

**QU'EST-CE QU'UNE JURIDICTION « INCAPABLE » OU
« MANQUANT DE VOLONTÉ » AU SENS DE L'ARTICLE 17 DU
TRAITÉ DE ROME ? QUELQUES ENSEIGNEMENTS TIRÉS DES
THÉORIES DU DÉNI DE JUSTICE EN DROIT INTERNATIONAL**

Frédéric Mégret

Volume 17, Number 2, 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069258ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069258ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mégret, F. (2004). QU'EST-CE QU'UNE JURIDICTION « INCAPABLE » OU « MANQUANT DE VOLONTÉ » AU SENS DE L'ARTICLE 17 DU TRAITÉ DE ROME ? QUELQUES ENSEIGNEMENTS TIRÉS DES THÉORIES DU DÉNI DE JUSTICE EN DROIT INTERNATIONAL. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 17(2), 185–216. <https://doi.org/10.7202/1069258ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2004

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

**QU'EST-CE QU'UNE JURIDICTION « INCAPABLE » OU
« MANQUANT DE VOLONTÉ » AU SENS DE L'ARTICLE 17
DU TRAITÉ DE ROME? QUELQUES ENSEIGNEMENTS TIRÉS
DES THÉORIES DU DÉNI DE JUSTICE EN DROIT INTERNATIONAL**

*Par Frédéric Mégret**

Il est sans doute peu de problèmes de droit international que cette discipline n'ait pas déjà envisagés au cours de sa longue histoire. C'est pourquoi l'on sera enclin à traiter avec la plus grande réserve toutes les prétentions concernant le caractère « radicalement inédit » d'une problématique, et au contraire cherchera-t-on le plus possible à relier entre eux les filaments épars d'un droit, sans doute à bien des égards, en perpétuel recommencement.

La question de la complémentarité, telle qu'elle se pose dans le cadre du *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*¹, paraît emblématique de ce genre de problématique.

La création de la Cour pénale internationale (CPI) vise à régler un problème d'impunité, lequel trouve presque par définition sa source dans certaines déficiences constatées des juridictions nationales. La CPI a donc bien pour vocation de se substituer, au moins en partie, aux juridictions nationales. En même temps, il eut été politiquement inconcevable que les États réunis à Rome, États souverains et au moins théoriquement engagés dans la répression des crimes de droit international, acceptent d'emblée de considérer que leurs propres juridictions seraient incapables de s'acquitter de la tâche qui leur était impartie².

Le régime de complémentarité a donc pour but de pallier cette équivoque. En souligner le caractère « central » ou « fondateur » est rapidement devenu un passage obligé de tout commentaire consacré à la question, sans d'ailleurs que l'on ne devine toujours une idée très précise des modalités de la complémentarité derrière la généralité des analyses.

Concrètement, l'article 17 du *Statut de Rome* prévoit qu'une affaire est irrecevable *inter alia* si elle a « fait l'objet d'une enquête de la part d'un État ayant compétence en l'espèce et que cet État a décidé de ne pas poursuivre la personne concernée »³, si elle fait encore « l'objet d'une enquête ou de poursuites »⁴ ou si « [l]

* Professeur adjoint et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droits de la personne et pluralisme juridique, Faculté de droit, Université McGill.

¹ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3 à l'art. 17 (entrée en vigueur : 1 juillet 2002) [*Statut de Rome*].

² Si un régime de primauté des tribunaux pénaux internationaux était bien concevable dans le cadre limité des juridictions pénales *ad hoc* créées dans les années 1990, il s'agissait là de situations exceptionnelles. Ces juridictions étaient en effet investies de l'autorité du Conseil de sécurité qui agissait alors au titre de ses responsabilités en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales.

³ *Statut de Rome*, *supra* note 1 à l'art. 17 (1)(b).

⁴ *Ibid.* à l'art. 17 (1)(a).

personne concernée a déjà été jugée pour le comportement faisant l'objet de la plainte »⁵.

Il ne serait pas convenu cependant que les juridictions nationales puissent par ce biais s'opposer aux objectifs de la Cour en se saisissant d'affaires dont elles n'ont en réalité aucune intention de juger authentiquement. Une série d'exceptions est donc immédiatement introduite aux cas de figure susmentionnés. Une affaire sera en effet jugée malgré tout recevable si le procureur parvient à prouver que la décision de ne pas poursuivre ou la non-réussite de poursuites indique en réalité une absence de volonté ou une incapacité à « mener véritablement à bien l'enquête ou les poursuites »⁶ (le fameux « *unwilling or unable* » du texte anglais)⁷. Dans le cas d'affaires déjà jugées, et donc protégées par le principe *non bis in idem*, la situation est à peine plus compliquée puisqu'une affaire sera néanmoins considérée comme recevable si le jugement « avait pour but de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale »⁸ ou si la procédure

[n]a pas été au demeurant menée de manière indépendante ou impartiale, dans le respect des garanties d'un procès équitable prévues par le droit international, mais d'une manière qui, dans les circonstances, était incompatible avec l'intention de traduire l'intéressé en justice.⁹

Le paradoxe de la complémentarité, selon nous, réside dans les vertus que lui attribuent ses zéloteurs et qui n'ont d'égal que l'ambiguïté de leur contenu. D'une part, la complémentarité ne permettrait rien de moins que de réconcilier symboliquement la souveraineté et la justice internationale. Elle suggère l'idéal d'une Cour « qui n'aurait jamais à exercer sa compétence », car les États préféreront vraisemblablement s'acquitter de leur tâche plutôt que de risquer de voir la communauté internationale les remplacer. Elle constituerait enfin, et à ce titre, un formidable levier fournissant une occasion historique de mettre les législations nationales en conformité avec le droit international dans le cadre des processus de ratification du *Statut de Rome*¹⁰.

D'autre part, la question de ce qui est susceptible de constituer une juridiction « incapable ou manquant de volonté » est sans doute l'une des moins étudiées et des plus mystérieuses du régime de la CPI. Le *Statut de Rome* lui-même donne bien quelques illustrations. L'incapacité apparaît comme l'hypothèse la plus facile, et nombreux sont ceux qui ont souligné qu'elle recouvrait les hypothèses de ce

⁵ *Ibid.* à l'art. 17 (1)(c).

⁶ *Ibid.* à l'art. 17 (1)(a).

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.* à l'art. 20 (3)(a).

⁹ *Ibid.* à l'art. 20 (3)(b).

¹⁰ Karine L. Doherty et Timothy L.H. McCormack, « "Complementarity" as a Catalyst for Comprehensive Domestic Penal Legislation » (1999) 5 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 147.

que Zartman avait appelé des « *collapsed States* »¹¹. Quant au manque de volonté, il découlerait de ce que

- a) [l]a procédure a été ou est engagée [...] dans le dessein de soustraire la personne concernée à sa responsabilité pénale [...];
- b) [l]a procédure a subi un retard injustifié qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée;
- c) [la procédure] n'a pas été ou n'est pas menée de manière indépendante ou impartiale mais d'une manière qui, dans les circonstances, est incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée¹².

Outre le fait que le *Statut de Rome* n'impose à la Cour que de « considérer » ces éléments, on peut difficilement imaginer formulations plus floues et distendues. Il suffit pour en prendre la mesure de se rappeler qu'une grande partie des procès nationaux contre les personnes responsables des crimes les plus graves au cours des cinquante dernières années ont été entourés d'incessantes polémiques. Les vingt années de procédures qui précèdent le procès de Maurice Papon auraient-elles traduit un délai injustifié au regard du *Statut de Rome*? La condamnation du Lieutenant Calley à cinq années de prison dont il n'accomplit que deux pour le massacre de My Lai ne serait-elle pas interprétée aujourd'hui comme une volonté de soustraire l'accusé à ses responsabilités? Le procès de Pol Pot dans les jungles thaïlandaises, procès qu'on ne peut pourtant pas soupçonner d'avoir été organisé à des fins d'impunité, serait-il considéré comme à ce point éloigné des garanties d'un procès équitable qu'il traduit un manque de volonté, voire une incapacité à faire œuvre de justice?

Face à tant d'hésitations, on aurait pu s'attendre à ce que la doctrine apporte des éclairages novateurs. Pourtant, le peu d'études consacrées au régime de la complémentarité l'envisage typiquement comme un « régime général » de la CPI, puis s'attarde éventuellement à sa mise en jeu territoriale ou procédurale, mais pose rarement la question de son *contenu substantif*¹³.

¹¹ L'article 17 (3) du *Statut de Rome*, *supra* note 1, parle effectivement de « l'effondrement de la totalité ou d'une partie substantielle de son propre appareil judiciaire ou de l'indisponibilité de celui-ci ». Voir I. William Zartman, dir., *Collapsed States: The Disintegration and Restoration of Legitimate Authority*, Boulder, Lynn Rienner, 1995. Notons que le concept de « *collapsed State* » tel qu'il est entendu par la science politique est beaucoup plus compliqué et contesté que la récupération un peu opportuniste qu'en font les juristes.

¹² *Statut de Rome*, *supra* note 1 à l'art. 17(2).

¹³ Deux auteurs se sont particulièrement intéressés à la question de l'articulation générale entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales : Flavia Lattanzi, « Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des États » (1999) 103 R.G.D.I.P. 425; Madelaine Morris, « Complementarity and its Discontents: States, Victims, and the International Criminal Court » dans Dinah Shelton, dir., *International Crimes, Peace and Human Rights: The Role of the International Criminal Court*, Ardsley (NY), Transnational, 2000, 177. La première a apporté un éclairage incisif de la notion de complémentarité, mais en traite dans une perspective générale qui fait l'impasse sur le détail de la signification de l'expression « *unwilling or unable* ». Quant à la seconde, elle envisage le problème de la complémentarité sous l'angle de la discrétion du procureur et des objectifs de la justice

Nous ne nous attarderons pas ici sur les raisons de ce silence, qui est sans doute dû aux calculs plus ou moins éclairés des uns et des autres, à la nécessité de maintenir un flou constructif pendant les négociations de Rome, ainsi qu'à un certain conformisme de la doctrine. Il faut noter que la complémentarité est un sujet particulièrement sensible puisqu'un jugement de recevabilité par la CPI reviendrait ni plus ni moins à considérer un État incapable de remplir correctement une fonction qui est considérée comme allant au cœur de sa souveraineté. Quel monopole plus sensible en effet pour la puissance étatique que celui lui permettant de marquer au fer du châtimement une certaine conception de l'ordre public? On peut donc penser que, presque autant que l'exercice de la compétence de la Cour en soi, un tel jugement serait perçu comme fortement attentatoire à la souveraineté¹⁴.

C'est dire que l'ambiguïté qui plane autour de la question de la complémentarité paraît potentiellement préjudiciable à l'activité de la Cour. Elle fait peser un risque de malentendu réel, n'aide pas les États dans leurs efforts de mise en œuvre et pourrait même susciter des craintes de traitements inégaux.

pénale internationale, bien plus que dans une perspective technique. Voir également Immi Tallgren, « Completing the “International Criminal Order” » (1998) 67 *Nordic J. Int'l L.* 107, contribution rédigée avant la Conférence de Rome et de ce fait nécessairement limitée. Quant à la note sous l'article 20 dans le commentaire d'Otto Triffterer, elle est intéressante, mais succincte: Otto Triffterer, « Article 20, *Ne bis in idem* » dans Otto Triffterer et Christian Rosbaud, dir., *Commentary on the Rome Statute: Observer's Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos, 1999. Le seul ouvrage au moins nominalement consacré à la question parvient à noyer les seuls véritables problèmes dans la masse d'une présentation générale: Kristina Miskowiak, *The International Criminal Court: Consent, Complementarity and Cooperation*, Copenhague, DJØF, 2000. L'article de Bartam Brown, parfois présenté un peu rapidement comme l'article définitif sur la question, a l'insigne mérite de poser les bonnes questions, mais y apporte des réponses dont il convient de reconnaître qu'elles ne sont pas très fouillées: Bartam Brown, « Primacy or Complementarity: Reconciling the Jurisdiction of National Courts and International Criminal Tribunals » (1998) 23 *Yale J. Int'l L.* 383. L'article de Brian Concannon Jr. est un plaidoyer en faveur d'une plus grande assistance par la CPI des juridictions nationales, qui n'a que peu à voir avec la complémentarité à proprement parler: Brian Concannon Jr., « Beyond Complementarity: the International Criminal Court and National Prosecutions. A View from Haiti Fall » (2000) 32 *Colum. H.R.L. Rev.* 201. Joaquim Alcaide Fernández traite surtout de la complémentarité comme une expression de la « *filosofía del Estatuto de Roma* »: Joaquim Alcaide Fernández, « La complementariedad de la Corte penal internacional y de los tribunales nacionales: tiempos de ingeniería jurisdiccional? » dans Juan Antonio Carrillo Salcedo, dir., *La criminalización de la barbarie: La Corte penal internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, 385. John T. Holmes et Adrian Bos retracent surtout les travaux préparatoires avant mené à l'élaboration de la notion: John T. Holmes, « The Principle of Complementarity » dans Roy S. Lee, dir., *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute – Issues, Negotiations, Results*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, 41; Adrian Bos, « The Role of an International Criminal Court in the Light of the Principle of Complementarity » dans Eric M. Denters et Nico Schrijvers, dir., *Reflections on International Law from the Low Countries: In Honour of Paul de Waart*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, 249. Quant à l'approche de Paolo Benvenuti, elle est principalement historique et procédurale: Paolo Benvenuti, « Complementarity of the International Criminal Court to National Criminal Jurisdictions » dans Flavia Lattanzi et William A. Schabas, dir., *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, vol. 1, Ripa Fagnano Alto, Sirente, 1999, 21.

