

L'activité des tribunaux pénaux internationaux

M. le Professeur Hervé Ascensio, Mme le Professeur Rafaëlle Maison

Citer ce document / Cite this document :

Ascensio Hervé, Maison Rafaëlle. L'activité des tribunaux pénaux internationaux. In: Annuaire français de droit international, volume 47, 2001. pp. 241-281;

doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.2001.3661>

https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_2001_num_47_1_3661

Fichier pdf généré le 05/04/2018

L'ACTIVITÉ DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX (2001)

HERVÉ ASCENSIO et RAFAËLLE MAISON

Outre les nombreuses décisions de procédure, les chambres de première instance du T.P.I.Y. ont rendu en 2001 quatre jugements portant sur la culpabilité¹ et celles du T.P.I.R. un jugement². Il convient de mentionner également, pour le T.P.I.Y., les jugements relatifs à la seule sentence³ et ceux portant sur des demandes d'acquiescement au titre de l'article 98bis R.P.P.⁴ La Chambre d'appel, quant à elle, a rendu trois arrêts sur les jugements au fond au titre du T.P.I.Y.⁵ et trois au titre du T.P.I.R.⁶ Ce rythme, désormais plus rapide – notamment pour le T.P.I.Y. –, reste tout de même encore préoccupant compte tenu du nombre des accusés détenus et des mandats d'arrêt à exécuter. Les interrogations sur l'avenir de ces juridictions subsistent donc, tandis que parallèlement la C.P.I. devrait voir le jour dans le courant de l'année 2002. L'hypothèse du renvoi de certaines affaires devant des juridictions nationales, quand cela est possible, est désormais très sérieusement envisagée. Pour le T.P.I.Y., un projet de « délocalisation » devant les juridictions des États issus de l'ex-Yougoslavie paraît bien avancé. Si une politique analogue est encore exclue pour le T.P.I.R., la mise en place au Rwanda de juridictions spécifiques s'inspirant de procédures traditionnelles, dites juridictions « *gacaca* », devra être observée avec attention.

Comme à l'accoutumée, l'activité des tribunaux pénaux internationaux pour l'année 2001 sera présentée en distinguant la procédure internationale pénale (I) et l'application du droit humanitaire (II).

(*) Hervé ASCENSIO, Professeur à l'Université Paris XIII.

(**) Rafaëlle MAISON, Professeur à l'Université d'Amiens.

1. T.P.I.Y., Ch., Jugement, *Le Procureur c/ Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, n° IT-96-23-T&IT-96-23/1-T, 22 février 2001 (ci-après « jugement Kunarac »); T.P.I.Y., Ch., Jugement, *Prosecutor v. Dario Kordic & Mario Cerkez*, N° IT-95-14/2-T, 26 February 2001 (ci-après « jugement Kordic »); T.P.I.Y., Ch., Judgement, *Prosecutor v. Radislav Krstic*, N° IT-98-33-T, 2 August 2001 (ci-après « jugement Krstic »); T.P.I.Y., Ch. I, Jugement, *Le Procureur c/ Miroslav Kvocka, Milojica Kos, Mlado Radic, Zoran Zigic, Dragoljub Prcac*, n° IT-98-30/1-T, 2 novembre 2001 (ci-après « jugement Kvocka »).

2. T.P.I.R., Ch. I, Jugement, *Le Procureur c/ Ignace Bagilishema*, n° ICTR-95-1A-T, 7 juin 2001 (ci-après « jugement Bagilishema »).

3. T.P.I.Y., Ch., Jugement relatif à la sentence, *Le Procureur c/ Stevan Todorovic*, n° IT-95-9/1-S, 31 juillet 2001; T.P.I.Y., Ch., Jugement relatif à la sentence, *Le Procureur c/ Zdravko Mucic alias « Pavo », Hazim Delic et Esad Landzo alias « Zenga »*, n° IT-96-21-Tbis-R117, 9 octobre 2001.

4. T.P.I.Y., Ch., Judgement on Defence Motions to Acquit, *Le Procureur c/ Dusko Sikirica, Damir Dosen, Dragan Kolundzija*, N° IT-95-8-T, 3 September 2001. Sur cette procédure, v. *infra*, I, 3.

5. T.P.I.Y., App., Arrêt, *Le Procureur c/ Zejnib Delalic e.a.*, n° IT-96-21-A, 20 février 2001 (ci-après « arrêt Celebici »); T.P.I.Y., App., Arrêt, *Le Procureur c/ Goran Jelusic*, n° IT-95-10-A, 5 juillet 2001 (ci-après « arrêt Jelusic »); T.P.I.Y., App., *Le Procureur c/ Zoran Kupreskic e.a.*, n° IT-95-16-A, 23 octobre 2001 (ci-après « arrêt Kupreskic »).

6. T.P.I.R., App., Arrêt, *Jean-Paul Akayesu c/ Le Procureur*, n° ICTR-96-4-A, 1^{er} juin 2001 (ci-après « arrêt Akayesu »); T.P.I.R., App., *Clément Kayishema et Obed Ruzindana c/ Le Procureur*, n° ICTR-95-1-A, arrêt rendu en deux temps (« jugement » du 1^{er} juin 2001 rendu oralement et « motifs du jugement » du 19 juillet 2001) (ci-après « arrêt Kayishema-Ruzindana »); T.P.I.R., App., Arrêt, *Alfred Musema c/ Le Procureur*, n° ICTR-96-13-A, 16 novembre 2001 (ci-après « arrêt Musema »).

I. – LA PROCÉDURE INTERNATIONALE PÉNALE

A. *Les règles de procédure*1. *La révision du règlement de procédure et de preuve*

Les règlements de procédure et de preuve (R.P.P.) ont été modifiés le 12 avril 2001, le 12 juillet 2001 et le 13 décembre 2001 pour le T.P.I.Y., les 30-31 mai 2001 pour le T.P.I.R. Ces révisions poursuivent deux objectifs : la codification de la jurisprudence en matière procédurale et la recherche d'une plus grande efficacité.

La révision d'avril 2001 adapte les dispositions du R.P.P./T.P.I.Y. à l'existence de juges *ad litem* et de juges permanents⁷. Elle précise également la procédure devant le juge de la mise en état (art. 65*ter*), puis lors de la conférence préalable au procès (art. 73*bis*) et lors de la conférence préalable à la présentation des moyens à décharge (art. 73*ter*). On relèvera que la possibilité d'appel est restreinte pour certaines décisions prises en cours de procès (administration de la preuve et procédure), sauf si la Chambre de première instance certifie que l'appel est nécessaire à la poursuite du procès (art. 73). Ces questions pourront en tout état de cause être évoquées lors d'un éventuel appel du jugement. La deuxième révision de l'année 2001 a procédé à des modifications de détail et précisé les dispositions transitoires en cas de carence dans l'exercice de la fonction de Président ou du Vice-Président du Tribunal (art. 22). La révision du 21 décembre 2001 est plus importante. Tout d'abord, des amendements précisent certains points techniques relatifs aux procédures préalables aux procès et cherchent, à nouveau, à encadrer davantage l'appel de certaines décisions – par exemple avec l'instauration d'un filtre de trois juges pour l'appel des ordonnances adressées aux États aux fins de production de documents (art. 54*bis*). De plus, trois nouveaux articles ont été adoptés. L'article 62*ter* porte sur la procédure en cas d'accord de plaider, celui-ci devant être présenté devant la Chambre de première instance, qui n'est nullement liée. L'article 68*bis* permet au juge de la mise en état ou à la Chambre de première instance d'infliger des sanctions en cas de manquement aux obligations de communication. Quant à l'article 126*bis*, il précise les délais pour le dépôt des réponses aux requêtes (14 jours en principe et 7 jours pour la réplique). Enfin, les dispositions relatives au choix et aux obligations des conseils ont été nettement renforcées – ce dont il sera rendu compte dans la subdivision suivante.

La révision des 30-31 mai 2001 aligne certaines dispositions du R.P.P./T.P.I.R. sur les dispositions équivalentes du R.P.P./T.P.I.Y. : article 15*bis* sur l'absence d'un juge, précision dans l'article 40*bis* sur le fait que la durée maximale de 90 jours de détention d'un suspect est calculée à partir du lendemain du transfert au Tribunal. En revanche, certaines modifications sont propres au T.P.I.R. : création d'un article 7*ter* à portée générale sur les délais, paragraphe supplémentaire de l'article 41 consacré à l'inventaire des effets saisis de l'accusé, nouvel article 55*bis* permettant d'émettre un mandat d'arrêt à tous les États. On regrettera à nouveau ces écarts croissants de procédure, pas nécessairement justifiés par la spécificité de l'une ou l'autre juridiction.

7. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, pp. 290-291.

2. Les problèmes relatifs à l'organisation de la Défense

Le droit de l'accusé à un conseil continue à soulever des difficultés devant le T.P.I.R. dans le contexte de la commission d'office, qui est le cas général. Confirmant la solution déjà retenue dans l'arrêt *Kambanda*, l'arrêt *Akayesu* énonce « qu'en principe, le droit à l'assistance gratuite d'un avocat ne confère pas le droit de choisir celui-ci »⁸, et ce même s'il existe une pratique permettant à l'accusé de choisir sur la liste des avocats établie par le Greffier. La Chambre d'appel souligne qu'il s'agit alors d'un vœu, qui ne lie pas forcément le Greffier, lequel « a un large pouvoir d'appréciation qu'il exerce dans l'intérêt de la justice » (§ 62). En l'occurrence les atermoiements de l'accusé sont soulignés par la Chambre d'appel qui « s'estime fondée à exprimer son désaccord quant à l'utilisation abusive en l'espèce du droit de l'accusé indigent à bénéficier d'une assistance juridique aux frais de la communauté internationale » (§ 64). La tension entre, d'une part, les accusés et leurs avocats et, de l'autre, le Greffe du T.P.I.R. perdure donc. Il semblerait, par ailleurs, que certaines pratiques douteuses se soient développées (partage d'honoraires avec les familles des accusés), expliquant une partie des interventions du Greffe et des changements d'avocats en cours de procédure. L'ensemble souligne à nouveau la nécessité de renforcer l'organisation de la Défense par la constitution d'un barreau autonome⁹. Le fait que le Greffier tout à la fois élabore la Directive relative à la commission d'office de conseils de la défense et en surveille l'application constitue l'un des principaux points de conflit. Le T.P.I.Y., quant à lui, a cherché à améliorer quelque peu le système en créant un Conseil consultatif représentatif de la Défense (art. 44 D)¹⁰ et en prévoyant, depuis la révision du 13 décembre 2001, que la directive relative à la commission d'office devait être « édictée par le Greffier et approuvée par les juges permanents » (art. 44 C). La réflexion mériterait toutefois d'être poursuivie.

Actuellement, les avocats peuvent être sanctionnés par les juridictions *ad hoc* elles-mêmes lorsqu'ils sont reconnus coupables d'outrage au Tribunal, en cas de conduite entravant le cours de la justice. Dans une affaire concernant M^e Vujin, ancien avocat de Dusko Tadic, la Chambre d'appel du T.P.I.Y. se prononçant en première instance avait estimé qu'il s'agissait là d'un pouvoir inhérent à tout tribunal, ce qui justifie la création du délit d'outrage à l'article 77 R.P.P.¹¹ L'arrêt d'appel rendu par une autre formation de la Chambre d'appel a confirmé cette appréciation¹². Selon le premier arrêt, l'outrage suppose que les personnes entravent « délibérément et sciemment » le cours de la justice, condition qui sera ensuite intégrée dans le R.P.P./T.P.I.Y. lors de la révision du 13 décembre 2001. C'est pour non-respect de cette condition que la Chambre d'appel a annulé une autre décision de première instance, celle qui condamnait M^e Nobile à une

8. Arrêt *Akayesu*, § 61 ; arrêt *Kambanda*, § 33.

9. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 376.

10. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, p. 293.

11. T.P.I.Y., App., Arrêt relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, n° IT-94-1-AR77, 31 janvier 2000, §§ 12-29.

12. T.P.I.Y., App., Arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, n° IT-94-1-AR77, 27 février 2001, notamment p. 4 : « Attendu que, pour garantir un fonctionnement efficace et équitable, le Tribunal international doit avoir le pouvoir de connaître de l'outrage et de le sanctionner ». Dans cette seconde décision qui affirme la possibilité d'un appel pour toute condamnation pénale, y compris l'outrage au Tribunal, la Chambre d'appel estime que la procédure appropriée aurait dû consister à renvoyer le jugement de première instance à une chambre de première instance.

amende¹³. En l'occurrence, il s'agissait des conditions d'utilisation d'un témoignage fait lors d'un autre procès, en méconnaissance d'une ordonnance de protection du témoin-expert. Selon la Chambre d'appel, il était alors nécessaire de démontrer soit la connaissance effective de l'ordonnance, soit l'aveuglement délibéré. Mais « le simple fait de s'abstenir de vérifier si une ordonnance aux fins de mesures de protection a été délivrée en faveur d'un témoin particulier ne saurait en aucun cas être assimilé à un outrage »¹⁴. De plus, l'arrêt souligne les carences de la procédure lorsque l'accusation d'outrage émane d'une formation de jugement se saisissant *proprio motu*. En l'espèce, l'accusé n'avait pas été informé avec suffisamment de détails des accusations portées contre lui. La révision de décembre 2001 y a remédié pour le T.P.I.Y. en prévoyant des garanties de procédure équivalentes à celles existant pour tout procès devant le Tribunal. De plus, une Chambre de première instance estimant qu'il y a outrage pourra désormais, au lieu de se saisir d'office, demander au Procureur d'enquêter afin qu'il émette un acte d'accusation ou, au cas où le Procureur serait en conflit d'intérêt, demander au Greffier de nommer un *amicus curiae* chargé d'enquêter, de lui faire rapport sur la nécessité d'engager des poursuites et même, éventuellement, de poursuivre en lieu et place de la Chambre (art. 77 C à E).

Outre les modifications déjà signalées, le R.P.P./T.P.I.Y révisé a réduit la peine maximale pour outrage – comme pour faux-témoignage d'ailleurs – à sept années d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. Mais une précision a été apportée : la Chambre pourra décider que le conseil n'est plus apte à représenter un suspect ou un accusé. Une telle conclusion peut désormais également être tirée d'une faute disciplinaire, en vertu de l'article 46 R.P.P. (et également 44 A). De surcroît, un conseil pourra être sanctionné, semble-t-il à titre disciplinaire, s'il « dépose une requête, y compris une exception préjudicielle, qui, de l'avis de la Chambre, est abusive, ou constitue un abus de procédure ». La sanction pourrait « notamment » (!) consister dans le refus de paiement d'une partie ou de la totalité des honoraires dus (art. 46 C). De manière fort regrettable, aucune garantie procédurale n'est ici mentionnée. On signalera enfin que le Code de déontologie est également élaboré par le Greffier, « sous le contrôle du Président » pour le T.P.I.Y. et « sous réserve de son approbation par la réunion plénière » pour le T.P.I.R. Le règlement de ce dernier se distingue ici en prévoyant que les modifications sont faites « en consultation avec les représentants du Procureur et du Conseil de la défense » (art. 46 D). Là encore, une réflexion d'ensemble et une harmonisation seraient utiles.

B. Poursuites, arrestation, transfert, détention provisoire

1. Poursuites

La jurisprudence a précisé certains points de droit en matière de poursuites. Dans l'arrêt *Celebici*, la Chambre d'appel du T.P.I.Y. a estimé que le cumul de qualifications dans l'acte d'accusation était possible (§ 400), de manière à permettre à la Chambre de première instance de déterminer la qualification la plus appropriée après présentation de l'ensemble des éléments de preuve. La Chambre d'appel du T.P.I.R. l'a également admis dans l'arrêt *Musema* (§ 369). Telle est d'ailleurs la pratique habituelle devant les deux tribunaux *ad hoc*.

13. T.P.I.Y., App., Arrêt relatif à l'appel de la décision portant condamnation pour outrage au Tribunal interjeté par Anto Nobile, *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-AR77, 30 mai 2001.

14. *Ibid.*, § 45.

Une autre pratique du Procureur a été évoquée, celle de la modification tardive des actes d'accusation. Dans l'affaire *Musema*, l'accusé l'invoquait comme motif d'appel. La Chambre d'appel l'a écarté, car elle a préalablement infirmé la condamnation pour le chef d'accusation correspondant (viol en tant que crime contre l'humanité). Toutefois, le passage sonne comme un avertissement¹⁵. D'une manière générale, on peut regretter que le respect des délais pose régulièrement problème au Procureur devant le T.P.I.R.¹⁶

2. Le contrôle de licéité du transfert et de la compétence (jurisdiction) du Tribunal

L'événement le plus médiatisé de l'année 2001 à propos des juridictions pénales internationales a certainement été le transfert de Slobodan Milosevic à La Haye, rendu possible par l'évolution de la situation politique en République fédérale de Yougoslavie – et par l'insistance des États-Unis auprès du nouveau gouvernement serbe. Il a eu lieu le 29 juin 2001, alors même que la Cour constitutionnelle de la R.F.Y., saisie d'un recours, avait suspendu la procédure interne de remise. Lors de sa comparution initiale le 3 juillet, Slobodan Milosevic a manifesté son refus de quelque forme de coopération que ce soit avec le T.P.I.Y., ce qui a conduit la Chambre de première instance à estimer qu'il plaidait non coupable. L'accusé a ensuite déposé deux mémoires contestant la licéité du Tribunal, les modalités de son transfert et, par voie de conséquence, la licéité de sa détention. Ces exceptions préliminaires ont été rejetées par la Chambre de première instance¹⁷. Bien qu'une large partie d'entre elles eût pu être écartée par la seule référence au précédent de l'arrêt *Tadic (compétence)* du 2 octobre 1995¹⁸, les juges ont préféré les examiner toutes. La motivation relative à la licéité de la création du Tribunal n'apporte pas d'éléments originaux, contrairement à certains développements répondant à des griefs nouveaux. Parmi ceux-ci figurent la mise en cause de l'indépendance du Procureur, l'immunité du chef d'État et la violation du droit interne lors du transfert de l'accusé.

