Prosecutor of the ICC », *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 11, 2012, p. 441.

l'on veut mater son adversaire, la stratégie victorieuse ne peut consister en un assaut irréfléchi vers le Roi adverse. Ceux qui se sont essayés à cette stratégie peuvent témoigner de son insuccès. Garry Kasparov décrivait ainsi une de ses parties dans laquelle son adversaire s'était imprudemment lancé à l'attaque de son Roi :

« Fedorov avait omis de prendre en considération les conditions nécessaires au succès de son attaque. Il avait en quelque sorte décidé de traverser la rivière et plongea directement dans l'eau au lieu d'emprunter le pont »⁽¹¹⁴⁾.

En somme, comme l'avait relevé l'ancien champion du monde Wilhem Steinitz, « la capture du Roi adverse est l'objectif final, et non premier, du jeu d'échecs »⁽¹¹⁵⁾.

Quelles leçons pourrait tirer le Procureur de cette maxime ? Elle renvoie en premier lieu à la question, toujours débattue, concernant les buts poursuivis par la CPI. Le Procureur doit-il ainsi poursuivre des « Rois », au risque de compromettre des négociations de paix ou de menacer l'aide humanitaire sur le terrain ? L'objectif de mater les plus hauts responsables peut-il être entièrement détaché de ces considérations⁽¹¹⁶⁾ ?

En second lieu, elle met en lumière le problème posé par l'émission de mandats d'arrêt à l'encontre de personnes, plus particulièrement de « Rois », dont on peut pressentir qu'ils seront très difficilement « capturés ». Ici apparaît la tension entre deux principes antagonistes qui doivent néanmoins tous deux guider l'action du Procureur. Celui-ci doit, d'une part, combattre l'impunité sans considération pour la fonction des personnes qu'il entend poursuivre, comme l'énonce l'article 27 du Statut⁽¹¹⁷⁾. À ce titre, il se doit d'être idéaliste. Mais le Procureur ne peut, d'autre part, faire abstraction des considérations pratiques et extra-juridiques au vu de ses ressources limitées et de sa légitimité, déjà contestée. À ce titre, le Procureur se doit d'être réaliste. Idéalisme et réalisme, créativité et calcul, les Hypermodernes et les Dogmatiques, Nimzovitch et Tarrasch... les mêmes tensions existent aux échecs. Sur l'échiquier comme pour le Procureur, la réussite n'impose pas le choix

(114) G. KASPAROV, *How Life Imitates Chess*, op. cit., p. 25.

(115) W. STEINITZ, *The Modern Chess Instructor*, New York, G. P. Putnam's Sons, 1889, p. xxxii.

(116) Voy. *supra*, notes 42 et 43.

(117) « Le présent Statut s'applique à tous de manière égale, sans aucune distinction fondée sur la qualité officielle. En particulier, la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement [...] n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine ».

d'une approche au détriment de l'autre. Au contraire, elle est le plus souvent le produit d'un sage alliage des deux. C'est dans ce savant dosage que la dimension de stratégie du Procureur doit prendre tout son sens et c'est ici que l'on peut, pour conclure, questionner la décision prise de solliciter un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Al-Bachir.

Assurément, il s'agit d'un tournant dans l'histoire de la CPI puisque, pour la première fois, le Procureur demandait un mandat d'arrêt contre un Président en exercice. Le Procureur lançait un message fort, celui d'une lutte farouche contre l'impunité. La décision a néanmoins eu pour conséquence une radicalisation du conflit, le départ forcé des ONG sur le terrain, la décision des pays membres de l'Union Africaine de refuser de coopérer avec la CPI, le renforcement du sentiment que la Cour s'acharnait sur le continent africain et Omar Al-Bachir est toujours là, sans que le conflit semble en voie d'être résolu ni l'impunité vaincue.

Chaque jour qu'Omar Al-Bachir passe au pouvoir, et chacun de ses déplacements à l'étranger, sont autant d'échecs pour le Procureur. Ils mettent en lumière ses faiblesses et son incapacité à mater ses adversaires. En somme, la situation révèle au grand jour la réalité des « habits du Procureur », c'est-à-dire que celui-ci est nu⁽¹¹⁸⁾. Bien entendu, on pourrait objecter que le Procureur a pris la « bonne » décision, que le droit international pénal vise à accomplir ce qui semblait jadis impossible, que le Procureur ne devrait pas renoncer face aux difficultés et qu'Omar Al-Bachir est aujourd'hui de plus en plus isolé. Peut-être, simplement, le Procureur a-t-il joué son coup trop tôt. Peut-être aurait-il dû suivre les conseils du Roi que Saint-Exupéry décrivait dans *Le Petit Prince* : « [utiliser] sa science du gouvernement et attendre que les conditions soient favorables »⁽¹¹⁹⁾.

(118) Nous faisons bien entendu référence au conte de Hans ANDERSEN, *Les Habits neufs de l'Empereur*.

(119) Voy. *supra*, note 1.