¹⁴ Pour un exemple particulièrement éloquent des craintes des États à ce sujet, voir les comptes rendus d'un symposium organisé en Chine, Beth Van Schaack, « The Establishment of the Permanent International Criminal Court: An International Symposium » (1998-1999) 17 *Chinese Y.B. Int'l L. & Aff.* 1 aux pp. 32-33.

La manière la plus évidente pour tenter de résoudre ou du moins contourner ce problème d'imprécision consiste à se pencher sur le champ de l'obligation *aut dedere aut judicare* telle que reprise dans un assez grand nombre d'instruments conventionnels organisant une répression internationale ou telle qu'elle a pu émerger à partir de la coutume. Mais, précisément, les conventions traitent plus du *principe* de l'obligation de juger en soi que de la définition de ce que c'est que « juger » pour les besoins du droit pénal international. En d'autres termes, l'obligation *aut dedere aut judicare* tend plus à définir son propre objet (le type de crimes) et un certain degré de systématisme dans les poursuites qui doivent être engagées (généralement élevé), que le contenu du processus qui lui est sous-jacent, contenu sans doute tenu pour trop évident pour nécessiter définition. Quant à la pratique des États, elle est elle-même d'une assez faible lisibilité et ne permet pas de dégager une compréhension claire de ce que serait le « niveau » adéquat d'intervention de la CPI pour assurer la complémentarité (on peut même penser que c'est justement pour remédier à cette aporie que sont nécessaires des juridictions internationales comme la CPI).

Pourtant, si l'on extrait la notion de complémentarité du carcan procédural dans lequel elle se trouve immédiatement insérée, on remarquera que la complémentarité tend d'une manière plus générale à définir ce que l'on appellera, selon l'expression consacrée, une sorte de « standard international de bon fonctionnement des juridictions internes en matière pénale ». Cette notion évoque la thématique générale de la responsabilité de l'État, notamment telle qu'appliquée aux organes judiciaires, notion qui fait encore l'objet de développements épisodiques à l'époque contemporaine¹⁵. Toutefois, à condition de se reporter près de trois quarts de siècle en arrière, elle semble en fait correspondre encore plus précisément à une notion qui fit les beaux jours de la doctrine internationaliste de l'entre-deux-guerres¹⁶, et qui est aujourd'hui un peu oubliée¹⁷, sous la forme des théories du « déni de justice » en droit international.

¹⁵ Voir Daniel J. Gervais, « La responsabilité des États à l'égard des actes des organes judiciaires » (1989-1990) 6:1 R.Q.D.I. 71; Béla Vitanyi, « International Responsibility of States for the Administration of Justice » (1975) 22 Nethl. Int'l. L. Rev. 131.

¹⁶ Le déni de justice fit notamment l'objet d'un cours majeur devant l'Académie de droit international de la Haye, voir Charles De Visscher, « Le déni de justice en droit international » (1935) 52 Rec. des Cours 365. Plusieurs thèses majeures lui ont été également consacrées, voir Constantin Th. Eustathiades, *La responsabilité internationale de l'État pour les actes des organes judiciaires et le problème du déni de justice en droit international*, Paris, A. Pedone, 1936; Alwyn V. Freeman, *The International Responsibility of States for Denial of Justice*, New York, Longmans Green, 1938.

¹⁷ La doctrine est aujourd'hui parfois brièvement évoquée dans le cadre du droit pénal international par les auteurs s'intéressant à l'obligation de juger (*aut dedere, aut judicare*). Voir notamment Naomie Roht-Arriaza, « State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law » (1990) 78 Cal. L. Rev. 451; Linos-Alexandre Sicilianos, « La responsabilité de l'État pour absence de prévention et de répression des crimes internationaux » dans Alain Pellet, Hervé Ascensio et Emmanuel Decaux, dir., *Droit international pénal*, Paris, A. Pedone, 2000, 115. En revanche, il ne semble pas que le rapprochement avec la problématique de la complémentarité ait été fait.

Après avoir établi dans quelle mesure les théories du déni de justice constituent effectivement une approximation éclairante du régime de complémentarité (I), nous tenterons d'analyser ses enseignements pour le régime de complémentarité de la CPI (II).

I. Déni de justice et complémentarité

A. Origine et développement de la notion de déni de justice en droit international

De quoi s'agit-il au juste? L'expression « déni de justice » possède une longue histoire remontant à l'aube du Moyen Âge et est fortement associée à la notion de repréailles (ce en quoi elle est d'ailleurs beaucoup plus associée aux tribus germaniques qu'à la tradition romaine)¹⁸. Petit à petit, détachée de cette notion, elle n'en restera pas moins pendant de nombreux siècles une définition contestée, de nombreux auteurs en faisant l'équivalent de tout tort international commis par un État contre les ressortissants d'un autre État¹⁹. Cette compréhension large est cependant graduellement abandonnée²⁰ au profit d'une conception plus restrictive qui fait du déni de justice une branche spécifique de ce que l'on appelle à l'époque le « droit des étrangers », c'est-à-dire l'ensemble des obligations de l'État hôte à l'égard des ressortissants étrangers se trouvant sur son territoire. Le déni de justice est en effet cantonné aux refus de l'État d'accorder des recours aux ressortissants étrangers pour remédier au tort qui leur a été causé par ses agents (déni de justice complexe) ou, ce qui revient finalement au même, aux torts résultant du dysfonctionnement de la justice elle-même, indépendamment de la nature du litige initial (déni de justice simple). Plus spécifiquement dans la matière pénale qui nous intéresse, le déni de justice va consister en un non-exercice ou un mauvais exercice de l'action pénale par l'État hôte pour réprimer les crimes commis contre les étrangers²¹.

Les théories contemporaines du déni de justice vont connaître une sorte d'âge d'or qui s'explique essentiellement, à notre sens, par la transition entre le

¹⁸ Hans W. Spiegel, « Origin and Development of Denial of Justice » (1938) 32 A.J.I.L. 63.

¹⁹ Voir les nombreuses sources citées, notamment à la note 8, dans Olivier J. Lissitzyn, « The Meaning of the Term Denial of Justice in International Law » (1936) 30 A.J.I.L. 633 [Lissitzyn].

²⁰ Comme le soulignait l'arbitre Van Vollenhoven dans l'affaire *Chattin*, si la définition large du déni de justice devait primer « *there would exist no international wrong which would not be covered by the phrase "denial of justice" and the expression would lose its value as a technical distinction* » dans *Chattin (États-Unis c. Mexique)* (1927), 4 R.S.A. 282 à la p. 286 [*Chattin*]. De même, pour De Visscher, « appliquer ce terme à toute infraction quelconque de l'État à ses devoirs envers les étrangers, c'est lui enlever toute signification technique définie. Ainsi employée, l'expression perd toute valeur propre et n'est plus qu'une source de confusions ». Voir De Visscher, *supra* note 16 à la p. 386.

²¹ Plusieurs théories s'affrontent au sujet du fondement du déni de justice. Pour certains, l'État qui tolère certaines violations du droit des étrangers se fait le « complice » des crimes commis contre eux. Mais cette approche paraît trop large. Elle est peu à peu abandonnée au profit d'une vision qui fait de l'inefficacité des juridictions nationales une cause de responsabilité internationale spécifique. Voir Charles Cheney Hyde, « Concerning Damages Resulting from a Duty to Prosecute » (1928) 22 A.J.I.L. 140 aux pp. 140-142.

régime de capitulations jusqu'à l'extension définitive d'une pleine égalité souveraine aux États extra-européens pendant la première moitié du XX^e siècle. Le régime de capitulations avait correspondu à une hypothèse de défiance extrême à l'égard des juridictions nationales de certains États puisque, dans la perspective impérialiste qui était celle des États occidentaux de l'époque, leurs nationaux devaient relever d'un régime d'extraterritorialité les soustrayant à la compétence territoriale de l'État hôte. Le régime des capitulations n'avait néanmoins pas tardé à être perçu comme une ingérence insupportable pour certains États qui allaient faire de la (re)conquête de leur monopole de compétence une priorité politique et symbolique majeure.

Malgré l'abolition graduelle des capitulations, il n'est cependant pas question d'octroyer un plein statut d'égalité aux États dits « non civilisés ». C'est pourquoi le régime – juridictionnel et *ex ante* – des capitulations va dans un premier temps être graduellement remplacé par un régime de contrôle – substantif et *ex post* – du fonctionnement des juridictions nationales. Dans ce cadre, les États hôtes vont se voir imposer l'obligation internationale « d'assurer aux étrangers, dans l'ordre de la protection judiciaire, un traitement conforme aux exigences du droit international »²².

C'est le déni de justice qui va venir sanctionner tout manquement à cette obligation. Concrètement, la mise en œuvre de la responsabilité internationale pour déni de justice est assurée par la conclusion de traités, le plus souvent bilatéraux, entre États occidentaux et non occidentaux (Mexique, Colombie, Venezuela, Siam et Égypte notamment). Ces traités tracent un cadre à l'intérieur duquel peut s'exercer la protection diplomatique²³, généralement par l'intermédiaire de commissions arbitrales mixtes.

La plus grande partie du contentieux est de nature civile et met en jeu des intérêts commerciaux. On se situe après tout dans un cadre impérialiste classique où les États puissants tentent de protéger les investissements de leurs nationaux contre toute velléité d'expropriation ou de nationalisation. Mais une part non négligeable du contentieux et des constructions doctrinales du déni de justice concerne des affaires pénales. Après tout, « civilisés » ou « non civilisés », des endroits comme le Mexique semi-insurrectionnel de l'entre-deux-guerres vont être le cadre de heurts fréquents entre autochtones et « yankees » et vont constituer un véritable terreau doctrinal pour certains organes tels que la Commission des réclamations américano-mexicaines. Il faut dire que l'on touche là à une dimension symbolique forte, l'opinion publique étant prompte à s'émouvoir de la passivité de certaines juridictions étrangères dans la répression de crimes concernant leurs nationaux.

À cette « frange pénale » de l'important contentieux des États « civilisés » en direction des États « non civilisés » vont s'adjoindre, une fois remises au goût du jour les théories du déni de justice, deux autres types de contentieux plus modestes, mais non moins intéressants pour la matière que nous abordons. Il existe tout d'abord, un

²² De Visser, *supra* note 16 aux pp. 374 et 376.

²³ La nécessaire indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis des organes de l'État fit l'objet d'engagements spécifiques au moment des négociations relatives à l'abolition des régimes de capitulations, ce qui permet de voir l'un comme la contrepartie de l'autre. Voir Eustathiades, *supra* note 16 aux pp. 38-40.

contentieux opposant certains pays d'émigration (principalement l'Italie) à des États européens et nord-américains au sujet de leur diaspora (lynchages de la Nouvelle-Orléans, incidents d'Aigues-Morte) et, ensuite, bien que de manière plus accessoire, un certain nombre d'affaires d'assassinat à forte composante politique (assassinat du premier délégué russe à la Conférence internationale de Lausanne en 1923, du comte Nardini, consul d'Italie à Paris, en 1928).