Selon le mémoire des *amici curiae*¹⁹, le Procureur aurait lancé un mandat d'arrêt contre Slobodan Milosevic sous la pression du Conseil de sécurité des Nations Unies, ce qui démontrerait son absence d'indépendance. Évitant de se demander si un procureur doit nécessairement être indépendant, la Chambre de première instance constate que les termes du Statut l'exigent (art. 16 § 2). Il y aurait donc violation de celui-ci s'il était démontré qu'il n'a pas agi de manière

15. § 343 : « [la Chambre d'appel] souhaite souligner le caractère particulièrement tardif du dépôt par le Procureur de sa requête le 29 avril 1999 (...). La Chambre d'appel est d'avis que la Chambre de première instance, avant d'autoriser une modification de l'acte d'accusation, doit être particulièrement attentive au respect des droits fondamentaux de l'accusé tels qu'énoncés aux articles 19 et 20 du Statut. Pour ce faire, la Chambre de première instance doit se demander si la modification pénalisera injustement l'accusé dans la conduite de sa défense et garder à l'esprit le fait que plus la modification est demandée tardivement, plus elle est susceptible de pénaliser l'accusé. »

16. À tel point que, dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, l'ensemble de son appel a été déclaré irrecevable en raison du dépôt hors délai de son mémoire (arrêt, § 48) ! Par conséquent, seuls les motifs d'appel des accusés ont été examinés.

17. La décision a été rendue oralement le 30 octobre 2001, la version écrite étant ultérieure : T.P.I.Y., Ch., Decision on Preliminary Motions, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, n° IT-99-37-PT, 8 November 2001.

18. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, pp. 115s. Pour la règle du précédent telle qu'affirmée dans l'arrêt *Aleksovski*, v. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, pp. 284-289. Ici, la décision réaffirme le caractère contraignant des arrêts pour les chambres de première instance, tout en estimant devoir donner ses propres arguments (§ 4 : « give its own reasons for its conclusions »), en une démarche syncrétique.

19. Sur le rôle des *amici curiae* dans le procès *Milosevic*, v. *infra*, I, C, 1. Sur la procédure d'*amicus curiae* en général, v. Hervé Ascensio, « L'*amicus curiae* devant les juridictions internationales », *R.G.D.I.P.*, 2001/4, pp. 897-930.

indépendante, notamment « *if there was mala fides on the part of the Prosecutor in indicting the accused* » (§ 14 de la décision), ce qui n'est pas ici le cas. Selon la Chambre, les demandes du Conseil de sécurité visant à ce qu'il enquête sur les événements du Kosovo²⁰ n'ont pas porté atteinte à son indépendance et peuvent être comparées aux indications de politique pénale données par un gouvernement aux juridictions en droit interne. Il en aurait été autrement si le Procureur avait été soumis à de véritables instructions de la part du Conseil ou de quelque autre entité (§ 15).

En matière d'immunité, la règle selon laquelle un chef d'État ne peut invoquer sa qualité officielle comme obstacle à l'engagement de sa responsabilité pour les crimes entrant dans la compétence du Tribunal est considérée comme étant de nature coutumière (§ 31). Sont invoqués en ce sens les dispositions des Statuts des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, du T.P.I.Y. et du T.P.I.R., de la C.P.I., du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, les principes de Nuremberg, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il paraît effectivement bien difficile aujourd'hui de prétendre qu'un chef d'État pourrait invoquer une quelconque immunité devant une juridiction internationale. Mais ici, la règle est présentée comme ayant une portée tout à fait générale, ce qui est confirmé par une référence à l'affaire *Pinochet* devant la Chambre des Lords britanniques (§ 33). Aucune distinction n'est faite selon la nature interne ou internationale de la juridiction, ou selon que le chef d'État est en exercice ou ne l'est plus. Seul le caractère international du crime est pertinent pour rejeter l'immunité, ce qui paraît conforme aux évolutions du droit international²¹.

La violation du droit interne lors du transfert est présentée comme un problème lié à la structure fédérale de la R.F.Y. Mais ici la problématique des rapports entre droit international et État fédéral est en quelque sorte inversée par rapport aux questions habituellement soulevées. L'entité fédérée, la Serbie, a bien exécuté le mandat d'arrêt émis par le Tribunal, alors que le mandat avait été transmis à l'entité fédérale apparemment compétente en la matière²² ; la violation des règles de répartition des compétences a donc permis le respect d'une obligation internationale. La décision rappelle que, selon l'article 58 R.P.P., les dispositions du Statut prévalent sur le droit interne des États faisant l'objet d'une demande de transfert (§ 45). S'agissant d'une obligation internationale, elle concerne l'État dans son ensemble, donc y compris le niveau fédéré, et même si le mandat n'a été transmis qu'au niveau fédéral. Il semble que le rapprochement soit ensuite rapidement fait entre l'article 58 R.P.P. et l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. En effet, estimant que le Statut du Tribunal doit être interprété comme un traité, la Chambre de première instance déclare :

« The Federal Republic of Yugoslavia has an obligation under the Statute to comply with the request to arrest and transfer the accused and, therefore, cannot rely

20. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 474-476.

21. À l'heure où cette chronique est rédigée, l'arrêt de la Cour internationale de Justice du 14 février 2002 dans l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* fait apparaître une contradiction partielle avec la décision sur les exceptions préliminaires dans l'affaire *Milosevic*. Il affirme en effet l'existence d'une immunité de nature coutumière pour un ministre des affaires étrangères *en exercice*, accusé de crimes internationaux devant une juridiction interne (§ 54 de l'arrêt). Un moyen de concilier les deux décisions consisterait à interpréter la position de la Chambre de première instance du T.P.I.Y. comme visant seulement, soit la poursuite d'un ancien chef d'État, soit la poursuite d'un chef d'État même en exercice mais devant une juridiction internationale – auxquels cas l'absence d'immunité nous paraît relever de l'évidence.

22. L'accusé était alors détenu dans une prison serbe, en vertu du droit pénal serbe, pour des infractions sans rapport avec celles relevant de la compétence du T.P.I.Y.

on its internal law, namely the division of power as between the federal government and its States as a justification for failure to comply. Although it is the accused, and not the Federal Republic of Yugoslavia that is seeking to rely on the internal constitutional system of the Federal Republic of Yugoslavia, it follows that if the Federal Republic of Yugoslavia itself cannot rely on internal laws, then, a fortiori, neither can the accused. Accordingly, this ground is dismissed » (§ 47).

La violation potentielle des droits de l'accusé résultant du droit interne est ainsi neutralisée par l'obligation étatique vis-à-vis du Tribunal. Il s'agit, à première vue, d'une approche classiquement dualiste des rapports de système entre droit international et droit interne : un État ne peut invoquer son droit interne pour ne pas respecter une obligation internationale et, inversement, la violation du droit interne est sans pertinence du point de vue du droit international du moment qu'aucune obligation internationale n'est violée. Mais, en fait, le raisonnement va un peu plus loin : la violation du droit interne est ici sans pertinence parce qu'elle permet à l'État de respecter ses obligations internationales. Or la question est surtout de savoir si cette violation du droit interne ne constituait pas en même temps une violation des droits de l'accusé résultant du droit international des droits de l'homme, auquel cas : 1/ il y aurait un conflit d'obligations du point de vue de l'État et 2/ le Tribunal devrait s'interroger sur les conséquences de la violation des droits de l'accusé dans le cadre de sa propre procédure. Telle avait été l'approche retenue par la Chambre d'appel du T.P.I.R. dans l'affaire *Barayagwiza*²³. Rappelant cette jurisprudence et sans grand souci de cohérence avec les paragraphes qui précèdent, la décision utilise ensuite un raisonnement davantage centré sur les droits de l'individu pour conclure :

« the circumstances in which the accused was arrested and transferred (...) are not such as to constitute an egregious violation of the accused's rights. It should be noted that, in Barayagwiza, the Appeals Chamber did find an abuse of process but that was on the basis that he was detained for 11 months without being notified of the charges against him. Consequently, the doctrine of the abuse of process is inapplicable, and this ground is dismissed » (§ 51).

L'exception préliminaire relative à l'illicéité du transfert est donc rejetée à la fois parce que l'État était obligé de procéder au transfert, la violation du droit interne n'étant pas pertinente, et parce que la violation des droits de l'accusé n'est pas suffisamment grave pour avoir un effet sur la procédure devant le Tribunal. Il est heureux que les deux raisonnements répondant, pour le premier, à un grief de l'accusé et, pour le second, à un grief des *amici curiae*, aboutissent au même résultat. L'ensemble de la motivation fait néanmoins apparaître une distorsion entre une approche de droit international classique (*i.e.* le droit des traités et la figure étatique) et une approche de droit international des droits de l'homme (*i.e.* l'individu, sujet de droit international).

Parallèlement, Slobodan Milosevic a tenté de contester la légalité de sa détention devant le juge néerlandais et devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il invoquait notamment le caractère illégitime et discriminatoire du T.P.I.Y., son immunité d'ancien chef d'État et le fait que les Pays-Bas violaient ses droits en acceptant sa détention sur leur territoire. Saisi en référé, le Président de la Cour régionale de La Haye a estimé, par une décision du 31 août 2001, que le Tribunal avait un fondement juridique suffisant, que la procédure suivie respectait les droits de l'accusé, que la limitation de la compétence des

23. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 477-480, et 2000, pp. 294-296.

Pays-Bas portant sur la détention des personnes accusées devant le T.P.I.Y. était licite et que les juridictions néerlandaises n'étaient pas compétentes. Après avoir formé un appel, l'accusé s'en est désisté le 17 janvier 2002. Cet élément a été déterminant pour l'issue de la procédure devant la Cour européenne, puisqu'il a motivé la décision d'irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours internes²⁴.

3. La détention provisoire

La détention provisoire reste de principe pour les personnes accusées devant les tribunaux pénaux internationaux²⁵. L'article 65(B) R.P.P. a certes fait l'objet d'une révision en novembre 1999 qui a supprimé la condition relative aux « circonstances exceptionnelles », alors nécessaire pour obtenir une libération provisoire. La jurisprudence n'en a pas moins continué à estimer qu'en raison de la gravité des infractions et de l'absence de forces de police internationales²⁶, il revenait à la personne détenue de faire la preuve que sa libération ne risquait pas de conduire à une non-comparution ou de mettre en danger les victimes et témoins. Toutefois, la discussion a été réouverte cette année par une décision de première instance répondant à une demande de Momcilo Krajisnik²⁷. Celui-ci cherchait à obtenir le même statut que sa co-accusée, Biljana Plavsic, actuellement unique bénéficiaire d'une mesure de liberté provisoire²⁸. La décision, rejetant la demande, souligne certaines différences entre les deux cas : la reddition volontaire de Mme Plavsic, son âge et son engagement à collaborer avec le Procureur²⁹. La pertinence de ces éléments est nettement mise en doute par le Juge Robinson dans son opinion dissidente ; mais c'est surtout sur le plan des principes qu'il s'oppose aux deux juges majoritaires. S'appuyant sur le droit international des droits de l'homme, notamment sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, il estime que la charge de la preuve devrait peser sur le Procureur et non sur l'accusé. L'argument de la spécificité du Tribunal par rapport à une juridiction interne est également rejeté, avec tout de même un certain manque de pragmatisme. Il reste à voir si cette critique, pour l'heure minoritaire, aura une influence sur la pratique des tribunaux *ad hoc*³⁰.

24. C.E.D.H., *Slobodan Milosevic c/ Pays-Bas*, Décision sur la recevabilité, 19 mars 2002 (requête n° 77631/01, déposée le 20 décembre 2001).

25. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 374.

26. Sur ce dernier point, v. par exemple T.P.I.Y., Ch., Decision on Motion by Momir Talic for Provisional Release, *Prosecutor v. Brdanin and Talic*, N° IT-99-36-PT, 28 March 2001, § 18.

27. T.P.I.Y., Ch., Decision on Momcilo Krajisnik's Notice of Motion for Provisional Release, *Prosecutor v. Momcilo Krajisnik & Biljana Plavsic*, N° IT-00-39&40-PT, 8 October 2001.

28. T.P.I.Y., Ch., Decision on Biljana Plavsic's Application for Provisional Release, *Prosecutor v. Momcilo Krajisnik & Biljana Plavsic*, N° IT-00-39&40-PT, 5 September 2001.

29. À vrai dire, il n'est pas interdit de penser que la « reddition volontaire » de Mme Plavsic ait pu faire l'objet de négociations avec le Procureur, dont l'un des éléments aurait été sa libération provisoire. Momcilo Krajisnik soulignait quant à lui qu'il n'avait pas pu se rendre volontairement au Tribunal puisque l'acte d'accusation le concernant avait été tenu secret jusqu'au jour de son arrestation ! S'il en avait été informé, il se serait bien évidemment rendu de lui-même à La Haye...

30. Une demande de libération provisoire de Slobodan Milosevic, invoquant la nécessité de préparer sa défense, a été rejetée assez succinctement et avec les arguments habituels (T.P.I.Y., Ch., Decision on Accused's Application for Provisional Release, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, N° IT-02-54-T, 6 March 2002).

C. Préparation, conduite des procès, recours

1. L'organisation du procès

Dans l'affaire *Milosevic*, l'attitude initiale de l'accusé, déniait toute légitimité au Tribunal et refusant de se faire assister d'un avocat, a conduit la Chambre de première instance saisie à ordonner la désignation par le Greffier d'un *amicus curiae*³¹. Elle s'est inspirée en cela d'une technique analogue utilisée dans les pays de *common law*. Quoique l'*amicus* soit censé ne pas représenter l'accusé mais seulement assister la chambre, la liste de ses pouvoirs démontre suffisamment quel sera son rôle :

« (a) making any submissions properly open to the accused by way of preliminary or other pre-trial motion ;

(b) making any submissions or objections to evidence properly open to the accused during the trial proceedings and cross-examining witnesses as appropriate ;

(c) drawing to the attention of the Trial Chamber any exculpatory or mitigating evidence ; and

(d) acting in any other way which designated counsel considers appropriate in order to secure a faire trial »

Trois *amici curiae* ont été désignés le 6 septembre 2001 : Steven Kay, Branislav Tapuskovic et Michail Wladimiroff. La même chambre a fait droit à leur demande de communication de tous les documents également transmis à l'accusé³². Il apparaît donc que les trois *amici* seront présents tout au long du procès pour veiller au respect des droits de l'accusé³³. Ce dernier ayant par la suite décidé de se défendre lui-même et étant de surcroît assisté en coulisses par plusieurs conseils, nul doute que sa défense sera particulièrement bien assurée.

L'organisation de son procès a également soulevé des difficultés. Le Procureur souhaitait obtenir, en vertu de l'article 49 R.P.P., la jonction des trois actes d'accusation portant sur les événements au Kosovo, en Croatie et en Bosnie-Herzégovine³⁴, de manière à mener un seul procès. Sa demande était motivée à la fois par des raisons d'opportunité, notamment éviter de déplacer plusieurs fois certains témoins, et par des arguments juridiques, au premier rang desquels l'idée que l'ensemble relevait d'une même entreprise criminelle visant à créer une « Grande Serbie »³⁵. La Chambre de première instance a cependant considéré que, si la jonction des actes concernant la Croatie et la Bosnie-Herzégovine était justifiée compte tenu de la « *close proximity in time, type of conflict and*

31. T.P.I.Y., Ch., Order Inviting Designation of *Amicus curiae*, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, N° IT-99-37-PT, 30 August 2001, complété par T.P.I.Y., Ch., Order Inviting Designation of *Amicus curiae*, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, N° IT-01-51-PT, 23 November 2001.

32. T.P.I.Y., Ch., Order Concerning the Provision of Documents to *Amici curiae*, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, N° IT-99-37-PT, 19 September 2001.

33. D'après la décision de désignation du Greffier, ils sont d'ailleurs soumis au code de conduite professionnel des avocats devant le T.P.I.Y.

34. Respectivement affaires n° IT-99-37-PT (acte d'accusation confirmé le 24 mai 1999, puis amendé le 29 juin 2001 et le 29 octobre 2001), IT-01-50-PT (acte d'accusation émis le 27 septembre et confirmé le 8 octobre 2001) et IT-01-51-PT (acte d'accusation émis le 12 novembre et confirmé le 22 novembre 2001).

35. T.P.I.Y., Ch., Decision on Prosecution's Motion for Joinder, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, N° IT-99-37-PT & IT-01-50-PT & IT-01-51-PT, 13 December 2001, § 16. Sur le succès de la notion d'« entreprise criminelle » dans la jurisprudence récente, v. *infra*, II, C, 1.

responsibility of the accused »³⁶, tel n'était pas le cas pour l'acte d'accusation portant sur le Kosovo. Selon elle, le lien avec le plan ou la stratégie commune de l'accusé serait « *too nebulous* », compte tenu du silence de l'acte d'accusation sur ce point, et un procès unique serait beaucoup trop long³⁷. Elle conclut donc à la tenue de deux procès, conduits par la même chambre, en commençant – à l'encontre de la chronologie des faits – par le Kosovo, l'acte d'accusation correspondant ayant été émis en premier. La date de début du premier procès a été fixée au 12 février 2002. Cette décision a néanmoins été réformée par la Chambre d'appel, qui a accepté la jonction des trois affaires et un procès unique, commençant à la même date. Elle décide néanmoins que les éléments de preuve relatifs au Kosovo devront être présentés en premier, étant donné que ceux relatifs à la Croatie et à la Bosnie n'avaient pas encore été entièrement transmis à l'accusé³⁸. Selon les estimations, la durée du procès devrait être comprise entre 18 mois et 2 ans.

