

## L'activité des Tribunaux pénaux internationaux (1999)

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 (1999). In: Annuaire français de droit international, volume 45, 1999. pp. 472-514;

doi : 10.3406/afdi.1999.3573

[http://www.persee.fr/doc/afdi\\_0066-3085\\_1999\\_num\\_45\\_1\\_3573](http://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1999_num_45_1_3573)

---

Document généré le 12/03/2016

## L'ACTIVITÉ DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX (1999)

HERVÉ ASCENSIO\* et RAFAËLLE MAISON\*\*

L'année 1999 a été marquée par l'achèvement de plusieurs procès en première instance, aussi bien devant le TPIY (1) que devant le TPIR (2), et par un jugement définitif dans l'affaire *Tadic* (3). Par ailleurs, une réflexion générale sur le fonctionnement des deux tribunaux a été engagée par l'Assemblée générale des Nations Unies. En effet, par sa résolution 53/212 du 18 décembre 1998, l'Assemblée avait décidé, à la demande du Comité consultatif pour les questions administratives et budgétaires, de nommer un « Groupe d'experts chargé d'évaluer l'efficacité des activités et du fonctionnement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda ». Celui-ci a remis son rapport le 22 novembre 1999 (4).

N'hésitant pas à aborder de front les principales critiques formulées à l'encontre des tribunaux (5), le rapport constitue une remarquable analyse des différentes étapes de la procédure et des difficultés rencontrées. Il fait apparaître, après l'inévitable période d'expérimentation et d'adaptation aux particularités des relations juridiques internationales, une amélioration sensible des délais. Les différentes révisions des règlements de procédure et de preuve sont ainsi positivement analysées, notamment la révision majeure du 5 juin 1998 pour le TPIR et du 10 juillet 1998 pour le TPIY (6). Malgré ces avancées indéniables, le Groupe d'expert estime à propos du TPIY « que le Bureau [du Procureur] mettra encore quatre ans à clore les enquêtes qu'il a ouvertes et qu'il faudra au moins dix ans pour que les procédures qui sont actuellement en cours ou qui vont être ouvertes, y compris les recours, soient achevées » (§ 30). Quant au TPIR, « on peut s'attendre à ce qu'il [lui] faille au moins sept ou huit ans (...) pour s'acquitter de son mandat » (§ 34). Il semble par conséquent que les juridictions *ad hoc* soient appelées à exister pendant un certain temps en parallèle avec la Cour pénale internationale,

(\*) Hervé ASCENSIO, agrégé des Facultés de Droit.

(\*\*) Rafaëlle MAISON, maître de conférences à l'Université Paris X-Nanterre.

(1) TPIY, Jugement, *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-T, 25 juin 1999 (ci-après « Jugement *Aleksovski* »); TPIY, Ch. I, Jugement, *Le Procureur c/ Goran Jelusic*, affaire n° IT-95-10-T, 14 décembre 1999 (ci-après « Jugement *Jelusic* »).

(2) TPIR, Ch. II, Judgment, *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999 (ci-après « Jugement *Kayishema-Ruzindana* »); TPIR, Ch. I, Judgment and Sentence, *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, 6 December 1999 (ci-après « Jugement *Rutaganda* »).

(3) TPIY, App., Arrêt, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1-4, 15 juillet 1999 (ci-après « Arrêt *Tadic* »).

(4) Doc. O.N.U., A/54/634 (ci-après « le Rapport »).

(5) Par exemple, à propos des chambres de première instance : « la question à poser est plutôt de savoir pourquoi, après presque sept ans d'existence et des dépenses s'élevant à 400 millions de dollars, les deux tribunaux n'ont pu mener à bien que 15 procès » (§ 35).

(6) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 374.

dont le statut devrait entrer en vigueur, selon les estimations actuelles, vers 2001-2002 (7).

Souhaitant renforcer l'efficacité des tribunaux, le rapport formule une liste de recommandations dont la plupart paraissent utiles et faciliteraient l'apparition d'une procédure pénale véritablement internationale, c'est-à-dire adaptée au contexte dans lequel elle s'insère et mêlant les avantages des différentes traditions juridiques nationales (8). Cela est nécessaire même si les principes de la procédure accusatoire restent prédominants, ce qui correspond d'ailleurs à une évolution de l'ensemble des droits internes. Le rapport s'achève par un *satisfecit* mesuré accordé aux tribunaux, qui ont rempli leur fonction bien au-delà des espérances initiales mais qui doivent encore répondre à des attentes considérables, notamment de la part des victimes. Selon un des paragraphes conclusifs,

« On n'insistera pas assez sur le fait que la création d'une institution nouvelle et unique en matière de poursuites et de jugement, dont la mission est d'appliquer un ensemble complexe et encore un peu flou de normes juridiques à des événements extraordinaires dans des conditions de travail difficiles, est forcément une tâche de longue haleine, d'autant plus que le fonctionnement des deux tribunaux est soumis à des circonstances qui demeurent inhabituelles par rapport aux organes de poursuites et de jugement des juridictions nationales. Si l'on pensait voir apparaître spontanément et sans avoir à passer par un processus de maturation lent et coûteux, fonctionner sur un modèle d'organes de poursuites et de jugement expérimentés et établis de longue date au sein de juridictions nationales, dans le respect le plus total des règles du droit, on faisait un rêve chimérique. Aucun système de justice internationale fondé sur les principes d'équité qui ont présidé à la création du TPIY et du TPIR ne pourrait voir le jour, même dans le meilleur des cas, sans entraîner un minimum de dépenses et avoir à surmonter un minimum d'épreuves comme l'ont fait pratiquement toutes les organisations nouvellement créées. Le TPIY et le TPIR ne font pas exception à la règle. Il est à leur honneur qu'ils aient appliqué les normes les plus strictes en matière de respect des droits de l'accusé et qu'ils aient démontré, comme le Secrétaire général le rappelait récemment, qu'il ne pouvait y avoir d'impunité pour les crimes contre l'humanité » (§ 264).

Des épreuves se sont donc à nouveau présentées en 1999, ayant des effets aussi bien sur la procédure internationale pénale (I) que sur l'application du droit international humanitaire (II). Mais dans le même temps, elles font apparaître les tribunaux pénaux internationaux comme une des composantes les plus actives de la société internationale.

---

(7) Le Statut de la CPI ne contient aucune disposition relative à une éventuelle fusion ou à un transfert des procédures en cours devant les TPI. La diversité des fondements juridiques – unilatéral pour les TPI, conventionnel pour la CPI – ne l'explique pas entièrement. En effet, la logique unilatérale liée à l'intervention du Conseil de sécurité a été en partie « greffée » sur le statut de la future Cour par le biais de l'article 13 qui autorise la saisine du Procureur par une résolution du Conseil de sécurité adoptée dans le cadre du Chapitre VII de la Charte. On peut se demander si cette disposition, qui est destinée à rendre inutile la création de nouvelles juridictions *ad hoc*, n'emportera pas également des effets procéduraires, rapprochant dans certains cas le mode de fonctionnement de la Cour de celui des tribunaux actuels du point de vue de l'obligation de coopérer des États. Dès lors, l'hypothèse d'un transfert de compétences reste envisageable, d'autant que l'Accord entre la Cour et l'Organisation des Nations Unies, prévu à l'article 2 du Statut, reste à conclure. Néanmoins, la négociation risque d'être politiquement délicate, ce qui explique que la question n'ait pas été évoquée jusqu'à présent. Un tel transfert paraît pourtant inéluctable à tout le moins pour la fonction de contrôle de l'exécution des sentences, fonction qui perdurera des dizaines d'années après la dernière affaire jugée par les TPI.

(8) Le raccourcissement de certains délais par l'utilisation de procédures-types, le renforcement des conférences de mise en état, l'encadrement de la commission d'office, une gestion plus rigoureuse des personnels sont des points essentiels qui correspondent à l'esprit des dernières révisions des RPP.

## I. – LA PROCÉDURE INTERNATIONALE PÉNALE

### 1. *Les règles de procédure*

Comme à l'accoutumée, les règlements de procédure et de preuve (RPP) des TPI ont été amendés lors des deux sessions plénières tenues en juillet et en novembre 1999. La plupart des modifications de la session de juillet étaient de détail et portaient sur la seule version française des RPP. Deux articles ont néanmoins été ajoutés, l'article 77*bis*, qui concerne le paiement des amendes prononcées pour outrage au Tribunal, et l'article 84*bis*, qui permet à l'accusé de faire une déposition avec l'accord et sous le contrôle de la Chambre de première instance, indépendamment de la déclaration liminaire prévue à l'article 84. La session de novembre a incorporé dans le RPP des règles progressivement élaborées par la jurisprudence : nouvel article 15*bis* relatif à l'absence d'un juge ; nouvel article 54*bis*, très détaillé, relatif aux ordonnances adressées aux États aux fins de production de documents ; nouvel article 71*bis* relatif au témoignage par vidéoconférence.

### 2. *Poursuites, arrestations, transferts, libérations*

#### 2.1. *Politique pénale : le Procureur face à la crise du Kosovo*

L'aggravation de la crise humanitaire au Kosovo tout au long de l'année 1998 avait déjà conduit le Conseil de sécurité à inciter le Procureur à ouvrir des enquêtes (9). L'effacement provisoire du Conseil au moment des frappes de l'OTAN (10) n'a pas eu pour corollaire une paralysie du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie. Bien au contraire, celui-ci est apparu comme le principal organe des Nations Unies appelé à poursuivre et même développer son activité durant cette période, d'autant que les Occidentaux se donnaient pour objectif de mettre un terme aux exactions et de favoriser la recherche et la punition des personnes responsables. L'action du Procureur Louise Arbour a été essentielle à cet égard et, pour la première fois, a abouti à une mise en cause directe des principaux dirigeants de la R.F.Y., jusque-là curieusement épargnés.

Par une ordonnance du 31 mars 1999, l'acte d'accusation contre Zeljko Raznjatovic, alias « Arkan », a été rendu partiellement public (11). L'accusé était un des principaux chefs des milices paramilitaires serbes ayant opéré en Bosnie-Herzégovine. L'absence complète des paramilitaires de la liste publique des accusés, et notamment d'« Arkan », faisait partie des critiques régulièrement adressées à la politique pénale du Procureur. Il apparaît désormais qu'un acte d'accusation avait été confirmé par le Juge Shahabuddeen le 30 septembre 1997, mais tenu secret (12). La levée partielle de

(9) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 378-379.

(10) Voir dans cet *Annuaire* l'article d'Yves NOUVEL, *supra*, p. 292.

(11) TPIY, Decision to Vacate in Part an Order for Non-Disclosure & Warrant of Arrest Order for Surrender, *The Prosecutor v. Zeljko Raznjatovic*, Case No.IT-97-27-I, 31 March 1999.

(12) Cela étant, on peut s'interroger sur la pertinence de maintenir secret un acte d'accusation contre un individu généralement considéré comme l'un des principaux criminels de la guerre en Bosnie-Herzégovine et pour lequel l'effet de surprise censé faciliter une arrestation par les forces internationales était très peu crédible.

l'ordonnance de non-divulgarion, qui a lieu habituellement au moment de l'arrestation de l'accusé, est ici motivée par le fait qu'« Arkan » paraissait également impliqué dans des activités paramilitaires au Kosovo et qu'il avait été aperçu et interviewé dans les rues de Belgrade. Un mandat d'arrêt a donc été transmis aux autorités de RFY. Une exécution paraissant hautement improbable (13), l'initiative du Procureur constituait plutôt un avertissement vis-à-vis des personnes engagées dans les groupes paramilitaires, voire vis-à-vis des autorités de Belgrade, très impliquées dans la constitution des dites milices. De plus, le même jour, Louise Arbour annonçait l'envoi fait le 26 mars d'un ensemble de lettres destinées aux plus hauts responsables politiques et militaires de la Serbie et de la RFY leur rappelant « leurs obligations en vertu du droit international » et leur « responsabilité » (14). Le contenu des lettres, loin d'être un rappel anodin du droit, constitue plutôt un avertissement susceptible d'être utilisé aux fins de prouver leur responsabilité pour omission criminelle, conformément à l'article 7 § 3 du Statut du Tribunal. En effet, il y est précisé qu'ils doivent « exercer leur autorité sur leurs subordonnés » de manière à prévenir la commission d'autres crimes et qu'ils doivent « prendre toutes les mesures nécessaires pour punir leurs subordonnés qui ont commis des violations sérieuses du droit international humanitaire au Kosovo » (15). Il est sans doute loisible de s'interroger sur le fondement de la compétence du Procureur pour ce faire. Est-il besoin de le trouver ailleurs que dans la nécessité morale pour une personne exerçant une telle fonction de ne pas rester inactive devant la répétition des horreurs qui ont rendu nécessaire la création d'un tribunal international ? En tout cas, cela marque indéniablement une autonomisation du Procureur international, qui semble investi d'une mission générale de défense d'un certain « ordre public du droit des gens » dépassant son rôle d'enquête et de conduite de l'accusation lors des procès.

Le moment majeur de l'action du Procureur a cependant été l'émission d'un acte d'accusation, le 22 mai 1999, contre Slobodan Milosevic lui-même et contre Milan Milutinovic, Nikola Sainovic, Dragoljub Ojdanic et Vljko Stojiljkovic (16). Ces cinq individus sont accusés de crimes contre l'humanité (chefs d'accusation n° 1, expulsion ; n° 2, assassinat ; et n° 4, persécutions) et de violations des lois et coutumes de la guerre (chef d'accusation n° 3, meurtre), aussi bien en raison d'une participation directe (article 7 § 1 du Statut) que d'une participation indirecte par omission criminelle (article 7 § 3 du Statut). La confirmation de l'acte d'accusation est assortie d'un mandat d'arrêt et d'une décision ordonnant le gel des avoirs détenus à l'étranger par les dites personnes. Le dernier point constitue une avancée dans la pratique

(13) Après le retrait des forces yougoslaves du Kosovo, Arkan a repris ses activités d'homme d'affaires en Serbie sans qu'il soit jamais question d'une arrestation. Il a été assassiné dans le hall d'un grand hôtel de Belgrade le 15 janvier 2000.

(14) Communiqué de presse du 31 mars 1999 (CC/PIU/391-E). Les destinataires étaient Slobodan Milosevic, Président de la RFY, Mirko Marjanovic, Premier ministre de la République de Serbie, Milan Milutinovic, Président de la République de Serbie, Nikola Sainovic, Vice-Premier ministre de la RFY, Momir Bulatovic, Premier Ministre de la RFY, Frenki Simatovic, Chef des Forces spéciales de la sécurité nationale de la République de Serbie, Dragoljub Ojdanic, Chef d'état-major de l'armée yougoslave, Nebjosa Pavkovic, Commandant du corps de Pristina, Sreten Lukic, Chef des opérations de police au Kosovo, Lubinko Cvetic, Chef-adjoint de la sécurité au Kosovo, Radomir Markovic, Chef de la sécurité nationale de la République de Serbie, Zoran Sokolovic, Ministre de l'Intérieur fédéral yougoslave, Vljko Stojiljkovic, Ministre de l'Intérieur de Serbie.