Dans tous ces cas, qui constituent une riche trame de fond pour envisager la justice pénale internationale, vont se poser de manière très détaillée des questions relatives au bon fonctionnement des juridictions pénales internes qui évoquent déjà largement la complémentarité.

B. L'analogie explicite

Il existe bien entendu des différences entre, d'une part, une doctrine aujourd'hui un peu datée, telle que le déni de justice et, d'autre part, un régime juridictionnel spécifique. Les crimes en jeu n'ont certainement aucune commune mesure²⁴. Dans le cadre de la CPI, le contrôle du bon fonctionnement des institutions nationales se fait par une juridiction supranationale à vocation universelle, là où il était l'objet de commissions arbitrales bilatérales (mais aussi, à l'occasion, de la CPIJ ou de la CIJ) dans le cadre du déni de justice. Plus spécifiquement, la détermination du déni de justice engage la responsabilité internationale de l'État, là où la détermination de l'incapacité ou du manque de volonté devant la CPI n'aura pour effet que de rendre une affaire recevable.

Pourtant, une parenté souterraine relie bien les concepts de complémentarité et de déni de justice. Ce sont bien les États qui mettent en mouvement l'action internationale dans le cas du déni de justice, comme c'est le cas en partie devant la CPI. Ils le font devant des tribunaux qui, pour être bilatéraux, n'en sont pas moins internationaux et semi-permanents. Surtout, ne dit-on pas que la protection des étrangers peut prétendre être à l'origine des régimes de protection internationale des droits de l'homme (au moins autant que la protection des minorités par la Société des Nations à qui on fait parfois porter ce rôle)? Et la CPI, bien plus que le droit international humanitaire, n'est-elle pas l'ultime clef de voûte d'un régime global de protection internationale des droits de l'homme?

De fait, l'analogie avec la complémentarité saute aux yeux : le problème initial n'est autre que celui d'un dysfonctionnement des juridictions nationales, causant en matière pénale un problème d'impunité; il existe une présomption en faveur du fonctionnement des juridictions nationales, mais il s'agit bien d'une simple présomption qui peut être renversée par la preuve d'un fonctionnement manifestement inadéquat.

C'est bien pourquoi on va retrouver, de manière tout à fait significative, certaines des mêmes descriptions et justifications apportées à la complémentarité dans

²⁴ Typiquement, les crimes dont avaient à connaître les commissions arbitrales étaient des crimes crapuleux ou passionnels, plus rarement des crimes mettant en jeux directement des agents de l'État.

le contexte de la CPI. La doctrine parle du caractère « subsidiaire »²⁵ et « complémentaire »²⁶ de l'exercice de la protection diplomatique, car « rationnellement le recours aux juridictions nationales devrait être la règle et le recours à la juridiction internationale l'exception »²⁷. L'expression « *unable or unwilling* » est d'ailleurs déjà monnaie courante s'agissant des défaillances des juridictions nationales²⁸. Inversement, la doctrine souligne souvent la nécessité d'éviter que les juridictions internationales ne deviennent des « cours d'appel » des juridictions nationales²⁹.

Car l'on assiste bien à un véritable catalogue des justifications apportées au régime de la complémentarité dans le cadre de la CPI. La doctrine, par exemple, insiste sur la valeur du contrôle de la justice nationale comme « *exerting an important influence in raising to the international standard the level of administration for everybody* »³⁰. Un auteur prêche ainsi :

les standards internationaux exerceront leur pression sur le fonctionnement de la justice interne et entraîneront comme conséquence le perfectionnement de l'administration de la justice [...]. La notion des standards internationaux présente ainsi l'avantage d'entraîner vers le progrès l'administration de la justice de tous les États et de tendre vers une protection uniforme de l'individu dans n'importe quel pays.³¹

Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à préconiser la réforme de vastes pans des systèmes judiciaires nationaux afin de satisfaire aux exigences internationales³². C'est, de fait, en grande partie ce qui survint. De nombreuses réformes législatives furent entamées afin de prévenir ou, dans la foulée, de déterminer l'existence de « dénis de justice »³³. Un auteur va même, dans le cadre d'une étude sur la protection des étrangers, notamment les représentants diplomatiques, à mille lieues de la répression des crimes de droit international, jusqu'à suggérer :

²⁵ Joseph-Charles Witenberg, « La recevabilité des réclamations devant les juridictions internationales » (1932) 41 Rec. des Cours 1 à la p. 51.

²⁶ Edwin Montefiore Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, Banks Law, 1915 aux pp. 28 et 354.

²⁷ Jacques Dumas, « Du déni de justice considéré comme condition de la responsabilité internationale des États en matière criminelle » (1929) 10 R.D.I.L.C. 277 à la p. 288.

²⁸ Edwin D. Dickinson *et al.*, « Article 12. Aliens: Prosecution and Punishment » (1935) 29 A.J.I.L. Supp. 596 aux pp. 596-597.

²⁹ Andronico O. Adede, « A Fresh Look at the Meaning of the Doctrine of Denial of Justice under International Law » (1976) 14 Can. Y.B. Int'l Law 73.

³⁰ Edwin Montefiore Borchard, « Responsibility of States for Damage Done in their Territories to the Person or Property of Foreigners » (1926) 20 A.J.I.L. 738 à la p. 741.

³¹ Eustathiades, *supra* note 16 à la p. 263. Voir aussi De Visscher, *supra* note 16 à la p. 415, selon lequel la reconnaissance d'un déni de justice en matière pénale a « pour objet d'inciter le gouvernement défaillant à améliorer son organisation judiciaire ».

³² James W. Garner, « International Responsibility of States for Judgments of Courts and Verdicts of Juries Amounting to Denial of Justice » (1929) Brit. Y.B. Int'l Law 181 à la p. 186 [Garner].

³³ Voir Charles H. Watson, « Need of Federal Legislation in Respect to Mob Violence in Cases of Lynching of Aliens » 25 Yale L.J. 561 à la p. 579.

C'est bien pourquoi l'institution d'une Cour internationale de justice criminelle s'impose, pour statuer sur les faits incriminés, au cas de déni de justice, soit à l'encontre des coupables, soit à l'encontre de l'État subsidiairement responsable.³⁴

C'est, dans cette perspective, du caractère aléatoire de la protection diplomatique que dériverait la nécessité d'une justice pénale internationale, laquelle viendrait répondre à un problème plus profond de déficience des juridictions nationales³⁵ : on est bien près, alors, de la complémentarité.

Car, d'un autre côté, les craintes des États face aux risques d'un contrôle excessif de l'étatique par l'international sont identiques à celles que manifestent certains États vis-à-vis de la CPI. La difficulté est bien la même que celle qui confrontera la Cour : élaborer « *a general formula for determining the boundary between an international delinquency [...] and an unsatisfactory use of power included in national sovereignty* »³⁶. Or, déjà, Bynkershoek s'était inquiété, dans le cadre du déni de justice, de ce que « *sovereigns will generally interpret all unfavorable decisions as unfair* »³⁷. Freeman décrit dans les termes suivants la crainte du rapporteur Guerrero par rapport à la possibilité d'un contrôle en profondeur de la conformité des décisions nationales aux exigences internationales :

*Only a judge of the country was entitled to interpret that country's law. Both the dignity of justice and the character of the modern State required that his judgment be accepted even where he was in error. This principle, Guerrero insisted, must be applied in respect of sentences which are attacked as 'unjust' or 'manifestly unjust'. The possibility of a re-hearing before an international tribunal filled Guerrero with a terrible foreboding and he shrank from this threatened violation of internal sovereignty as from an incurable disease. In his opinion, no super-judge could be found who would be competent to determine the existence of such 'injustice'; and even if one were available, the submission of cases to him would undermine the corner-stone upon which the international community was based, namely: the principle of State equality. Every State must respect the institutions of other States and the creation of a special judicature with power to override national courts could not be tolerated.*³⁸

Un autre auteur ne prédisait-il pas à ce propos que le soupçon à l'égard des juridictions nationales était pour certains États « la plus douloureuse atteinte à leur amour propre »³⁹? Ces difficultés sont d'autant plus sensibles que, comme le notait un commentateur au sujet du standard requis des États en matière pénale, « *such words*

³⁴ Dumas, *supra* note 27 à la p. 293.

³⁵ *Ibid.* aux pp. 296-297.

³⁶ *Neer (États-Unis c. Mexique)* (1926), 4 R.S.A. 138 au para 4 [*Neer*].

³⁷ Cornelius Van Bynkershoek, *Quaestionum Juris Publici Libri Duo* (1737), Londres, Clarendon, 1930 à la p. 133.

³⁸ Freeman, *supra* note 16 à la p. 121.

³⁹ Dumas, *supra* note 27 à la p. 286.

as “reasonable measures”, “circumstances”, “corresponding duty”, “special vigilance”, *open the field to unlimited debate* »⁴⁰. Quant aux difficultés que causerait la création d’une telle Cour, elles sont déjà prédites, sous l’angle de la protection des étrangers, dans des termes étonnamment modernes :

il convient d’observer qu’à l’effort qui tend à instituer une juridiction internationale pour corriger les conséquences des dénis de justice nationaux s’oppose l’effort contraire des peuples qui, émus de toute atteinte à leur indépendance judiciaire, veulent réserver à leurs juridictions nationales la connaissance exclusive de toutes les réclamations [pertinentes].⁴¹

On peut sans doute difficilement trouver meilleure description des états d’âmes de nombreux États vis-à-vis de la CPI.

C’est pourquoi l’exploration de la jurisprudence du déni de justice, aussi ancienne peut-elle paraître, devrait être une priorité pour quiconque souhaite mieux cerner la notion de la complémentarité devant la CPI. La question n’est assurément pas aisée et son exploration n’est pas facilitée par le passage du temps. Déjà en 1936, un auteur concluait une étude expressément consacrée au sens du déni de justice en suggérant que « *the use of the term is to be avoided as much as possible* »⁴² et un spécialiste de la question se plaignait de ce que le concept « *has always presented insurmountable difficulties to the task of devising formulae for determining its meaning and scope and precise terms, either by definition or enumeration* »⁴³. Charles De Visscher, quant à lui, a décrit la question comme « l’une des plus anciennes et l’une des plus mal élucidées du droit international »⁴⁴. Malgré tout, certaines constantes apparaissent qu’il conviendra de repérer au milieu d’une grande diversité de sources et d’une grande variété de positions.

II. Évolution du champ du déni de justice

Le principe incompressible de toute conception de déni de justice en droit international est un droit de regard minimum sur les conditions dans lesquelles est rendue la justice interne, de telle manière que la conformité d’une décision au droit interne ne soit pas en tant que telle opposable à toute velléité de contrôle international. En matière pénale, par exemple, il est établi qu’une enquête va pouvoir être respectueuse du droit interne, toutes choses égales par ailleurs, mais inadéquate sur le plan international⁴⁵.

⁴⁰ Borchard, *supra* note 26 à la p. 743.

⁴¹ Dumas, *supra* note 27 à la p. 302.

⁴² Lissitzyn, *supra* note 19 à la p. 646.

⁴³ Antônio Augusto Cancado Trindade, « Denial of Justice and its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law » (1978) 53 *Philippine L.J.* à la p. 404.

⁴⁴ De Visscher, *supra* note 16.

⁴⁵ Margaret Roper case, Opinions, p. 205; voir dans (1927-1928) A.D.223, case 150.

C'est cependant le champ du déni de justice, plutôt que son principe même, qui va poser problème. On peut approcher la question du champ du déni de justice sous deux angles : celui de sa nature fondamentale (A) et celui du stade de sa survenance (B).