2. Le droit à un procès équitable

En matière d'impartialité des juges, de nouvelles contestations ont eu lieu, appliquant les mêmes critères que les années précédentes. Dans l'arrêt *Akayesu*, la Chambre d'appel du T.P.I.R. a facilement écarté le motif d'appel portant sur des propos ou des questions des Juges Kama et Pillay lors des audiences, après les avoir replacés dans le contexte du procès (§§ 194s.). Dans l'arrêt *Celebici*, la Chambre d'appel du T.P.I.Y. revient sur la situation de la Juge Odio-Benito nommée vice-présidente de la République du Costa-Rica alors que le procès était encore en cours ; elle reprend largement la solution dégagée à l'époque par le Bureau du Tribunal³⁹ (§§ 685-693). Un grief nouveau portait sur sa participation à l'administration du Fonds des Nations Unies pour les victimes de torture. Là encore, la partialité qui en résulterait n'est pas démontrée (§§ 694-709)⁴⁰.

Deux arrêts sont venus préciser le rôle du juge dans la procédure. Tout d'abord, l'arrêt *Celibici* aborde la délicate question de l'endormissement du Juge Karibi-Whyte à certains moments du procès. Selon la Chambre d'appel, l'inattention d'un juge, pour enfreindre le droit à un procès équitable, doit avoir causé un préjudice réel à l'une des parties (§ 625). Cela n'est pas le cas en l'espèce et, de plus, le problème aurait dû être soulevé devant la Chambre de première instance elle-même (§§ 630-650). Bien que les périodes d'endormissement aient été trop brèves pour démontrer que le Juge ne suivait plus le procès, la Chambre d'appel a néanmoins tenu à affirmer que « *Judge Karibi-Whyte's conduct cannot*

36. *Ibid.*, § 46.

37. *Ibid.*, respectivement §§ 45 et 47. Le Procureur annonce 380 à 395 témoins au total, ce qui demanderait quelques 300 jours d'audience ! Il est heureusement prévu qu'une partie d'entre eux fasse une déclaration écrite à la place d'un témoignage oral, conformément à la procédure prévue à l'article 92bis R.P.P.

38. T.P.I.Y., App., Decision on Prosecution Interlocutory Appeal from Refusal to Order Joinder, *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, N° IT-99-37-AR73 & IT-01-50-AR73 & IT-01-51-AR73, 1 February 2002. Compte tenu de la motivation lapidaire et du renvoi implicite aux arguments développés par le Procureur, il est nécessaire de compléter la lecture de cette décision par celle du mémoire du Procureur (T.P.I.Y., App., Interlocutory Appeal of the Prosecution against « Decision on Prosecution's Motion for Joinder », *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, N° IT-99-37-AR73 & IT-01-50-AR73 & IT-01-51-AR73, 15 January 2002). Celui-ci souligne notamment les éléments des actes d'accusation portant sur l'entreprise commune et estime qu'ils répondent à l'exigence de l'article 49 R.P.P. relatif à une « même opération », telle qu'interprétée par la jurisprudence antérieure.

39. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 382-383.

40. V. *mutatis mutandis*, l'arrêt *Furundzija* à propos de la Juge Mumba, in cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, pp. 301-302.

be accepted as appropriate conduct for a judge » (§ 629). Dans l'affaire *Jelusic*, c'est une attitude en un sens opposée qui était contestée, à savoir les interventions appuyées des juges durant les procès, contrairement à la tradition juridique de la *common law*. Celles-ci ne sauraient être interprétées comme remettant en cause par principe le droit à un procès équitable, car :

« *in long and complicated cases, such as most of those which come to the Tribunal, it is necessary for the Trial Chamber to exercise control over the proceedings. That control may well need to be vigorous, provided of course that it does not encroach on the right of a party to a fair hearing* » (arrêt *Jelusic*, § 16).

Le principe d'égalité des armes a été réexaminé dans l'arrêt *Kayishema-Ruzindana*, qui a confirmé la position de la Chambre de première instance⁴¹. Ainsi, « l'égalité des armes entre la Défense et l'Accusation ne signifie pas nécessairement l'égalité matérielle de disposer des mêmes ressources financières et/ou en personnel » (§ 69). Une réponse analogue a été faite dans le jugement *Bagilishema* à une demande de la défense « tendant à ce que soit mis à sa disposition autant d'enquêteurs, d'assistants et de conseils que n'en dispose le Bureau du Procureur » (§ 14). Les règles du procès équitable applicables sont celles déjà dégagées par la jurisprudence, notamment dans l'arrêt *Tadic*⁴².

Un argument soulevé à propos de la présomption d'innocence posait un problème nouveau dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*. Selon *Kayishema*, la résolution 955 du Conseil de sécurité, posant statut du Tribunal, remettrait en cause le principe en raison de l'utilisation de l'expression « personnes présumées responsables » (§ 75). À vrai dire, cet argument remarquablement superficiel est, depuis quelque temps, régulièrement avancé par certains avocats et une partie de la doctrine⁴³. Il est évident que la présomption d'innocence ne s'analyse pas à l'aune des termes d'un préambule ou de l'intitulé d'une juridiction, mais par l'examen de l'ensemble des règles de procédure mises en place. La Chambre d'appel se limite à écarter l'argument en rappelant que le principe de la présomption d'innocence figure à l'article 20.3 du Statut (§ 77). Ceci pourrait être complété par un renvoi à l'ensemble des discussions approfondies menées dans les différents jugements sur l'application des règles de preuve.

Enfin, l'important sujet du droit pour l'accusé de garder le silence a été abordé dans l'arrêt *Celebici*. La Chambre de première instance semble avoir considéré l'attitude de l'accusé lors de son procès, et notamment le fait qu'il n'ait pas témoigné, comme une circonstance aggravante pour la détermination de sa peine. La Chambre d'appel, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, estime qu'il n'existe pas un droit absolu à garder le silence pendant le procès impliquant que l'on ne puisse en inférer quoi que ce soit au moment de déterminer la culpabilité (§ 782). Toutefois, en l'absence de disposition sur ce sujet dans le Statut et le R.P.P. qui viendrait encadrer la prise en compte du silence, et compte tenu de l'évolution manifestée par l'article 67(1)(g) du Statut de la C.P.I., elle conclut à l'existence devant le Tribunal d'une interdiction absolue de tenir compte du silence dans la détermination de la culpabilité ou de faire des déductions sur cette base lors de la détermination de la peine (§ 783). Dès lors, l'erreur de la Chambre de

41. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, p. 484.

42. *Ibid.*, p. 483-484.

43. Il l'a également été, parmi d'autres griefs, par Slobodan Milosevic devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cf. *supra*.

première instance sur ce point (§ 784) – entre autres – conduit au renvoi devant une autre chambre de première instance chargée de prononcer une nouvelle sentence.

3. L'acquittement selon la procédure de l'article 98bis R.P.P.

L'article 98bis du R.P.P. permet à la formation de jugement d'acquitter l'accusé après présentation des moyens à charge et avant présentation des moyens à décharge. Cette procédure a été engagée, à la demande des accusés, dans de nombreuses affaires⁴⁴. Une jurisprudence constante a précisé les conditions de sa mise en œuvre, s'inspirant des règles en vigueur dans les pays de *common law* – puisque seuls ces systèmes connaissent une procédure analogue, si l'on excepte l'Espagne. Il s'agit, pour la Chambre de première instance saisie, de se demander si aucune formation de jugement ne pourrait raisonnablement rendre un verdict de culpabilité sur la base des éléments de preuve présentés par l'Accusation. Seul l'acquittement prononcé dans l'affaire *Jelusic* – d'office et non à la demande de l'accusé –, paraît avoir utilisé un critère différent, plus exigeant vis-à-vis du Procureur. En effet, Goran Jelusic a été acquitté du chef de génocide, le seul pour lequel il plaidait non coupable⁴⁵, car la Chambre de première instance a estimé que les éléments à charge ne pouvaient pas la convaincre au-delà de tout doute raisonnable de sa culpabilité. La Chambre d'appel a accepté le grief du Procureur sur ce point, considérant que la Chambre aurait seulement dû, à ce stade de la procédure, se demander si aucun tribunal ne pouvait raisonnablement être convaincu (arrêt *Jelusic*, § 37). Reprenant l'examen des éléments de preuve présentés par l'Accusation à propos de l'intention génocidaire à l'aune de ce critère plus souple, elle conclut qu'il n'était pas possible de prononcer l'acquittement au titre de l'article 98bis (§ 72). Elle estime aussi que la Chambre de première instance aurait dû accepter d'entendre le Procureur avant de se prononcer sur l'insuffisance des éléments présentés (§ 28). Compte tenu de ces conclusions, on pouvait s'attendre à ce que l'affaire *Jelusic* soit renvoyée à une chambre de première instance pour juger du chef de génocide. La Chambre d'appel a, de manière extrêmement contestable, décidé de n'en rien faire. Invoquant la longueur de la procédure et les ressources limitées du Tribunal et s'appuyant sur le pouvoir discrétionnaire que lui conférerait l'article 117 (C) R.P.P., elle considère que les circonstances ne sont pas appropriées pour annuler l'acquittement et rejuger l'affaire (§ 77). Cette position est fermement critiquée par les Juges Shahabuddeen et Wald, dans leur opinion dissidente.

Postérieurement à l'arrêt *Jelusic*, une chambre de première instance a procédé à un acquittement partiel dans l'affaire *Sikirica*, notamment à propos des chefs d'accusation de génocide et de complicité de génocide. Quoique la Chambre de première instance prétende appliquer le critère requis par l'article 98bis R.P.P., son analyse de l'intention génocidaire reste sujette à discussion. Il est par conséquent délicat de considérer, à ce stade, qu'aucun tribunal ne pourrait raisonnablement être convaincu par les éléments à charge⁴⁶. Plus généralement, l'importance et la difficulté des questions soulevées devraient

44. Notamment T.P.I.Y., Ch., Decision on Defence Motions for Judgement of Acquittal, *Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, N° IT-95-14/2-T, 6 April 2000 (rappelant la jurisprudence antérieure et se démarquant, déjà, de la décision de première instance dans l'affaire *Jelusic*, § 17); T.P.I.Y., Ch., Decision on Motion for Acquittal, *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac e.a.*, N° IT-96-23-T, IT-23-1-T, 3 July 2000; T.P.I.Y., Ch., Decision on Defence Motions for Acquittal, *Prosecutor v. Miroslav Kvocka e.a.*, N° IT-98-30/1-T, 15 December 2000.

45. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 500-502.

46. V. *infra*, II, B, 2, spéc. note (84).

inciter à davantage de prudence avant de prononcer des acquittements peut-être prématurés. On peut se demander si les arguments financiers, évoqués à notre sens abusivement par la Chambre d'appel, ne commencent pas à peser de manière excessive sur l'activité de l'ensemble du Tribunal.

4. L'appel

Les arrêts de l'année 2001 confirment, et éventuellement développent, la jurisprudence bien établie sur la détermination du champ de l'examen en appel, c'est-à-dire l'erreur de droit et l'erreur de fait ayant entraîné un déni de justice⁴⁷. La jurisprudence du T.P.I.R. suit parfaitement celle du T.P.I.Y.⁴⁸

La Chambre d'appel accueille rarement les demandes visant à une nouvelle appréciation des faits, qui suppose que l'accusé démontre le déni de justice. Le critère pertinent est alors le caractère déraisonnable de l'argumentation du juge de première instance. Ainsi, l'arrêt *Kayishema-Ruzindina*, à propos d'un problème de concordance entre témoignages, affirme qu'« il revient au juge du fait d'apprécier la valeur probante d'un témoignage, ce pouvoir d'appréciation couvrant également la manière dont la Chambre de première instance décide de traiter les contradictions apparentes » (§ 230). À l'inverse, illustrant l'hypothèse du caractère déraisonnable d'une argumentation en première instance, l'arrêt *Celebici* a annulé la condamnation de l'un des accusés, Hazim Delic, pour deux chefs d'accusation (§§ 459-450).

L'apport d'éléments de preuve additionnels aboutit plus sûrement à revoir l'appréciation des juges du fond. Les éléments additionnels ne sont pas des faits nouveaux mais des éléments éclairant d'un jour nouveau les faits présentés en première instance. Le premier problème est celui de leur admissibilité. L'article 115 R.P.P. pose deux conditions : la partie les invoquant ne devait pas disposer de ces éléments au moment du procès en première instance et l'intérêt de la justice doit le commander. Toutefois, il a été admis que la Chambre d'appel dispose d'un « pouvoir inhérent d'admettre des éléments de preuve disponibles en première instance, mais dont l'exclusion entraînerait une erreur judiciaire »⁴⁹. Même si ce pouvoir a jusqu'ici été fort peu utilisé, l'élément relatif à l'intérêt de la justice devient déterminant dans tous les cas. L'arrêt *Kupreskic* l'a quelque peu assoupli, par rapport à la jurisprudence *Tadic*. En effet, il suffit de démontrer que les nouveaux éléments peuvent (« could ») avoir un effet sur la décision et non qu'ils auraient probablement un tel effet (« would probably ») (arrêt *Kupreskic*, §§ 66-69). L'admission des éléments additionnels conduit à reconsidérer les conclusions factuelles faites en première instance (*Kupreskic*, § 72 ; *Musema*, §§ 184-186). Le critère alors retenu dans l'arrêt *Kupreskic* est assez strict : il consiste à se demander si aucun juge du fond n'aurait raisonnablement pu conclure à la culpabilité compte tenu des nouveaux éléments relatifs aux mêmes faits, la charge de la preuve pesant sur l'accusé. Ceci lui permet de ne pas renvoyer devant une nouvelle chambre de première instance en cas de simple doute et de substituer sa propre appréciation à celle de la chambre de jugement. Les trois frères *Kupreskic* sont ainsi acquittés en appel (§§ 245-246 et 303-304). La Chambre d'appel du T.P.I.R. adopte le même raisonnement dans l'arrêt *Musema*. En raison de la

47. V. cette chronique, *A.F.D.I.* 2000, pp. 302-303.

48. Pour un exemple de référence de l'une à l'autre : arrêt *Akayesu*, §§ 174s.

49. Citation reflétant la jurisprudence antérieure, extraite de T.P.I.Y., App., Arrêt relatif à l'appel de la décision portant condamnation pour outrage au Tribunal interjeté par Anto Nobile, *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, n° IT-95-14/1-AR77, 30 mai 2001, § 27.

non-concordance entre un nouveau témoignage et un témoignage entendu en première instance, l'accusé est innocenté de l'une des condamnations pour viol (§ 194)⁵⁰.

En matière d'admission d'un motif d'appel invoquant une erreur de droit, la seule limite résultant du Statut est que l'erreur soit susceptible d'invalidier la décision. La position adoptée dans l'arrêt *Akayesu* à propos de certains motifs d'appel du Procureur assouplit considérablement cette condition. La Chambre d'appel y affirme, en effet, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de se prononcer, même *proprio motu*, sur des questions de droit surgissant à l'occasion de l'appel, alors même que leur résolution serait sans incidence sur le dispositif de la décision de première instance⁵¹. Il faut, pour cela, que « leur résolution [soit] de nature à contribuer substantiellement au développement de la jurisprudence du Tribunal » et qu'il y ait « un lien de connexité avec l'affaire considérée » (§§ 23-24). Ce qui ressemble dès lors d'assez près à un avis juridique – encore que l'arrêt s'en défende⁵² –, émis sur une question *a priori* non susceptible d'appel, va au-delà du cadre tracé par l'article 24 du Statut⁵³. Pour justifier cette extension, la Chambre d'appel souligne « qu'en décidant de se prononcer sur une question d'intérêt général, elle remplit son rôle d'unification du droit » (§ 22).

Lorsqu'un motif d'appel porte sur la procédure, la Chambre d'appel paraît assez hésitante à le rattacher soit à une erreur de fait, soit à une erreur de droit. Dans l'arrêt *Musema*, l'accusé soulevait divers motifs d'appel relatifs à l'admissibilité des éléments de preuve en rapport avec leur fiabilité et leur crédibilité. Pour la Chambre d'appel, l'ensemble relève de l'appréciation du juge des faits⁵⁴. Tous les griefs sont rejetés car le caractère déraisonnable de l'argumentation au fond est considéré comme non démontré. Dans ce même arrêt, les questions de procédure présentées par l'Appelant pour la première fois en appel sont rejetées (§ 341). En revanche, dans l'arrêt *Celebici*, un grief relatif à l'admissibilité d'une interview de l'accusé, réalisée dans des conditions posant problème du point de vue de ses droits, est considéré comme une question de droit (§ 532). Le contrôle reste cependant limité à un éventuel dépassement par la Chambre de première instance de son pouvoir discrétionnaire, considéré comme considérable (« *considerable* ») en matière d'admissibilité des preuves (§ 533).

On retrouve une difficulté analogue à distinguer entre l'erreur de droit et l'erreur de fait lorsque l'appel porte sur la sentence, ce qui est révélateur de la faiblesse des critères juridiques en la matière. Elle est résolue de la même manière, c'est-à-dire par un contrôle portant sur le pouvoir discrétionnaire des

50. Ceci n'a néanmoins pas eu de conséquence sur la sentence (emprisonnement à vie), compte tenu de la confirmation des autres condamnations.

51. En ce sens déjà, T.P.I.Y., App., Arrêt, *Erdemovic*, § 16, et *Tadic*, §§ 247, 281, 315. En l'espèce, il s'agit des « motifs d'appel » soulevés par le Procureur à propos des points de droit suivants : utilisation du critère de l'agent public ou du représentant du Gouvernement pour les crimes de guerre ; nécessité de l'élément discriminatoire dans la définition du crime contre l'humanité ; caractère direct et public de l'incitation comme mode de commission des crimes. Sur les réponses apportées, v. *infra* II.