(15) *Ibid.*

(16) TPIY, Acte d'accusation, *Slobodan Milosevic et consorts*, affaire n° IT-99-37-1, 22 mai 1999.

du Tribunal qui n'avait pas encore eu recours à une telle mesure. On doit néanmoins relever que le Règlement de procédure et de preuve ne la mentionne expressément qu'à l'issue d'une procédure « article 61 » de reconfirmation de l'acte d'accusation (17). Or, ici, c'est dès la simple confirmation de l'acte d'accusation que la mesure conservatoire est ordonnée. Même si elle peut être rattachée au pouvoir général des juges de délivrer des ordonnances en vertu de l'article 54 RPP, il serait préférable d'apporter des précisions au règlement sur ce point. L'utilité de la procédure de l'article 61 en est en tout cas amoindrie; il est vrai qu'elle n'est plus utilisée depuis 1996.

La mise en accusation de Slobodan Milosevic, chef d'État en exercice de la République fédérale de Yougoslavie, a aussi des implications sur le plan des immunités dont jouissent les chefs d'État. Intervenant deux mois après le deuxième arrêt de la Chambre des Lords britanniques dans l'affaire Pinochet (18), elle vient confirmer l'absence d'immunité de juridiction des chefs d'État, anciens comme en exercice, pour les crimes internationaux. Le principe avait déjà été formulé par le Tribunal militaire international de Nuremberg dans son jugement du 1<sup>er</sup> octobre 1946 selon lequel « [l]e principe du droit international, qui dans certaines circonstances, protège les représentants d'un État, ne peut pas s'appliquer aux actes condamnés comme criminels par le droit international » (19). Les Statuts des deux tribunaux internationaux – comme celui de la CPI – ont confirmé le rejet de toute immunité de juridiction pour les grands crimes internationaux que sont le génocide, le crime contre l'humanité et les crimes de guerre. On peut estimer que, par l'émission d'un mandat d'arrêt, le TPIY va plus loin et suggère de surcroît qu'aucune immunité d'exécution ne doit bénéficier à un chef d'État en activité mis en accusation par une juridiction internationale (20).

La nomination, le 11 août 1999 (21), du nouveau Procureur Carla Del Ponte, connue pour sa rigueur et son activisme à la tête du Parquet fédéral suisse, est venue confirmer la volonté du Conseil de sécurité d'appuyer l'action des tribunaux et d'accélérer les enquêtes. Son action devrait s'inscrire dans la continuité de celle de Louise Arbour.

(17) Article 61 (D) : « (...) À la demande du Procureur, ou d'office, la Chambre peut délivrer une ordonnance demandant à un ou plusieurs États d'adopter des mesures conservatoires concernant les biens de l'accusé, sans préjudice des droits des tiers. »

(18) Décision du 24 mars 1999, *Pinochet (Judgment – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police and Others Ex Parte Pinochet – Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police and Others Ex Parte Pinochet)*. Pour un commentaire, voir M. COSNARD, *R.G.D.I.P.*, 1999/2, pp. 309s et cet *Annuaire*, *supra*, p. 72, l'article de J.Y. DE CARA.

(19) *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, textes officiels en langue française*, tome I, *Documents officiels*, Nuremberg, 1947, p. 235.

(20) Le principe de l'immunité d'exécution ou d'« inviolabilité » des chefs d'État en activité est de nature coutumière. Il résulte également de dispositions conventionnelles (Convention du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, Convention du 16 décembre 1969 sur les missions diplomatiques spéciales, Convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques). Sur les immunités, voir notamment Sir A. WATTS, « The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers », *R.C.A.D.I.*, 1994-III, vol. 247, pp. 9-130 ; P. DE SENA, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali*, Milano, Giuffrè, 1996 ; C. DOMINICÉ, « Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'État », *R.G.D.I.P.*, 1999/2, pp. 297-308.

(21) Résolution 1259 (1999) du Conseil de sécurité des Nations Unies.

## 2.2. Le contrôle de la détention : l'affaire Barayagwiza

La longueur de la détention avant le début du procès est une réalité qui commence à poser des difficultés au regard du droit des accusés à un procès équitable, notamment le droit à être jugé dans un délai raisonnable. Le Groupe d'experts s'est penché sur ce phénomène et en a souligné les multiples causes, spécialement pour le TPIR. Il évoque ainsi « le fait que les accusés, en particulier pendant les premiers mois d'existence du Tribunal, ont été mis en détention provisoire conformément à l'article 40, c'est-à-dire avant la conclusion de l'enquête », le changement de stratégie de l'accusation, les modifications et les jonctions d'actes d'accusation, l'ajournement des audiences et, d'une manière générale, la lenteur des procédures (§ 35 du Rapport). La durée de détention avant procès paraît donc due en grande partie à des causes structurelles. Mais il semble aussi que le Bureau du Procureur n'ait pas toujours agi avec toute la célérité requise. Pour autant, la solution de la libération provisoire est difficilement envisageable. Au vu des circonstances des affaires, il est difficile pour les accusés de convaincre les juges qu'une remise en liberté ne créerait pas un danger, notamment pour les victimes et les témoins (§ 51). Le Groupe d'experts souligne également l'impossibilité d'y recourir tant que les États concernés ne garantiront pas la comparution des accusés à leur procès et le respect des conditions de la libération provisoire (§ 52). Tel est le contexte dans lequel s'inscrit l'affaire *Barayagwiza*, qui a donné lieu à un arrêt de la Chambre d'appel du TPIR aux conséquences juridiques – et diplomatiques – assez embarrassantes (22).

Jean-Bosco Barayagwiza a été arrêté le 15 avril 1996 au Cameroun, à la demande des autorités belges et rwandaises. Le Procureur du TPIR a également demandé sa mise en détention le 17 avril en vertu de l'article 40 RPP, puis a demandé une prolongation de la détention le 6 mai pour une durée de 3 semaines. Le 16 mai toutefois, le Procureur annonce aux autorités camerounaises qu'il n'a pas l'intention de poursuivre le suspect. À la suite du rejet par la Cour d'appel du Cameroun de la demande d'extradition rwandaise le 21 février 1997, le Procureur demande une nouvelle arrestation de Jean-Bosco Barayagwiza le 24 février 1997. Son transfert au siège du Tribunal n'aura cependant lieu que le 19 novembre 1997. Le Procureur n'a émis un acte d'accusation que le 22 octobre 1997, confirmé le lendemain par le Juge Aspegren. Le suspect devient donc accusé après 19 mois de détention. Des violations du droit à un procès équitable apparaissent aussi bien en raison des délais de détention que de l'absence d'examen d'un « *writ of habeas corpus* » que l'accusé aurait adressé au Tribunal le 29 septembre 1997.

Des irrégularités apparaissent tout d'abord dans la période antérieure au transfert de l'accusé au siège du Tribunal. La première période de détention à la demande du Procureur dépasse le délai prévu à l'article 40 RPP. La question essentielle est cependant de savoir si la durée de la détention au Cameroun à partir du 24 février 1997 est imputable au Procureur. La Chambre d'appel conclut en ce sens, considérant que les autorités camerounaises agissaient alors comme de véritables « agents » du TPIR. Elle s'appuie pour cela sur des notions empruntées au droit américain, appliquées aussi bien pour les rapports avec d'autres États demandant aux autorités américaines la détention provisoire d'un individu que pour les rapports entre les autorités fédérales américaines et les États fédérés (§§ 56-57). La Cham-

---

(22) TPIR, App., Decision, *The Prosecutor v. Jean-Bosco Barayagwiza*, ICTR-97-19-AR72, 3 November 1999.

bre n'hésite pas à transposer ces notions aux rapports entre le Tribunal et le Cameroun :

*« In the present case, the relationship between the Tribunal and Cameroon is even stronger, on the basis of the international obligations imposed on States by the Security Council under Article 28 of the Statute » (§ 56).*

Il s'agit d'une évolution de la jurisprudence des TPI, qui jusque-là avait généralement refusé de prendre en compte les conditions d'arrestation et de détention par les États des suspects comme des accusés (23). Surtout, cette analyse place le Procureur dans une situation délicate car le seul moyen de ne pas être tenu pour responsable des violations des droits de l'accusé consisterait à démontrer que la faute en incombe exclusivement aux autorités camerounaises. Une telle démonstration serait politiquement inopportune dans le contexte d'une amélioration des rapports entre le Procureur et l'État concerné.

Quelles que soient les réserves que l'on peut faire à propos de cette vision finalement très moniste des rapports entre les États et les tribunaux *ad hoc*, il est difficile de justifier le retard dans la rédaction de l'acte d'accusation et les lenteurs de la procédure après le transfert de l'accusé. En effet, la comparution initiale de Jean-Bosco Barayagwiza a eu lieu près de 3 mois après son arrivée à Arusha. Il dépose le lendemain, 24 février 1998, une « demande très urgente » visant à faire annuler son arrestation et sa détention, laquelle ne sera examinée par la Chambre de première instance II que le 11 septembre 1998, la décision de rejet intervenant le 17 novembre 1998 (24).

La violation des droits de l'accusé relative au non-examen d'un « writ of habeas corpus » paraît également grave au regard des normes internationales de protection des droits de l'homme largement citées par la Chambre. Pourtant, le grief repose sur des faits assez incertains (§ 87). La Chambre d'appel élude la question en renversant la charge de la preuve :

*« These assertions by the Appellant are, of course, impossible for him to prove, absent an admission by the Prosecutor. We note, however, that the Prosecutor has not directed the Appeals Chamber to any evidence to the contrary, and that the Appellant was never afforded an opportunity to be heard on the writ of habeas corpus » (§ 87).*

On peut se demander comment, de son côté, le Procureur pourrait bien apporter la preuve d'un fait négatif, c'est-à-dire démontrer qu'il n'a pas agi comme le prétend l'accusé, alors qu'il ne maîtrise pas l'ensemble du processus. En effet, Jean-Bosco Baryagawiza n'était pas détenu dans la prison du Tribunal à l'époque des faits – ce qui rendrait possible des recherches approfondies – mais par les autorités camerounaises. Cela correspond néanmoins à l'approche générale retenue dans l'arrêt et qui consiste à envisager l'ensemble de la détention dans son unité à partir du moment où le Procureur a adressé au Cameroun une demande de mise en détention.

La Chambre d'appel aboutit logiquement au constat d'une violation importante des droits de l'accusé imputable au Procureur et pouvant être

(23) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, pp. 377-378. Seule la décision *Dokmanovic* du 22 octobre 1997 était allée en sens inverse ; mais elle concernait une force internationale et non les États. On relèvera que la Chambre de première instance était alors présidée par le Juge McDonald, qui préside la Chambre d'appel dans l'affaire *Barayagwiza*.

(24) TPIR, Ch. II, Decision on the Extremely Urgent Motion by the Defence for Orders to Review and/or Nullify the Arrest and Provisional Detention of the Suspect, *The Prosecutor v. Barayagwiza*, Case No. ICTR-97-19-1, 17 November 1998.

qualifiée d'« *abuse of process* » (§§ 73s. et § 101). S'il n'y a pas lieu de s'étonner outre mesure du raisonnement conduit jusqu'à ce point, la suite de l'arrêt, consacrée aux conséquences à tirer de la violation, en constitue la partie la plus problématique. En effet, les juges de la Chambre d'appel décident, à l'unanimité, d'annuler l'acte d'accusation, avec impossibilité pour le Procureur d'émettre un nouvel acte à propos des mêmes faits (« *dismisses the indictment with prejudice for the Prosecutor* », § 113). Ils ordonnent également, à une majorité de 4 voix contre 1, la remise de Jean-Bosco Barayagwiza aux autorités camerounaises. La nécessité de « sanctionner » le Procureur apparaît ici très clairement, comme si celui-ci n'était qu'une partie parfaitement égale à une autre partie, l'accusé. Et de fait, dans la conception anglo-saxonne, le procès pénal oppose l'Accusation à la Défense placées sur un pied d'égalité et disposant des mêmes armes (25). Pour autant, le Procureur doit représenter les intérêts de l'ensemble d'une société et non ceux d'un simple individu et l'on peut douter que l'annulation de l'acte d'accusation « *with prejudice for the Prosecutor* » constitue la « sanction » la plus adéquate et surtout la plus proportionnée à la violation des droits de l'accusé. À travers le Procureur, ce sont l'ensemble des victimes et la communauté internationale qui sont touchées.

Pour justifier sa conclusion et en l'absence de disposition pertinente dans le Règlement de procédure et de preuve, la Chambre d'appel, présidée par le Juge McDonald, se fonde sur des précédents de droit interne exclusivement anglo-saxons (26). Ceux-ci ne convainquent pas entièrement de la nécessité d'une transposition en droit international pénal. À vrai dire, on peut même s'inquiéter d'une telle méthode, d'autant que la présentation faite ne pose pas la question essentielle : une telle « sanction » est-elle opportune au regard de la gravité des incriminations retenues ? (27) Par ailleurs, ce passage oublie toutes les décisions d'organes internationaux de protection des droits de l'homme utilisées dans la phase précédente du raisonnement, alors que (ou parce que ?) aucune ne mentionne la relâche pure et simple comme suite nécessaire d'un constat de violation du droit à un procès équitable en raison de la durée excessive de la détention. Compte tenu des enjeux et du contexte, il aurait sans doute été plus raisonnable d'adapter la « sanction » à la nature du droit violé, et par exemple de prononcer une libération conditionnelle (28) et/ou une indemnisation, plutôt que de créer une situation d'impunité.

(25) Voir *infra*, I, 3.3.

(26) Sont cités plusieurs jugements américains, un jugement de la Cour suprême canadienne, un jugement de la Cour suprême des Philippines et un jugement de la Cour suprême du Zimbabwe qui lui-même s'appuie sur un jugement américain (§ 108). Le jugement zimbabwéen fournit l'un des deux extraits cités au texte, l'autre provenant d'une opinion *dissidente* d'un juge de la Cour suprême américaine (§ 111).

(27) Outre la jurisprudence, la décision mentionne plusieurs textes de droit américain, dont un seul est cité assez longuement à la note 268. Il s'agit de la règle de procédure n° 4 des *U.S. Second Circuit Rules Regarding Prompt Disposition of Criminal Cases*, qui prévoit effectivement la relâche au-delà d'un certain délai de détention mais avec la condition suivante : « *if the defendant is charged only with non-capital offenses* » ! Une seule phrase de la décision est consacrée à cet aspect du problème, qui est immédiatement écarté (§ 106 : « *The crimes for which the Appellant is charged are very serious. However, in this case the fundamental rights of the Appellant were repeatedly violated. (...)* »).