A. Nature fondamentale du principe de déni de justice

1. TRAITEMENT EGAL CONTRE STANDARDS MINIMA

La grande controverse qui structure l'émergence de la théorie du déni de justice à ses débuts oppose les tenants de la théorie de ce que l'on a appelé le « traitement égal » à ceux des « standards minima ». Ce sont notamment les États d'Amérique latine⁴⁶ qui ont longtemps adopté une définition extrêmement restrictive du déni de justice, considérant que la seule obligation à la charge de l'État était celle de garantir une protection aux étrangers identique à celle accordée à ses propres nationaux⁴⁷. Pour la génération des Calvo, Drago, Toerres-Caecido et Seijas, il s'est agi, avant tout, d'éviter, à une époque où certains États occidentaux n'hésitent pas à faire tonner la canonnière lorsque les intérêts judiciaires de leurs nationaux ont été lésés (*cf.* : incident de Corfou entre la Grèce et l'Italie), que les juridictions nationales ne soient systématiquement mises à l'écart par abus de protection diplomatique. Ces efforts ont débouché en leur temps sur plusieurs stratégies juridiques dont la constitutionnalisation de l'exclusivité des juridictions nationales, un certain nombre de tentatives de définir de manière nationale et exclusive le déni de justice, et surtout par la généralisation de la fameuse clause Calvo. Ils ont connu un début de reconnaissance officielle avec le rapport Guerrero, du nom du rapporteur salvadorien du sous-comité du Comité d'experts pour la codification progressive du droit international chargé par l'assemblée de la Société des Nations d'établir un rapport sur la responsabilité des États⁴⁸.

Les théories du traitement égal, même si elles constituent une amélioration par rapport à une époque précédente où les étrangers ont souvent été plus mal traités que les nationaux, paraissent cependant excessivement limitatives pour la doctrine occidentale. Tout en notant le large pouvoir discrétionnaire dont disposent les États sur leur territoire, celle-ci insiste sur le fait que certains « standards minimaux » doivent être respectés dans l'administration de la justice à l'égard des étrangers⁴⁹ (quand bien même, paradoxalement, une telle doctrine aboutirait à faire bénéficier les

⁴⁶ Voir par ex. « Inter-American Juridical Committee on the Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State » dans Francisco V. Garcia Amador, Louis B. Sohn et Richard R. Baxter, dir., *Recent Codification of the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens*, New York, Oceana, 1974 à la p. 361.

⁴⁷ Voir Gustavo J. Guerrero, « Annexe au questionnaire n°4 » dans Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law: Report of the Sub-Committee, League of Nation Pub. C 196 M.70 1927-V.

⁴⁸ Résolution de la Société des Nations du 22 septembre 1924.

⁴⁹ Voir par ex. Andreas Hans Roth, *Minimum Standards of International Law Applied to Aliens*, La Haye, A. Sijthoff, 1949; Edwin Montefiore Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or The Law of International Claims*, New York, Banks Law, 1915.

étrangers d'un meilleur traitement que les nationaux). De la théorie des « standards minimaux » découle un rejet implicite de celle de « l'égalité de traitement », puisqu'il est considéré que cette égalité ne peut pas être invoquée par les États comme manière de se soustraire à leurs obligations internationales.

À partir de cette opposition, on va assister à un rapprochement graduel des positions des États⁵⁰ et de la doctrine⁵¹. On réalise de mieux en mieux que les deux conceptions ne sont ni nécessairement incompatibles ni exclusives. L'État peut en effet en même temps être tenu d'accorder un traitement minimal et de ne pas accorder de garanties moindres aux étrangers qu'à ses nationaux.

Il reste que la doctrine des standards minimaux l'emporte bien dans l'hypothèse où un traitement égal entre nationaux et étrangers aboutirait à violer les droits dont ces derniers peuvent légitimement se prévaloir. Le traitement égal ne devient dès lors qu'un élément parmi d'autres des exigences minimales. Il apparaît peu à peu, en définitive, que le terme de déni de justice peut connaître toute une gamme d'acceptations.

La leçon qui peut être tirée, pour la CPI, de cette première tension fondatrice est relativement simple. D'une part, l'existence d'une discrimination entre nationaux et ressortissants étrangers face aux poursuites pourrait constituer une indication de manque de volonté. C'est typiquement l'hypothèse où les nationaux d'un État recevraient un traitement plus « indulgent » que les ressortissants étrangers qui devrait attirer l'attention sur une défaillance des juridictions nationales. On notera que ce ne serait pas ici la discrimination en soi qui ferait litige, la CPI n'ayant pas de mandat particulier en la matière, mais bien la manière dont celle-ci permettrait de deviner plus ou moins obliquement une situation de sous-investissement des efforts de poursuite pénale.

On retiendra, d'autre part, qu'il ne suffirait pas pour un État, afin de remplir son obligation de juger et donc être considéré comme disposant de la volonté et des capacités adéquates au sens du *Statut de Rome*, d'alléguer le traitement égal (au sens d'une politique de poursuite non discriminante) entre ses nationaux et les ressortissants étrangers. L'obligation de juger que vise à contrôler la juridiction pénale internationale, dans cette perspective, n'est pas seulement une obligation de traitement égal, mais bien une obligation objective de poursuivre les auteurs de certains crimes internationaux au sujet desquels l'État a compétence.

⁵⁰ Voir par ex. « Inter-American Juridical Committee: Contribution of the American Continent to the Principles of International Law that Govern the Responsibility of the State, Text of 1965 Reflecting the View of the United States of America » dans Amador, *supra* note 46 aux pp. 363-364.

⁵¹ Voir par ex. Lucio Manuel Moreno Quintana, *Derecho Internacional Publico*, Buenos Aires, Libreria del colegio, 1950 à la p. 170; Luis A. Podesta Costa, *Derecho Internacional Publico*, 3^e éd., Buenos Aires, Tipografica, 1955 à la p. 443.

2. QUELS STANDARDS MINIMA?

En réalité, la controverse entre standards minimaux et égalité de traitement en laisse entrevoir une autre, plus profonde et plus durable, sur ce que devrait être le *niveau adéquat* des standards minima. Si le rejet des théories du traitement égal fait sans doute progresser la cause de la justice, il le fait en même temps au détriment de la limpidité du droit. Le traitement égal, en effet, avait l'avantage, à défaut d'être une notion entièrement satisfaisante pour les États occidentaux, d'être un concept relativement clair dans son application ($t(e) = t(n)$ sinon déni de justice). Au contraire, avec l'importance accrue acquise par la notion de standards internationaux (déni de justice si et seulement si $t(e) \vee t(n) < t^m$) on entre historiquement dans une zone d'indétermination beaucoup plus complexe.

D'emblée, en effet, l'imposition de standards minimaux ne saurait viser l'établissement d'une justice universellement homogène, quête que rejetterait nécessairement les États et dont on voit mal quel intérêt ils pourraient y trouver. Comme le soulignait un auteur, il s'agit notamment d'« éviter de pousser trop loin [la notion de standards minimums] en prétendant imposer aux États une conception mondiale uniforme de la procédure civile ou de l'instruction criminelle ou de la répression pénale »⁵².

De toute évidence, il existe des différences de sensibilité par rapport à l'exercice de la justice. Une « marge » d'inefficacité paraît incompressible dans tout système de justice, puisque la justice est « humaine et donc faillible », selon l'expression consacrée. C'est sans parler des différences de moyens que chaque État est à même d'investir dans le maintien d'une justice adéquate. Comme le souligne Max Huber :

*penal and civil proceedings are necessarily dependent on the means at the disposal of the State and on the degree of authority which it is able to exert [...]. It is not possible to demand the uniform application in all cases of a system of justice which satisfies the minimum standards of international law.*⁵³

C'est donc bien de standards *minimaux* qu'il va s'agir, mais toute la question va être de savoir comment concilier au mieux légitimité des exigences internationales et nécessaire tolérance de la souveraineté des États, c'est-à-dire de leurs particularités culturelles, politiques, économiques et sociales. La problématique de la complémentarité est née longtemps avant l'avènement de la justice pénale internationale.

⁵² Charles Durand, « La responsabilité internationale des États pour déni de justice » (1931) 38 R.G.D.I.P. 695 aux pp. 707-708.

⁵³ Huber, Rapports, à la p. 59. Cette tolérance est cependant limitée et dans les cas les plus graves l'incapacité n'est jamais une excuse; voir Louise O. Canahl case, Opinions (1929), p. 90; ou (1925-1926) A.D. 213.

D'une manière générale, la jurisprudence entend apprécier « tous les éléments pertinents » afin d'établir si un déni de justice a ou n'a pas eu lieu. Comme le soulignait l'arbitre Nielsen dans l'affaire *Hall* :

*I do not consider that a proper solution of issues can be reached by picking out this or that detail and formulating a conclusion as to whether some particular act resulted in a denial of justice as that term is understood in international law and practice. We must examine all the acts against which complaint is made and ascertain whether or not in the light of the record it may be concluded that there was a failure to meet the requirements of the rule of international law that prompt and effective measures shall be taken to apprehend and punish persons guilty of crimes against aliens.*⁵⁴

Mais pour le reste, autant dire que l'avancée marquée par la reconnaissance de principe des standards minima va se « payer » par une certaine élévation du seuil requis afin de conclure à un déni de justice. A fortiori en matière pénale :

*the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency, should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would recognize its insufficiency.*⁵⁵

B. Le déni de justice catégorisé en fonction du stade de sa survenance

La doctrine du déni de justice va se décliner selon une catégorisation complexe qui répertorie les différentes formes de déni de justice selon leur gravité et le stade auquel elles interviennent. C'est à Vattel que l'on doit la première présentation classique de ces différents « paliers » du déni de justice :

la justice se refuse de plusieurs manières : premièrement, par un déni de justice proprement dit, ou par un refus d'écouter vos plaintes ou celles de vos sujets, de les admettre à établir leur droit devant les tribunaux ordinaires; deuxièmement, par des délais affectes dont on ne peut donner de bonnes raisons; délais équivalents à un refus ou plus ruineux encore; troisièmement par un jugement manifestement injuste et partial.⁵⁶

On reconnaît déjà, dans ce vieil et digne ouvrage écrit au XVIII^e siècle, les hypothèses prévues à l'article 17. Ces trois catégories, qui correspondent à ce que la doctrine plus récente a distingué comme le déni de justice absolu, le déni de justice procédural (qui inclut, mais ne se limite pas aux délais déraisonnables) et le déni de

⁵⁴ Hall Case, Opinions (1929), aux pp. 321-322.

⁵⁵ Neer, *supra* note 36 au para. 4.

⁵⁶ Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, vol. 2, Neuchâtel, Imprimerie de la société typographique, 1758, chap. XVIII à la p. 536 au para. 353.

justice substantif, seront envisagées tour à tour. Nous prendrons en outre la liberté de leur en adjoindre une quatrième dont la spécificité n'est à notre sens pas parfaitement rendue par cette distinction tripartite et qui survient au stade de l'application de la peine.

1. L'HYPOTHESE DE BASE : LE DENI DE JUSTICE ABSOLU

Comme le souligne Freeman, « *an alien has suffered a denial of justice when access to the courts is entirely refused to him, or, what amounts to the same thing, when the judge invested with jurisdiction over a given case arbitrarily refuses to perform his functions* »⁵⁷. L'absence totale de justice constitue, dans la jurisprudence des commissions arbitrales de l'entre-deux-guerres, comme elle le fera sans aucun doute dans le cadre de la CPI, l'hypothèse d'école – et à vrai dire la moins problématique – du déni de justice. Pour Anzilotti,

[l']absence d'exercice de la fonction juridictionnelle concrétise, en un certain sens, la forme typique, bien que non unique, du déni de justice, que tous les auteurs anciens ou modernes et la pratique des États considèrent comme un des cas les plus importants et les moins discutables du fait illicite international.⁵⁸

Il fait également peu de doute dans le cadre de la CPI que, si aucune juridiction nationale ne fait mine d'agir face à des allégations sérieuses de crimes prévus par la CPI et entrant dans la compétence de l'État en question, se trouverait bien établie une situation d'incapacité ou de manque de volonté.

Mais il existe une diversité de situations susceptibles d'engendrer un refus absolu de rendre justice. L'absence totale de justice peut, par exemple, découler d'une situation juridique la rendant impossible. Pendant longtemps et dans de nombreux pays, il n'était pas possible d'intenter de recours contre l'État et ses agents. Un auteur traitant du déni de justice en matière pénale dans les années 30 cite l'exemple de l'absence de réparation possible après que le dey d'Alger ait frappé un ressortissant français⁵⁹. De même, dans l'affaire *Neer*, la Commission arbitrale considéra que l'hypothèse où le droit local « *rendered it impossible for [the authorities] to fulfill their tasks* » était l'une des deux auxquelles devait se cantonner son examen de l'existence d'un déni de justice⁶⁰.