52. § 23 : « À la différence de la Cour internationale de Justice ou de certaines juridictions nationales, la Chambre d'appel du Tribunal ne détient pas de pouvoir consultatif. En revanche, elle peut juger nécessaire de répondre à des questions d'intérêt général si elle estime que leur résolution est de nature à contribuer substantiellement au développement de la jurisprudence du Tribunal. »

53. V. les arguments en faveur d'un tel pouvoir dans la déclaration du Juge Shahabuddeen et *contra* l'opinion dissidente du Juge Nieto-Navia, ce dernier appliquant les techniques d'interprétation de la Convention de Vienne sur le droit des traités au Statut du Tribunal.

54. Selon le Juge Shahabuddeen, dans sa déclaration jointe, « *in the normal situation there is no requirement for proof of reliability as a condition of admissibility ; reliability is to be left for later evaluation as part of weight.* »

chambres de première instance. En effet, les seuls critères proprement juridiques relevés sont l'obligation de tenir compte, d'une part, de la gravité de l'infraction (arrêt *Aleksovski* du 24 mars 2000, § 182) et, d'autre part, des circonstances aggravantes et atténuantes (arrêt *Kayishema-Ruzindana*, §§ 335-336). L'appréciation du poids conféré auxdites circonstances est laissée à la Chambre de première instance qui dispose pour cela d'un pouvoir « très étendu » (*ibid.*, § 337). Pour contester le *quantum* de la peine, la charge de la preuve pèse donc sur l'Appelant qui doit démontrer « que l'on peut discerner de la part de la Chambre de première instance une erreur dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation souverain » (arrêt *Musema*, § 390)⁵⁵. Ceci conduit à un exercice assez ... discrétionnaire du pouvoir de réformation des sentences par la Chambre d'appel⁵⁶.

Quelques questions nouvelles sont apparues en matière d'appel, notamment à propos de la langue utilisée. La Chambre d'appel du T.P.I.R. affirme ainsi, dans l'arrêt *Akayesu*, que « [l]a seule version faisant foi est la version originale du Jugement » (§ 185), en l'occurrence la version anglaise. Un motif d'appel de l'accusé est alors rejeté au motif qu'il est fondé sur une interprétation faite à partir de la traduction française, démentie par la version anglaise. À cette occasion, la Chambre d'appel rejette également « l'argument d'Akayesu selon lequel la version qui devrait être retenue est celle qui correspond à la langue parlée et comprise par l'accusé » (*ibid.*). Enfin, soucieuse d'affirmer la possibilité de faire appel de toute condamnation pénale, y compris lorsqu'il s'agit du délit d'outrage⁵⁷, la Chambre d'appel du T.P.I.Y. a été amenée à s'appuyer sur l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques. Elle affirme alors que cet article « est une norme impérative de droit international à laquelle le Tribunal ne saurait déroger »⁵⁸.

II. – L'APPLICATION DU DROIT HUMANITAIRE

Si les jurisprudences d'appel et de première instance tendent quantitativement à s'équilibrer en 2001, les nouveautés en matière d'interprétation et d'application du droit humanitaire sont plus évidemment perceptibles dans les décisions rendues par les juges du fond. L'intérêt principal de l'affaire *Bagilishema* jugée par le T.P.I.R. réside dans l'appréciation des éléments de preuve présentés à l'encontre du bourgmestre de la ville de Mabanza pour des événements tragiques déjà évoqués dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*. Cette appréciation a conduit au premier acquittement prononcé par le T.P.I.R., mais il n'est pas ici question d'interroger ces conclusions factuelles. En revanche, dans les affaires *Kordic*, *Kunarac*, *Krstic* et *Kvočka* jugées par le T.P.I.Y., des conclusions importantes sont présentées quant à la définition de certains actes susceptibles d'être qualifiés de crime de guerre ou de crime contre l'humanité (viol, torture, réduction en esclavage, déportation), quant à la qualification du génocide et surtout quant à la notion d'« entreprise criminelle commune ». Les affaires *Kordic* et *Kvočka* se rapportent à des faits dont le T.P.I.Y. a déjà eu l'occasion de connaître, respectivement l'offensive croate contre

55. V. *mutatis mutandis* arrêt *Celebici*, § 725, et la jurisprudence antérieure citée.

56. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, pp. 323-325, et *infra* II, C, 3.

57. V. *supra*, I, A, 2.

58. T.P.I.Y., App., Arrêt confirmatif relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du pré-cédent conseil, Milan Vujin, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, n° IT-94-1-AR77, 27 février 2001, p. 3.

la population musulmane en Bosnie-centrale (voir l'affaire *Blaskic*, qui signalait déjà l'incidence néfaste, encore une fois soulignée ici, du plan de paix Vance-Owen)⁵⁹ et la persécution de la population civile non-serbe dans la région de Prijedor, plus particulièrement dans le camp d'Omarska (voir l'affaire *Tadic*). L'affaire *Kunarac* est singulière en ce qu'elle se rapporte uniquement à des faits de viols systématiques et de réduction en esclavage des femmes musulmanes par la soldatesque serbe dans la région de Foca. La Chambre a situé ces faits dans le contexte massif de persécution de la population musulmane, en estimant :

« *The policy behind the Serb attack was to gain total supremacy over the Muslims in the area and finally a homogenous Serb region. To this end, that policy also encompassed expulsion through terror, ie inducing other Muslims to leave the area for fear of being mistreated, imprisoned or even killed by the Serbs, should they fall into the latter's hands. (...) [The accused] mistreated Muslim girls and women, because they were Muslims. They therefore fully embraced the ethnicity-based aggression of the Serbs against the Muslim civilians, and all their criminal actions were clearly part of and had the effect of perpetuating the attack against the Muslim civilian population* » (§§ 579 et 592).

L'affaire *Krstic* n'est pas moins marquante, dans la mesure où c'est l'offensive serbe contre la zone de sécurité de Srebrenica qui y est analysée, et la qualification de génocide retenue pour la première fois dans un jugement de condamnation du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie. On peut remarquer que le Procureur n'a pas tenté d'incriminer l'offensive contre la zone protégée en elle-même, évitant ainsi le débat relatif au défaut de réaction internationale. Ce sont les faits massifs de déportation et d'extermination de la population musulmane, résidant ou réfugiée dans la ville du fait de persécutions antérieures, qui se trouvent au centre de l'affaire. L'influence du général Mladic, toujours en fuite, y apparaît déterminante, alors que la Chambre n'a pu décider si *Krstic* avait pris part à la décision d'exécution massive de tous les membres masculins de la population bosniaque musulmane. Le but ultime de cette décision paraît avoir été de s'assurer définitivement, c'est-à-dire dans la durée, du contrôle d'une zone stratégique pour la reconstruction d'un territoire ethniquement serbe (§ 597).

La lecture des arrêts d'appel est, il est vrai, plus technique, les juges du second degré s'attachant à confirmer des solutions déjà dégagées en matière d'applicabilité des articles relatifs aux crimes de guerre, à préciser les conditions auxquelles le cumul d'infraction doit être écarté et à formuler des indications quant aux critères permettant de déterminer les peines.

A. Les crimes de guerre

En matière de crime de guerre, la jurisprudence de l'année 2001 se caractérise par un réexamen des conditions d'applicabilité des articles des Statuts des T.P.I. (1) et par la précision de la définition de certains crimes d'origine conventionnelle, qui conduit les Chambres à statuer, de manière parfois surabondante, sur l'application des traités à vocation humanitaire (2)

1. L'application des articles des Statuts relatifs aux crimes de guerre

Il pourra paraître surprenant que les débats relatifs à l'applicabilité des articles des Statuts des T.P.I. consacrés aux crimes de guerre (articles 2 et 3 du

59. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, p. 305.

Statut T.P.I.Y., article 4 du Statut T.P.I.R.) se soient perpétués au cours de l'année 2001. On pouvait en effet penser, au moins pour ce qui est du T.P.I.Y., que l'état de la jurisprudence était fixé depuis la fin de l'affaire *Tadic*. C'est une contestation juridique assez radicale de cette jurisprudence par la défense qui oblige la Chambre d'appel du T.P.I.Y. dans l'affaire *Celebici* à confirmer la valeur contraignante du précédent *Tadic*. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre d'appel du T.P.I.R. est quant à elle incitée par le Procureur à reconsidérer le travail mené en première instance.

Dans l'affaire *Celebici*, la défense contestait en premier lieu l'applicabilité de l'article 2 au conflit opposant forces serbes et forces gouvernementales en Bosnie-Herzégovine, au motif que ce conflit n'était pas international et que les victimes serbes ne pouvaient être tenues pour des « personnes protégées » au sens de la IV^e Convention de Genève de 1949. Elle réfutait en outre l'applicabilité de l'article 3 aux conflits armés internes. L'intérêt de la réponse de la Chambre d'appel réside dans le fait qu'elle est amenée à s'interroger à la fois sur la force contraignante de la solution d'appel précédemment dégagée dans l'affaire *Tadic* en 1995 et 1999 et sur le point de savoir si la solution adoptée par la Chambre de première instance dans l'affaire *Celebici*, avant l'arrêt d'appel *Tadic* de 1999, peut être considérée comme compatible avec les exigences de ce dernier arrêt. Sans revenir sur l'ensemble du raisonnement, on notera que la Chambre d'appel considère, suivant en cela la doctrine du précédent qui s'est dégagée en 2000, qu'« aucune raison impérieuse de justice » (§ 26) ne l'oblige à s'écarter de l'interprétation du Statut fixée en 1995 et 1999. Elle estime en outre que les conclusions de fait et de droit de la Chambre de première instance dans l'affaire *Celebici* ne sont pas incompatibles avec la jurisprudence *Tadic* 1999. Il en va ainsi de l'interprétation extensive de la notion de « personne protégée », dont on peut sans doute estimer que la Chambre d'appel *Tadic* s'était ensuite inspirée en 1999⁶⁰ dans une espèce qui n'exigeait pas cette construction (§§ 86-105). De même, en déterminant le caractère international du conflit, la Chambre de première instance dans l'affaire *Celebici*, ne s'est pas écartée du critère du « contrôle global », même si elle ne l'a pas formellement adopté (§ 48). Deux remarques s'imposent sur ce dernier point. Dans un premier temps, on peut remarquer que, confrontée aux critiques de la défense, la Chambre d'appel confirme l'apparente condamnation du test utilisé par la C.I.J. dans l'affaire *Nicaragua*⁶¹ pour identifier les agents de fait de l'État et précise les rapports entre jurisprudences de la C.I.J. et du T.P.I.Y. en ces termes :

« This Tribunal is an autonomous international judicial body, and although the ICJ is the "principal judicial organ" within the United Nations system to which the Tribunal belongs, there is no hierarchical relationship between the two courts. Although the Appeals Chamber will necessarily take into consideration other decisions of international courts, it may, after careful consideration, come to a different conclusion » (§ 24).

Sur l'emploi du critère du « contrôle global », on signalera qu'il est sans doute étrange de contraindre à ce point les Chambres de première instance dans ce qui relève essentiellement d'une appréciation des faits relatifs au contrôle par un État d'individus qui ne sont pas formellement intégrés à sa structure organique⁶². Dans un second temps, on relèvera que la Chambre de première instance dans l'affaire *Celebici* avait, en s'adaptant parfaitement à la logique du

60. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 491-492.

61. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 489-491.

62. *Ibid.*

conflit dont elle était saisie, mis l'accent sur la présomption d'internationalité du conflit après le retrait des forces yougoslaves du territoire bosniaque en l'absence d'accord entre les deux États.⁶³ En estimant qu'elle s'est conformée au critère du « contrôle global », la Chambre d'appel ne semble guère saisir l'originalité ni la pertinence de la démarche adoptée, qui ne requérait pas qu'il soit fait application de ce critère (§ 46).

La doctrine du précédent employée dans l'affaire *Celebici* met parfaitement en lumière les strates successives d'interprétation du Statut. Elle conduit au réexamen, dans une affaire donnée, du travail des juges de première instance à l'aune de l'évolution, quasi permanente – pour ne pas dire instantanée au regard de sa concentration dans le temps –, de l'interprétation du Statut en appel dans d'autres affaires, interprétation parfois d'ailleurs inspirée par le travail de la Chambre de première instance soumis à examen. La souplesse paradoxale de la doctrine du précédent (on peut s'écarter du précédent) induit en outre la réactivation de débats apparemment définitivement tranchés.

Dans l'affaire *Kordic*, la Chambre de première instance utilise les éléments de jurisprudence antérieurement dégagés pour cerner l'applicabilité de l'article 2⁶⁴. Le conflit en Bosnie centrale est qualifié d'international du fait de l'intervention directe de la Croatie (§§ 108-110) et, de manière surabondante (la Chambre y insiste), par le fait que les forces bosno-croates peuvent être considérées comme des agents de fait de la Croatie (§§ 111-146). Elle conforte par là la solution adoptée en 2000 dans l'affaire *Blaskic*. Pour ce qui est de la qualité de personnes protégées des victimes musulmanes de l'offensive croate, elle tend également à l'exhaustivité en s'interrogeant à la fois sur la « nationalité » de ces victimes (elles sont au pouvoir d'une partie dont elles ne sont pas ressortissantes) (§§ 150-151) et sur leur « ethnicité » ou leur allégeance à une partie au conflit (§§ 152-154). La vérification de ce second élément consacre une démarche qui a déjà été adoptée mais dont l'intérêt n'apparaît pas, au regard de faits de l'espèce, évident⁶⁵. On doit en revanche noter que cet emploi « tous azimuts » du critère d'ethnicité récemment dégagé (*Tadic*, 1999) vient sans aucun doute mettre en péril la logique originelle de l'interprétation de l'article 2 (*Tadic*, 1995). Rappelons en effet que l'application de cet article aux seuls conflits internationaux était précisément justifiée par le renvoi à la notion de « personne protégée » en ce qu'elle incorporait un élément d'internationalité, élément qui, aujourd'hui, n'apparaît plus déterminant. Le réexamen de cette interprétation au regard de la doctrine souple du précédent pourrait donc, un jour, s'imposer...

L'arrêt *Akayesu* revient quant à lui sur la nécessité, affirmée par le jugement de première instance, d'établir la qualité d'agent public ou d'agent *de facto* du Gouvernement pour établir la responsabilité d'un individu pour crime de guerre⁶⁶. S'appuyant sur une analyse réaliste de l'objectif des Conventions de Genève et des Protocoles et estimant que celles-ci « s'adressent essentiellement aux personnes qui, du fait de leur autorité, sont responsables de l'ouverture des hostilités ou qui sont autrement engagées dans la conduite de

63. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 389-390.

64. Notons que dans les autres affaires jugées cette année en première instance par le T.P.I.Y. (*Kunarac, Krstic et Vovcka*), aucun chef d'accusation n'était présenté sur le fondement de l'article 2 du Statut et que les Chambres se sont en conséquence bornées à vérifier de manière classique les conditions d'applicabilité de son article 3.

65. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, p. 307

66. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 387.

celles-ci »⁶⁷, la Chambre de première instance n'en avait pas moins restreint théoriquement le principe de la responsabilité pénale des individus en droit international. La Chambre d'appel du T.P.I.R. conclut dès lors, sans surprise, « que la Chambre de première instance a commis une erreur sur un point de droit en limitant l'application de l'article 3 commun à une certaine catégorie de personnes, telle que définie par la Chambre de première instance » (arrêt *Akayesu*, § 445). On relèvera toutefois qu'il est nécessaire de distinguer les crimes de guerre des crimes qui pourraient être commis alors qu'un conflit armé a lieu au même endroit mais sans rapport avec celui-ci. À ce propos, la Chambre d'appel précise :

« (...) l'article 3 commun [aux Conventions de Genève] requiert un lien étroit entre les violations commises et le conflit armé. Ce lien entre les violations et le conflit armé implique que, dans la plupart des cas, l'auteur du crime entretiendra probablement un rapport particulier avec une partie au conflit. Il n'en reste pas moins que ce rapport particulier n'est pas un préalable à l'application de l'article 3 commun et, par conséquent, à l'article 4 du Statut. De l'avis de la Chambre d'appel, l'erreur commise par la Chambre de première instance a été d'exiger que ce rapport particulier soit une condition autonome de mise en œuvre de la responsabilité pénale pour une violation de l'article 4 du Statut » (§ 444).

On peut tout de même se demander si les cas constituant de supposées exceptions au lien avec l'une des parties au conflit ne sont pas en réalité couverts par la notion d'agent *de facto*, sans quoi il s'agirait de crimes de droit commun.

2. La précision de la définition de certains crimes d'origine conventionnelle

Dans l'affaire *Kordic*, la Chambre de première instance a été amenée par les parties à apporter un certain nombre de précisions quant aux crimes de guerre énumérés dans le Statut. Ainsi, pour ce qui est de la prise d'otages, s'appuyant sur le commentaire de la IV^e Convention de Genève élaboré par le C.I.C.R. et l'affaire *Blaskic* précédemment jugée, elle estime :

« *An individual commits the offence of taking civilians as hostages when he threatens to subject civilians, who are already unlawfully detained, to inhumane treatment or death as a means of achieving the fulfilment of a condition* » (§ 314).