(28) On peut relever que dans l'Arrêt *Tadic* (§ 55), la Chambre d'appel évoquait la mise en liberté provisoire qui peut être accordée « dans des circonstances exceptionnelles » en vertu de l'article 65 B) du RPP en cas d'atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable (en l'occurrence, en raison de l'absence au procès de témoins cruciaux pour la Défense, mais la solution pourrait être étendue à d'autres types de violations du droit à un procès équitable).

Le tollé soulevé par cet arrêt, se manifestant notamment par la décision du Gouvernement rwandais de suspendre sa coopération avec le Tribunal, paraît avoir convaincu le Procureur de s'engager alors dans une procédure aussi audacieuse qu'inventive. L'arrêt étant définitif, une demande de révision a été présentée le 3 décembre 1999. Des « faits nouveaux » permettraient ainsi de nommer « révision » ce qui ressemble tout de même d'assez près à un appel ... d'une décision d'appel ! Le Juge Jorda, nouveau président de la Chambre d'appel, averti de cette initiative, avait préalablement ordonné le sursis à exécution de l'arrêt, permettant le maintien en détention de l'accusé (29). L'avocat kenyan de ce dernier, Me Nyaberi, ne s'est dès lors pas privé de dénoncer une reculade du juridique devant le politique, hautement problématique sur le plan des principes – sans parler de l'effet désastreux pour l'autorité du TPIR vis-à-vis des États. De ce fait, l'issue de « l'affaire *Barayagwiza* » reste des plus délicates, car il faudra beaucoup d'habileté à la Chambre d'appel dans sa nouvelle composition pour justifier le maintien en détention de l'accusé, malgré d'indéniables violations de ses droits. Les juges composant la Chambre au moment de l'arrêt du 3 novembre 1999 étaient à l'évidence conscients du risque encouru et avaient tenté de s'en prémunir par une motivation étoffée (30). Ce faisant, ils sont restés sourds à la nécessité pour toute juridiction de ne pas se couper des attentes légitimes de sa base sociale, à savoir la lutte contre l'impunité engagée par la communauté internationale. Voilà désormais l'ensemble du TPIR contraint de recourir à des procédés juridiques peu orthodoxes.

### 3. Préparation et conduite des procès

#### 3.1. La recherche et l'appréciation des preuves

Les méthodes de collecte de documents avaient jusqu'à présent été contestées uniquement à propos des injonctions de produire adressées à des personnes et des ordonnances de soit-communicé adressées à des États (31). La dernière catégorie est désormais fréquemment utilisée, y compris à destination des entités fédérées de Bosnie-Herzégovine, les juges exerçant un contrôle sur les demandes du Procureur (32). Certaines contestations de la part des États relatives aux conditions de mise en œuvre et à l'ampleur des demandes perdurent, mais sont généralement rejetées (33). Cela étant, une des décisions les plus intéressantes de la période considérée concerne une procédure différente, apparemment en plein essor. Il s'agit du recours à des

(29) En théorie, l'arrêt était immédiatement exécutoire ; mais le Greffe a dans un premier temps fait valoir que le TPIR attendait une réponse du Gouvernement camerounais à propos des modalités du transfert de l'accusé. Celui-ci, parallèlement, déposait une demande tendant à ce que la Chambre d'appel autorise son renvoi dans un pays de son choix (5 novembre). Le 19 novembre 1999, Carla Del Ponte informait la Chambre d'appel de son intention de demander la révision de l'arrêt. Le 25 novembre, le Président suspendait l'ordonnance de relaxe et donnait à l'accusation jusqu'au 2 décembre pour présenter ses arguments. Le 3 décembre 1999, la demande officielle du Procureur entraînait la suspension de l'exécution de l'arrêt.

(30) Voir notamment § 112, *in fine* : « *As difficult as this conclusion may be for some to accept, it is the proper role of an independent judiciary to halt this prosecution, so that no further injustice results* ».

(31) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, pp. 380-382, et *A.F.D.I.*, 1998, pp. 381-382.

(32) Par exemple, TPIY, Ch. I, Binding Order to the Republika Srpska for the Production of Documents, *The Prosecutor v. Radislav Krstic*, Case No.IT-98-33-PT, 12 March 1999.

(33) Par exemple, TPIY, App., Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie, *Le Procureur c/ Dario Kordic and Mario Cerkez*, n° IT-95-14/2-AR108bis, 9 septembre 1999.

mandats de perquisition, exécutés par des membres du Bureau du Procureur avec l'appui des forces internationales présentes sur le territoire de l'État concerné.

Dans le cadre de l'affaire *Kordic et Cerkez*, l'un des co-accusés, Dario Kordic, a contesté l'utilisation par le Procureur d'éléments de preuve obtenus à la suite de perquisitions menées le 23 septembre 1998 dans les locaux du Bureau de la défense de la commune de Vitez, sans l'accord exprès des autorités de Bosnie-Herzégovine, par des membres du Bureau du Procureur appuyés par des personnels de la SFOR. La Chambre de première instance saisie a considéré, contrairement au Procureur et conformément à la décision d'appel *Tadic* du 2 octobre 1995, que l'accusé pouvait soulever une exception relative à une violation de la souveraineté d'un État, alors même que la Bosnie-Herzégovine n'avait soulevé aucune objection (34). Comme par ailleurs l'article 95 RPP permet de contester la recevabilité d'un élément de preuve « obtenu par des moyens qui entament fortement sa fiabilité ou si son admission, allant à l'encontre d'une bonne administration de la justice, lui porterait gravement atteinte », la Chambre est amenée à s'intéresser aux rapports entre les entités internationales concernées et les États.

La Chambre de première instance relève qu'en vertu du Statut et du RPP, le Procureur « peut » solliciter l'aide des États (« *may... seek* »), mais que ceux-ci sont de toutes façons dans l'obligation de coopérer avec le Tribunal et sont tenus d'apporter une telle aide. De plus, est invoqué l'article 2 § 7 de la Charte qui apporte une dérogation au principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États afin de mettre en œuvre les mesures du Chapitre VII de la Charte, auxquelles sont implicitement assimilées les décisions du Tribunal en tant qu'il est un organe subsidiaire du Conseil de sécurité (p. 5). Les obligations contenues dans les mandats et autres ordonnances du Tribunal sont de même considérées comme des obligations des États en vertu de la Charte et doivent donc prévaloir sur tout autre accord international en vertu de l'article 103 de la Charte (35). Ainsi,

« *obligations under the Charter and particularly Chapter VII prevail over any international rules of consent-based judicial assistance* » (p. 6).

L'ensemble paraît rendre inutile une acceptation expresse par l'État des investigations et mesures de saisies entreprises directement par le Procureur sur son territoire, alors même que la Défense invoquait plusieurs dispositions législatives nationales exigeant l'intervention des autorités étatiques à titre d'intermédiaires. La décision s'appuie également sur les termes de la résolution 1088 (1996) du Conseil de sécurité qui rappelle l'obligation des parties aux Accords de Dayton de coopérer avec le Tribunal et notamment de fournir des informations pour « l'aider dans ses enquêtes ». Enfin, l'appui apporté aux perquisitions par la SFOR paraît justifié dans la mesure où « *SFOR as an entity concerned with the implementation of the Peace Agreement acted properly and in accordance with its mandate in assisting this investigation* » (p. 6).

---

(34) TPIY, Ch., Decision Stating Reasons for Trial Chamber's Ruling of 1 June 1999 Rejecting Defence Motion to Suppress Evidence, *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case No.IT-95-14/2-T, 25 June 1999, pp. 4-5.

(35) On sait qu'une affirmation semblable faite par la CIJ à propos des décisions du Conseil de sécurité (Ordonnance du 14 avril 1992, *Affaire relative à des questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie*, § 37) avait conduit à d'intenses débats doctrinaux. La portée de l'article 103 est ici encore étendue, puisqu'elle concerne les décisions d'organes subsidiaires du Conseil (à tout le moins des TPI).

Quant aux éléments de preuve apportés par voie de témoignage, les TPI avaient déjà rencontré des difficultés pour entendre des militaires, en raison de la confidentialité de certaines informations concernant soit la sécurité nationale d'un État, soit le déroulement d'opérations de maintien de la paix des Nations Unies (36). En 1999, le problème a à nouveau été posé, principalement dans le cours du procès de Tihomir Blaskic devant la Chambre de première instance I du TPIY. Cette dernière a notamment cité à comparaître le général français Philippe Morillon, commandant de la FORPRONU en Bosnie-Herzégovine à l'époque des faits. Elle a à cette fin accordé des mesures de protection, décidé que les audiences auraient lieu à huis clos, limité par avance le champ des questions à celui de sa déposition initiale et autorisé la présence à l'audience de représentants du Secrétaire général des Nations Unies et du Gouvernement français afin de « préserver les intérêts supérieurs qu'ils ont pour mission de protéger » (37). La même chambre a aussi accepté que le général croate Milivoj Petkovic, avec des garanties comparables, témoigne en outre par voie de vidéo-conférence en raison de sa mission actuelle de commandement à la frontière croato-yougoslave (38). Elle lui a de plus accordé, à la demande du Gouvernement croate, une immunité de juridiction dans les locaux où aurait lieu la vidéo-conférence (39). Ce type de témoignage paraît ainsi placé « sous haute surveillance ». Néanmoins l'idée d'une nécessaire levée d'immunité paraît s'estomper au fil de la pratique, au profit d'une négociation entre le Tribunal et l'État concerné qui peut être considérée comme la résultante de l'obligation de coopérer des États.

En revanche, c'est le principe d'une immunité complète qui a prévalu en faveur des délégués et employés du CICR. La Chambre de première instance III, qui s'est prononcée à ce sujet dans une décision du 27 juillet 1999, s'est appuyée sur le droit international coutumier apparu au moment de l'adoption des Conventions de Genève. Selon elle, les principes de neutralité, d'impartialité et de confidentialité essentiels à l'exercice du mandat du CICR impliquent nécessairement un « privilège de non-divulgateion » (40). Il convient de relever que la question a également été évoquée cette année lors des travaux de la Commission préparatoire de la CPI et a donné lieu à un vif débat. On ne voit à vrai dire pas pourquoi un employé du CICR devrait bénéficier d'un tel privilège qui est par ailleurs refusé aux représentants des États. Le raisonnement de la Chambre semble procéder d'une confusion entre la nécessaire confidentialité vis-à-vis des seuls États et le témoignage devant une juridiction internationale dans le cadre d'un procès pénal – juridiction d'ailleurs établie en vertu de la Charte des Nations Unies qui prévaut sur les autres engagements internationaux. Un aménagement des conditions de l'audition aurait pu fournir une solution satisfaisante, permettant de protéger les intérêts essentiels du CICR. Dans tous les cas, il devrait revenir à la juridiction internationale elle-même d'apprécier au

(36) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, pp. 383-384.

(37) TPIY, Ch. I, Décision de la Chambre de première instance I aux fins de protection en faveur du général Philippe Morillon, témoin de la Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Tihomir Blaskic*, affaire n° IT-95-14-T, 12 mai 1999.

(38) TPIY, Ch. I, Order Relative to the Testimony of General Milivoj Petkovic, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, Case No.IT-95-14-T, 17 June 1999, p. 2.

(39) *Ibid.* et Decision of Trial Chamber I in Respect of Protective Measures for General Milivoj Petkovic et Decision (2), *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, 22 et 23 juin 1999.

(40) TPIY, Ch. III, Décision relative à la requête de l'accusation en application de l'article 73 du Règlement concernant la déposition d'un témoin, *Le Procureur c/ Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic et Simo Saric*, affaire n° IT-95-9-PT, 27 juillet 1999. La décision a elle-même été tenue... confidentielle, jusqu'à une ordonnance du 1<sup>er</sup> octobre 1999.

cas par cas la réalité des difficultés rencontrées, comme il lui incombe, depuis la jurisprudence relative aux « *subpoena* », d'apprécier les motifs de sécurité nationale éventuellement soulevés par les gouvernements. Le Juge Hunt, dans son opinion séparée, a suggéré de procéder à une balance des intérêts au cas par cas, tout en concluant qu'en l'espèce les intérêts du CICR devaient être protégés. Une telle démarche paraît en effet préférable. L'argument relatif aux principes du CICR marque un divorce regrettable entre une logique soit-disant autonome du droit international humanitaire et la recherche des responsabilités en vertu du droit international pénal.

Enfin, la Chambre de première instance I du TPIR a apporté dans l'affaire *Rutaganda* des précisions relatives à l'infraction de faux-témoignage, prévue à l'article 91 des RPP. Il s'agit d'une infraction délibérée qui requiert de la part de son auteur une intention de tromper le juge. Par conséquent, il convient de distinguer le témoignage souffrant d'un manque de crédibilité du faux-témoignage. La charge de la preuve incombe à la partie qui l'invoque (Jugement *Rutaganda*, § 20). On relèvera que la Défense avait allégué plusieurs cas de faux-témoignage et demandé des enquêtes, demandes rejetées en cours de procès par la Chambre. Les décisions de cette dernière avaient ensuite fait l'objet d'appels qui furent tous rejetés (41).

### 3.2. Le droit à un procès équitable

Le droit à un procès équitable a été abordé sous l'angle du principe de l'égalité des armes entre l'Accusation et la Défense par la jurisprudence des TPI. Tout d'abord, dans l'arrêt d'appel relatif à l'affaire *Tadic*, ce thème constituait le premier motif de l'appel. Selon l'Appelant, sa cause n'avait pu être correctement présentée « en raison du manque de coopération et de l'obstruction dont ont fait preuve certaines entités externes – les autorités de la *Republika Srpska* et les autorités municipales de Prijedor » (Arrêt *Tadic*, § 29). La Chambre d'appel, s'appuyant sur le Pacte international sur les droits civils et politiques et la Convention européenne des droits de l'homme « tels qu'interprétés par les organes judiciaires et de contrôle pertinents » (§ 44), c'est-à-dire par le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme largement cités, a reconnu que le principe de l'égalité des armes était inclus dans le droit à un procès équitable. Le problème évoqué par la Défense se rattache à « l'égalité substantielle » (§ 45). Selon la Chambre, ni la jurisprudence européenne ni les décisions du Comité des droits de l'homme n'imposent une application du principe lorsque les circonstances invoquées échappent au contrôle du tribunal (§§ 48-50). Elle souligne néanmoins la situation particulière du TPIY qui « doit compter sur la coopération des États mais n'a pas le pouvoir de les contraindre à coopérer à travers des mesures coercitives. » (§ 51). La Chambre conclut alors à la nécessité « d'interpréter le principe de l'égalité des armes plus largement qu'il ne l'est généralement dans le cadre des actions devant les juridictions internes » (§ 52). Cela étant, dans le cas d'espèce, elle ne s'estime pas convaincue par les arguments de la Défense, soulignant l'aide qui lui avait été apportée par la Chambre de première instance :

« La Défense concède d'ailleurs que la Chambre de première instance l'a aidée dans toute la mesure du possible quand elle le lui demandait et lui a même

(41) TPIR, App., Decision on Appeals against the Decisions by Trial Chamber I Rejecting the Defense Motions to Direct the Prosecutor to Investigate the Matter of False Testimony by Witnesses 'E' and 'CC', *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3-T, 8 June 1998.

accordé un report considérable à l'issue de la présentation des moyens à charge, afin de l'aider à retrouver des témoins. L'Appelant reconnaît également que la Chambre de première instance n'a jamais refusé la comparution d'un témoin proposé par la Défense et qu'au contraire, elle a répondu à quasiment toutes les demandes en prenant les mesures nécessaires en son pouvoir, propres à aider l'Appelant à présenter des témoins à l'audience. Dans le Jugement de la Chambre de première instance, il apparaît que celle-ci a fait droit à nombre de requêtes de ce type, accordant des mesures de protection à certains témoins, autorisant d'autres à témoigner par vidéoconférence depuis Banja Luka en Republika Srpska et accordant des mesures de confidentialité et délivrant des sauf-conduits à plusieurs témoins à décharge » (§ 53).