Le cas de figure n'est pas du tout inenvisageable dans le cadre de la CPI, et l'on pourrait très bien imaginer qu'un État dont la constitution prévoirait, par exemple, l'immunité absolue du chef de l'État, y compris pour des actes commis en dehors du cadre légal de ses fonctions et/ou après le terme de l'exercice de ses

⁵⁷ Freeman, *supra* note 16 à la p. 118.

⁵⁸ Dionisio Anzilotti, *Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929 à la p. 482.

⁵⁹ Dumas, *supra* note 27 à la p. 287.

⁶⁰ Opinions; aux pp. 72-74. Voir également Connelly case, Opinions (1929), à la p. 87.

fonctions, puisse être considéré comme manquant d'office de volonté d'intenter des poursuites contre de tels individus.

En outre, la doctrine considère l'amnistie intervenant avant tout procès comme un « manquement au devoir international quant à la répression pénale; c'est une hypothèse de non-punition du coupable »⁶¹. Pour la Commission arbitrale États-Unis-Mexique, notamment, « il n'y a pas de doute qu'accorder une amnistie pour un crime c'est arriver au même résultat, en droit international, que si l'on ne punissait pas un tel crime, ou que l'on n'exécutait pas la peine, ou que l'on pardonnait l'acte incriminé »⁶². En l'espèce, en accordant une amnistie aux meurtriers d'un citoyen américain, le Mexique s'était « volontairement privé de la possibilité de les poursuivre et les punir »⁶³. Même si les théories de l'amnistie ont depuis été largement suppléées par un important débat contemporain, il n'est pas inutile de savoir que le droit international a aussitôt établi une telle position de principe.

À partir du moment où une possibilité juridique d'intenter une action existe bien, la jurisprudence et la doctrine internationales se satisfont en temps normal des efforts engagés afin d'appréhender les suspects. Le fait qu'une enquête n'aboutisse pas, en particulier, n'est aucunement en soi une cause de déni de justice⁶⁴. Dans l'affaire *Diaz*, par exemple, un Mexicain à qui « deux soldats américains » avaient demandé de leur servir de chauffeur fut retrouvé assassiné. La Commission américano-mexicaine considéra que l'échec des autorités américaines dans la recherche du meurtrier, alors qu'il y avait 40 000 militaires stationnés dans la même ville, était largement excusable⁶⁵.

Le travail d'enquête, après tout, est l'un des plus aléatoires qui soit et bien des systèmes pénaux connaissent des taux d'irrésolution de crimes, même graves, avoisinant les 80 %. On sait, dans le cadre de crimes de droit international que l'appréhension de certains criminels s'est révélée particulièrement ardue, qu'il s'agisse de criminels de guerre allemands réfugiés en Amérique du Sud ou de certains génocidaires rwandais dont on a perdu la trace.

Cette tolérance prend fin, cependant, lorsque l'incapacité à appréhender les suspects résulte de mesures dilatoires⁶⁶. Comme le conclut la Commission arbitrale dans l'affaire *Brissol* :

*Venezuela's responsibility and liability in this matter are to be determined and measured by her conduct in ascertaining and bringing to justice the guilty parties. If she did all that could reasonably be required in that behalf, she is to be held blameless; otherwise not.*⁶⁷

⁶¹ Eustathiades, *supra* note 16 à la p. 199.

⁶² Affaires *West* et *Snapp* (États-Unis c. Mexique) (1927), 4 R.S.A. 270 [*West*].

⁶³ *Ibid.* à la p. 272.

⁶⁴ *Sevey* (États-Unis c. Mexique) (1929), 4 R.S.A. 474.

⁶⁵ *Diaz* (États-Unis c. Mexique) (1926), 4 R.S.A. 106.

⁶⁶ Voir l'affaire *Roper* (États-Unis c. Mexique) (1926), 4 R.S.A. 145; affaire *Almaguer* (États-Unis c. Mexique) (1929), 4 R.S.A. 523; affaire *Clark* (États-Unis c. Mexique) (1929), 4 R.S.A. 529; affaire *Kling* (États-Unis c. Mexique) (1930), 4 R.S.A. 575 [*Kling*]; affaire *Tribolet* (États-Unis c. Mexique) (1930), 4 R.S.A. 598; affaire *Gorham* (États-Unis c. Mexique) (1930), R.S.A. 640.

⁶⁷ *Brissol* (États-Unis c. Venezuela) dans *Under the Convention of Dec. 5, 1885, Moore, Arbitrations*,

Les arbitres sont d'ailleurs souvent réticents à tenir rigueur à l'État de manquements qui paraissent entrer dans l'ordre des choses. Dans l'affaire *Neer*, par exemple :

*there is a long way between holding that a more active and more efficient course of procedure might have been pursued, on the one hand, and holding that this record presents such lack of diligence and of intelligent investigation as constitutes an international delinquency, on the other hand... It is not for an international tribunal such as this Commission to decide, whether another course of procedure taken by the local authorities [...] might have been more effective.*⁶⁸

Au contraire, il s'agit de démontrer que « *the authorities [...] acted in an outrageous way, in bad faith, in wilful neglect of their duties, or in a pronounced degree of improper action* »⁶⁹.

C'est donc, d'une manière générale, le caractère impropre des mesures prises qui peut mener au déni de justice⁷⁰. Le fait de ne pas envoyer de *posse comitatus* à la poursuite de criminels⁷¹, ou de ne le faire que plusieurs jours⁷² après avoir été notifié de leurs crimes, par exemple, atteste d'efforts insuffisants. Un des facteurs majeurs permettant d'apprécier la violation de l'obligation de l'État est l'existence de délais excessifs dans l'enquête⁷³. Dans l'affaire *Jane*, par exemple, un magistrat de police local avait été informé presque immédiatement d'un meurtre, mais huit années s'étaient écoulées avant l'appréhension de l'accusé alors que celui-ci avait été clairement identifié et était un membre connu de la communauté. La Commission arbitrale américano-mexicaine a de ce fait conclu au déni de justice⁷⁴.

Mais il ne suffit pas que soient recherchés et éventuellement arrêtés les suspects, encore faut-il que soient engagées des poursuites⁷⁵. Bien entendu, il est tout à fait envisageable – et le droit international se doit de le reconnaître – qu'une enquête lancée à l'encontre d'un suspect aboutisse à ne pas porter d'accusations, les charges pesant contre la personne en question s'avérant insuffisantes : « *[i]t is possible that in certain cases the police or judicial authorities might declare the innocence of a defendant without bringing him to trial in the fullest sense of the word* »⁷⁶. C'est là le

2949 à la p. 2968 [Brissol].

⁶⁸ *Neer*, *supra* note 36.

⁶⁹ *Ibid.* à la p. 62.

⁷⁰ Voir les affaires *Almaguer et Clark*, *supra* note 66. Les suspects furent relâchés dans des circonstances douteuses attestant d'une négligence.

⁷¹ *Brissol*, *supra* note 67.

⁷² *Boyd (États-Unis c. Mexique)* (1928), 4 R.S.A. 380.

⁷³ *Kling*, *supra* note 66 à la p. 48.

⁷⁴ *Janes (États-Unis c. Mexique)* (1925), 4 R.S.A. 82.

⁷⁵ *Connolly (États-Unis c. Mexique)* (1928), 4 R.S.A. 387 [Connolly], cette affaire relève le « laxisme » des autorités. Voir aussi *Swimney (États-Unis c. Mexique)* (1926), 4 R.S.A. 98; *Mead (États-Unis c. Mexique)* (1930), 4 R.S.A. 653; *Gorham (États-Unis c. Mexique)* (1930), 4 R.S.A. 640.

⁷⁶ *Chase (États-Unis c. Mexique)* (1928), 4 R.S.A. 337 [Chase].

lot quotidien de tout système pénal et l'histoire de la justice pénale internationale a montré que celle-ci n'échappait pas à la règle. La tolérance des juridictions internationales, cependant, doit s'arrêter là où commence la mauvaise foi des autorités nationales : « [b]ut if the data which exist in a case indicate the possible guilt of a defendant, even in the slightest degree, it cannot be understood why he is not tried, to the extent of determining his responsibility »⁷⁷. Il est difficile d'échapper à la logique de cette prise de position, même si le seuil du « *slightest degree* » paraît un peu excessif⁷⁸ : a fortiori s'agissant de crimes parmi les plus graves qu'ait à connaître l'humanité, on concevra qu'un procès soit le minimum que soit en droit d'attendre la communauté internationale.

2. LE DENI DE JUSTICE PROCEDURAL OU LA JUSTICE ENVISAGEE COMME PROCESSUS

Une fois engagées, il importe que les poursuites soient menées avec toute la diligence voulue et ne constituent pas un simple simulacre de justice. La manière dont est conduit un procès ressort certes de la seule organisation de l'État, mais cette règle connaît une exception si la justice prend un tour particulièrement contraire aux exigences minimales du procès équitable. Mais, de toute évidence, le fait de ne pas prendre de mesures adéquates pour assurer la comparution d'un accusé en liberté provisoire compte comme hypothèse de déni de justice, comme l'a confirmé la Commission américano-mexicaine dans l'affaire *Chase*, où l'accusé n'avait toujours pas comparu quatorze ans après sa première interpellation⁷⁹ ! Comme le souligne la doctrine dans le cadre de la protection diplomatique :

Du principe que l'État du lieu de l'offense, – dont l'administration de la justice et la sauvegarde de l'ordre public sont un attribut essentiel – doit protéger l'étranger sur son territoire découle cette conséquence logique qu'il sera convaincu de déni de justice non seulement s'il ne prend pas l'initiative de poursuites d'office – ou s'il use d'atermoiements dans les poursuites ou s'il prend vis-à-vis des témoins proposés ou des moyens de procédure préconisés –, une attitude qui contrarie la répression voulue. [Nos italiques].⁸⁰

A fortiori, « [i]nternational justice is not satisfied if a government limits itself to instituting and prosecuting a trial without reaching the point of defining the defendant's guilt and assessing the proper penalty »⁸¹. Même en deçà de cette hypothèse extrême, les délais excessifs dans le procès qui seraient de nature à mettre

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ La plupart des systèmes juridiques exigent un peu plus qu'une possibilité infime avant que ne soient engagées des poursuites. On notera cependant que, dans le cadre de la CPI, peu d'affaires risquent d'arriver au stade de la recevabilité si le procureur ne dispose pas lui-même d'indices graves et concurrents lui permettant de penser qu'il peut mener l'affaire à son terme, c'est-à-dire à un verdict de culpabilité et une condamnation.

⁷⁹ *Chase*, *supra* note 76 à la p.17.

⁸⁰ Dumas, *supra* note 27 à la p. 281.

⁸¹ *Chase*, *supra* note 76 à la p.19.

en doute la bonne foi de l'État ou de ses juridictions apparaissent de nature à engager la responsabilité de l'État⁸². C'est ce qu'avait déjà reconnu Zouche au XVII^e siècle : « [j]ustice is held to be denied [...] if judgment cannot be obtained against a legally guilty person [...] within a reasonable time »⁸³ (la complémentarité de la CPI est décidément loin de faire figure de pionnière). Dans l'affaire *Galvan*, la Commission arbitrale concluait, pour sa part, au déni de justice au sujet d'une procédure déjà engagée depuis cinq ans à cause de l'incapacité de l'État du Texas à retrouver aucun des cinq témoins oculaires d'un meurtre⁸⁴.

Outre les délais excessifs, il est possible que la justice se trouve déniée par ce qui serait en quelque sorte son exact opposé, à savoir un procès bâclé. Les théories du déni de justice visent certes les hypothèses où des crimes sont commis contre les « étrangers » et ne sont ensuite pas adéquatement punis mais, aussi, d'une manière qui annonce plus explicitement la protection internationale des droits de l'homme contemporaine, les hypothèses où leurs ressortissants accusés de crimes font l'objet de violations graves de leurs droits. La Commission Grande-Bretagne/Mexique a par exemple considéré que le fait d'arrêter une personne « sous une fausse inculpation », de « l'empêcher de comparaître devant les tribunaux » puis de lui « barr[er] l'accès à la justice » constitue un déni de justice⁸⁵. D'une manière plus générale, les graves irrégularités, notamment lorsqu'elles mettent en cause les droits de la défense, peuvent également constituer un déni de justice⁸⁶. La sentence *Cotesworth and Powell* parle de « la violation patente des principes essentiels de la justice naturelle, comme le refus d'entendre les parties ou encore le fait de les empêcher de produire leurs moyens de preuve » comme « équivalant à un déni de justice absolu »⁸⁷.