On notera que, dans cette brève conclusion, la pression exercée sur l'adversaire n'est pas expressément envisagée et que le crime semble presque détaché du contexte conflictuel. La Chambre s'interroge en outre sur des définitions désormais assez classiquement envisagées par la jurisprudence (homicide intentionnel, mauvais traitements, attaques contre des personnes ou des biens civils, pillage) mais également sur un certain nombre d'obligations de comportement, dont la violation est punissable mais qui ne sont pas inconditionnelles. En ce qui concerne par exemple la détention illicite de civils, la Chambre parvient aux mêmes conclusions que celles retenues dans l'affaire *Celebici* (première instance)⁶⁸. On peut noter à cet égard le débat soulevé par la défense qui présentait des décisions de la Cour suprême des États-Unis rendues lors de la seconde guerre mondiale, et rejetant les requêtes de citoyens américains d'origine japonaise détenus sur le territoire américain (§ 278). La Chambre de première instance, remarquant l'évolution de la jurisprudence

67. Jugement *Akayesu*, § 630.

68. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 394-396.

américaine et de la position du gouvernement de cet État lors d'affaires plus récentes, refuse de retenir ces précédents jurisprudentiels (§§ 290-291)⁶⁹, par ailleurs antérieurs à la IV^e Convention de Genève. Enfin, on remarquera que, pour statuer sur le chef de « destruction ou endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement » (article 3 d)), la Chambre entend se référer à la Convention de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (§ 361), tout en estimant que la protection, dans le cadre de ce droit spécial, n'excède pas celle du droit commun sur les ouvrages civils, c'est à dire qu'elle disparaît dès lors que ces ouvrages sont utilisés pour des fins militaires (§ 362). C'est donc sans s'interroger sur le caractère coutumier des normes incorporées dans la Convention de 1954 que la Chambre envisage son application, renvoyant à cet égard au précédent *Tadic* 1995 (§ 167).

Il n'est pas ici question d'interroger de nouveau cette démarche⁷⁰, également utilisée dans l'affaire *Celebici* pour ce qui est des Conventions de Genève de 1949, dont la défense faisait valoir qu'elles ne liaient pas le nouvel État de Bosnie-Herzégovine. On se contentera de remarquer que, dans l'affaire *Celebici*, le fait d'envisager l'application directe du droit conventionnel a surtout fourni l'occasion à la Chambre d'appel de prendre parti sur la théorie de la succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'Homme. Ainsi, elle a estimé :

« Irrespective of any findings as to formal succession, Bosnia and Herzegovina would in any event have succeeded to the Geneva Conventions under customary law, as this type of convention entails automatic succession, i.e., without the need for any formal confirmation of adherence by the successor State. It may be now considered in international law that there is automatic State succession to multilateral humanitarian treaties in the broad sense, i.e., treaties of universal character which express fundamental human rights » (§ 111).

Il est sans aucun doute curieux de constater que cette conclusion est appuyée par la référence au caractère coutumier des normes inscrites dans les Conventions de Genève et au rapport du Secrétaire général sur l'établissement du Tribunal, exprimant la nécessité qu'il applique le droit international coutumier afin que la question de l'adhésion des États à telle ou telle convention n'ait pas à se poser (§ 113). Ces références dispensaient en effet sans aucun doute la Chambre d'appel de s'interroger sur la succession de la Bosnie-Herzégovine aux Conventions de Genève...

Dans l'affaire *Kunarac*, la Chambre de première instance est pour sa part revenue sur la définition du viol et de la torture, en apportant un certain nombre de précisions par rapport au précédent *Furundzija*⁷¹. Pour ce qui est du viol en premier lieu, la Chambre accepte le principe posé dans *Furundzija*, en vertu duquel le crime consiste pour partie dans « *the sexual penetration, however slight : (a) of the vagina or anus of the victim by the penis of the perpetrator or any other object used by the perpetrator ; or (b) of the mouth of the victim by the penis of the perpetrator* ». Toutefois, elle vient préciser les éléments de contrainte qui caractérisent en outre l'infraction en assouplissant la formule qui avait été retenue dans l'affaire *Furundzija* et selon laquelle les actes précédemment visés

69. Les affaires citées par la défense et tranchées par la Cour suprême des États-Unis étaient les suivantes : *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944) et *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81 (1943). L'évolution récente de la jurisprudence américaine est illustrée par une affaire relative au même *Korematsu* et tranchée par la Cour de district du nord de la Californie en 1984 : *Korematsu v. United States*, 584 F. Supp. 1406-1424 (N.D.Ca. 1984).

70. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, pp. 124-126.

71. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 396-399.

doivent avoir été perpétrés « *by coercion or force or threat of force against the victim or a third person* ». En effet, selon la Chambre, cette définition apparaît par trop restrictive en ce qu'elle ne se réfère pas à d'autres facteurs qui rendraient un acte de pénétration sexuelle non-consensuel ou non-volontaire (§ 438). Se fondant sur l'analyse des législations nationales, elle en dégage le principe fondamental en des termes plus généraux :

« The basic principle which is truly common to these legal systems is that serious violations of sexual autonomy are to be penalised. Sexual autonomy is violated wherever the person subjected to the act has not freely agreed to it or is otherwise not a voluntary participant » (§ 457).

Cette absence de consentement caractérisant le viol n'existe pas uniquement lorsqu'est employée la force ou la menace de la force mais également lorsque la victime ne se trouve pas en mesure de résister, du fait de sa vulnérabilité, d'une incapacité physique ou mentale, ou lorsqu'elle a été amenée à commettre ces actes par surprise ou par de fausses représentations, circonstances expressément envisagées dans certaines législations nationales (§§ 446-452). Dès lors, pour la Chambre, les actes de pénétration sexuelle sont constitutifs de viol lorsque « *such sexual penetration occurs without the consent of the victim* ». Elle poursuit :

« Consent for this purpose must be consent given voluntarily, as a result of the victim's free will, assessed in the context of the surrounding circumstances » (§ 460).

Ces précisions apparaissent tout à fait utiles dans une affaire où les victimes ont été réduites en esclavage pendant plusieurs mois (voir *infra*, 2.1.2.), régulièrement violées par les accusés et constamment soumises à la possibilité d'être violées par les accusés ou leurs « invités », dans le cadre de l'attaque menée contre la population civile musulmane de Foça. Retraçant le contexte général de cette affaire, la Chambre précise qu'à l'issue de la prise de contrôle des villes et villages musulmans dans la région de Foça, hommes et femmes étaient séparés et détenus en des lieux distincts :

« The women were kept in various centers where they had to live in intolerable unhygienic conditions, where they were mistreated in many ways including, for many of them, being raped repeatedly. Serb soldiers or policemen would come to these detention centres, select one or more women, take them out and rape them. (...) Some of these women were taken out of the detention centres to privately owned apartments and houses where they had to cook, clean and serve the residents, who where Serb soldiers. They were also subjected to sexual assaults. (...) After months of captivity, many women were expelled or exchanged » (§§ 574 et 577).

On voit que, dans ce contexte d'asservissement sexuel continu la coercition se présentait sous une forme spécifique, perverse et diffuse.

Pour ce qui est de la torture, la Chambre se dissocie également quelque peu du précédent *Furundzija*, même si l'on peut estimer que sa démarche est ici moins évidemment nécessaire. Elle semble avant tout vouloir détacher la définition de la torture de toute référence au caractère étatique de l'acte, c'est à dire au fait qu'il doit avoir été commis « par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel » (Convention de 1984, article premier). À cette fin, la Chambre opère une distinction entre droit international des droits de l'homme et droit humanitaire. Ainsi, selon elle :

« The role and position of the state as an actor is completely different in both regimes. Human rights law is essentially born out of the abuses of the state over its citizens and out of the need to protect the latter from state-organised or state-sponsored

violence. Humanitarian law aims at placing restraints on the conduct of warfare so as to diminish its effects on the victims of the hostilities » (§ 470).

Si l'on ne voit pas très bien en quoi les deux propositions sont contradictoires, la Chambre s'appuie toutefois sur cette distinction pour écarter la définition de la torture figurant dans la Convention de 1984, pourtant considérée comme reflétant le droit international coutumier dans l'affaire *Furundzija* (§ 482). Se référant principalement au commentaire des protocoles additionnels aux Conventions de Genève édité par le C.I.C.R. (§§ 491-492), ainsi qu'au Statut du Tribunal, la Chambre précise :

« A violation of one of the relevant articles of the Statute will engage the perpetrator's individual criminal responsibility. In this context, the participation of the State becomes secondary and, generally, peripheral. With or without the involvement of the State, the crime committed remains of the same nature and bears the same consequences » (§ 493).

Si le droit humanitaire ne concernait que si peu les États (ou les mouvements insurrectionnels), on devrait encore se demander pourquoi le Statut du Tribunal renvoie à des Conventions qui visent principalement à réguler leurs relations en temps de guerre. Surtout, au regard des faits de l'espèce, dans laquelle les personnes condamnées étaient toutes membres des forces serbes, et dont les actes, insiste la Chambre, se sont inscrits dans un contexte général de persécution émanant de l'une des parties au conflit armé, on comprend mal l'insistance de la Chambre à conclure que :

« The presence of a state official or of any other authority-wielding person in the torture process is not necessary for the offence to be regarded as torture under international humanitarian law » (§ 496).

Tout comme la position de la Chambre d'appel du T.P.I.R. relative à l'applicabilité de l'article 4 de son Statut⁷², cette conclusion illustre une tendance de la jurisprudence à n'envisager que l'auteur individuel des crimes, en détachant assez artificiellement ceux-ci du contexte conflictuel.

B. Les crimes contre l'humanité

La jurisprudence de l'année 2001 témoigne à la fois de l'unification et de la complexité accrue de la notion de crime contre l'humanité (1). Le génocide est quant à lui pour la première fois retenu par le T.P.I.Y., le drame de Srebrenica donnant notamment lieu à un travail pointu et fort convaincant de qualification dans l'affaire *Krstic* (2).

1. Les crimes contre l'humanité stricto sensu

Le rejet de l'élément discriminatoire dans la définition des actes, autres que les persécutions, susceptibles d'être qualifiés de crimes contre l'humanité, imposé par l'arrêt *Tadic* de 1999, paraît définitivement acquis depuis l'arrêt d'appel rendu cette année dans l'affaire *Akayesu*. L'identification d'une forme simple et d'une forme aggravée de crime contre l'humanité (persécutions), induite par ce rejet, rend toutefois plus complexe l'infraction, notamment dans sa dimension intentionnelle, comme en témoigne l'affaire *Kordic* (2.1.1). Des éléments de

72. V. *supra*, II, A, 1.

précisions relatifs aux actes constitutifs de crimes contre l'humanité, autres que les persécutions, sont en outre dégagés par les Chambres de première instance (2.2.2).

a) Les deux formes de crime contre l'humanité

Après la position adoptée par la Chambre d'appel du T.P.I.Y. dans son arrêt *Tadic* marquant l'abandon partiel de l'élément discriminatoire dans la définition du crime contre l'humanité, un problème de cohérence entre les deux tribunaux *ad hoc* subsistait puisque l'article 3 du Statut du T.P.I.R. mentionne expressément un tel élément⁷³. La Chambre d'appel du T.P.I.R. est parvenue à résoudre cette difficulté, dans son arrêt *Akayesu*, en estimant qu'il s'agissait là seulement d'une limitation de compétence. Elle applique ainsi à l'élément discriminatoire dans le Statut du T.P.I.R. un raisonnement analogue à celui tenu par le T.P.I.Y. à propos du lien avec un conflit armé figurant, lui, dans le seul Statut du T.P.I.Y. L'ensemble repose sur une reconstruction de la volonté du Conseil de sécurité :

« 464. Pour la Chambre d'appel, sauf dans le cas de la persécution, le droit international humanitaire n'exige nullement que soit établie l'existence d'une intention discriminatoire comme élément constitutif de tous les crimes contre l'humanité. Dans cette mesure, la Chambre d'appel reprend à son compte la conclusion et l'analyse générales figurant dans l'Arrêt *Tadic* (...). Toutefois, bien qu'une telle condition ne s'attache pas au crime lui-même, des crimes contre l'humanité de toutes sortes peuvent, dans les faits, être commis dans le contexte d'une attaque discriminatoire dirigée contre une population civile. (...) C'est dans ce contexte, et compte tenu de la nature des événements du Rwanda (où une population civile a effectivement été la cible d'une attaque discriminatoire), que le Conseil de sécurité a décidé de limiter la compétence du Tribunal à l'égard des crimes contre l'humanité aux seuls cas dans lesquels ils survenaient dans une situation caractérisée par la discrimination. Ce qui revient à dire que le Conseil de sécurité entendait par là que le Tribunal ne devait pas poursuivre les auteurs d'autres éventuels crimes contre l'humanité.

465. La Chambre d'appel conclut que ce faisant, le Conseil de sécurité ne s'écartait pas du droit international humanitaire ni ne modifiait les éléments juridiques requis par ce droit pour les crimes contre l'humanité. Il *limitait* tout au plus la compétence du Tribunal à un sous-ensemble de ces crimes qui, dans les faits, peuvent être commis dans une situation donnée. Dans le même ordre d'idées, la Chambre d'appel relève que le Statut du TPIY inclut à son article 5 une condition expresse d'existence d'un lien avec un conflit armé. (...) Là encore, en restreignant le champ d'application de l'article, le Conseil de sécurité n'a pas pour autant voulu que la définition figurant au Statut du TPIY constitue une dérogation au droit international coutumier. (...) En effet, il s'agit d'une limitation du domaine de compétence, qui n'introduit aucun élément additionnel aux éléments constitutifs du crime tels qu'on les connaît en droit international coutumier. »

Il est sans doute heureux, au regard de la cohérence du système répressif, que la Chambre d'appel du T.P.I.R. ait été plus sensible à la jurisprudence du T.P.I.Y. que ce dernier à la définition du crime contre l'humanité que donnait le Statut du T.P.I.R.

Dans l'affaire *Kordic*, la Chambre de première instance du T.P.I.Y. s'interroge sur l'intention criminelle requise afin de condamner un individu pour

73. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 494-497.

un crime contre l'humanité « discriminatoire », pour persécutions, au sens où ce terme est désormais employé. Alors que le Procureur proposait raisonnablement d'aligner cette intention sur la forme « simple », non discriminatoire, de crime contre l'humanité, c'est à dire d'estimer que l'intention spécifique est établie dès lors que le participant a connaissance du contexte dans lequel s'inscrivent ses actes (ici l'attaque discriminatoire contre la population civile) (§ 216), la Chambre récuse cette interprétation, au motif suivant :

« This approach does not incorporate the requisite heightened mens rea that justifies the increased gravity of criminal liability for the crime of persecution » (§ 217).

Elle insiste par ailleurs sur le fait qu'adopter la solution proposée par le Procureur (*expansion of mens rea*) conduirait le Tribunal dans la voie dangereuse de la responsabilité pénale collective, sans que cette conséquence soit plus clairement explicitée (§ 219). Ces deux raisons amènent la Chambre à affirmer :

« In order to possess the necessary heightened mens rea for the crime of persecution, the accused must have shared the aim of the discriminatory policy » (§ 220).

La distinction des deux formes de crimes contre l'humanité se prolonge ainsi par la spécificité de leurs éléments intentionnels. On est toutefois surpris de voir ainsi apparemment surgir la confusion entre intention criminelle et mobile, qui semblait définitivement clarifiée pour ce qui est du crime contre l'humanité depuis l'arrêt d'appel rendu dans l'affaire *Tadic*⁷⁴, et qui tend également à disparaître de la jurisprudence relative au génocide.⁷⁵

Notons enfin que, dans la même affaire *Kordic*, la Chambre de première instance fait siennes les conclusions que nous jugions malheureuses d'une autre Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreskic*⁷⁶, en limitant à l'extrême les actes susceptibles d'être qualifiés de persécutions. Ainsi, l'incitation à la haine raciale et, surtout, le fait d'écartier des personnes (en l'occurrence des bosniaques Musulmans), en raison de leur origine ethnique, des postes de responsabilité qu'ils occupaient avant le conflit, ne peut relever du chef de persécution au motif que ces actes « *do not rise to the same level of gravity as the other crimes against humanity enumerated in article 5* » (§§ 209-210). On comprend que cette interprétation exagérément restrictive de la notion de persécution ait suscité des réserves au sein même du Tribunal. Ainsi, dans l'affaire *Kvocka*, une autre Chambre de première instance a exprimé directement une certaine réticence, en rappelant :

« Jurisprudence from World War II trials found acts or omissions such as denying bank accounts, educational or employment opportunities, or choice of spouse to Jews on the basis of their religion, constitute persecution. Thus, acts that are not inherently criminal may nonetheless become criminal and persecutorial if committed with discriminatory intent. The Kordic Trial Chamber Judgement stated that, in order for the principle of legality not to be violated, acts in respect of which the accused are indicted under the heading of persecution must be found to constitute crimes under international law at the time of their commission ». The Trial Chamber reads this statement as meaning that jointly or severally, the acts alleged in the Amended Indictment must amount to persecution, not that each discriminatory act alleged must individually be regarded as a violation of international law » (§ 186).

74. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 497-498.

75. V. *infra*, II, B, 2.

76. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, pp. 316-318.

b) *Extermination, expulsion, réduction en esclavage*

Des précisions relatives aux actes, autres que les persécutions, susceptibles d'être qualifiés de crimes contre l'humanité ont été apportées par les T.P.I. Dans l'affaire *Krstic*, notamment, la Chambre de première instance s'est interrogée sur l'extermination (article 5 b)). Après s'être référée au Code élaboré par la C.D.I. et au Statut de la C.P.I., ainsi qu'au sens commun du terme, elle a estimé :

« For the crime of extermination to be established, in addition to the general requirements for a crime against humanity, there must be evidence that a particular population was targeted and that its members were killed or otherwise subjected to conditions of life calculated to bring about the destruction of a numerically significant part of the population » (§ 503).

Plus intéressante, au regard des faits présentés, est l'analyse de l'expulsion (« *deportation* ») comme acte constitutif d'un crime contre l'humanité (article 5 d)). À l'issue de l'offensive serbe contre la zone de sécurité de Srebrenica, des exactions ont été perpétrées afin de forcer la population musulmane à quitter la région. Le transfert massif de 25 000 enfants, femmes et vieillards qui en résulta peut-il être considéré comme un acte d'expulsion ou de transfert forcé illicite ? La Chambre renvoie, afin de le déterminer, aux dispositions des Conventions de Genève qui autorisent une évacuation totale ou partielle de population lorsque « la sécurité de la population ou d'impératives raisons militaires l'exigent » et dans la mesure où la population évacuée est « ramenée dans ses foyers aussitôt que les hostilités dans (le) secteur auront pris fin » (art. 49, IV^e Convention de Genève ; art. 17, Protocole II). Des illustrations d'une analyse jurisprudentielle des « raisons militaires impératives » sont évoquées par la Chambre⁷⁷ qui, au regard des faits de l'espèce, ne peut que conclure :

« In this case no military threat was present following the taking of Srebrenica. The atmosphere of terror in which the evacuation was conducted proves, conversely, that the transfer was carried out in furtherance of a well organised policy whose purpose was to expel the Bosnian Muslim population from the enclave. The evacuation was itself the goal and neither the protection of the civilians nor imperative military necessity justified the action » (§ 527).