Enfin, d'après la Chambre d'appel, il incombait à la Défense de demander la suspension du procès en vertu de l'article 65 B) RPP pour impossibilité de conduire un procès équitable à la Chambre de première instance elle-même. Ayant gardé le silence à ce moment, la Défense ne peut demander un nouveau procès en appel (§ 55). On le voit, la question était essentielle et la solution à laquelle aboutit la Chambre d'appel, tout en étant assez didactique, porte un coup d'arrêt aux velléités des futurs appelants d'utiliser l'appel pour recommencer intégralement leur procès (42).

L'affaire *Kayishima et Ruzindana* a été l'occasion pour la Chambre de première instance II du TPIR d'évoquer le principe de l'égalité des armes en un sens plus formel. La Défense avait formulé une demande visant à obtenir des informations sur les moyens dont disposait l'Accusation – nombre de juristes, d'enquêteurs, temps consacré à l'affaire – et avait réclamé une limitation du nombre des assistants de l'Accusation pendant le procès afin d'aligner ce nombre sur celui des assistants autorisés pour la Défense (Jugement *Kayishema-Ruzindana*, § 56). Placée aussi crûment devant les ambiguïtés de la procédure accusatoire dont s'inspirent largement les règles de procédure des tribunaux internationaux *ad hoc*, la Chambre a eu recours à une lecture stricte de l'article 20 du Statut du TPIR. Selon elle, cette disposition évoque une égalité de droits plutôt qu'une égalité des méthodes et des ressources (§ 58). La question, ainsi que d'autres assez proches liées aux conditions de la commission d'office, risque néanmoins de resurgir au stade de l'appel. Il en sera de même à propos d'une forme inattendue de violation du droit à un procès équitable soulevée devant le TPIY par Esad Landzo, reconnu coupable le 16 novembre 1998 dans le cadre de l'affaire « *Celebici* ». L'un des motifs d'appel repose sur le fait que l'un des juges de première instance a dormi pendant toute une partie du procès (43) !

### 3.3. L'appel

La fonction de l'appel des jugements est en partie éclairée par l'arrêt du 15 juillet 1999 dans l'affaire *Tadic*, qui en constitue le premier exemple (44). Il apparaît ainsi que la remise en cause des conclusions factuelles

(42) Sur l'interprétation de l'appel d'un jugement comme une procédure proche de la cassation, voir *infra* I, 3.3.

(43) Voir la décision de la Chambre d'appel portant sur une demande de l'intéressé tendant à la conservation de l'ensemble des enregistrements vidéo du procès, TPIY, App., Décision relative à la requête aux fins de conservation et de communication d'éléments de preuve, *Le Procureur c/ Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (alias « Pavo »), Hazim delic et Esad Landzo (alias « Zenga »)*, affaire n° IT-96-21-A, 22 avril 1999.

(44) Jusqu'à présent les appels avaient porté soit sur des questions de procédure, soit sur des exceptions préliminaires soulevées en début de procès.

auxquelles sont parvenues les chambres de première instance devrait rester exceptionnelle. Ainsi,

« C'est aux juges siégeant en première instance que revient la charge d'entendre, évaluer et peser les moyens de preuve présentés à l'instance. De ce fait, la Chambre d'appel doit, dans une certaine mesure, s'incliner devant les conclusions factuelles de la Chambre de première instance. Ce n'est que dans le cas manifeste où aucune personne douée d'une capacité normale de raisonnement n'accueillerait les éléments de preuve sur lesquels s'est fondée la Chambre de première instance que la Chambre d'appel peut substituer sa propre conclusion à celle des juges de fond » (§ 64).

La Chambre d'appel devrait donc se comporter avant tout comme une chambre de cassation pour les recours contre des jugements émanant des chambres de première instance.

Néanmoins, la distinction entre le fait et le droit est brouillée dès cette première affaire. Cela apparaît spécialement à propos de la question récurrente dans la jurisprudence du TPIY de la nature des conflits en Bosnie-Herzégovine. Considérée comme une question principalement factuelle dans l'arrêt du 2 octobre 1995 (*Tadic*, exceptions préliminaires), et laissée pour cette raison à une appréciation au cas par cas des chambres de première instance, elle est à nouveau évoquée dans l'arrêt du 15 juillet 1999 (*Tadic*, fond). La Chambre d'appel est en effet amenée à modifier les conclusions de la Chambre de première instance sur ce point en recourant à des « critères juridiques », ce qui lui permet de présenter la question à nouveau comme un problème de droit alors qu'il s'agit en grande partie d'une appréciation des faits différente de celle de la Chambre de première instance (45). Cela contribue aussi à expliquer les effets curieux de l'arrêt d'appel dans cette affaire. La nature du conflit déterminant le droit applicable, la nouvelle qualification du conflit implique que l'accusé soit « automatiquement » déclaré coupable de certains chefs d'accusation additionnels dont il avait été acquitté en première instance, et cela sans qu'il soit nécessaire de réexaminer les faits.

Cette aggravation du verdict pose un problème plus général relatif à la possibilité de faire appel d'un acquittement, parfois considérée comme une atteinte au principe *non bis in idem* (46). Si l'article 25 § 2 du Statut du TPIY reste à cet égard imprécis, l'article 99 (B) RPP suggère assez nettement que le Procureur peut faire appel d'une décision d'acquiescement (47). Outre le cas de l'affaire *Tadic*, où le premier motif d'appel de l'Accusation relatif au droit applicable a conduit la Cour à annuler l'acquiescement prononcé pour certains chefs d'accusation, le Procureur a fait appel d'un acquiescement dans l'affaire dite « *Celebici* » (48), ainsi que dans l'affaire *Jelusic*, pour l'acquiescement du chef d'accusation de génocide (49).

(45) Sur le raisonnement de la Chambre d'appel, voir de manière plus détaillée *infra*, II, 1.1.

(46) Voir notamment la position de l'American Bar Association au moment de la création du Tribunal, lettre datée du 18 janvier 1994, in V. MORRIS et M.P. SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Corp, New York, p. 585.

(47) Selon cette disposition, « si lors du prononcé du jugement le Procureur fait part en audience publique de son intention d'interjeter appel conformément à l'article 108, la Chambre peut sur requête du Procureur et après avoir entendu les parties, rendre une ordonnance aux fins du maintien en détention de la personne acquittée dans l'attente du jugement en appel ».

(48) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 406.

(49) Voir *infra*, II, 2.2.1.

Dans l'arrêt du 15 juillet 1999, la Chambre d'appel a démontré qu'elle entendait utiliser largement son pouvoir de cassation et s'est engagée dans des développements jurisprudentiels notables (50). Pour autant, cet arrêt définitif ne met pas un terme à l'affaire *Tadic*, puisque la Chambre d'appel a renvoyé à une chambre de première instance la détermination de la peine, compte tenu notamment des condamnations additionnelles (51). La sentence du 11 novembre 1999, qui a porté la peine de 20 à 25 ans d'emprisonnement, fait à son tour l'objet d'un appel (52).

## II. – L'APPLICATION DU DROIT HUMANITAIRE

« *Soon after arrival, the Tutsi heard from others about the massacres at Mubuga Church and Home St. John. Witness I testified, describing his feelings, 'For me I thought that no one would be able to kill off 15 000 people, and I thought that any authority who would represent so many people would not dare to kill them off, because these people work for those persons in authority. They paid taxes and they provide assistance and they repair roads... So I told myself that no one was going to be able to use firearms or machetes to kill us off. I said that no person in authority would be able to do such a thing.'* » (Jugement *Kayishema-Ruzindana*, §§ 358-359)

En 1999, les Chambres de première instance du TPIR ont rendu trois jugements de condamnation dans les affaires *Serushago*, *Kayishema-Ruzindana* et *Rutaganda*. La description de l'activité des accusés, impliqués en tant que membres ou responsables des milices *Interahamwe* (Omar Serushago, Georges Rutaganda), en tant que préfet de la région de Kibuye (Clément Kayishema) ou participant civil particulièrement zélé (Obéd Ruzindana) dans ces trois affaires rend compte avec précision de l'horreur du génocide rwandais, et justifie la lourdeur des peines parfois prononcées (emprisonnement à vie dans les cas de *Kayishema* et *Rutaganda*). Le TPIY a quant à lui prononcé deux jugements de condamnation dans les affaires *Aleksovski* et *Jelusic*. Goran Jelusic, qui s'est lui-même présenté devant la Chambre de première instance comme l'« Adolf serbe », a également été condamné à une lourde peine de 40 ans d'emprisonnement, les juges l'acquittant cependant de l'accusation de génocide pesant sur lui. Enfin, la Chambre d'appel du TPIY a rendu un arrêt important dans l'affaire *Tadic*, qui revient sur l'applicabilité de l'article 2 du Statut de ce Tribunal (infractions graves aux Conventions de Genève) au conflit en Bosnie-Herzégovine et apporte des précisions sur la définition du crime contre l'humanité. À la suite de cet arrêt d'appel, la Chambre de première instance de « renvoi » a prononcé un nouveau jugement de condamnation, augmentant de cinq ans la peine d'emprisonnement décidée en 1997. Si la pratique judiciaire de l'année 1999 est encore marquée par les problèmes relatifs à l'application des dispositions statutaires en matière de crime de guerre (1), c'est toutefois la répression des crimes contre l'humanité, dont le génocide, qui domine largement (2), tandis que s'approfondit le débat relatif aux formes de participation individuelle à l'infraction internationale et aux peines encourues (3).

(50) Voir *infra*, II, 2.1.2. et 3.1.2.

(51) TPIY, App., Order Remitting Sentencing to a Trial Chamber, *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No.IT-94-1-A, 10 September 1999.

(52) La sentence a finalement été ramenée à 20 ans par une décision de la Chambre d'appel du 26 janvier 2000, décision qui sera commentée dans une prochaine chronique.

### 1. *Les crimes de guerre*

Dans l'affaire *Aleksovski*, l'application de l'article 2 du Statut du TPIY au conflit opposant forces croates et forces gouvernementales en Bosnie-Herzégovine a été rejetée par la majorité des juges. Le Juge Rodrigues a néanmoins formulé une opinion dissidente qui reprend largement le débat qui s'était instauré au sein de la Chambre d'appel, au stade des exceptions préliminaires, dans l'affaire *Tadic* (53). L'arrêt d'appel rendu dans cette même affaire *Tadic* en 1999 revient sur les conclusions du jugement de la Chambre de première instance rendu en 1997 (54) en affirmant l'applicabilité de l'article 2 au conflit opposant les Serbes de Bosnie aux forces gouvernementales bosniaques grâce à une analyse critique de l'affaire *Nicaragua*, jugée par la CIJ. Il apparaît ainsi nécessaire de prolonger la présentation de la jurisprudence complexe relative à l'application de l'article 2 du Statut du TPIY (1.1.). Par ailleurs, les accusations de crime de guerre portées devant le TPIR sont généralement rejetées par ce Tribunal (1.2.).

#### 1.1. *L'application de l'article 2 du Statut du TPIY*

Dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre de première instance était saisie de crimes commis dans le cadre du conflit qui a opposé, au cours de l'année 1993, forces croates et forces gouvernementales bosniaques en Bosnie centrale. La majorité des juges, se conformant aux critères d'applicabilité de l'article 2 définis dans le premier arrêt d'appel rendu dans l'affaire *Tadic*, ont tout d'abord examiné si ce conflit présentait un caractère international, avant d'envisager la qualité de « personnes protégées » des victimes (55). Pour ce qui est du caractère international du conflit, il s'agissait d'apprécier si les actes des forces armées de la Communauté croate d'Herzeg-Bosna instituée en Bosnie-Herzégovine (HVO) pouvaient être attribués à la Croatie. Le débat a ainsi principalement porté sur le point de savoir si la Croatie exerçait un degré de contrôle sur l'armée des Croates de Bosnie suffisant pour considérer cette armée comme son propre organe. Affirmant que le degré de contrôle requis afin d'attribuer les actes d'une force rebelle à un État « dépend des circonstances de chaque espèce » (§ 14), les Juges majoritaires ont conclu que :

« L'Accusation n'a pas réussi à prouver que, durant la période et à l'endroit dont il est question dans l'acte d'accusation, le HVO agissait en fait sous le contrôle global de la HV dans la conduite du conflit armé contre la Bosnie-Herzégovine (...) Le HVO n'était pas un agent de facto de la Croatie » (§ 27).

Après avoir ainsi réfuté l'existence d'un conflit armé international, les juges se sont néanmoins penchés sur la qualité de personnes protégées des victimes, en ayant recours à une analyse de la nationalité des auteurs des exactions (§§ 29-34). Cette démarche est surprenante car la preuve de la qualité de personne protégée des victimes ne semblait devoir être apportée que si le conflit avait été préalablement qualifié d'international (§§ 29-34).

(53) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, pp. 124-129.

(54) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, pp. 387-390.

(55) TPIY, Opinion conjointe de la majorité, Juge Vohrah et Juge Nieto-Navia, sur l'applicabilité de l'article 2 du Statut, conformément au paragraphe 46 du jugement, *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-T, 25 juin 1999 (ci-après « Opinion majoritaire, *Aleksovski* »)

Dans une opinion dissidente, le Juge Rodrigues a quant à lui adopté des conclusions radicalement opposées (56). Il a ainsi estimé qu'au regard des faits de l'espèce, notamment de l'objectif politique commun de la Communauté d'Herzeg-Bosna et de la République de Croatie (§§ 6-7 et 14), de l'aide financière apportée par cet État (§ 8), des liens établis entre les deux armées (§§ 9-11), le HVO devait être considéré comme un « agent de l'armée croate » (§ 12). De plus, le Juge Rodrigues s'est dégagé du critère de nationalité pour affirmer la qualité de personnes protégées des victimes du conflit en précisant :

« Dans l'hypothèse d'un conflit armé international, il n'importe que l'accusé et ses victimes aient la même nationalité dès lors que l'accusé a agi pour le compte d'un État tiers » (§ 6).