Le cas de figure est particulièrement intéressant dans le cadre de la CPI. Il est généralement admis en effet que la justice pénale internationale a avant tout comme vocation de lutter contre des situations où la procédure est soit inexistante, soit contournée. Mais il est tout à fait possible que la CPI soit confrontée à des situations (procès Pol Pot, procès Ceaucescu) où le problème n'est pas l'impunité, mais au contraire une justice tellement bâclée que les exigences de la communauté internationale n'y trouvent pas leur compte. Or, faire l'impasse sur le fait que la justice pénale internationale a aussi un rôle plus large de promotion de la justice – laquelle, est-il besoin de le dire, ne se limite pas à l'absence d'impunité – serait passer à côté d'une dimension importante de ce que pourrait être la tâche de la CPI. C'est la possibilité que semble ouvrir la référence ambiguë « aux garanties d'un procès équitable reconnues par le droit international » dans l'article 17 (2) du *Statut de Rome*, et que semble conforter la tradition du déni de justice.

⁸² *Fabiani*, 5 Moore, Arbitrations 4878 aux pp. 4893-4897; *Seghuilda Shtibat (Grande-Bretagne c. Espagne)*, Dec. 29, 1924, Huber, Rapports, à la p. 146; s.c., Annual Digest (1923-1924), case 88.

⁸³ Richard Zouche, *Exposition of Fecial Law and Procedure or of Law Between Nations, and Questions Concerning the Same*, Washington, Carnegie Institution, 1911 à la p. 33.

⁸⁴ *Galvan (États-Unis c. Mexique)* (1927), 4 R.S.A. 273.

⁸⁵ *Interoceanic Railway of Mexico (Grande-Bretagne c. Mexique)* (1931), 5 R.S.A. 178 [*Interoceanic Railway of Mexico*].

⁸⁶ *Chattin*, supra note 20.

⁸⁷ *Cotesworth and Powell*, Moore, Arbitrations, II aux pp. 2050 et s. [*Cotesworth and Powell*].

3. LE DENI DE JUSTICE SUBSTANTIF OU DENI DE JUSTICE ENVISAGE COMME RESULTAT

a) *Le débat de principe*

Le problème de la responsabilité de l'État pour « mal jugé » (ce que la doctrine classique décrivait comme le « défi de justice » par opposition au « déni de justice ») a été décrit par de Visscher comme « assurément le plus difficile de tous ceux que soulève l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les relations internationales »⁸⁸. Il y a en effet un certain paradoxe à exiger en même temps que les juridictions nationales soient entièrement indépendantes, sous peine de déni de justice, et à imputer à l'État les décisions « injustes » de ces mêmes juridictions dès lors que celles-ci ont agi en toute liberté.

Le contrôle du déni de justice substantiel présente des problèmes particulièrement délicats en matière de justice pénale. Cela est bien entendu le cas du fait de la gravité intrinsèque de toute affaire pénale et des difficultés que pose toute tentative de « rejugement » en matière de protection internationale des droits de l'homme (notamment au regard du principe *non bis in idem*). Mais c'est aussi le cas dans la mesure où un tel contrôle implique de passer en revue une décision qui aura été atteinte au terme d'un examen souvent collectif (jurés) et selon un standard (généralement « au-delà de tout doute raisonnable ») encore plus astreignant que les décisions en matière civile.

Le commentaire suivant, tout daté qu'il soit, permet de se faire une idée des difficultés en jeu. À la suite de l'acquittement par les juridictions françaises dans les années trente d'un ressortissant français pour le meurtre d'un agent consulaire italien, fasciste notoire, qui suscita à l'époque le courroux de l'Italie, un auteur (français) s'interroge :

L'Italie pouvait-elle soutenir, en scrutant les sentiments intimes des jurés, que ceux-ci avaient cédé à leur malveillance instinctive pour le fascisme ou pour un fonctionnaire fasciste? Rien n'eut été plus présomptueux, rien n'eut été plus difficile à établir objectivement, rien n'eut pu être générateur de passions plus violentes, plus injustes, plus incendiaires. Et pourtant serait-on exposé à voir l'Italie, en tant qu'État, faire grief à la France en tant qu'État également, d'une décision judiciaire qu'il ne dépendait pas de la France d'empêcher à moins de supprimer l'institution du jury ou de rendre les jurés responsables de leurs verdicts? Serait-on exposé à voir les institutions les plus parfaites des pays les plus policés ramener ceux-ci à tous les risques qu'une mauvaise organisation de leur administration et de leur justice fait peser sur les pays de civilisation inférieure ?⁸⁹

⁸⁸ De Visscher, *supra* note 16 à la p. 399.

⁸⁹ Dumas, *supra* note 27 à la p. 296.

Une forte opposition à l'idée d'un déni de justice substantif s'est donc longtemps fait sentir, se rangeant à la conception restrictive selon laquelle « [l]a justice n'est déniée que lorsqu'il n'intervient pas de jugement sur la contestation. Le juge ne répond que de sa conscience dans l'usage qu'il fait de son pouvoir »⁹⁰.

Il semble toutefois que la doctrine et la jurisprudence internationales⁹¹ se soient acheminées vers la reconnaissance du principe d'une telle possibilité comme fondement autonome du déni de justice (c'est-à-dire en dehors de la question du respect formel de la procédure et même en dehors de toute preuve de la mauvaise foi des magistrats). Pour Anzilotti, par exemple :

Le déni de justice, en définitive, ne résulte [...] pas seulement [...] du refus d'accès devant les tribunaux, mais ressort aussi d'un manque évident de justice dans la manière dont le procès a été conduit, *et le jugement prononcé*; dans le premier cas, il y a inexécution évidente; *dans le second, il y a inexécution dissimulée, mais réelle, du devoir international de l'État.* [Nos italiques].⁹²

Dès lors, pas même l'invocation de dispositions constitutionnelles ou la séparation des pouvoirs ne peuvent dégager l'État de sa responsabilité. Pour la Commission franco-italienne de conciliation :

Si dans certaines sentences arbitrales du XIX^e siècle on trouve exprimée l'opinion que l'indépendance des tribunaux, conforme au principe de la division des pouvoirs généralement reconnu dans les pays civilisés, exclut la responsabilité internationale de l'État du fait des actes du pouvoir judiciaire contraires au droit, cette théorie semble aujourd'hui universellement et justement répudiée par la doctrine et par la jurisprudence internationales. La sentence rendue par l'autorité judiciaire est émanation d'un organe de l'État, tout comme la loi promulguée par l'autorité législative. La non-observance d'une règle internationale de la part d'un tribunal crée la responsabilité internationale de la collectivité dont le tribunal est un organe.⁹³

Plus précisément, l'indépendance des tribunaux et jurys ne saurait être à elle seule un argument opposable à la responsabilité internationale :

*[t]he independence of the judiciary and the discretion which juries possess, if abused or so exercised as to result in denial of justice, can hardly be regarded as a logical or just reasons for relieving the state of responsibility for injuries in which their nationals have suffered in consequence of such abuse.*⁹⁴

⁹⁰ Émile Brunet, Jean Servais et Charles Resteau, *Répertoire pratique du droit belge : législation, doctrine et jurisprudence*, t. 3, Bruxelles, Émile Bruylant, à la p. 627 au para. 8.

⁹¹ Bronner, Moore, *Arbitrations* à la p. 3134.

⁹² Dionisio Anzilotti, « La responsabilité internationale des États à raison des dommages soufferts par les étrangers » (1906) 14 R.G.D.I.P. 1 à la p. 25.

⁹³ Décision 196, 1955.

⁹⁴ Garner, *supra* note 32 à la p. 188.

Le droit de la responsabilité internationale traite en effet l'État comme une unité, de telle manière que les abus résultant de défauts d'organisation interne ne sont pas opposables aux États se plaignant de violations des droits de leurs ressortissants. Comme le soulignait un auteur : « [j]uges et jury sont des parties inséparables de l'organe judiciaire et l'État doit être considéré comme responsable si l'action de chacun d'eux constitue un déni de justice »⁹⁵. La construction sous-tendant une telle interprétation est l'idée que, dans ses devoirs à l'égard des étrangers sur son territoire, l'État est contraint, sinon à une obligation de résultat, du moins à une obligation forte de moyen. En particulier, l'État est censé, à l'intérieur des limites du raisonnable, organiser son système judiciaire d'une manière qui ne viole pas et ne risque pas de violer ses obligations internationales. Si l'institution du jury doit aboutir de manière plus ou moins systématique à des résultats iniques (hypothèse qui peut se trouver réalisée dans certaines circonstances historiques), alors il revient à l'État de réformer son système afin d'éviter de telles injustices.

Ce n'est pas pour autant que le droit international accueille sans sourciller un contrôle substantif des décisions judiciaires nationales. Il est d'emblée clair que « *responsibility is not engaged by the sole fact that criminal proceedings incepted against an accused do not terminate in his conviction* »⁹⁶. Une telle approche reviendrait en effet ni plus ni moins à supposer d'avance ce que l'on est censé pouvoir établir positivement, à savoir la culpabilité de l'accusé et l'échec de la juridiction nationale à l'établir. Elle exclurait d'office la possibilité bien réelle que l'accusé soit innocent et donc acquitté (l'action pénale du procureur étant après tout fondée sur des éléments d'appréciation qui constituent une sorte de « pari » professionnel). Au-delà, elle irait également à l'encontre de la possibilité qu'un procès soit annulé (« *mistrial* », non-lieux) non pas tant sur le fondement de l'innocence avérée d'un accusé qu'en vue de faire respecter l'intégrité du procès pénal et les droits de la défense. Dans le cas de la justice pénale internationale, laquelle a déjà acquitté de nombreux prévenus et reconnu qu'elle pouvait être amenée à relâcher certains accusés pour remédier à une violation flagrante de leurs droits, on conçoit bien que la CPI dut faire preuve d'une grande prudence, et ne pas confondre organisation étatique de l'impunité et simple fragilité de l'action pénale.

C'est sans parler, enfin, du fait que dans les nombreux cas litigieux qui peuvent se présenter devant la justice, toute détermination de la culpabilité d'un individu repose inévitablement sur des éléments d'intime conviction qui relèvent presque d'un impondérable métaphysique et incitent le système à rechercher une clôture définitive (d'où, par exemple, une tradition dans certains pays de droit civil de non-possibilité d'appel sur les faits – contrairement à la cassation). Il est loin d'être évident que les juridictions internationales qui, de par leur composition et leur situation, ne bénéficient pas de la même légitimité ni nécessairement des mêmes garanties que les juridictions nationales (absence de jurés par exemple) puissent aisément se substituer aux juridictions qu'elles sont censées contrôler.

⁹⁵ Dumas, *supra* note 27 à la p. 296.

⁹⁶ Cecil Hurst, « Les immunités diplomatiques » (1926) 12 Rec. des Cours 115 à la p. 129.

Il faut dès lors éviter que le caractère d'autorité de la chose jugée des décisions des juridictions nationales soit en permanence remis en question. Comme cela a été souligné dans une affaire opposant la Grande-Bretagne et le Transvaal :

*It would be a calamitous and intolerable position that aliens in any country should be allowed to complain to their own Governments, that the local tribunals have erred in the interpretation of the law of the country. The judgment of such tribunals over matters within their jurisdiction are of final and conclusive force everywhere. There can be no concurrent jurisdiction in any extraneous body to interpret the law; nor can any appeal lie from such tribunals to any foreign body or Government.*⁹⁷

De même pour Charles de Visscher :

même dans les États les mieux organisés il reste une place, en somme fort large, pour des divergences d'appréciation inévitables comme pour des risques d'erreur qu'il faut considérer comme inhérents à la raison humaine. *Errare humanum est* : l'erreur, qui suppose la bonne foi, exclut la responsabilité.⁹⁸

La doctrine va donc s'efforcer de proposer une délimitation entre « mal jugé simple » et « injustice grave et manifeste », laquelle « procède ou de la faute lourde ou d'une pensée de malveillance à l'égard des étrangers » et qui consiste en une véritable « perversion de la fonction juridictionnelle »⁹⁹. Seules, en définitive, les décisions « manifestement injustes » vont être susceptibles d'engager la responsabilité de l'État¹⁰⁰. Il est établi, et ce, au moins depuis Grotius¹⁰¹, que le doute profite à l'État en cause¹⁰². Dans l'hypothèse du mal jugé simple, « le fait par la juridiction nationale, compétamment saisie, de s'être simplement et honnêtement trompée sans qu'aucune pression gouvernementale ne l'ait poussée à cette erreur, ne doit l'exposer à aucune forme de représailles »¹⁰³.