Dans l'affaire *Kunarac*, c'est la réduction en esclavage (article 5 c)) qui est, pour la première fois, évoquée. Après une analyse de la jurisprudence pénale internationale, des instruments conventionnels de droit humanitaire ou de protection des droits de l'Homme, la Chambre parvient à la brève définition suivante : « *enslavement as a crime against humanity in customary international law consist(s) of the exercise of any or all the powers attaching to the right of ownership over a person* » (§ 539). Cette définition s'accompagne d'un certain nombre de précisions. Ainsi, pour la Chambre de première instance :

« The « acquisition or « disposal » of someone for monetary or other compensation, is not a requirement for enslavement. Doing so, however, is a prime example of the exercise of the right of ownership over someone » (§ 542).

77. Il s'agit de l'affaire *Wilhelm List and others* (« *the Hostages Trial* »), US military Tribunal, Nuremberg, 1948, *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol. VIII, Case N° 47 et de l'affaire *Von Lewinski*, British Military Court at Hamburg, Dec. 19, 1949, *Annual Digest* 1949.

D'autres indications permettent d'attester de l'exercice de pouvoirs similaires à ceux qu'induit la propriété :

« Indications of enslavement include elements of control and ownership ; the restriction or control of an individual's autonomy, freedom of choice or freedom of movement ; and, often, the accruing of some gain by the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion ; the fear of violence, deception or false promise ; the abuse of power ; the victim's position of vulnerability ; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation ; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship ; sex ; prostitution ; and human trafficking. (...) The duration of the suspected exercise of powers attaching to the right of ownership is another factor that may be considered when determining whether someone was enslaved (...). Detaining or keeping someone in captivity, without more, would, depending on the circumstances of a case, usually not constitute enslavement » (§ 542).

C'est donc par l'analyse d'un certain nombre d'indices que l'existence de la réduction en esclavage peut être attestée. Dans l'affaire *Kunarac*, qui porte sur des cas de viols systématiques de femmes musulmanes dans la région de Foça, le crime de réduction en esclavage est retenu à l'encontre de plusieurs accusés. Ainsi, pour ce qui est de *Kunarac*, qui maintint, pendant une période de plusieurs mois, deux femmes dans une maison abandonnée, où elles étaient régulièrement violées, la Chambre estime que les victimes

« were denied any control over their lives (...) during their stay there. They had to obey all orders, they had to do household chores and they had no realistic option whatsoever to flee the house in Trnovace or to escape their assailants. They were subjected to other mistreatments, such as Kunarac inviting a soldier into the house so that he could rape FWS-191 for 100 Deutschmark if he so wished (...) The two women were treated as the personal property of Kunarac and DP6. (...) Both men personally committed the act of enslavement » (§ 742).

Dans le cas de *Kovac*, qui maintint quant à lui plusieurs femmes dans son appartement, où elles étaient constamment violées par l'accusé ou d'autres soldats « invités », empêchées physiquement et psychologiquement de s'enfuir, obligées de s'acquitter des tâches ménagères, affamées, et enfin, pour certaines d'entre elles, vendues à d'autres soldats (§§ 746-780), la Chambre estime :

« Radomir Kovac's conduct was wanton in abusing and humiliating the four women and in exercising his de facto power of ownership as it pleased him. (...) For all practical purposes, he possessed them, owned them and had complete control over their fate, and he treated them as his property » (§ 781).

2. Le génocide

La jurisprudence de l'année 2001 en matière de génocide s'illustre tout particulièrement par les conclusions de la Chambre de première instance du T.P.I.Y. dans l'affaire *Krstic*. Les espoirs que l'on pouvait fonder sur l'intervention des Chambres d'appel dans les affaires *Akayesu*, *Kayishema-Ruzindana*, *Musema* et surtout *Jelusic* sont en effet déçus, ces arrêts apparaissant tantôt succincts, tantôt quelque peu ambigus au regard de la clarification des éléments nécessaires à la preuve de cette infraction. Quelques commentaires s'imposent toutefois sur l'affaire *Jelusic*.

On se souvient qu'en première instance Jelisic avait été acquitté du chef de génocide au motif que l'intention spécifique à ce crime n'avait pu être établie. Nous estimions que la Chambre avait en réalité, de manière détournée, sanctionné le défaut de preuve avancé par le Procureur quant à l'existence d'un contexte plus large dans lequel s'inscrivaient les actes de celui qui se faisait appeler l'« Adolf serbe »⁷⁸ et attendions donc de l'appel des précisions quant à la nature « massive » du crime de génocide et quant à la détermination de l'intention génocidaire au niveau de l'exécutant (il est vrai particulièrement zélé).⁷⁹ Si la Chambre d'appel procède au réexamen des preuves et conclut que l'intention génocidaire individuelle de Jelisic aurait dû être considérée comme établie par les premiers juges, sans d'ailleurs en tirer de conclusion quant à l'acquittement, sur le plan de la définition du crime, les apports demeurent assez incertains⁸⁰. La Chambre estime que l'intention spécifique au crime de génocide « exige que l'auteur du crime, en commettant l'un des actes prohibés énumérés à l'article 4 du Statut, souhaite détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux en tant que tel » (§ 46). Il est toutefois nécessaire de distinguer intention et mobile :

« le mobile personnel du génocidaire peut, par exemple, être la perspective d'un profit économique personnel, d'avantages politiques ou d'une certaine forme de pouvoir. L'existence d'un mobile personnel n'empêche pas que l'auteur soit également animé de l'intention spécifique de perpétrer un génocide » (§ 49).

Cette distinction de principe est importante, la question n'ayant jamais été directement évoquée pour ce qui est du crime de génocide.⁸¹ Par ailleurs, la Chambre estime que la preuve de l'intention génocidaire personnelle peut être inférée « d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe

78. Dans son opinion partiellement dissidente annexée à l'arrêt d'appel, le Juge Shahabudden fait une appréciation toute différente des éléments de preuve présentés, qu'il est, à plusieurs égards, intéressant de reproduire ici. Renvoyant au jugement de la Chambre, il précise ainsi : « La première partie de cette courte note faisait allusion à la preuve de l'enlèvement, par camion frigorifique Bimeks, de 10 à 20 cadavres par jour. Si cet élément de preuve était admis, ses implications devaient être considérées à la lumière de l'appartenance de la grande majorité des personnes tuées à un groupe ethnique particulier à l'encontre duquel il a été prouvé de manière irréfutable que (...) l'intimé était animé d'une intention discriminatoire. Un tribunal raisonnable pourrait alors conclure, sur la base de ces éléments, que des vies ont été anéanties de manière systématique et organisée ; que le système et l'organisation reposaient tout entier sur le fait que des personnes étaient tuées en raison de leur appartenance à un certain groupe ethnique ; que l'intimé, s'il n'a pas été prouvé qu'il dirigeait effectivement le camp, avait un pouvoir de vie ou de mort sur les prisonniers, ce dont ces derniers étaient bien conscients (...), qu'il usait de son pouvoir pour organiser les exécutions ; et que, partant, il était animé de l'intention de détruire des personnes en raison de leur appartenance à un groupe ethnique. Il n'est pas nécessaire de se demander s'il agissait seul et, dans l'affirmative, quelles en sont les implications sur le plan juridique. Il y a lieu de penser qu'il agissait de concert avec d'autres personnels militaires, et n'importe quel tribunal raisonnable pouvait en conclure que le camp, d'une certaine dimension, avait été installé et était administré par d'autres, et que l'accusé n'aurait pu agir comme il est présenté l'avoir fait durant toute une période sans l'aval de ses supérieurs ». (§ 16). Le juge Shahabudden paraît bien ici tenir l'existence d'une organisation pour une condition de la qualification du crime.

79. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 500-502.

80. V. *supra*, I, C, 3.

81. De même, dans l'arrêt *Kayishima-Ruzindana*, la Chambre d'appel rejette très clairement le mobile comme élément constitutif du génocide : « La Chambre d'appel observe qu'il ne faut pas confondre l'intention criminelle (*mens rea*) et le mobile. En effet, s'agissant du génocide, le mobile personnel n'exclut pas la responsabilité pénale à condition que les actes proscrits par l'article 2 2) a) à e) ont été commis "dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel" » (§ 161).

particulier, ou la récurrence d'actes destructifs (*sic*) et discriminatoires », ce qui apparaît assez souple. Enfin, si « l'existence d'un plan ou d'une politique n'est pas un élément juridique constitutif du crime de génocide », la Chambre d'appel considère que « lorsqu'il s'agit d'établir une intention spécifique, l'existence d'un plan ou d'une politique peut, dans la plupart des cas, avoir son importance » (§ 48). Cette caractérisation, finalement assez peu contraignante, de l'intention génocidaire ne met pas fin au débat sur le caractère organisé du crime mais semble autoriser l'emploi d'une des interprétations présentées par le Procureur selon laquelle un accusé a l'intention criminelle requise si « agissant en tant que complice, il commet des actes en sachant qu'un génocide est en cours, que ses actes y participent et qu'il est probable que son comportement entraîne la destruction, en tout ou en partie, du groupe comme tel » (§ 42).

Sans doute plus instructif est le jugement rendu dans l'affaire *Krstic*, dont on doit d'ailleurs saluer la présentation, la Chambre de première instance examinant très précisément les éléments de preuve, avant de s'interroger sur leur qualification juridique⁸². Une des questions débattues devant la Chambre était celle de l'identification du groupe victime du génocide, le Procureur hésitant entre le groupe des bosniaques musulmans ou le groupe plus restreint des bosniaques musulmans de Srebrenica (§ 558). Si la Chambre note qu'aucune caractéristique nationale, ethnique, raciale ou religieuse ne permet de distinguer la population bosniaque musulmane de Srebrenica du reste de la population bosniaque musulmane, c'est principalement en se référant au critère subjectif d'identification du groupe utilisé dans les affaires *Nikolic et Jelusic*⁸³ qu'elle estime que les auteurs des crimes de Srebrenica visaient plus généralement le groupe des bosniaques musulmans (§ 560). Ainsi, pour la Chambre :

« The evidence tendered at trial (...) shows very clearly that the highest Bosnian Serb political authorities and the Bosnian Serb forces operating in Srebrenica in July 1995 viewed the Bosnian Muslims as a specific national group (§ 559) » .

La seconde question se posant alors était d'évaluer si, par le meurtre systématique de tous les hommes musulmans de l'enclave protégée, le génocide pouvait être qualifié, le projet criminel soumis à la Chambre n'apparaissant pas comme celui de détruire le groupe bosniaque musulman dans son ensemble. La Chambre, répondant à la défense et rappelant les termes de la Convention sur le génocide, précise que les actes criminels contre les membres du groupe doivent avoir été perpétrés dans l'intention de détruire le groupe « en tout ou en partie ». Dans l'analyse de ce que constitue l'intention de détruire « en partie » le groupe, la Chambre note que la jurisprudence et les avis doctrinaux se réfèrent tantôt au nombre de victimes en visant « une partie substantielle » du groupe, un nombre « considérable » de membres du groupe, tantôt à une partie spécifique du groupe, c'est à dire par exemple à son « *leadership* », tantôt à une partie du groupe implantée dans une zone géographique limitée, c'est à dire la région d'un pays ou même une ville. Elle en déduit qu'elle dispose d'une marge d'appréciation afin d'identifier ce qu'est la destruction d'une « partie » du groupe, avant de conclure :

« The intent to destroy a group, even if only in part, means seeking to destroy a distinct part of the group as opposed to an accumulation of isolated individuals

82. Une telle présentation, qui n'est pas toujours adoptée (dans l'affaire *Kordic* par exemple, les éléments de droit sont d'abord présentés et la réflexion sur la qualification et la définition des crimes y demeure souvent assez abstraite) est plus à même de rendre compte de la vivacité du débat judiciaire.

83. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, p. 504.

within it. Although the perpetrators of genocide need not seek to destroy the entire group protected by the Convention, they must view the part of the group they wish to destroy as a distinct entity which must be eliminated as such. A campaign resulting in the killing, in different places spread over a broad geographical area, of a finite number of members of a protected group might not thus qualify as genocide, despite the high total number of casualties, because it would not show an intent by the perpetrators to target the very existence of the group as such. Conversely, the killing of all members of the part of a group located within a small geographical area, although resulting in a lesser number of victims, would qualify as genocide if carried out with the intent to destroy that part of the group as such located in this small geographical area. Indeed, the physical destruction may target only a part of the geographically limited part of the larger group because the perpetrators of the genocide regard the intended destruction as sufficient to annihilate the group as a distinct entity in the geographic area at issue. In this regard, it is important to bear in mind the total context in which the physical destruction is carried out (§ 590) » .

Cette analyse, qui met l'accent sur le contexte et le projet sous-tendant les actes criminels, plus que sur le nombre des victimes, apparaît fort convaincante⁸⁴. Elle conduit la Chambre à conclure qu'en éliminant systématiquement tous les membres masculins de la population musulmane de Srebrenica, les forces serbes savaient que cette destruction aurait un impact fatal sur cette partie du groupe bosniaque musulman. Ainsi, leur mort empêchait la reprise du territoire de la ville, elle marquait la disparition de deux ou trois générations d'hommes dans une société traditionnelle patriarcale, elle s'accompagnait en outre du transfert forcé de tous les autres membres du groupe, de la destruction des maisons et de la principale mosquée de Srebrenica, et de la dissimulation des cadavres rendant impossible un rite funéraire autorisant le deuil des proches des victimes (§§ 595-596). Dès lors, pour la Chambre, l'intention de tuer tous les hommes musulmans d'âge militaire à Srebrenica est constitutive de l'intention de détruire « en partie » le groupe bosniaque musulman (§ 598)⁸⁵.

La raison pour laquelle le groupe bosniaque musulman de Srebrenica a été spécialement visé est cernée par la Chambre qui estime :

« The strategic location of the enclave, situated between two Serb territories, may explain why the Bosnian Serb forces did not limit themselves to expelling the Bosnian Muslim population. By killing all the military aged men, the Bosnian Serb

84. À l'inverse, on constate que, dans l'affaire *Sikirica*, les juges du T.P.I.Y., confrontés au point de savoir si l'intention de « détruire en tout ou en partie les populations bosniaque Musulmane ou croate de Prijedor » pouvait être décelée chez l'accusé, se sont engagés dans une comptabilité sinistre, estimant qu'un nombre de victimes s'élevant à « 1000-14000 Muslims out of a total of 49 351 in the Prijedor municipality (...) would hardly qualify as a "reasonably substantial part of the Bosnian Muslim group in Prijedor" », et ont conclu, au regard de ces chiffres que « on the whole, the number of Bosnian Muslims and Bosnian Croats detained in the Keraterm camp, and who were victims within the terms of Article 4 (2) (a), (b) and (c), is negligible » (§§ 72 et 74). Sinistre et déplacée puisqu'il s'agissait d'évaluer l'intention de détruire un groupe en partie, et non sa destruction actuelle ! La méthode est sans aucun doute inadaptée...

85. Les développements de la Chambre relatifs à la destruction du groupe dans sa dimension culturelle et sociologique (§§ 574-580) ne sont pas sans incidence dans cette conclusion et il convient d'en rendre brièvement compte. Si la Chambre estime justement que la Convention de 1948 et le droit coutumier positif « limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of the group », excluant ainsi de la définition du génocide des actes visant à annihiler l'identité du groupe, elle précise néanmoins : « Where there is physical or biological destruction there are often simultaneous attacks on the cultural and religious property and symbols of the targeted group as well, attacks which may legitimately be considered as evidence of an intent to destroy the group. In this case, the Trial Chamber will thus take into account as evidence of intent to destroy the group the deliberate destruction of mosques and houses belonging to members of the group (§ 580) ».

forces effectively destroyed the community of the Bosnian Muslims in Srebrenica as such and eliminated all likelihood that it would ever reestablish itself on that territory (§ 597) ».

De l'emploi du génocide comme moyen d'acquisition d'un territoire... L'analyse pourrait être prolongée et viser d'autres moments de l'offensive serbe en Bosnie-Herzégovine, ainsi que le suggérait fortement déjà le T.P.I.Y. dans l'affaire *Karadzic-Mladic*⁸⁶. Dans l'affaire *Krstic*, la Chambre note d'ailleurs des « similitudes évidentes entre une politique génocidaire et une politique de purification ethnique » (§ 562, notre traduction). Mais, pour pouvoir retenir une qualification de génocide, il conviendra de démontrer que la destruction du groupe était directement recherchée, car l'idée avancée par la doctrine selon laquelle « *genocide embraces those actes whose foreseeable or probable consequence is the total or partial destruction of the group* » est ici rejetée par la Chambre (§ 571).

Contrairement à ce qu'il en était dans l'affaire *Jelusic*, l'accusation dans l'affaire *Krstic* paraît avoir clairement mis en évidence l'existence d'une organisation, d'un plan génocidaire. À cet égard, la Chambre de première instance précise que le Statut du Tribunal n'exige pas que les actes de génocide soient prémédités sur une longue période. Ainsi note-t-elle :

« It is conceivable that, although the intention at the outset of an operation was not the destruction of a group, it may become the goal at some later point during the implementation of the operation. For instance, an armed force could decide to destroy a protected group during a military operation whose primary objective was totally unrelated to the fate of the group (§ 572) ».