Mais, de manière plus fondamentale, ce sont les principes posés par le premier arrêt d'appel rendu dans l'affaire *Tadic* relatifs à l'applicabilité de l'article 2 du Statut qui sont contestés par le Juge. Renvoyant à l'opinion individuelle du Juge Li (57), il plaide pour une approche de la crise yougoslave dans sa globalité rejetant par là même le principe de morcellement en divers conflits relevant de régimes juridiques distincts (§§ 16-28). En dernier lieu toutefois, il soutient que l'internationalité du conflit n'est pas une condition d'application de l'article 2 du Statut, en reprenant une argumentation similaire à celle adoptée en 1995 par la Chambre de première instance dans l'affaire *Tadic* (§§ 29-54) (58). Ainsi, pour le Juge Rodrigues :

« Le régime des infractions graves de l'article 2 du Statut ne peut être interprété comme ayant incorporé de manière absolue et stricte le régime défini par les Conventions de Genève et, en particulier, la condition d'internationalité du conflit » (§ 32).

L'arrêt d'appel rendu cette année dans l'affaire *Tadic* vient cependant confirmer, s'il en était besoin, la position adoptée en appel en 1995. La Chambre réaffirme ainsi avec force les deux conditions cumulatives d'applicabilité de l'article 2 : le caractère international du conflit et la qualité de personnes protégées des victimes, tout en précisant qu'il ne convient de s'interroger sur la seconde de ces conditions que si la première se trouve remplie (Arrêt *Tadic*, §§ 80-82). Cela étant, dans son analyse de la nature du conflit, la Chambre d'appel infirme le jugement contesté de première instance, en s'engageant dans une critique de la jurisprudence *Nicaragua* de la Cour internationale de Justice. En outre, elle apporte des éléments essentiels quant à l'appréciation de la qualité de « personnes protégées » des victimes.

Pour ce qui est de l'analyse du caractère du conflit, il convient de remarquer que la Chambre d'appel n'a pas pris en compte l'approche adoptée en 1998 par la Chambre de première instance dans l'affaire *Celebici*. Pour la Chambre de première instance, le caractère international d'un conflit à son origine devait conduire à affirmer, en vertu des règles classiques du droit de la guerre, que le droit des conflits armés internationaux était présumé s'y appliquer jusqu'à la conclusion d'un accord de paix, même si une partie au conflit prétendait s'en être dégagé (59). Cette solution, qui s'adaptait parfaitement au conflit opposant forces serbes et forces gouverne-

(56) TPIY, Opinion dissidente du Juge Rodrigues, Président de la Chambre de première instance, *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, affaire n° IT-95-14/1-T, 25 juin 1999.

(57) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, p. 128.

(58) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, p. 124.

(59) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 389.

mentales en Bosnie-Herzégovine, semble ignorée par la Chambre d'appel. Celle-ci rappelle pourtant que le conflit était international à son origine (§ 87) et que les affirmations officielles du belligérant initialement impliqué doivent être considérées avec prudence. Ainsi :

« Si l'on s'appuie indûment sur les structures apparentes et les propos ostensiblement tenus par les belligérants, au lieu de procéder à une analyse nuancée de la réalité de leur relations, on suggère implicitement à des groupes qui contrôlent dans les faits des forces militaires qu'ils peuvent se soustraire à leur responsabilité pour les actes de ces forces en les restructurant superficiellement ou en déclarant que les forces ainsi reconstituées sont dorénavant indépendantes de leurs ex-commanditaires » (§ 154).

Cette prudence face aux déclarations étatiques ne doit jouer que dans ce cas précis d'un retrait prétendu. À l'inverse, la déclaration de guerre ou la reconnaissance d'un état de guerre par l'un des États belligérants (en l'espèce, la Bosnie-Herzégovine avait déclaré l'état de guerre en affirmant être victime d'une agression yougoslave) devait suffire en elle-même à l'application du droit des conflits armés internationaux (60). Dans l'arrêt d'appel, c'est toutefois l'« analyse nuancée de la réalité » des relations entre les belligérants qui va permettre d'établir l'applicabilité du droit des conflits armés internationaux, en l'occurrence de l'article 2 du Statut du Tribunal.

La question qui continue dès lors de se poser est celle de l'attribution à la RFY des actes de l'armée des serbes de Bosnie (VRS). Il s'agit de déterminer à quelles conditions les membres de ces forces peuvent être considérés comme des agents de fait de la RFY. La Chambre d'appel, ne rencontrant pas en la matière de conditions spécifiques au droit international humanitaire (§ 98), s'attache à l'analyse du droit international général. À l'occasion de considérations préliminaires, la Chambre d'appel dissipe définitivement les incertitudes relatives à l'existence de critères d'attribution spécifiques au champ de la responsabilité pénale individuelle (61). Elle précise ainsi :

« On a affirmé que le critère retenu dans l'affaire *Nicaragua*, tout en permettant d'établir la responsabilité des États, n'est d'aucun secours pour la question de la responsabilité pénale individuelle du fait 'd'infractions graves'. La Chambre d'appel ne partage pas ce point de vue. Ce n'est pas la distinction entre deux catégories de responsabilité qui est en cause mais plutôt la *question préliminaire de savoir à quelles conditions, en droit international, on peut considérer qu'un particulier a agi comme un organe de fait d'un État*. Logiquement, les conditions doivent être les mêmes, que le Tribunal ait pour tâche de déterminer i) si l'acte accompli par un particulier est imputable à un État engageant ainsi la responsabilité internationale de ce dernier ou ii) si des individus agissent en qualité d'agents de fait d'un État, conférant ainsi au conflit le caractère international et satisfaisant par là même à la condition préalable nécessaire à l'application du régime des 'infractions graves' (...). Dans le premier cas, ces actes, si l'on démontre qu'ils sont imputables à l'État, vont engager la responsabilité internationale de ce dernier ; dans l'autre, ils vont conférer au conflit la qualification de conflit international » (§ 104).

Le principe selon lequel certaines violations du droit de la guerre peuvent donner lieu simultanément, au niveau international, à la responsabilité étatique et à la responsabilité individuelle est ainsi indirectement confirmé. Ces précisions apportées, la Chambre d'appel va dans un premier temps décrire les conclusions adoptées par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua*, conclu-

(60) *Ibid.*

(61) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 391.

sions sur lesquelles s'était fondée la Chambre de première instance afin de conclure au caractère interne du conflit, avant d'en formuler la critique. Pour la Chambre d'appel :

« La Cour [internationale de Justice] a établi *deux critères de responsabilité des États* : i) la responsabilité engagée par les actes illégaux des *agents de l'État* et ii) la responsabilité naissant des actes accomplis *par des particuliers agissant de fait comme des organes de l'État*. Pour que la responsabilité d'un État soit engagée dans le deuxième cas de figure, la Cour a posé comme condition que les particuliers soient non seulement rétribués ou financés par cet État et que leurs actions soient supervisées par cet État, mais également que l'État délivre des instructions précises relatives à la commission des actes illégaux en question. La Cour a estimé que, dans les circonstances de l'affaire, ce critère était satisfait pour le cas des UCLAs (qui étaient rétribués et supervisés par les États-Unis et qui, de plus, avaient agi sur leurs instructions spécifiques). Par contre, le critère n'était pas satisfait pour ce qui était des *contras* : les États-Unis ne leur avaient en effet délivré aucune instruction spécifique concernant les violations du droit humanitaire dont ils étaient les auteurs présumés » (§ 114).

Or, pour la Chambre d'appel, le critère de « contrôle effectif » ainsi interprété, « n'est pas convaincant » (§ 115). En effet, selon elle :

« Pour imputer à l'État des actes accomplis par des particuliers, le droit international exige qu'il exerce son contrôle sur eux. Le *degré de contrôle requis* peut (...) varier selon les circonstances factuelles propres à chaque affaire (...) Le droit international ne saurait exiger dans tous les cas un contrôle très étroit. Il convient plutôt de distinguer plusieurs cas de figure » (§ 117).

La Chambre d'appel s'engage alors dans une analyse de la pratique judiciaire et étatique (§§ 124-145), afin d'établir l'existence de plusieurs critères, présentés comme juridiques, permettant de reconnaître l'organe étatique de fait. À cet égard, deux situations sont particulièrement distinguées. La première est celle du « particulier engagé par un État pour accomplir certains actes illégaux sur le territoire d'un autre État » :

« Dans cette hypothèse, pour démontrer que le particulier a agi en tant qu'agent de fait de l'État, il faudrait prouver, ne serait-ce que par déduction nécessaire, que l'État lui a donné des instructions spécifiques pour commettre l'infraction. À défaut, il conviendrait d'établir que l'État a, *a posteriori*, publiquement approuvé l'action de cet individu. L'exercice d'une autorité générale sur l'individu ne suffirait pas à engager la responsabilité de l'État » (§ 118).

La seconde situation est celle des « individus constituant un groupe organisé et structuré hiérarchiquement, comme une unité militaire ou, en temps de guerre ou de troubles internes, des bandes d'éléments irréguliers ou de rebelles armés » (§ 120). Dans cette hypothèse :

« Il suffit, pour imputer à l'État les actes du groupe, que ce dernier soit, dans son ensemble, sous le contrôle global de l'État (...) Celui-ci est forcément responsable de ses actes, qu'il ait ou non imposé, demandé ou ordonné chacun d'entre eux » (§§ 120 et 122).

Il est en effet naturel que des situations de fait extrêmement diverses donnent lieu à la recherche d'éléments distincts afin de qualifier l'activité accomplie « pour le compte » de l'État. Dans le cas du contrôle exercé sur un groupe armé, il serait bien sûr vain d'exiger la preuve que des instructions spécifiques aient été données pour chaque acte accompli. Il n'en découle cependant pas un affaiblissement du contrôle ; celui-ci est simplement exercé différemment. Pour la Chambre d'appel, le « contrôle global » exercé sur le groupe « doit aller au delà de la simple aide financière, fourniture d'équipements militaires ou formation » mais ne va pas « jusqu'à inclure l'émission

d'ordres spécifiques par l'État ou sa direction de chaque opération » (§ 137).  
Ainsi :

« Le degré de contrôle requis en droit international peut être considéré comme avéré lorsqu'un État (...) joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires du groupe militaire, en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel » (§ 138).

La Chambre note que les exigences sont accrues lorsque « l'État exerçant le contrôle n'est pas celui sur le territoire duquel les affrontements armés se produisent » ou lorsque l'État « est en proie à des troubles et à une guerre civile et souffre d'une déliquescence du pouvoir » (§§ 138-139). À l'inverse :

« Lorsque l'État exerçant le contrôle se trouve être voisin de l'État où se déroule le conflit et qu'il vise à satisfaire ses visées expansionnistes à travers les forces armées qu'il contrôle, le degré de contrôle requis peut être plus facilement établi » (§ 140).

On peut se demander s'il était nécessaire de figer en des catégories juridiques absolument distinctes la démarche principalement pragmatique des juges du fond appréciant au cas par cas l'existence d'un contrôle suffisant. Notons à cet égard que la Chambre évoque en dernier lieu un troisième critère reconnu par le droit international, qui permet d'assimiler à des organes d'État des individus « en conséquence de leur comportement dans les faits au sein de la structure dudit État ». Ce troisième critère (§§ 142-143) pourrait d'ailleurs permettre d'étendre la qualification du lien organique dans le domaine spécifique de la criminalité étatique de masse. On peut également se demander si les critères adoptés dans l'affaire *Nicaragua* n'auraient pas pu donner lieu à une application plus souple au simple regard de la diversité des situations nicaraguayenne et bosniaque. Quoi qu'il en soit, par ces précisions, la Chambre d'appel infirme heureusement les conclusions contestées de la Chambre de première instance. En l'espèce, le conflit est considéré comme international. Les forces serbes de Bosnie peuvent être tenues pour un organe de fait de la RFY car elles se trouvaient sous son « contrôle global » :

« Ce contrôle revêtait la forme d'assistance et de soutien financier, logistique et autre, mais également, et plus significativement, la forme d'une participation à la direction, la coordination et la supervision générales des activités et opérations de la VRS » (§ 156).

En outre, une analyse du processus de négociation et de conclusion des accords de Dayton (§§ 157-159) vient confirmer, selon la Chambre d'appel, que :

« Au moins entre 1992 et 1995, la RFY exerçait sur la *Republika Srpska* [République Serbe de Bosnie] une autorité politique et militaire globale (...) Le fait que la RFY ait pris, en dernier ressort, des engagements internationaux pour la *Republika Srpska* et se soit de surcroît engagée, à l'issue du conflit, à garantir le respect desdits engagements par la *Republika Srpska* confirme effectivement que i) pendant le conflit armé la RFY exerçait un contrôle sur cette entité et que ii) ce contrôle perdurait à l'issue du conflit » (§ 160).

Pour ce qui est de la qualité de personnes protégées des victimes, la Chambre d'appel entend se dégager de tout « lien formel » de nationalité, son raisonnement se rapprochant en ceci de celui adopté par la Chambre de première instance dans l'affaire *Celebici* (62). Pour la Chambre d'appel, la IV<sup>e</sup> Convention de Genève, qui précise que sont protégées les personnes « se

---

(62) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 394.

trouvant au pouvoir d'une partie au conflit dont elles ne sont pas ressortissantes » (article 4 1)), vise à protéger « les civils qui ne sont pas ressortissants de l'État belligérant au pouvoir duquel ils se trouvent ou qui sont apatrides » (§ 164). De plus, selon la Chambre :

« Il ressort des travaux préparatoires que la Convention vise également à protéger, en territoire occupé, les civils qui, tout en étant ressortissants de la Partie au conflit au pouvoir de laquelle ils se trouvent, sont des réfugiés, ne doivent donc plus allégeance à ladite Partie et ne jouissent plus de sa protection diplomatique (...). Ainsi dès 1949, le critère du lien juridique de nationalité n'était pas considéré comme déterminant et des exceptions étaient prévues » (§§ 164-165).

Dès lors, pour la Chambre, le critère déterminant est désormais, au regard de la spécificité des « conflits armés interethniques modernes » ainsi que de l'objet et du but de la Convention, celui de « l'allégeance à une partie au conflit » (§ 166).

### 1.2. L'absence de condamnations pour crimes de guerre devant le TPIR

Les Chambres de première instance du TPIR ont généralement refusé de qualifier les actes des individus poursuivis devant elles de crimes de guerre. Si cette tendance se situe dans la droite ligne de la jurisprudence *Akayesu* (63), elle est toutefois plus précisément motivée, notamment dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*. L'absence de liens entre les crimes commis par les accusés et le conflit armé y est mise en évidence avec force, la Chambre de première instance refusant d'admettre la présentation du Procureur en vertu de laquelle :

« *The evidence shows, beyond reasonable doubt, that for each of the alleged violations there was a nexus between the crimes and the armed conflict that was underway in Rwanda (...) These attacks were occurring because hostilities had broken out between the RPF [Front Patriotique Rwandais] and the FAR [Forces Armées Rwandaises, gouvernementales] and the Tutsis were being sought out on the pretext that they were accomplices of the RPF, were the 'enemy' and/or were responsible for the death of the President* » (§ 601).