Pour autant, la doctrine a tenté de cerner le contenu de ce que serait une décision « manifestement injuste » comme décision telle que « *no court which was both competent or honest could have given it* »¹⁰⁴. Il faut pour la doctrine que l'injustice qui découle de la décision soit « palpable, évidente, manifeste, notoire et

⁹⁷ Tel que cité dans Eustathiadies, *supra* note 16 à la p. 204.

⁹⁸ De Visscher, *supra* note 16 à la p. 382.

⁹⁹ *Ibid.* à la p. 399.

¹⁰⁰ Zamora reproduite dans Paul Fauchille et Jules Basdevant, *La guerre de 1914 : jurisprudence britannique en matière de prises maritimes*, t. 2, Paris, Rousseau, 1918 à la p. 80; *Cotesworth and Powell*, *supra* note 89.

¹⁰¹ Voir Hugo Grotius, *De Jure Belli Ac Pacis*, édition de James Brown Scott, 1933, livre 1, chap. 4, au para. 5.

¹⁰² Voir Albert Geouffre de LaPradelle et Nicolas Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, t. 2, Paris, Éditions internationales, 1954, à la p. 112.

¹⁰³ Dumas, *supra* note 27 à la p. 282.

¹⁰⁴ James L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1963 à la p. 287.

scandaleuse »¹⁰⁵ ou encore que « la défaillance des juges attei[gne] un degré tel que l'on ne puisse plus expliquer la sentence rendue par aucune considération de fait ou par aucune raison de droit valable »¹⁰⁶. La jurisprudence parle, quant à elle, d'une « erreur grossière, inexcusable, volontaire et malveillante »¹⁰⁷.

Le régime du déni de justice substantif est particulièrement sévère en matière pénale où « une très grande réserve s'impose au sujet même du principe de la responsabilité internationale »¹⁰⁸. En effet, « lorsque toutes les formes de la procédure ont été respectées », « il est très difficile de trouver un critérium permettant de reconnaître dans quel cas [...] un déni de justice se dissimule sous l'extérieur d'une sentence impartiale »¹⁰⁹. Selon un panel d'arbitrage américano-mexicain :

*A question which has been passed on in courts of different jurisdiction by the local judges, subject to protective proceedings, must be presumed to have been fairly determined. Only a clear and notorious injustice, visible, to put it thus, at a mere glance, could furnish ground for an international arbitral tribunal [...], to put aside a national decision presented before it.*¹¹⁰

b) *Les hypothèses du déni de justice substantif en matière pénale*

Transposées à la CPI, les théories du déni de justice substantif en matière pénale trouveront surtout à s'appliquer dans le cadre de l'article 20 (3), c'est-à-dire, par hypothèse, lorsqu'un jugement est déjà intervenu.

De même qu'on a vu que le déni de justice pouvait résulter de la violation grave des droits de l'accusé, l'hypothèse la plus anecdotique, mais non la moins intéressante, du déni de justice substantif est celle de l'excès de sévérité, c'est-à-dire une situation où une personne est condamnée à une peine manifestement disproportionnée par rapport à la nature et aux circonstances de son crime. La justice pénale internationale pourrait ainsi avoir à connaître des affaires où une justice expéditive, confinant à la vengeance (ex. : vagues d'épuration après la Seconde Guerre mondiale), contredit l'idée même de justice et permet de conclure au « manque de volonté »¹¹¹ ou à « l'incapacité » des juridictions nationales¹¹².

Pour le reste, ce sont surtout les hypothèses « d'excessive clémence » qui devront vraisemblablement intéresser la CPI. On peut distinguer à l'intérieur de ces

¹⁰⁵ Eustathiades, *supra* note 16 à la p. 205.

¹⁰⁶ De Visscher, *supra* note 16 à la p. 404.

¹⁰⁷ Uden, *Affaire Martini*, une sentence arbitrale internationale, Uppsala 1930 à la p. 39.

¹⁰⁸ De Visscher, *supra* note 16 à la p. 412.

¹⁰⁹ Dumas, *supra* note 27 à la p. 286.

¹¹⁰ Putnam (*États-Unis c. Mexique*) (1927), 4 R.S.A. 151 [Putnam].

¹¹¹ On pourrait considérer qu'un procès faisant d'un individu un bouc émissaire et le condamnant à une peine manifestement « disproportionnée » par rapport à son crime est « incompatible avec l'intention de traduire en justice la personne concernée » au sens de l'article 17 (2)(c).

¹¹² On pourra lire dans l'idée que l'État puisse être « incapable [...] de mener autrement à bien la procédure » la possibilité qu'une décision excessivement sévère fasse conclure à la recevabilité d'une affaire.

hypothèses deux situations : l'acquittement d'une personne manifestement coupable ou la condamnation à une peine disproportionnée faible d'une personne coupable.

L'acquittement comme déni de justice

S'agissant du premier cas, certains acquittements faisant preuve d'une indulgence confinante à l'immunité, surtout lorsqu'ils sont l'objet de jury, ont de longue date fait l'objet de protestations diplomatiques. Le gouvernement soviétique instaurait par exemple un boycott des produits suisses et l'expulsion des ressortissants suisses à la suite de l'acquittement de l'assassin du premier délégué russe à la Conférence internationale de Lausanne en 1923¹¹³. De même, la doctrine francophone avait pour habitude de citer l'affaire *Phra-Yot*, au terme de laquelle un siamois coupable d'avoir assassiné un inspecteur français avait, dans un premier temps, été acquitté par les tribunaux siamois¹¹⁴.

Pour autant, tant la doctrine que la jurisprudence ont été extrêmement réticentes à l'époque quant à la possibilité de revenir sur une décision de justice prononçant l'acquittement, pour des raisons qui tiennent souvent à une légitime crainte d'ingérence politique. Selon la jurisprudence, en effet :

jamais un tribunal international ne peut remplacer cet élément primordial que constitue la conviction du juge de la culpabilité de l'accusé; tout ce qu'il peut faire, dans des cas extrêmes, et encore avec beaucoup de réserve, c'est examiner le caractère légal et la suffisance des éléments de preuve.¹¹⁵

Une telle approche, sanctionnée par des décennies d'expérience, peut faire douter de la fréquence de décisions de recevabilité sur le fondement de l'article 20 (3), même si elle n'en exclut pas le principe.

La peine insuffisamment grave comme déni de justice

La question de la peine est encore plus délicate que celle du verdict puisque, contrairement à la détermination « binaire » culpabilité/innocence, elle implique une gradation « qualitative » qui offre peu de prises à une critique en proportionnalité.

Comme l'indique Eustathiades, soulignant l'évidence, « la faible condamnation n'implique pas nécessairement que la responsabilité de l'État est engagée »¹¹⁶. Mais dans la mesure où « *the duty to punish those who, within its territory, commit a crime against aliens, implies the obligation to impose on the criminal a penalty proportionate to his crime* »¹¹⁷, il est effectivement admis qu'il

¹¹³ Voir Arnold Toynbee, *Survey of International Affairs*, 1924 aux pp. 258-259, tel que cité dans Garner, *supra* note 32 à la p. 181.

¹¹⁴ Durand, *supra* note 52 à la p. 698.

¹¹⁵ Chattin, *supra* note 20 à la p. 436.

¹¹⁶ Eustathiades, *supra* note 16 à la p. 185.

¹¹⁷ *Kennedy (États-Unis c. Mexique)* (1927), 4 R.S.A. 428 [Kennedy].

peut y avoir déni de justice même si l'accusé a été jugé et condamné¹¹⁸. « [L]a disproportion manifeste entre l'offense commise et la sanction imposée », en effet, « constitue en réalité un manquement au devoir de punir le coupable »¹¹⁹. C'est ce que confirme la jurisprudence : « [t]o punish by imposing a penalty that does not correspond to the nature of the crime is half punishment or no punishment at all »¹²⁰.

La proportionnalité de la peine, en même temps, ne saurait être évaluée de manière trop stricte et les juridictions internationales n'ont pas à substituer leur évaluation à celle des juridictions nationales. Comme le reconnaît un auteur :

une latitude d'appréciation est reconnue au juge national, et l'instance internationale saisie doit procéder avec réserve à sa critique quant à l'usage de la liberté laissée au juge interne, le droit international ne pouvant enfermer dans des frontières fixes, le pouvoir d'appréciation subjective du juge national.¹²¹

Une telle approximation semble cependant laisser un pouvoir d'appréciation trop flou. C'est pourquoi certaines décisions sont allées plus loin dans leurs tentatives de dresser une liste de critères permettant d'attester de l'inadéquation de la peine. Dans l'affaire *Putnam*, par exemple, le panel d'arbitrage a affirmé :

*the penalty is notoriously unjust, only when there is imposed for a crime a penalty which does not correspond to the classification of said crime or when an unusual penalty is imposed for it. But to impose, for example, on a voluntary homicide one of the various penalties that are imposed for its different grades, aside from the death penalty, where there are doubtful circumstances concerning its perpetration, can never mean prima facie a wide deviation from justice and in no manner, on the other hand, does it involve pardon or amnesty.*¹²²

La doctrine, pour le reste, suggère que « [l]'instance internationale apprécie, en tout cas, en prenant en considération les faits concrets de chaque instance »¹²³. Un facteur permettant d'attester de la disproportion manifeste de la peine par rapport au crime survient lorsque la peine est inférieure à celle prévue par la loi. Il existe plusieurs exemples légués par la jurisprudence internationale en la matière. La condamnation d'un certain Uzeta au Mexique pour le meurtre d'une ressortissante mexicaine à quatre ans d'emprisonnement pour ce motif, lequel était normalement puni de la peine capitale dans ce pays, a été considérée comme constituant un déni de justice¹²⁴. De même, dans l'affaire *Kennedy*, un ressortissant mexicain avait été

¹¹⁸ Connolly, *supra* note 75 à la p. 87.

¹¹⁹ Eustathiades, *supra* note 16 à la p. 183.

¹²⁰ *Kennedy*, *supra* note 119. Voir également Sewell (*États-Unis c. Mexique*) (1930), 4 R.S.A. 626; Morton (*États-Unis c. Mexique*) (1929), 4 R.S.A. 428 [Morton].

¹²¹ Eustathiades, *supra* note 16 à la p. 185.

¹²² *Putnam*, *supra* note 110.

¹²³ Eustathiades, *supra* note 1 à la p. 185.

¹²⁴ *Kennedy*, *supra* note 117 aux pp. 159-160.

condamné par les juridictions de ce pays à deux mois de prison pour des coups et blessures à la suite d'une querelle qu'il avait provoquée et qui avait entraîné la paralysie partielle de la victime. La Commission d'arbitrage a considéré que la peine avait été imposée avec négligence par le juge et que sa faiblesse même en faisait presque un « *inducement for the commission of crimes of that kind* »¹²⁵. En revanche, dans l'affaire *Putnam*, le panel d'arbitrage n'a rien trouvé à redire à une réduction de peine, en appel, de la peine de mort à huit ans de travaux forcés, dès lors qu'elle semblait entrer dans le cadre des procédures prévues par le droit mexicain¹²⁶. D'une manière générale, on peut penser que la CPI devra naviguer entre de nombreux écueils dans son évaluation de la justice des peines, mais que la disproportion de la peine sera sans doute souvent précédée par de nombreux signes avant-coureurs (procédure tronquée, pressions diverses sur les juges) et ne sera sans doute jamais qu'un indice supplémentaire dans une décision de recevabilité.