Une réticence supplémentaire semble apparaître quant à l'idée que l'existence d'un plan ne serait pas une condition du génocide, la Chambre se bornant à renvoyer aux conclusions de la Chambre d'appel dans l'affaire *Jelusic* (§ 572). Dans l'espèce qui lui est soumise elle estime qu'un tel plan a été démontré, même si le moment précis auquel la décision de tuer tous les hommes musulmans n'a pas été définitivement déterminée (§§ 572-573). Et, comme le signalait la Chambre d'appel dans l'affaire *Jelusic*, l'existence de ce plan va en effet simplifier la preuve de l'intention criminelle de *Krstic*, condamné pour ces crimes sur le fondement de sa participation à une « entreprise criminelle commune »⁸⁷ :

« The Trial Chamber concludes beyond reasonable doubt that General Krstic participated in a joint criminal enterprise to kill the Bosnian Muslim military-aged men from Srebrenica from the evening of 13 July onward. General Krstic may not have devised the killing plan, or participated in the initial decision to escalate the objective of the criminal enterprise from forcible transfer to destruction of Srebrenica's Bosnian Muslim military-aged male community, but there can be no doubt that, from the point he learned of the widespread and systematic killings and became clearly involved in their perpetration, he shared the genocidal intent to kill the men. (...) The intent to kill the men amounted to an intent to destroy a substantial part of the Bosnian group. Having already played a key role in the forcible transfer of the Muslim women, children and elderly out of Serb-held territory, General Krstic undeniably was aware of the fatal impact that the killing of the men would have on the ability of the Bosnian Muslim community of Srebrenica to survive, as

86. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, pp. 394-396.

87. V. *infra*, II, C, 1.

such. General Krstic thus participated in the genocidal acts of "killing members of the group" under Article 4 (2)(a) with the intent to destroy a part of the group » (§§ 633-634).

Ainsi, la participation en connaissance de cause à une entreprise criminelle de nature génocidaire suffit à condamner Krstic pour cette infraction. Il faut à cet égard noter que, dans ses remarques introductives relatives au crime de génocide la Chambre avait, en quelque sorte, annoncé cette conclusion. Ainsi, précisait-elle :

« The Chamber emphasises the need to distinguish between the individual intent of the accused and the intent involved in the conception and the commission of the crime. The gravity and the scale of the crime of genocide ordinarily presume that several protagonists were involved in its perpetration. Although the motive of each participant may differ, the objective of the criminal enterprise remains the same. In such cases of joint participation, the intent to destroy, in whole or in part, a group as such must be discernible in the criminal act itself, apart from the intent of particular perpetrators. It is then necessary to establish whether the accused being prosecuted for genocide shared the intention that a genocide be carried out (§ 549) ».

On ne saurait mieux mettre en lumière le caractère collectif de l'infraction, la nécessité d'établir en premier lieu l'intention de destruction au niveau de la politique, ou de l'entreprise criminelle collective, puis de s'interroger sur la participation individuelle à cette entreprise ! L'intention de l'accusé peut à cet égard être établie dès lors que sa participation est éclairée. On est loin ici des timides formules parfois retenues en appel, telles celle de l'arrêt *Kayishema-Ruzindana*. Saisie directement par la défense de l'argument selon lequel « le génocide ne peut être commis par un individu isolé » (§ 171), la Chambre, rappelant que « Ruzindana a été déclaré coupable d'actes commis de concert avec d'autres », s'est contentée de conclure : « La question fort controversée de savoir si le génocide peut être commis par une personne agissant seule ne se pose donc pas en l'espèce et par conséquent, la Chambre d'appel ne les (*sic*) examinera pas » (§ 172).

C. La responsabilité pénale individuelle

Le débat relatif aux peines s'enrichit surtout par la confirmation d'un large pouvoir d'appréciation laissé aux juges du fond au regard des circonstances spécifiques à chaque affaire (3.3). Il est vrai que l'adoption de critères juridiques précis était sans doute plus aisée en matière de cumul d'infraction, encore que les principes adoptés cette année en appel continuent d'être contestés dans des opinions dissidentes (3.2). L'apport déterminant de la jurisprudence de l'année 2001 réside surtout dans l'analyse et l'application de la notion d'« entreprise criminelle commune » par les Chambres de première instance, qui contribue à clarifier les divers modes de participation individuelle à l'infraction collective (3.1).

1. La participation individuelle à l'infraction

La jurisprudence de l'année 2001 sur la question des formes de participation individuelle à l'infraction internationale présente en réalité deux traits marquants. En premier lieu, l'analyse de la responsabilité des personnes en position d'autorité, formulée en première instance dans l'affaire *Celebici*, est acceptée en appel. La possibilité d'appliquer la responsabilité pour omission à

une personne *de facto* en position d'autorité est confirmée (§ 193), de même que la nécessité d'établir l'existence d'un contrôle effectif sur les subordonnés, pour ce qui est des personnes en position d'autorité politique mais également pour les militaires (§ 198). Notons toutefois que, dans le cas des personnes en position officielle d'autorité, la Chambre semble heureusement ne pas exclure que leur position officielle dans la chaîne de commandement justifie une présomption de contrôle effectif :

« In general, the possession of de jure power in itself may not suffice for the finding of command responsibility if it does not manifest in effective control, although a court may presume that possession of such power prima facie results in effective control unless proof of the contrary is produced (§ 197) ».

Enfin, l'analyse de première instance est également confirmée en ce qu'elle écartait l'hypothèse d'une obligation d'information et de connaissance pesant sur les commandants militaires. Ainsi, pour la Chambre d'appel :

« A superior will be criminally responsible through the principles of superior responsibility only if information was available to him which would have put him on notice of offences committed by subordinates (§ 241) ».

Il a déjà été remarqué que les conclusions relatives au contrôle effectif et à la preuve de la connaissance des exactions des subordonnés se situent en deçà de la jurisprudence du T.M.I. de Tokyo, qui n'est d'ailleurs pas évoquée par la Chambre d'appel⁸⁸. Si des décisions juridictionnelles sont effectivement analysées (celles de certains tribunaux militaires d'occupation en Allemagne), on ressent surtout ici l'influence des dispositions du premier protocole additionnel aux Conventions de Genève (article 86 (2), §§ 231-237), qui sont plus largement protectrices pour les commandants militaires que ne l'était le précédent de Tokyo. Il est dès lors sans doute correct d'affirmer que la responsabilité des personnes en position d'autorité ne découle pas directement et sans possibilité d'exonération de la position hiérarchique occupée, ce qui, dans la mesure où cette responsabilité peut donner lieu à des peines atténuées, pourra apparaître décevant à certains. Dès lors, selon la Chambre d'appel :

« Command responsibility is not a form of strict liability (...). The Appeals Chamber would not describe superior responsibility as a vicarious liability doctrine, insofar as vicarious liability may suggest a form of strict imputed liability (§ 239) ».

En second lieu, et ceci est sans doute l'apport le plus novateur de la jurisprudence de l'année 2001, les Chambres de première instance semblent utiliser de plus en plus fréquemment la notion d'« entreprise criminelle commune » (désormais retenue dans de nombreux actes d'accusation, dont celui visant Slobodan Milosevic)⁸⁹, notion qui était apparue pour la première fois dans l'arrêt *Tadic* de 1999.⁹⁰ Cette notion, à certains égards encore plus extensive que ne l'était celle de complot employée dans la jurisprudence des Tribunaux militaires internationaux, et qui peut se rapprocher du délit d'appartenance à une organisation criminelle tel qu'interprété par le Tribunal international de Nuremberg, s'impose en ce qu'elle permet de rendre compte d'une criminalité de nature collective. Elle dépasse apparemment, cette année, l'emploi que lui assignait la Chambre d'appel

88. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 407.

89. V. *supra*, I, C, 1.

90. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 507-510.

dans l'affaire *Tadic*⁹¹. Les Chambres se sont employées à mieux la cerner à partir d'une analyse de ce précédent et des jurisprudences sur lesquelles lui-même se fondait. Elles ont en outre prononcé des condamnations sur son fondement dans plusieurs affaires relatives tant à des offensives directement meurtrières contre la population civile (affaire *Kordic* et surtout *Krstic*) qu'à des phénomènes concentrationnaires (affaire *Kvočka*).

C'est dans l'affaire *Brdanin* qu'une analyse approfondie de cette forme de participation à l'infraction internationale est en premier lieu conduite. Dans sa décision sur la forme de l'acte d'accusation, la Chambre de première instance exprime avec force la nécessité que l'acte d'accusation soit clair et note les ambiguïtés que recèle le travail du Procureur⁹². Revenant sur le précédent *Tadic*, elle rappelle que plusieurs termes ont été employés par la Chambre d'appel (« *common purpose* », « *common design* », « *criminal [ou] common enterprise* »...) pour désigner ce qu'elle estime devoir être nommé « entreprise criminelle commune » (« *joint criminal enterprise* ») (§ 24). Elle note également que trois formes distinctes illustraient le concept d'« entreprise criminelle commune » dans cette affaire⁹³, et propose de ramener ces trois formes à deux, la forme « simple » d'entreprise criminelle commune, et la forme « extensive » (« *basic and extended form* ») (§ 25-27). Dans la forme simple de l'entreprise criminelle commune, tous les participants doivent avoir « *a common state of mind – that the crime charged should be carried out, and the state of mind required for that crime* » (§ 26). Dans la forme extensive de l'entreprise criminelle commune, le crime dont les individus sont accusés ne constituait pas l'objet de l'entreprise commune, mais était une conséquence naturelle et prévisible (« *natural and foreseeable* ») de l'exécution de cette entreprise. Dès lors, pour la Chambre de première instance :

« *The state of mind of the accused to be established by the prosecution (...) differs according to whether the crime charged : (a) was within the object of the joint criminal enterprise, or (b) went beyond the object of that enterprise, but was nevertheless a natural and foreseeable consequence of that enterprise. If the crime charged fell within the object of the joint criminal enterprise, the prosecution must establish that the accused shared with the person who personally perpetrated the crime the state of mind required for that crime. If the crime charged went beyond the object of the joint criminal enterprise, the prosecution needs to establish only that the accused was aware that the further crime was a possible consequence in the execution of that enterprise and that, with that awareness, he participated in that enterprise* (§ 31) ».

La Chambre illustre ces deux formes d'intention par l'exemple d'entreprise criminelle commune que constitue l'attaque à main armée d'une banque (forme

91. *Ibid.* Voir sur ce point, l'affaire *Brdanin* dans laquelle la Chambre de première instance note également : « *Although joint criminal enterprise can be applicable in relation to ethnic cleansing, as the Tadic Conviction Appeal Judgment recognises, it is obvious that the Appeals Chamber had in mind a somewhat smaller enterprise than that which is invoked in the present case* » (§ 45).

92. On ne peut résister à la tentation de citer les termes ironiques par lesquels cette exigence est rappelée : « *The prosecution appears to have adopted a policy of avoiding a disclosure of as much of that case as possible until as late as possible. The Trial Chamber draws the inference that the prosecution has done so to enable it to mould its case in a substantial way during the trial, according to how its evidence actually turns out. The only alternative explanation for the recalcitrant attitude which the prosecution is exhibiting is that it still does not know what its case is. The Trial Chamber would be hesitant to draw such an inference. Both the Trial Chamber and the accused are entitled to know what the prosecution case is from the outset* » (§ 11).

93. V. cette chronique, A.F.D.I., 1999, p. 507.

simple) pendant laquelle le caissier est blessé (forme étendue, le fait que le caissier ait été blessé n'est qu'une conséquence de l'exécution de l'entreprise) (§ 32). Pour que tous les participants soient considérés comme responsables de l'attaque de la banque, y compris ceux qui n'y ont pas directement participé, le procureur doit établir que tous « *intended the armed robbery to take place and that they shared the relevant state of mind required for the crime of armed robbery* » (§ 32). Pour considérer tous les participants comme responsables des blessures infligées au caissier, « *the prosecution would have to prove that such a wounding was a natural and foreseeable consequence of carrying a loaded weapon during an armed robbery, that (each participant) was aware that the wounding of someone was a possible consequence in the execution of the armed robbery he had agreed to, and that, with that awareness, he participated in that armed robbery* » (§ 32).

On voit bien par cet exemple que, dans les deux cas, la notion d'entreprise criminelle commune permet de considérer que tous ceux qui y ont participé sont responsables des crimes qui sont l'objet même de l'entreprise ou qui sont des conséquences possibles de son exécution, même s'ils ne les ont pas directement commis. La Chambre précise en outre que, même si l'objet de l'entreprise commune n'est pas couvert par un chef d'accusation spécifique – mais que seuls le sont les crimes résultant de son exécution –, il n'en demeure pas moins que cet objet également doit être criminel. À cet égard, l'argumentation du Procureur, qui fonde principalement son accusation sur les conséquences criminelles possibles de la « purification ethnique » demeure incertaine tant que l'objet de l'entreprise commune (la purification ethnique) n'est pas en lui-même considéré comme criminel. Ainsi, pour la Chambre :

« It is necessary for the prosecution to prove that, between the person who personally perpetrated the further crime charged and the person charged with that crime, there was an agreement (or a common purpose) to commit at least a particular crime, so that it can be determined whether the further crime was a natural and foreseeable consequence of executing that agreed crime (§ 44) ».

De même, l'accusation doit décider si les crimes poursuivis se rapportent à l'objet de l'entreprise commune ou s'ils outrepassent cet objet originel, car la preuve de l'intention criminelle diffère dans chaque cas. À cet égard, la Chambre relève d'autres hésitations dans la démarche du Procureur qui semble exclure que les crimes poursuivis soient envisagés comme l'objet de l'entreprise commune, c'est-à-dire de la « purification ethnique ». Pour la Chambre à l'inverse :

« The “permanent removal” of inhabitants of a particular ethnicity from their normal place of residence to some other place in the circumstances pleaded would appear necessarily to imply, for example, actions which involve : (a) deportation and/or forcible transfer directed against a particular civilian population in the course of an armed conflict – thus possibly crimes against humanity as pleaded in counts 8 and 9 of the current indictment, and (b) appropriation of the property of those removed in the course of an international armed conflict, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly – thus possibly a grave breach of the Geneva Conventions of 1949 as pleaded in count 10 of the current indictment. There may be other examples, but these two will suffice (§ 38) ».

Cette indication pourrait permettre de résoudre l'hésitation surprenante du Procureur à identifier des crimes inhérents à l'objectif de « purification ethnique ».

Le premier jugement de condamnation fondé, pour l'année 2001, sur la participation à une entreprise criminelle a été rendu dans l'affaire *Kordic*. L'objet

de l'entreprise criminelle commune a été notamment identifié comme la persécution de la population bosniaque musulmane de Bosnie centrale et l'on peut relever que, pour ce qui concerne Dario Kordic, la Chambre a notamment estimé :

« He was a regional political leader and lent himself enthusiastically to the common design of persecution by planning, preparing and ordering those parts of the campaign which fell within his sphere of authority » (§ 829).

Quant à Mario Cerkez, un commandant militaire, la Chambre a notamment conclu :

« the accused played his part in that campaign (of persecution) by commanding the troops in some of the incidents. As such, he was a co-perpetrator » (§ 831).

Dans l'affaire *Krstic*, la participation à une entreprise criminelle commune a également été retenue, mais a fait l'objet d'une analyse plus approfondie et fondée sur les indications fournies par les affaires *Tadic* et, surtout, *Brdanin*. S'interrogeant en premier lieu sur les crimes commis avant la déportation (crimes commis à la base des Nations Unies, à Potocari) et sur le crime de déportation en lui-même, la Chambre estime que le général Krstic a participé à une entreprise criminelle commune dont l'objet était de « purifier » par la force l'enclave de Srebrenica de sa population musulmane et de faire en sorte qu'elle quitte le territoire désormais occupé par les forces serbes (§ 610). Si la crise humanitaire qui fut le prélude à la déportation a été conçue lors de l'élaboration de l'entreprise criminelle, il n'est pas certain, note la Chambre, que les exactions commises à Potocari aient également été envisagées lors de l'élaboration de cette entreprise. Néanmoins, le général Krstic peut en être tenu pour responsable dans la mesure où elles étaient les conséquences naturelles et prévisibles de la campagne de « purification ethnique ». S'interrogeant en second lieu sur l'assassinat massif des hommes à Srebrenica, la Chambre estime qu'il constitue une évolution de l'entreprise criminelle initiale (§ 619). Si la Chambre ne peut conclure que Krstic a participé à la prise de décision, sa participation à l'exécution de cette décision, à la forme aggravée de l'entreprise criminelle commune, permet de le considérer comme co-auteur des crimes (§§ 642-644).

L'affaire *Kvočka* fournit une dernière illustration de l'application de la notion d'entreprise criminelle commune, également riche d'enseignements. La Chambre de première instance y insiste sur la seconde forme identifiée par les juges d'appel dans l'affaire *Tadic*, qui renvoyait aux affaires relatives aux camps de concentration jugées après la seconde guerre mondiale, étant elle-même saisie de crimes principalement commis dans le camp d'Omarska. Une relecture de ces affaires la conduit principalement à s'interroger sur le niveau de contribution au système concentrationnaire ou aux unités spéciales d'extermination (affaire des *Einsatzgruppen*) requis pour qualifier la participation coupable à l'entreprise criminelle commune. Pour la Chambre :

« It is possible (...) to trace in the jurisprudence of the concentration camp cases a theory in which criminal liability will attach to staff members of the camps who have knowledge of the crimes being committed there, unless their role is not "administrative" or "supervisory" or "interwoven with illegality" or, unless despite having a significant status, their actual contribution to the enterprise was insignificant. The einsatzgruppen case also distinguished between significant and insignificant contributions to the joint criminal enterprise and took into account the nature of the duties performed and whether the accused was in position to protest or influence the criminal activities. Once participation was deemed significant

enough to incur criminal liability, the level of participation and degree of moral culpability was reflected in sentencing (§ 282) » .