C'est précisément ce lien fallacieux établi par les auteurs des crimes entre la population tutsie et les forces rebelles, aux fins de susciter la participation générale au processus d'extermination, qui se trouve contesté par la Chambre :

« *The crimes (...) referred to in the indictment (...) were committed by the civilian authorities of this country against their own civilian population of a certain ethnicity and this fact was proven beyond a reasonable doubt during the trial. It is true that these atrocities were committed during the armed conflict. However, they were committed as part of a distinct policy of genocide; they were committed parallel to, and not as a result of, the armed conflict. (...) the armed conflict (...) was used not only as a pretext for ignoring the provisions of human rights laws, but, moreover, as a pretext for committing extremely serious crimes* » (§§ 621 et 622).

C'est donc de manière rigoureuse que doit, selon la Chambre, être établi, *in concreto* (§ 188) le lien entre les actes commis et le conflit armé aux fins d'une qualification de crime de guerre et ceci plus particulièrement lorsque les auteurs des actes ne font pas partie des forces armées (§§ 173-176 et §§ 616-620). Dans ce cas de figure, il semble que doive être établi le lien

(63) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 387.

entre les auteurs des actes et l'effort de guerre (§§ 617-618), ce qui n'apparaît pas radicalement éloigné des conclusions de la Chambre de première instance du TPIY dans le jugement relatif à l'affaire *Tadic* (64). Notons que, devant le TPIR, les accusés ont été condamnés pour les mêmes actes qualifiés de génocide (affaire *Kayishema-Ruzindana*, affaire *Rutaganda*) et de crime contre l'humanité (affaire *Rutaganda*).

## 2. Les crimes contre l'humanité

Les deux tribunaux internationaux ont eu à connaître d'accusations de crime contre l'humanité *stricto sensu* au cours de l'année 1999 (2.1). Le caractère organisé, étatique ou quasi-étatique du crime contre l'humanité est reconnu par le TPIR qui suit en ceci le jugement rendu par le TPIY dans l'affaire *Tadic* en 1997 (2.1.1). Toutefois, la diversité des définitions de l'infraction contenues dans les Statuts des deux juridictions apparaît définitivement fixée par l'arrêt d'appel rendu cette année dans l'affaire *Tadic*, qui refuse d'étendre le « critère de discrimination » à l'ensemble des crimes contre l'humanité (2.1.2). La question de l'intention spécifique de l'exécutant d'un crime contre l'humanité est tranchée dans ce même arrêt (2.1.3). La répression du génocide (2.2) paraît dépendre de plus en plus de la preuve de l'existence d'un plan visant à commettre cette infraction (2.2.1), tandis que l'ambiguïté perdure quant à l'identification subjective ou objective du groupe visé (2.2.2).

### 2.1. Le crime contre l'humanité

#### 2.1.1. Le crime contre l'humanité, crime collectif

À l'instar du TPIY, le TPIR s'est penché sur l'aspect collectif du crime contre l'humanité. La Chambre de première instance dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, interprétant les termes de son Statut, estime à cet égard :

*« The attack must be one of the alternative conditions of being widespread or systematic. A widespread attack is one that is directed against a multiplicity of victims. A systematic attack means an attack carried out pursuant to a pre-conceived policy or plan. Either of these conditions will serve to exclude isolated or random inhumane acts committed for purely personal reasons »* (§ 123).

Poursuivant cette analyse, la Chambre estime néanmoins que *« for an act of mass victimisation to be a crime against humanity, it must include a policy element »*, ce qui impliquerait que l'ampleur de l'atteinte à la population civile ne suffit pas à caractériser le crime contre l'humanité, qui doit de surcroît apparaître organisé (§ 124). La Chambre précise d'ailleurs à cet égard : *« the requirement that the attack must be committed against 'a civilian population' inevitably demands some kind of plan »* (§ 124). Aussi, dans les faits, les caractères d'ampleur et d'organisation iraient-ils naturellement de pair. S'interrogeant sur la question de l'entité se trouvant à l'origine de l'organisation du crime contre l'humanité, la Chambre, alors que les faits dont elle se trouvait saisie n'étaient guère problématiques à cet égard, paraît

(64) Voir ainsi TPIY, Jugement, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1-T, 7 mai 1997, §§ 574-575. Dans le cas de la criminalité serbe en Bosnie-Herzégovine, le crime contre l'humanité était plus spécifiquement perpétré par le moyen d'opérations militaires : la purification ethnique apparaissait ici comme un objectif militaire spécifique (mais, cela va de soi, non légitime !).

confirmer l'analyse de la Chambre de première instance dans l'affaire *Tadic*, en vertu de laquelle non seulement les États mais également des entités quasi-étatiques pourraient se trouver à l'origine de crimes contre l'humanité. Ainsi,

« *to have jurisdiction over either of the accused, the Chamber must be satisfied that their actions were instigated or directed by a Government or by any organisation or group* » (§ 126).

Notons que les termes employés, inspirés du Code des crimes proposé par la CDI, paraissent même dépasser le cas du crime contre l'humanité perpétré par un mouvement insurrectionnel.

### 2.1.2. La discrimination

On sait que dans le Statut du TPIY (article 5) l'élément de discrimination dans le crime contre l'humanité n'apparaît que pour les actes de persécution ; le Statut du TPIR (article 3) généralise cet élément à l'ensemble des actes susceptibles d'être qualifiés de crime contre l'humanité. Alors que la jurisprudence initiale du TPIY tendait à rapprocher ces deux définitions (65), l'arrêt d'appel rendu dans l'affaire *Tadic* met un terme à ce mouvement jurisprudentiel en limitant strictement la nécessité de prouver la discrimination au cas des persécutions. La position ainsi adoptée, par ailleurs similaire à celle retenue dans le Statut de la CPI (66), est présentée comme le reflet du droit coutumier mais paraît également dictée par des considérations « humanitaires » qui ne convainquent pas entièrement.

La question de la discrimination a été soulevée en appel par le Procureur. S'il est vrai que le Statut du TPIY limite l'élément de discrimination aux actes du type des « persécutions », la défense soulignait que le rapport du Secrétaire général présentant le Statut du Tribunal au Conseil de sécurité ainsi que les déclarations de certains membres du Conseil avant l'adoption du Statut généralisaient cet élément à tous les actes pouvant relever d'une qualification de crime contre l'humanité. La Chambre d'appel estime néanmoins, à juste titre, que ces éléments, qui pourraient être considérés comme des sources « supplémentaires » ou « secondaires » d'interprétation, ne viennent en aucune mesure modifier le sens d'un texte clair (Arrêt *Tadic*, §§ 296, 303 et 304).

La Chambre estime en outre que la définition figurant à l'article 5 de son Statut est le reflet du droit international coutumier. Elle rappelle à cet égard les dispositions des Chartes des TMI de Nuremberg et de Tokyo, ainsi que celles de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié pour l'Allemagne occupée, qui limitaient l'élément de discrimination aux persécutions (§ 289). Pour la Chambre :

« Le libellé de ces dispositions est clair et dépourvu d'ambiguïté. En conséquence, si le droit international avait évolué de manière à restreindre la portée des dispositions conventionnelles qui sont à l'origine même de son processus de formation, il faudrait en apporter la preuve irréfutable » (§ 290).

Or, pour la Chambre d'appel, aucune pratique constante, notamment judiciaire, des États ne démontre que le droit coutumier se soit écarté du droit conventionnel en la matière. Ainsi,

« à l'exception de quelques rares cas isolés comme l'affaire *Finta*, les jurisprudences internes offrent de multiples exemples de crimes contre l'humanité qui

(65) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, p. 133, et *A.F.D.I.*, 1997, pp. 390-391.

(66) Voir l'article 7 du Statut de la CPI.

ne s'analysaient pas comme des actes de persécution ou de discrimination » (§ 290).

Signalons que la description des jurisprudences internes exclut toute référence à l'importante pratique judiciaire française qui aurait sans doute permis de relativiser l'« isolement » de l'affaire *Finta*, jugée par la Cour suprême du Canada. Par ailleurs, les exemples de répression évoqués sont relativement anciens (la décision la plus récente date de 1952) et ne peuvent en conséquence véritablement témoigner d'une évolution coutumière. Enfin, on peut se demander si la « preuve irréfutable » d'une transformation définitive du droit coutumier devait nécessairement être rapportée par la défense. Si des éléments importants de la répression nationale contemporaine du crime contre l'humanité viennent étendre l'élément de discrimination, ne peut-on considérer qu'il existe un doute quant à l'état précis du droit coutumier en la matière et ce doute ne doit-il pas profiter aux accusés ? En d'autres termes, on peut se demander si la Chambre d'appel n'a pas en quelque sorte renversé la charge de la preuve quant à l'état du droit coutumier alors que la jurisprudence des TPI reconnaît de plus en plus généralement que le doute quant à l'état précis de ce droit, en matière pénale, doit profiter à l'accusé (67).

La démarche, quelque peu surprenante, de la Chambre d'appel peut s'expliquer par l'emploi qu'elle entend aujourd'hui faire de la norme coutumière. Elle précise ainsi :

« Comme nous l'avons dit précédemment, le Conseil de sécurité a la latitude – sous réserve de respecter les normes impératives du droit international (*jus cogens*) – d'adopter, pour les crimes qui figurent dans le Statut, des définitions qui s'écartent du droit international coutumier » (§ 296).

Les juges paraissent ici se référer au premier arrêt d'appel rendu dans l'affaire *Tadic* (exceptions préliminaires) dans lequel ils estimaient que le droit coutumier n'exigeait plus, au contraire du Statut du Tribunal, que les actes constitutifs d'un crime contre l'humanité aient un lien avec la situation de guerre pour être internationalement réprimés. Le Conseil de sécurité aurait seulement exigé la preuve de ce lien aux fins des poursuites devant le TPIY (68). Mais cette analyse n'est acceptable que lorsque le Conseil de sécurité a adopté une définition plus restrictive de l'infraction que celle qui se trouve consacrée par le droit international coutumier. Lorsque, à l'inverse, la définition statutaire apparaît plus extensive, les juges devraient être conduits à n'appliquer que le droit coutumier aux fins notamment de respecter le principe *nullum crimen sine lege*.

Il convient enfin de s'interroger sur l'exercice d'interprétation de l'article 5 de son statut par la Chambre d'appel « à la lumière de son objet et de son but » (§ 285), qui viendrait conforter le rejet de la généralisation de l'élément de discrimination. Notons incidemment que le recours à cette méthode d'interprétation n'apparaît pas plus nécessaire que le recours aux « sources secondaires » lorsque le texte est clair. Sont ici évoqués les « objectifs humanitaires » du Statut, mis en péril, selon la juridiction, par l'extension de l'élément discriminatoire dans le crime contre l'humanité. Dans un premier temps, la Chambre d'appel estime :

(67) Dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, la Chambre de première instance estime ainsi : « If a doubt exists, for a matter of statutory interpretation, that doubt must be interpreted in favour of the accused », Jugement *Kayishema-Ruzindana*, § 103 (voir aussi le § 139 du même jugement).

(68) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, p. 132.

« Au vu des objectifs humanitaires des auteurs du Statut, il est difficile d'imaginer pourquoi ils auraient à ce point restreint la catégorie d'infractions pouvant être qualifiées de 'crimes contre l'humanité' et en auraient ainsi exclu tous les crimes graves généralisés ou systématiques perpétrés contre des civils, au motif qu'aucune intention discriminatoire ne s'y attache. Cette condition d'intention discriminatoire empêcherait, par exemple, de qualifier de crime contre l'humanité la violence arbitraire et aveugle visant à semer la terreur au sein d'une population civile » (§ 285).

Plusieurs remarques s'imposent ici. D'un point de vue purement factuel, on peut en premier lieu constater que les crimes généralisés et systématiques contre les civils sont le plus souvent précédés par la construction ou l'accentuation d'oppositions identitaires. En second lieu, on ne voit pas en quoi les « objectifs humanitaires » des auteurs du Statut seraient mis en péril par la généralisation de l'intention discriminatoire dans la mesure où « la violence arbitraire et aveugle » contre la population civile peut très bien relever de la qualification de crime de guerre et faire l'objet d'une répression devant le Tribunal, à moins de considérer, comme semble le faire la Chambre, que l'article 5 possède en lui-même un objet spécifique... On peut enfin s'interroger sur la nature des « objectifs humanitaires » prétendus des auteurs du Statut. Quand bien même on pourrait qualifier « d'objectif humanitaire » la volonté d'assurer la répression des infractions internationales, on devrait encore signaler que les « auteurs du Statut » n'ont apparemment pas recherché la répression la plus large des crimes commis dans l'ex-Yougoslavie mais ont précisément insisté sur la répression du « 'nettoyage ethnique', notamment pour acquérir et conserver un territoire » (69). La Chambre d'appel poursuit son raisonnement en estimant :

« L'objet et le but de l'article 5 seraient *a fortiori* pervertis si l'on devait insinuer que les raisons discriminatoires requises devaient se limiter aux raisons exposées dans le rapport du Secrétaire général et reprises dans les déclarations de trois des membres du Conseil de sécurité (...). Pareille interprétation de l'article 5 créerait d'importantes lacunes juridiques car les groupes de victimes qui ne seraient pas couverts par les raisons discriminatoires énumérées ne jouiraient d'aucune protection. L'expérience de l'Allemagne nazie montre que les crimes contre l'humanité peuvent être commis dans une intention discriminatoire autre que celles énumérées à l'article 5 (h), comme la discrimination fondée sur le handicap mental ou physique, l'âge, l'infirmité ou les préférences sexuelles. De même, l'extermination des 'ennemis de classe' dans l'Union soviétique des années 30 (...) et la déportation des citoyens éduqués du Cambodge par les Khmers rouges entre 1975 et 1979, constituent autant d'exemples d'actes qui ne pourraient être qualifiés de crimes contre l'humanité si l'on devait s'en tenir uniquement aux raisons discriminatoires énumérées dans le rapport du Secrétaire général » (§ 285).

Si les exemples soviétiques et cambodgiens, qui peuvent refléter l'existence d'une discrimination politique, apparaissent contestables, l'exemple de l'Allemagne nazie est évidemment plus frappant. Notons cependant que l'adoption du critère subjectif d'identification du groupe de population visé, suggérée notamment dans l'affaire *Nikolic*, pourrait parfaitement combler les « lacunes » évoquées par la Chambre (70). Mais, de manière encore plus

(69) Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité.