4. DU DENI DE JUSTICE DANS L'ADMINISTRATION DE LA PEINE OU DENI DE JUSTICE ENVISAGE COMME CONSEQUENCE

Si la sanction peut en elle-même être adéquate, la jurisprudence et la doctrine se sont de longue date intéressées aux hypothèses où, pour une raison ou pour une autre, la peine n'est pas effectivement accomplie. Encore une fois, une telle situation est en elle-même intrinsèquement ambiguë. Elle peut relever d'une volonté légitime d'aménager les peines ou même de pardonner les crimes en les amnistiant, comme elle peut attester *a posteriori* du caractère « arrangé » d'une procédure, visant à soustraire indûment des criminels à une juste peine.

Il est bon de se souvenir ici du fait que de nombreuses grandes affaires d'impunité concernent précisément de telles hypothèses, des libérations de criminels de guerre à l'issue de la Première Guerre mondiale à la sortie de prison prématurée de Maurice Papon. Par la même occasion, il est utile de rappeler que la justice pénale internationale elle-même s'est illustrée, directement ou par l'intermédiaire des autorités nationales à qui elle avait passé le relais, en accordant des grâces et des remises de peine à ceux de grands criminels de guerre, allemands ou japonais, qui n'avaient pas subi la peine capitale. Quant à la détention pendant plus de quarante ans à Spandau d'un Rudolf Hess sénile et aliéné, elle a été souvent dénoncée comme contraire aux exigences des droits de l'homme et de l'humanité¹²⁷, preuve s'il en est que la justice pénale internationale ne saurait se désintéresser entièrement de la question, ni lui apporter des réponses trop tranchées.

Sur le principe, tant la coutume¹²⁸ et la jurisprudence¹²⁹ que la doctrine admettent que la non-exécution partielle ou complète d'une peine pour quelque raison

¹²⁵ *Ibid.* au para. 5.

¹²⁶ *Putnam*, *supra* note 110.

¹²⁷ Mary Margaret Penrose, « Spandau Revisited: The Question of Detention for International War Crimes » (2000) 16:2 N.Y.L. Sch. J. Hum. Rts. 553.

¹²⁸ De nombreux traités prévoient explicitement cette hypothèse. Voir par ex. l'article 18 du *Traité germano-mexicain* de 1882, reproduit dans Charles Somwer et Jules Hopf, *Nouveau recueil général des traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. Continuation du grand recueil de*

que ce soit, autre que le fait qu'un condamné s'y soit soustrait, est susceptible de constituer un déni de justice. Dans l'affaire *Denham*, portée devant la Commission de réclamation États-Unis/Panama, par exemple, les arbitres ont considéré que « [s]i un criminel n'accomplissait pas sa peine pendant une certaine période, cela pourrait causer une responsabilité internationale, même si la sentence initialement posée était adéquate »¹³⁰. En matière pénale, en effet, en l'absence d'emprisonnement d'une personne condamnée à la détention, « *a mockery [is] made of the trial* »¹³¹. Outre l'hypothèse relativement rare où une peine ne connaît même pas un début d'exécution, trois cas de figure sont plus particulièrement envisageables : celui où les autorités « laissent s'échapper » le coupable, celui de la réduction de peine ou encore l'amnistie.

a) *Complicité de l'État dans la fuite d'un condamné*

Le cas de figure le plus simple est celui où les autorités de l'État (police, armée, gardiens de prison) facilitent l'évasion d'un prisonnier. Dans l'affaire *W. Reuton*, par exemple, le Honduras s'était engagé à payer aux États-Unis une réparation pour le fait d'avoir laissé s'échapper sciemment le meurtrier d'un citoyen américain¹³². Plus généralement, plusieurs commissions arbitrales ont reconnu la responsabilité de l'État pour sa négligence dans le maintien en détention de certaines personnes condamnées¹³³. Le fait de ne pas engager tous les efforts requis pour rattraper un condamné dont l'évasion avait été facilitée par des agents de la prison, enfin, a été considéré comme « *a situation with respect to the administration of justice that is below the standards prescribed by international law* »¹³⁴.

b) *Réductions de peine et déni de justice*

L'hypothèse de la réduction de peine est déjà plus délicate, car il s'agit là d'une pratique fort répandue et qui va dans le sens d'une protection des droits de l'homme. Dans l'affaire *Denham*¹³⁵, par exemple, les arbitres ont considéré que la réduction d'un tiers d'une peine de prison de dix-huit ans du fait de la bonne conduite de l'accusé, et surtout conformément au code pénal mexicain, n'était pas de nature à mettre en cause l'adéquation originelle de la peine. Il semble que le degré de la

Georg Frederich von Martens, vol. 9, 2^e sér., Nendeln, Kraus Reprint, 1967 à la p. 484.

¹²⁹ Voir par ex. l'affaire *Eliza* dans De LaPradelle et Politis, *supra* note 104 aux pp. 271 et s.; *Venable (États-Unis c. Mexique)* (1927), 4 R.S.A. 219; *Interoceanic Railway of Mexico*, *supra* note 87 à la p. 176.

¹³⁰ *Denham*, American and Panamanian General Claims Arbitration, aux pp. 199 et s. [*Denham*, General Claims Arbitration].

¹³¹ *Mallén (États-Unis c. Mexique)* (1927), 4 R.S.A. 173.

¹³² *Reuton*, Moore, Digest, t. 5, aux pp. 794 et s.

¹³³ *Putnam*, *supra* note 110 aux pp. 222 et s. Dans cette affaire, un colonel « libère » un condamné au bout de 30 mois d'une peine de 8 ans. Voir également, l'affaire *Massey (États-Unis c. Mexique)* (1927), 4 R.S.A. 155.

¹³⁴ *Corcoran (États-Unis c. Mexique)* (1929), 4 R.S.A. 470; *Youmans (États-Unis c. Mexique)* (1926), 4 R.S.A. 470.

¹³⁵ *Denham*, Hunt's Report à la p. 244 [*Denham*].

réduction et le moment où elle intervient soient pris en compte afin de déterminer la plus ou moins bonne foi de l'État en cause.

c) *Le problème des amnisties*

Les théoriciens du déni de justice n'avaient pas d'objection de principe à l'amnistie. Freeman notait que « *[i]n itself, of course, the issuance of an amnesty is internationally unobjectionable. This power has long been recognized as an inherent attribute of sovereignty* »¹³⁶. L'amnistie peut néanmoins engager la responsabilité de l'État dans certaines circonstances si elle est incompatible avec l'obligation de punir de bonne foi. Pour la Commission dans l'affaire *West* : « *[t]here would seem no doubt but that granting amnesty for a crime has the same effect, under international law, as not punishing such a crime, not executing the penalty, or pardoning the offense* »¹³⁷.

Dans l'affaire *Denham*, la Commission des réclamations États-Unis/Panama a considéré que la réduction de moitié de la peine du meurtrier d'un Américain à l'occasion de l'Armistice de la Première Guerre mondiale engageait la responsabilité du Panama¹³⁸. Même si le débat sur l'amnistie a connu d'amples développements contemporains, notamment bien sûr, dans le cadre de la justice pénale internationale, il n'est pas inintéressant de noter que l'assimilation de l'amnistie à une situation d'impunité dans certains cas est au moins aussi ancienne que l'idée de déni de justice.

* * *

La parenté entre déni de justice et complémentarité saute aux yeux à bien des égards, au point de faire paraître triviales les prétentions de chaque époque à inventer des formes juridiques entièrement inédites.

Il n'a été possible et souhaitable dans cette courte étude d'analyser que les théories du déni de justice dans leur dimension substantive, pénale, et en définitive comme un sous-ensemble de la responsabilité internationale de l'État. Les résultats obtenus paraissent déjà relativement probants et confirment que, malgré les différences de contexte et d'époque, c'est bien essentiellement à la même question que répondent complémentarité et théories du déni de justice, c'est-à-dire *in fine* celle de savoir quel est, pour la communauté internationale, le degré de fonctionnement adéquat des juridictions nationales. Les éléments de réponse obtenus, s'ils ne fournissent certes pas de réponse « clef en main » à la multitude de situations auxquelles pourrait se trouver confrontée la CPI, ont le mérite de montrer que celle-ci n'est pas condamnée à débiter ses activités à partir de rien. Plus que le détail des solutions retenues, ce sont la sensibilité et la gymnastique intellectuelle dont font

¹³⁶ Freeman, *supra* note 16 à la p. 386.

¹³⁷ *West*, *supra* note 62 aux pp. 405-406.

¹³⁸ *Denham*, General Claims Arbitration, *supra* note 130.

preuve théoriciens et praticiens du déni de justice qui doivent fournir les modèles d'une complémentarité intelligente.

Une étude plus fouillée envisagerait la théorie du déni de justice en parallèle avec ce qui est à bien des égards son jumeau procédural, à savoir la règle d'épuisement des voies de recours internes, et surtout de ses exceptions. Il faudrait ensuite élargir le cadre de l'étude à ce qui est en quelque sorte la « seconde génération » de la problématique, à savoir, dans le cadre de la protection internationale des droits de l'homme, le doublon « absence de recours effectif/épuisement des voies de recours internes »¹³⁹. Ainsi complétée, l'étude permettrait de dégager un outillage théorique et pratique qui pourrait être de toute première utilité pour le procureur et les chambres de première instance de la CPI confrontés à la délicate question de la complémentarité.

Pour le reste, l'étude du déni de justice doit inciter à élargir quelque peu le champ de nos réflexions. Il n'est sans doute pas entièrement innocent, suggérerons-nous, que les théories du déni de justice soient nées dans un contexte d'impérialisme (déclinant, mais impérialisme tout de même) qui vit, sous le couvert d'une entreprise de tutelle censée tirer les États non civilisés de leur arriération, le monde dit « civilisé » assurer la pérennité de sa domination sur le reste du monde. Un auteur, en 1934, nous mettait en garde :

Imprecise, la notion de déni de justice prêtera à bien des équivoques et servira de prétexte à bien des immixtions dangereuses. Si le déni entraîne, en effet, la responsabilité internationale de l'État à raison de la carence de la protection judiciaire qu'il doit à l'étranger, il y a là matière à tentation pour les États forts; ils seront poussés à élargir cette notion pour intervenir dans les affaires des États plus faibles. Par contre, et comme de juste, les États faibles seront amenés à réagir et auront tendance à restreindre les cas possibles de déni de justice, si ce n'est même à l'anéantir dans ses effets.¹⁴⁰

La lecture d'une grande partie des affaires citées dans la présente étude montre que ces craintes n'avaient rien d'hypothétique et révèle une condescendance latente à l'égard des systèmes judiciaires moins développés. Sans doute notre époque présente-t-elle des caractéristiques propres qui préviennent contre une transposition trop grossière des analyses tirées de l'une aux circonstances de l'autre.

Reste qu'il est bon d'avoir à l'esprit que c'est bien de ce danger, au moins autant que de celui, inverse, de l'impunité, dont il est question. La complémentarité pourrait, au gré de développements qu'il est difficile de prévoir, devenir un outil de discipline de la diversité en faveur d'une homogénéité douteuse, si l'on n'y prend garde.

Elihu Root, dans le style solennel qui caractérisait bien le contentement un peu benoît des internationalistes de son époque, affirmait : « [t]here is a standard of

¹³⁹ Nous entendons précisément mener à bien une telle étude dans notre thèse de doctorat, « L'articulation entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales dans la répression des crimes de droit international : centralité et ambiguïté dans l'ordre juridique international ».

¹⁴⁰ A. Moussa, « L'étranger et justice nationale » (1934) 41 R.G.D.I.P. à la p. 444.

justice, very simple, very fundamental, and of such general acceptance by all civilized countries as to form part of the international law of the world »¹⁴¹. Dans un article consacré au déni de justice et publié dans *American Journal of International Law* de 1936, Oliver Lissitzyn notait au contraire : « [t]here is no agreement [...] as to the precise scope of the term [...]. The word 'justice' is itself rather difficult to define »¹⁴². Cette controverse est affaire de sensibilité et de nuance sans doute. Mais nous préférons certainement, pour notre part, la prudence que nous croyons deviner chez le second auteur, à l'enthousiasme que nous pensons déceler chez le premier.

¹⁴¹ Elihu Root, « The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad » (1910) 4 A.J.I.L. 521 aux pp. 717 et s.

¹⁴² Lissitzyn, *supra* note 19 à la p. 632.