Dès lors, estime la Chambre, que la participation à l'entreprise criminelle commune est jugée suffisamment « significative » pour engager la responsabilité pénale individuelle, il sera également nécessaire de s'interroger sur le point de savoir si cette participation est celle d'un complice ou d'un co-auteur (§§ 284-287).

L'analyse détaillée des précédents jurisprudentiels permet à la Chambre de conclure :

« Persons who work in a job or participate in a system in which crimes are committed on such a large scale and systematic basis incur individual criminal responsibility if they knowingly participate in the criminal endeavor, and their acts or omissions significantly assist or facilitate the commission of the crimes. (...) The participation in the enterprise must be significant. By significant, the Trial Chamber means an act or omission that makes an enterprise efficient or effective ; e.g., a participation that enables the system to run more smoothly or without disruption » (§§ 308-309).

Précisant cette idée de participation « significative » à l'entreprise criminelle commune, la Chambre s'interroge sur la spécificité des périodes de guerre ou de violence massive et des individus contribuant à l'entreprise criminelle à un niveau hiérarchique subordonné. Ainsi :

« The threshold required to impute criminal responsibility to a mid or low level participant in a joint criminal enterprise as an aider and abettor or co-perpetrator of such an enterprise normally requires a more substantial level of participation than simply following orders to perform some low level function in the criminal endeavor on a single occasion. The level of participation attributed to the accused and whether that participation is deemed significant will depend on a variety of factors, including the size of the criminal enterprise, the functions performed, the position of the accused, the amount of time spent participating after acquiring knowledge of the criminality of the system, efforts made to prevent criminal activity or to impede the efficient functioning of the system, the seriousness and scope of the crimes committed and the efficiency, zealotry or gratuitous cruelty exhibited in performing the actor's function (§ 311) ».

Ces principes étant dégagés, la Chambre les applique à l'espèce qui lui est soumise en concluant dans un premier temps :

« Omarska camp was a joint criminal enterprise, a facility used to interrogate, discriminate against, and otherwise abuse non-Serbs and which functioned as a means to rid the territory of or subjugate non-Serbs. The primary means of sustaining and furthering the purpose of the criminal enterprise was by persecuting Muslims, Croats, and other non-Serbs held in Omarska camp through various forms of physical, mental and sexual violence » (§ 323).

Si l'objet de l'entreprise criminelle commune pouvait être identifié en des termes plus précis, l'apport significatif de ce jugement réside dans l'appréciation différenciée de la participation des accusés à celle-ci, au regard des critères précédemment retenus. Tous ont été considérés comme y ayant suffisamment contribué pour engager leur responsabilité pénale et le faire en tant que co-auteurs des crimes constituant l'objet de l'entreprise. Toutefois, au regard des diverses fonctions qu'ils ont exercé dans le camp, de la durée de cet exercice et, surtout, de leur participation directe ou non aux crimes qui y furent perpétrés, ils

ont été condamnés à des peines plus ou moins lourdes (de 5 à 25 années d'emprisonnement).

On doit certainement conclure que ces premières applications de la notion d'entreprise criminelle commune au processus de « purification ethnique », en ses diverses formes, témoignent d'un souci pointu d'analyse de la part des juges de première instance, qui se fondent systématiquement sur l'apport de la jurisprudence pénale internationale. L'identification précise de la notion dans l'affaire *Brdanin*, qui trouve un écho dans l'affaire *Krstic*, l'analyse des critères de participation significative ou non significative, ainsi que la différenciation de l'étendue de la responsabilité encourue dans l'affaire *Kvočka* permettent d'espérer que le T.P.I.Y. a trouvé ici un moyen légitime et non-dogmatique de rendre compte des contributions individuelles aux infractions collectives dont doivent connaître les juridictions pénales internationales.

2. *Le concours d'infraction*

Dans l'affaire *Celebici*, la Chambre d'appel vient confirmer la tendance inaugurée par les Chambres de première instance dans les affaires *Rutaganda et Kupreskic*⁹⁴ consistant à ne retenir aux fins de la condamnation qu'une seule infraction en cas de qualification multiple par le Procureur d'un même fait. L'accent est cependant aujourd'hui mis sur les potentielles injustices découlant de condamnations multiples pour des faits identiques relevant de plusieurs qualifications juridiques. Après avoir noté la diversité des solutions adoptées par les systèmes pénaux nationaux, la Chambre d'appel affirme avec force que ces condamnations multiples doivent n'être retenues que si les infractions présentent chacune des « éléments matériels distincts », des éléments uniques (§ 412). En revanche, lorsque les infractions visées par les multiples chefs d'accusation s'attachant à une même conduite ne présentent pas chacune d'élément matériel distinct, unique, il ne faut retenir qu'une seule qualification de cette conduite et donc ne prononcer qu'une condamnation, sur le fondement de la disposition statutaire la plus spécifique (§ 413). Appliquant cette doctrine, la Chambre d'appel estime que les premiers juges ont eu tort de prononcer des condamnations sur le fondement des articles 2 et 3, les infractions visées par les chefs d'accusations ne comportant pas chacune d'éléments matériels distincts, et estiment qu'ils auraient dû retenir la condamnation au seul titre de l'article 2, disposition plus spécifique en ce qu'elle requiert la preuve d'un élément additionnel : le caractère de personne protégée de la victime.

Une opinion dissidente a toutefois été formulée par les Juges Hunt et Bennouna. Ils admettent le principe général formulé par la Chambre à savoir que « *an accused may only be convicted of more than one offence in respect of the same conduct where each offence has a unique element that the other offence or offences do not* » (§ 24), mais leur contestation porte notamment sur la manière dont la Chambre a appliqué ce principe. Elle a indûment pris en compte, selon eux, des éléments de définition des infractions qui ne se rapportent pas à la conduite de l'accusé mais à des « *legal prerequisites or contextual elements which do not have a bearing on the accused's conduct* » (§ 26), tel que la nécessité, pour appliquer l'article 2, de prendre en compte la qualité de personne protégée de la victime ou le caractère international du conflit. De plus, pour les juges, le choix de qualification auquel devrait procéder les Chambres suggère l'existence « *of some*

94. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, pp. 322-323.

sort of gradation of specificity among the Articles of the Statute » (§ 40). Or, pour ces Juges :

« We do not regard it as possible to derive from the Statute a hierarchy or gradation of specificity or seriousness amongst the various offences which would assist in any kind of rigidly imposed determination of the question of which possible cumulative convictions should be retained. Nor is it desirable to do so (§ 41) ».

L'illustration de l'application de critères moins rigides à l'affaire soumise est finalement présentée (§§ 46-60). Dans l'affaire *Jelusic* (et les autres jugements rendus ultérieurement en 2001), les principes établis par la jurisprudence *Celebici* sont appliqués mais donnent également lieu à une opinion dissidente formulée par le Juge Shahabuddeen.

3. La détermination des peines

Initié au cours de l'année 2000, le débat sur le « régime des peines » se poursuit dans les arrêts d'appel rendus en 2001⁹⁵. Toutefois, les Chambres d'appel se contentent de propositions assez générales et insistent sur le large pouvoir d'appréciation des juges de première instance. Dans l'affaire *Celebici*, la Chambre d'appel confirme l'idée qu'il serait inapproprié pour elle de déterminer des lignes directrices pour la détermination des peines (§ 715) car « *the underlying principle is that the sentence imposed largely depend(s) on the individual facts of the case and the individual circumstances of the convicted persons* » (§ 717). Dans ces conditions, les tentatives de comparaison des peines prononcées en première instance avec celles de la jurisprudence pénale internationale antérieure ou des précédents jugements rendus par les T.P.I. eux-mêmes paraissent largement vouées à l'échec... Pour la Chambre d'appel dans l'affaire *Celebici* (ces conclusions étant reprises dans les affaires *Jelusic* et *Kupreskic*) :

« Although a Trial Chamber is entitled to refer for guidance in sentencing to precedents from the jurisprudence of the Tribunal and the ICTR, together with precedents from other jurisdiction, given the individual circumstances of each case and the varied factors which should be taken into account, such comparisons are frequently of little assistance (§ 798) ».

Si certains arguments d'appel relatifs aux peines présentés par les accusés ne sont pas dénués d'intérêt, ils ne reçoivent pas toujours un accueil favorable devant les Chambres d'appel, qui ne s'autorisent à invalider ces peines que lorsqu'elles constatent une erreur (« *discernible error* ») dans l'exercice par les Chambres de première instance de leur pouvoir d'appréciation (« *discretion* »)⁹⁶. Parfois même, lorsqu'une erreur paraît avoir été commise, elle ne conduit pas nécessairement la Chambre d'appel à infirmer le jugement sur la peine. On peut à cet égard être quelque peu surpris par certaines formulations de la Chambre d'appel du T.P.I.R. dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, qui estime par exemple :

« Point n'est besoin (...) de dire si la défense d'alibi et le déni de culpabilité constituent ou pas des circonstances aggravantes. La Chambre d'appel conclut que quand bien même la Chambre de première instance aurait commis une erreur sur ce point, une telle erreur n'invaliderait point la peine infligée à Kayishema (§ 363) ».

95. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, pp. 323-325.

96. Pour la formulation de ce critère v., par exemple, l'arrêt *Celebici*, §§ 723-725.

Il est pourtant évident que le fait de se défendre d'une accusation, c'est à dire d'exercer un droit incontesté, ne saurait constituer une circonstance aggravante et la formule conduit à douter de la capacité supérieure de l'instance d'appel à discerner les erreurs de première instance ! Sur la question des droits des accusés et du jeu des circonstances individuelles, on a vu que la Chambre d'appel du T.P.I.Y. a été beaucoup plus raisonnable⁹⁷. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre d'appel du T.P.I.R. considère que « la peine infligée est proportionnée à la gravité des infractions commises et reste, par conséquent, dans les limites du pouvoir d'appréciation de la Chambre de première instance » (§ 417). Elle relève toutefois une erreur, l'accusé ayant notamment été condamné pour la torture de six victimes. Or, il apparaissait, dans les motifs, que la réalité des faits n'avait pas été établie pour l'une d'entre elles. À propos de ce qu'elle décrit comme une « petite erreur » (§ 421), la Chambre d'appel estime que « compte tenu de l'ensemble des peines infligées, des infractions dont Akayesu a été reconnu coupable et de la totalité de son comportement criminel, l'introduction erronée de la victime X dans le résumé succinct figurant dans le Jugement sur la sentence ne suffit pas à justifier une réduction de la peine » (§ 419). De même, dans l'arrêt *Musema*, l'annulation de l'une des condamnations n'a pas entraîné de réduction de la peine, car « [i]l ne fait pas de doute que les conclusions de la Chambre de première instance quant à la peine à infliger à Musema auraient été identiques si celle-ci avait conclu à l'acquittement de Musema au regard du chef d'accusation en question » (§ 399). Dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, la défense s'est également fondée sur la confusion opérée en première instance entre « l'élément matériel de l'infraction (...) et la circonstance aggravante » (§ 348). Si cet argument ne retrace pas en l'espèce la démarche de la Chambre de première instance, on peut se demander s'il n'illustre pas en revanche l'attitude adoptée par les premiers juges dans l'affaire *Akayesu*, qui concluaient : « les circonstances aggravantes l'emportent largement sur les circonstances atténuantes, d'autant plus que Akayesu a consciemment pris le parti de participer au génocide ». Mais s'il ne l'avait pas fait consciemment en aurait-il été coupable ? La Chambre d'appel ne relève toutefois « aucune erreur dans cette analyse » (§ 417).

La Chambre d'appel du T.P.I.Y. apparaît dans l'ensemble plus sensible aux argumentations de la défense relatives aux peines prononcées. Ainsi, dans l'affaire *Kupreskic*, qui se caractérise également par l'acquittement de trois personnes condamnées en première instance (Zoran, Mirjan et Vlatko Kupreskic) au regard de l'insuffisance des preuves présentées, la Chambre d'appel a décidé de réduire les peines prononcées à l'encontre des deux autres personnes condamnées en première instance : de 15 à 12 années d'emprisonnement pour Drago Josipovic (§ 439), de 25 à 18 années d'emprisonnement pour Vladimir Santic (§ 466). Dans le premier cas, la Chambre a notamment estimé que la preuve de la position d'autorité n'avait pas été rapportée. Dans le second, la reconnaissance tardive de la culpabilité, ainsi que la coopération avec l'accusation ont, entre autres, été prises en compte. L'affaire *Celebici* fournit une autre illustration de la révision d'une sentence par la Chambre d'appel mais n'est pas, cette fois-ci, favorable à la personne condamnée. En l'occurrence, ce sont en effet les arguments du Procureur qui ont convaincu la Chambre d'appel de proposer à la Chambre de renvoi d'alourdir la peine de 7 ans prononcée en première instance contre Mucic, en la portant à « une dizaine d'années » (« *around ten years imprisonment* », § 853). Ainsi, pour l'instance d'appel, la

97. V. *supra*, I, C, 2.

Chambre de première instance « *did not have sufficient regard to the gravity of the offences committed (...) in exercising its sentencing discretion* » (§ 755). Plusieurs précisions s'imposent au regard de cette conclusion. En premier lieu, on doit noter que la Chambre d'appel estime que la « gravité du crime », évoquée à l'article 14 (2) du Statut du T.P.I.Y., doit être l'élément déterminant dans le choix de la peine (§ 731). Elle estime à cet égard que les premiers juges n'ont pas suffisamment pris en compte la gravité des crimes commis par les subordonnés de Mucic dans le camp de Celebici, ni la gravité de son défaut persistant de prévention et de punition de leurs actes, constitutif selon elle d'une forme d'encouragement (article 7 (3) aggravé) (§§ 732-751). Cette insistance sur le critère de gravité du crime est prolongée dans la jurisprudence du T.P.I.R., la Chambre d'appel estimant dans l'affaire *Musema* :

« la Chambre d'appel fait sienne la jurisprudence du TPIY selon laquelle les principaux responsables de la hiérarchie, c'est-à-dire les dirigeants et les planificateurs d'un conflit donné, doivent encourir une plus grande responsabilité pénale que les subalternes, tels que les soldats exécutant les ordres. Mais ce principe est en toutes circonstances assorti de la condition essentielle que la gravité de l'infraction est la considération première que la Chambre de première instance retient à l'occasion du choix de la peine ; en présence d'une infraction assez grave, il ne doit pas être interdit à la Chambre de première instance d'infliger une peine sévère à un accusé du seul fait que ce dernier occupe un rang subalterne dans la hiérarchie (§ 383) ».

En second lieu, on relèvera que la Chambre d'appel dans l'affaire *Celebici* accepte ici de se référer à une affaire antérieurement jugée par le T.P.I.Y. (*Aleksovski*) pour alourdir la peine. Elle n'exclut finalement pas que se dégage progressivement de la pratique du Tribunal une sorte de régime jurisprudentiel de la peine, partiellement contraignant, dès lors qu'auront été jugées un nombre suffisant d'affaires présentant des points de comparaison :

« *As the number of sentences imposed by the Tribunal increase, there will eventually appear a range or pattern of sentences imposed in relation to persons where their circumstance and the circumstances of their offences are generally similar. When such a range or pattern has appeared, a Trial Chamber would be obliged to consider that range or pattern of sentences, without being bound by it, in order to ensure that the sentence it imposes does not produce a unjustified disparity which may erode public confidence in the integrity of the Tribunal's administration of criminal justice* (§ 757) ».

La justification principale de cette faveur pour une élaboration jurisprudentielle progressive d'un régime de la peine est ainsi habilement présentée comme découlant du principe d'égalité devant le droit, fondement de la confiance publique dans la justice pénale :

« *Public confidence in the integrity of the administration of criminal justice (whether international or domestic) is a matter of abiding importance to the survival of the institutions which are responsible for that administration. One of the fundamental elements of any rational and fair system of criminal justice is consistency in punishment. This is an important reflection of the notion of equal justice* » (§ 756).

Mais pour être absolument convaincu de la démarche, il faudrait être absolument convaincu de la pertinence des condamnations servant de référence en termes de précédent et, à cet égard, on peut continuer de penser qu'une action règlementaire collective, induisant un débat préalable entre tous les juges relatif

aux critères permettant de déterminer les peines, aurait été préférable⁹⁸. En tout état de cause, on doit saluer la réflexion de la Chambre d'appel, tout en regrettant peut-être que l'espèce lui en ayant donné l'occasion n'ait pas été la plus significative. En effet, on peut douter que l'erreur constatée ait été particulièrement marquante (de 7 ans à « une dizaine d'années ») d'autant qu'elle vient alourdir les conclusions des premiers juges et qu'elle se rapporte à une condamnation finalement raisonnable en termes de durée. On rappellera que dans d'autres affaires, des peines de réclusion criminelle à perpétuité n'ont pas fait l'objet d'analyses substantielles de la part de la Chambre d'appel, alors même qu'elles venaient parfois (et l'on songe ici à l'affaire *Kambanda*)⁹⁹ sanctionner un comportement reconnu par l'accusé dans un plaidoyer de culpabilité¹⁰⁰ dont la validité pouvait porter à discussion.

98. V. cette chronique, *A.F.D.I.*, 2000, p. 325.

99. *Ibid.*, p. 324.

100. Dans l'affaire *Todorovic*, la Chambre de première instance du T.P.I.Y. a eu l'occasion de rappeler que le plaidoyer de culpabilité « *should in principle, give rise to a reduction in the sentence that the accused would otherwise have received* », v. T.P.I.Y., Sentencing judgment, *Prosecutor v. Stevan Todorovic*, 31 July 2001, § 80. Dans ce jugement relatif à la peine rendu après le plaidoyer de culpabilité formulé par *Todorovic*, les remords qu'il a exprimé en des termes fort convaincants devant le Tribunal ont également été pris en compte au titre des circonstances atténuantes (§§ 89-92).