(70) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 391. Dans le même sens, le h) de l'article 7.1 du Statut de la CPI relatif au crime contre l'humanité prohibe la « persécution de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste (...) ou en fonction d'autres critères universellement reconnus comme inadmissibles en droit international, en corrélation avec tout acte visé dans le présent paragraphe ou tout crime relevant de la compétence de la Cour ».

significative, on peut douter que le rejet de l'élément de discrimination soit une réponse adéquate à l'énumération lacunaire des motifs de discrimination figurant à l'article 5. Ainsi, la gravité des crimes évoqués par la Chambre découle en partie du processus de sélection discriminatoire des victimes (en raison de leur handicap, leur infirmité, leur âge, leurs préférences sexuelles) : effacer l'élément de discrimination ne permettrait plus de rendre compte de la réprobation qui doit s'attacher, par le biais de la répression du crime contre l'humanité, aux pratiques systématiques fondées sur la négation idéologique de l'unité de l'humanité.

Enfin, on doit signaler que l'arrêt de la Chambre d'appel, en ce qu'il n'accepte pas la généralisation de l'élément de discrimination à tous les actes susceptibles d'être qualifiés de crime contre l'humanité, ne contribue pas à la précision et à la distinction des diverses infractions relevant de sa compétence. Sans élément discriminatoire, il devient en effet extrêmement délicat, si ce n'est impossible, de distinguer le crime contre l'humanité du crime de guerre systématique commis contre les populations civiles. Or, ainsi que le rappelait le Juge *Abi-Saab* dans son opinion séparée annexée au premier arrêt d'appel dans l'affaire *Tadic* (1995), l'interprétation par le Tribunal de son Statut doit également permettre à chaque catégorie d'infractions « par le processus de concrétisation juridique, de s'ajuster mutuellement et à l'intérieur de l'enchevêtrement normatif du système juridique international » (71).

### 2.1.3. L'intention de l'agent

L'arrêt d'appel dans l'affaire *Tadic* apporte des précisions quant à l'intention qui doit animer l'auteur d'actes criminels d'une ampleur limitée afin de justifier une condamnation pour crime contre l'humanité. On se souvient que la Chambre de première instance, dans cette même affaire, avait estimé : « en plus de l'intention de commettre le crime de base, l'auteur doit être conscient du contexte plus large dans lequel il est commis » (72) tout en ajoutant cependant que « l'acte ne doit pas être commis dans un dessein purement personnel ». L'exemple invoqué par la Chambre de première instance afin de justifier ce second critère ne semblait cependant pas attester de la nécessité d'exclure les actes perpétrés pour des raisons « purement personnelles » : il s'agissait du cas de la dénonciation par un individu des remarques antinazies de sa femme à la Gestapo, dans le but de s'en séparer. La juridiction saisie avait estimé que l'accusé avait commis un crime contre l'humanité dans la mesure où son acte correspondait au plan de persécution des Juifs en Allemagne. Dans cette espèce donc, les « raisons personnelles » de l'accusé n'avaient en aucune mesure fait obstacle à sa condamnation pour crime contre l'humanité et, dès lors, la position de la Chambre de première instance restait ambiguë.

Le Procureur du TPIY a en conséquence interjeté appel, en invoquant l'erreur de droit commise en première instance. Les incertitudes suscitées par le jugement de première instance sont définitivement levées dans l'arrêt d'appel. La Chambre estime en effet, au regard de l'analyse de nombreux précédents jurisprudentiels (§§ 257-262) ainsi que des principes du droit

(71) Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1-AR 72, 2 octobre 1995, Opinion séparée du Juge *Abi-Saab*, pp. 2-3.

(72) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 394.

pénal, que les mobiles, c'est à dire la motivation profonde de l'agent, « ont en général peu d'importance en droit pénal (...) à cette réserve près que les mobiles deviennent pertinents lors de l'évaluation de la peine à imposer, en tant que circonstances aggravantes ou atténuantes » (§ 268). Cette affirmation conduit à réinterpréter la position de la Chambre de première instance. Ainsi :

« Il semble que cette dernière ait maladroitement reformulé la double condition que les actes de l'accusé s'inscrivent dans un contexte de crimes commis à grande échelle et que l'accusé ait connaissance de ce contexte, sous forme d'une unique condition à tournure négative (que l'accusé n'ait pas agi pour des motifs personnels) » (§ 269).

On remarque d'ailleurs que la référence aux « raisons personnelles » de l'action individuelle vise également, dans la jurisprudence récente du TPIR, à exclure de la qualification de crime contre l'humanité des actes totalement isolés ou des actes d'ampleur limitée qui se trouvent correspondre dans leur résultat à une politique généralisée sans que l'agent en ait conscience (73). Ainsi, dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, la Chambre de première instance affirmait-elle :

*« Part of what transforms an individual's act(s) into a crime against humanity is the inclusion of the act within a greater dimension of criminal conduct; therefore an accused should be aware of this greater dimension in order to be culpable thereof. Accordingly, actual or constructive knowledge of the broader context of the attack, meaning that the accused must know that his act(s) is part of a widespread or systematic attack on a civilian population and pursuant to some kind of policy or plan, is necessary to satisfy the requisite mens rea element of the accused. This requirement further compliments (sic) the exclusion from crimes against humanity of isolated acts carried out for purely personal reasons »* (§ 134).

La réflexion relative aux mobiles de l'exécutant dans le crime contre l'humanité peut apparaître justifiée dans la mesure où l'on admet la généralisation de l'élément discriminatoire. Dans la mesure en effet où la répression du crime contre l'humanité viserait à stigmatiser une politique déniait tout droit à certains groupes de population, il pourrait sembler nécessaire de rechercher l'existence d'une telle motivation discriminatoire au niveau individuel. À cet égard, on ne peut toutefois que s'associer à la conclusion de la Chambre d'appel qui rend cette recherche inutile, car ce sont les résultats de cette politique discriminatoire et l'association individuelle à celle-ci qui sont sanctionnés. Aussi, le fait qu'un dirigeant ait mis en œuvre une politique discriminatoire dans le but ultime de conserver le pouvoir et le fait qu'un exécutant ait participé à cette politique par peur ou intérêt sont sans pertinence dans l'appréciation de leur responsabilité pénale. On devrait cependant, en poursuivant ce raisonnement, réexaminer la question du mobile pour ce qui est du génocide. Il semble qu'un tel mouvement soit perceptible dans la jurisprudence la plus récente.

## 2.2. Le génocide

### 2.2.1. Plan et intention génocidaires

Des nombreuses affaires de génocide soumises aux Chambres de première instance se dégagent certains critères permettant la qualification de l'infraction. Comme dans le cas du crime contre l'humanité *stricto sensu*, les juges

---

(73) Voir *supra*, II, 2.1.1.

tendent à conditionner la répression de l'infraction à la démonstration de l'existence d'une politique génocidaire. Dans l'affaire *Rutaganda*, la Chambre précise :

*« At the time of the events charged in the indictment, numerous atrocities were committed against Tutsis in Rwanda. From the widespread nature of such atrocities, throughout the Rwandan territory, and the fact that the victims were systematically and deliberately selected owing to their being members of the Tutsi group (...) the Chamber is able to infer a general context within which acts aimed at destroying the Tutsi group were perpetrated. Consequently, the Chamber notes that such acts as are charged against the Accused were part of an overall context within which other criminal acts systematically directed against members of the Tutsi group, targeted as such, were committed »* (§ 400).

Toutefois, la Chambre, dans cette affaire, ne semble pas faire de l'existence de ce contexte général une condition spécifique de la sanction individuelle. Dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, la Chambre a quant à elle estimé :

*« Although a specific plan to destroy does not constitute an element of genocide, it would appear that it is not easy to carry out a genocide without such a plan, or organisation »* (§ 94).

La Chambre paraît se sentir en conséquence tenue de s'interroger sur la situation prévalant au Rwanda en 1994 afin de statuer sur la responsabilité individuelle des accusés. Présentant le chapitre de son jugement consacré à la perpétration d'un génocide au Rwanda et dans la préfecture de Kibuye en 1994, la Chambre précise :

*« A question of general importance to this case is whether genocide took place in Rwanda in 1994 (...) The question is so fundamental to the case against the accused that the Trial Chamber feels obliged to make a finding of this issue. The Trial Chamber underscores that a finding that genocide took place in Rwanda is not dispositive of the question of the accused's innocence or guilt (...) Rather, this Chapter assesses whether the events in Rwanda as a whole, reveal the existence of the elements of the crime of genocide. Such a finding allows for a better understanding of the context within which perpetrators may have committed the crimes alleged in the Indictment »* (§§ 273-274).

Ces formules, qui restent encore ambiguës, sont éclairées par l'examen des faits et son utilisation par la Chambre. Se référant au témoignage de René Degni-Segui, qui signalait l'existence d'un plan, établi avant l'accident de l'avion transportant le président rwandais Habyarimana le 7 avril 1994, et visant à la perpétration du génocide, la Chambre estime que *« the existence of such a plan would be strong evidence of the specific intent requirement for the crime of genocide »* (§ 276). L'analyse de la politique conduite va ainsi permettre de cerner l'intention spécifique du crime de génocide, c'est à dire l'intention « de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel ». Après avoir analysé un certain nombre de données relatives à la diffusion médiatique d'une propagande « extrémiste », au programme de défense civile et aux milices, ainsi qu'à l'érection systématique de barrages routiers, la Chambre estime :

*« The massacres of the Tutsi population indeed were 'meticulously planned and systematically co-ordinated' by top level Hutu extremists in the former Rwandan government at the time in question. The widespread nature of the attacks and the sheer number of those who perished within just three months is compelling evidence of this fact. This plan could not have been implemented without the participation of the militias and the Hutu population who had been convinced by these extremists that the Tutsi population, in fact was the enemy and responsible for the downing of President Habyarimana's airplane. The cruelty with which the attackers killed wounded and disfigured their victims indicates that the propaganda unleashed on Rwanda had the desired effect, namely the*

*destruction of the Tutsi population. The involvement of the peasant population in the massacres was facilitated also by their misplaced belief and confidence in their leadership, and an understanding that the encouragement of the authorities to guarantee them impunity to kill the Tutsis and loot their property. Final reports produced estimated the number of the victims of the genocide at approximately 800 000 to one million, nearly one-seventh of Rwanda's total population. These facts combined prove the special intent requirement element of genocide » (§§ 289-291).*

La Chambre s'interroge alors sur la mise en œuvre de ce plan génocidaire dans la préfecture de Kibuye (dont Kayishema était le préfet et où Ruzindana était suspecté d'avoir participé aux massacres). Elle décrit à cet égard les premières attaques contre la population tutsie sur ses lieux d'habitation (§§ 296-300), l'exode subséquent de cette population vers des lieux traditionnellement protégés – églises, stades, hôpitaux – où elle fut l'objet de massacres de grande ampleur (§§ 301-307, et pour les massacres dont Kayishema fut convaincu à l'église et au foyer St Jean, au stade de Kibuye et à l'église de Mubuga §§ 314-320), enfin, la véritable « chasse » aux rescapés, réfugiés dans les bois et les collines de Bisesero, menée sur une période de trois mois (§§ 405-412). Pour la Chambre :

*« In the Kibuye Prefecture, the plan of genocide was implemented by the public officials. Persons in position of authority used hate speech and mobilised their subordinates, such as the gendarmes, the communal police and the militias, who in turn assisted in the mobilisation of the Hutu population to the massacre sites where the killings took place » (§ 312).*

Après avoir établi, à la lumière des témoignages et documents écrits, l'implication active des deux accusés dans les massacres perpétrés à Kibuye, la Chambre conclut :

*« The perpetrators of the culpable acts that occurred within Kibuye Prefecture, during the period in question, were acting with a common intent and purpose. That intent was to destroy the Tutsi ethnic group within Kibuye. Both Kayishema and Ruzindana played pivotal roles in carrying out this common plan » (§ 545).*

Pour affirmer la culpabilité des deux accusés du chef de génocide, il semble ainsi que la Chambre se soit attachée à démontrer que leur activité criminelle se rapportait à la mise en œuvre, dans la préfecture de Kibuye, du plan génocidaire étatique dont l'existence a été préalablement établie. En dépit de la construction complexe du jugement, il semble qu'une démarche largement comparable ait été adoptée par le TPIY dans l'affaire *Jelusic*. C'est, semble-t-il, l'insuffisance ou l'absence de preuves relatives à l'existence d'une politique génocidaire de nature étatique ou quasi étatique qui justifie principalement l'acquittement de Jelusic de ce chef.

Goran Jelusic, responsable du camp de Luka, avait reconnu avoir perpétré un nombre considérable de crimes à Brcko. Lors de sa comparution initiale, il avait ainsi plaidé coupable sur les chefs de crimes de guerre et de crime contre l'humanité, mais, tout en reconnaissant s'être lui-même fait appeler « l'Adolf serbe », avait refusé que ses crimes fussent qualifiés de génocide. Le procès qui s'est tenu a donc concerné cette qualification de génocide, la Chambre ne statuant par ailleurs que sur la validité du plaidoyer de culpabilité et la détermination de la peine encourue pour crimes de guerre et crime contre l'humanité (74). Pour ce qui est du génocide, la Chambre a estimé que l'élément matériel de cette infraction était établi au regard des crimes perpétrés dans le camp de Luka :

(74) Sur le plaidoyer de culpabilité, voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, pp. 379-380.

« Le Procureur dans son mémoire préalable au procès, soutient que pendant toute la durée du fonctionnement du camp de Luka, les autorités serbes, y compris l'accusé, auraient tué des centaines de détenus Musulmans et Croates. Le nombre des victimes serait ainsi bien supérieur aux seuls crimes reconnus par l'accusé lors de son plaidoyer de culpabilité. Bien que la Chambre ne soit pas en mesure d'établir de façon précise le nombre de victimes imputables (*sic*) à Goran Jelusic pour la période incriminée dans l'acte d'accusation, elle constate en l'espèce que l'élément matériel du crime de génocide est rempli » (Jugement *Jelusic*, §§ 64-65).

C'est donc l'élément intentionnel de l'infraction qui fait défaut dans cette espèce. Or, pour la Chambre,

« Deux éléments peuvent (...) être dégagés de cette intention spéciale : – celle-ci suppose, d'une part, que les victimes appartiennent à un groupe identifié ; – d'autre part, l'auteur présumé doit inscrire son acte dans un projet plus vaste de destruction du groupe comme tel » (§ 66).

La Chambre s'interroge en conséquence dans un premier temps sur l'existence d'une intention discriminatoire. Selon elle :

« L'offensive menée contre la population civile de Brcko, dans laquelle s'inscrivaient les actes de Goran Jelusic, était dirigée principalement contre la population musulmane » (§ 74).

Dans un second temps, la Chambre s'interroge plus précisément sur le point de savoir si cette intention discriminatoire consistait dans la volonté de *détruire, en tout ou en partie*, le groupe Musulman. Pour la Chambre :

« L'intention génocidaire peut (...) s'exprimer sous deux formes. Elle peut consister à vouloir l'extermination d'un nombre très élevé de membres du groupe. Nous serions alors dans l'hypothèse d'une volonté de destruction massive du groupe. Elle peut aussi consister à rechercher la destruction d'un nombre plus limité de personnes, celles-ci étant sélectionnées en raison de l'impact qu'aurait leur disparition pour la survie du groupe comme tel. Il s'agirait dans cette hypothèse d'une volonté de destruction « sélective » du groupe » (§ 82).

Cette précision, peut-être quelque peu restrictive, est tempérée par l'acceptation de l'idée selon laquelle l'intention de détruire pourrait ne viser que les membres du groupe se trouvant dans une zone géographique limitée, la Chambre visant apparemment en ceci une région ou même une municipalité (§ 83). La Chambre adopte successivement deux approches pour analyser l'existence d'une intention génocidaire de l'accusé. La première, relative à l'intention de « commettre un génocide global » se rapporte à l'hypothèse de la participation de Jelusic à une politique plus large. Cette hypothèse est rejetée, les preuves présentées par le Procureur ne permettant pas d'établir « l'existence d'un projet de destruction du groupe musulman, à Brcko ou même au-delà, dans lequel s'inscriraient les actes de l'accusé » (§ 98). Ainsi :

« Aucun élément n'a été présenté sur la chaîne de commandement à laquelle il [Goran Jelusic] se rattachait (...) La Chambre estime donc possible que Goran Jelusic ait agi au-delà des pouvoirs qui lui auraient été conférés » (§§ 96-97).

La seconde approche, décrite comme se rapportant à « l'intention de Jelusic de commettre le génocide », est relative non plus à la participation de l'accusé à une politique plus large, mais à sa responsabilité en tant qu'auteur principal du génocide. Pour la Chambre :

« Une telle hypothèse est théoriquement possible. Les meurtres commis par l'accusé suffisent à établir l'élément matériel du crime de génocide et il est *a priori* possible de concevoir que l'accusé nourrissait le projet d'exterminer un groupe dans son ensemble, sans que cette intention soit soutenue par un minimum d'organisation à laquelle participent d'autres individus » (§ 100).

Notant que la Convention sur le génocide n'a pas inclus la préméditation comme un élément de l'infraction, la Chambre en déduit que :

« Les rédacteurs de la Convention n'ont pas considéré l'existence d'une organisation ou d'un système mis au service de l'objectif génocidaire comme un élément constitutif du crime. Ce faisant, ils n'ont pas écarté l'hypothèse d'un individu qui chercherait à lui seul à détruire un groupe en tant que tel » (§ 100).

Si l'on peut douter que l'exclusion de la préméditation soit l'élément déterminant pour parvenir à cette conclusion, de nombreux auteurs ont en effet signalé, et le texte même de la Convention en atteste, que l'organisation étatique n'apparaissait pas en 1948 comme un élément constitutif du crime de génocide. La possibilité qu'un individu puisse perpétrer un génocide, sans l'appui d'une organisation criminelle, paraît toutefois troubler les juges. Ainsi :

« La Chambre de première instance remarque, cependant, qu'il sera en pratique très difficile d'apporter la preuve de l'intention génocidaire d'un individu si les exactions commises n'ont pas un caractère massif et si l'acte criminel reproché n'est pas soutenu par une organisation ou un système » (§ 101).

La jurisprudence *Jelisić* confirme dès lors que des actes d'une ampleur limitée, réalisant l'élément matériel de l'infraction de génocide, ne sont qualifiés d'actes génocidaires que s'ils peuvent être rapportés à un projet destructeur plus vaste, c'est à dire à un projet étatique ou quasi-étatique. Aussi, tout comme dans l'affaire *Tadić* en matière de crime contre l'humanité, l'analyse du dol spécial d'un agent subalterne sert principalement à rattacher des actes isolés ou perpétrés localement à un contexte politique plus large. On peut néanmoins se demander s'il n'aurait pas été souhaitable de formuler plus clairement les conditions de la participation au génocide, en ne prenant pas l'intention génocidaire de l'agent comme point de départ. On peut estimer qu'afin d'établir cette participation, la preuve de l'existence d'une politique génocidaire au niveau étatique ou quasi-étatique puis celle du lien unissant les actes de l'agent avec une telle politique génocidaire doivent être rapportées, sans que les mobiles de l'agent aient une pertinence au regard de l'analyse de sa culpabilité. Une telle clarification aurait sans doute évité à la Chambre, afin de prononcer l'acquittement, d'affirmer que la volonté de détruire le groupe Musulman, perceptible chez l'accusé (dont les actes réalisaient également l'élément matériel du génocide), révélait principalement « une personnalité perturbée » (§ 105).

### 2.2.2. Le groupe visé

On se souvient que le TPIR avait, en 1998, éprouvé certaines difficultés à établir que la population tutsie pouvait être présentée comme un groupe protégé au sens de la définition conventionnelle du génocide. Dans l'affaire *Akayesu*, la Chambre de première instance paraissait ainsi hésiter entre une identification objective et subjective du groupe ethnique (75). L'incertitude perdure dans les jugements de condamnation rendus en 1999 par le TPIR. Ainsi, dans l'affaire *Rutaganda* la Chambre de première instance paraît dans un premier temps adopter un critère subjectif d'identification en affirmant :

« *The concepts of national, ethnical, racial and religious groups have been researched extensively and (...) at present, there are no generally and internationally accepted precise definitions thereof. Each of these concepts must be assessed in the light of a particular political, social and cultural context.*

(75) Voir cette chronique, A.F.D.I., 1998, pp. 402-404.

*Moreover, the Chamber notes that for the purposes of applying the Genocide Convention, membership in a group is, in essence, a subjective rather than an objective concept. The victim is perceived by the perpetrator of genocide as belonging to a group slated for destruction. In some instances, the victim may perceive himself/herself as belonging to the said group » (§ 56).*

Toutefois, dans l'analyse subséquente des faits qui lui sont soumis, la Chambre adopte une démarche proche de celle retenue dans l'affaire *Akayesu* en précisant que le groupe tutsi peut être considéré comme un groupe protégé au sens de la définition conventionnelle du génocide du fait, principalement, de sa permanence et de sa stabilité. Pour les juges en effet :

*« The Tutsi population does not have its own language or a distinct culture from the rest of the Rwandan population. However, the Chamber finds that there are a number of objective indicators of the group as a group with a distinct identity. Every Rwandan citizen was, before 1994, required to carry an identity card which included an entry for ethnic group, the ethnic group being either Hutu, Tutsi or Twa. The Rwandan constitution and laws in force in 1994 also identified Rwandans by reference to their ethnic group. Moreover, customary rules existed in Rwanda governing the determination of ethnic group, which followed patrilineal lines. The identification of persons as belonging to the group of Hutu or Tutsi or Twa had thus become embodied in Rwandan culture, and can, in the light of the travaux préparatoires of the Genocide Convention, qualify as a stable and permanent group, in the eyes of both the Rwandan society and the international community. In Rwanda in 1994, the Tutsi constituted an ethnic group (...) The Chamber finds that the Tutsi group is characterised by its stability and permanence and is generally accepted as a distinct group in Rwanda. Therefore, the Chamber considers that it constitutes a group protected by the Genocide Convention and, thence, by Article 2 of the Statute » (§§ 374 et 377).*

S'il n'est pas question de contester la conclusion de la Chambre selon laquelle le groupe tutsi peut être victime de génocide, on doit néanmoins remarquer que son raisonnement, accumulant des critères distincts et parfois contestables, est singulièrement embarrassé. L'identification subjective n'est pas définitivement consacrée mais utilisée pour affirmer la permanence « sociale » du groupe, dans le prolongement de l'affaire *Akayesu*. Dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, il semble également, de prime abord, qu'une approche subjective ait été privilégiée. Ainsi, pour la Chambre :

*« An ethnic group is one whose members share a common language and culture; or, a group which distinguishes itself, as such (self identification); or, a group identified as such by others, including perpetrators of the group (identification by others) » (§ 98).*

Cependant, on doit constater que l'inclusion de ce critère subjectif dans la définition du groupe ethnique ne trouve pas d'équivalent pour les autres groupes protégés en vertu de la définition du génocide, la Chambre se contentant de renvoyer à la caractérisation des groupes déjà évoquée dans l'affaire *Akayesu* (§ 98). Dans son analyse des faits, la Chambre ne semble pas véritablement adopter une approche unique, en affirmant que les Tutsi constituaient un groupe ethnique au regard du droit et de la coutume rwandais (§§ 522-526). Cette hésitation jurisprudentielle est confirmée par l'analyse que fait cette même Chambre de l'élément discriminatoire dans le crime contre l'humanité. Ainsi, tandis que le Procureur mettait en évidence l'absence de pertinence de l'appartenance objective des victimes à un groupe (§ 131), la Chambre estime quant à elle :

*« Where the perpetrator attacks people on the grounds and in the belief that they are members of a group but, in fact, they are not (...) the Prosecutor must show that the perpetrator's belief was objectively reasonable – based upon real facts – rather than being mere speculation or perverted deduction » (§ 132).*

Cette affirmation, introduisant un critère objectif dans l'identification du groupe victime du crime contre l'humanité, est tout à fait contestable : la répression du crime contre l'humanité dans ses aspects discriminatoires n'a pas pour fondement unique la protection de groupes objectivement identifiables mais également la sanction de la démarche criminelle discriminatoire.

C'est en revanche avec beaucoup plus de clarté que le TPIY, dans l'affaire *Jelusic*, adopte le critère subjectif d'identification du groupe protégé. En effet, selon la Chambre de première instance, qui explicite la position déjà adoptée par le Tribunal dans l'affaire *Nikolic* (76) :

« Si la détermination objective d'un groupe religieux est encore possible, tenter aujourd'hui de définir un groupe national, ethnique ou racial à partir de critères objectifs et scientifiquement non contestables serait un exercice à la fois périlleux et dont le résultat ne correspondrait pas nécessairement à la perception des personnes concernées par cette catégorisation. Aussi est-il plus approprié d'apprécier la qualité de groupe national, ethnique ou racial du point de vue de la perception qu'en ont les personnes qui veulent distinguer ce groupe du reste de la collectivité. La Chambre choisit donc d'apprécier l'appartenance à un groupe national, racial ou ethnique à partir d'un critère subjectif : c'est la stigmatisation, par la collectivité, du groupe en tant qu'entité ethnique, raciale ou nationale distincte, qui permettra de déterminer si la population visée constitue, pour les auteurs présumés de l'acte, un groupe ethnique, racial ou national » (Jugement *Jelusic*, § 70).

De plus, dans cette même affaire, la Chambre accueille l'idée selon laquelle le groupe peut faire l'objet d'une singularisation tant « positive » que « négative », ce qui contribue également, en dépit de l'emploi d'un vocabulaire peut-être inapproprié, à simplifier la qualification du crime de génocide. Ainsi :

« Une telle stigmatisation du groupe peut s'effectuer selon des critères positifs ou négatifs. Une « approche positive » consistera pour les auteurs du crime à distinguer le groupe en raison de ce qu'ils estiment être les caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses propres à ce groupe. Une « approche négative » consistera à identifier des individus comme ne faisant pas partie du groupe auquel les auteurs du crime considèrent appartenir et qui présente selon eux des caractéristiques nationales, ethniques, raciales ou religieuses propres, l'ensemble des individus ainsi rejetés constituant, par exclusion, un groupe distinct » (§ 71).

### 3. La responsabilité pénale individuelle

Au cours de l'année 1999, l'analyse des différentes formes de participation à l'infraction internationale est prolongée. La responsabilité du supérieur hiérarchique est évoquée dans l'affaire *Aleksovski* mais également dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana* où le TPIR fait une application surprenante de l'article 6 (3) de son Statut, relatif à la responsabilité pour omission de la personne en position d'autorité. Dans l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel du TPIY adopte quant à elle la « notion de but commun », en dépassant les termes régissant apparemment sa compétence (3.1). La question du cumul de qualification est de nouveau centrale dans la jurisprudence du TPIR puisque dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, la Chambre de première instance décide, face à un acte d'accusation dans lequel les qualifications criminelles étaient présentées de manière pourtant cumulatives, de ne condamner les accusés que pour le crime de génocide (3.2). Enfin, si les TPI

(76) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 391.

cherchent à instaurer une pratique cohérente de la peine, un certain nombre de divergences perdurent, qui sont notamment relatives à la possibilité de reconnaître une hiérarchie dans la gravité des infractions relevant de leur compétence (3.3).

### 3.1. *Les formes de participation à l'infraction internationale*

Les TPI continuent de s'interroger sur les formes de participation à l'infraction internationale. Il n'est toutefois pas encore évident que se dégage de leur jurisprudence un système absolument cohérent. Ainsi, en 1999, l'analyse de la responsabilité de la personne se trouvant en position d'autorité paraît quelque peu troublée du fait des conclusions du TPIR (3.1.1). Les critères de participation à l'infraction collective ne sont en outre pas véritablement éclairés par les conclusions du TPIY qui s'est plus particulièrement penché sur des espèces dans lesquelles la participation matérielle des accusés à des crimes spécifiques n'était pas directe (3.1.2).

#### 3.1.1. La responsabilité de la personne en position d'autorité

Dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre de première instance du TPIY a appliqué l'article 7 (3) de son Statut, relatif à la responsabilité pour omission des supérieurs hiérarchiques. Zlatko Aleksovski, directeur du camp de Traonik, dans lequel les autorités croates ont notamment détenu, au cours de l'année 1993, des bosniaques musulmans, a ainsi été reconnu coupable de crimes de guerre pour n'avoir pas agi en vue de faire cesser les violences exercées contre ces détenus (§§ 222-228). L'analyse de la réalité de sa position d'autorité (§§ 90-111) ainsi que l'évaluation des obligations d'agir qui pesaient sur lui (§§ 112-119) sont précises et convaincantes et situent ce jugement dans le prolongement de l'affaire *Celebici* (77). Sensiblement différente apparaît la position adoptée par le TPIR dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana* au regard de l'utilisation de l'article correspondant de son Statut (article 6 (3)). Kayishema, préfet de la région de Kibuye, était accusé d'avoir ordonné et participé aux massacres perpétrés dans l'église et le foyer Saint Jean, dans le stade de Kibuye, et dans la région de Bisesero mais également de ne pas avoir agi en vue de les prévenir ou de punir leurs auteurs. Pour ce qui est du massacre perpétré dans l'église de Mubuga, seule sa responsabilité pour omission était en revanche invoquée (§ 1.2). La Chambre de première instance présente dans un premier temps les principes classiques régissant la responsabilité du supérieur hiérarchique pour omission (§§ 208-231) tout en précisant, de manière plus surprenante :

*« The findings of responsibility under Article 6 (1) of the Statute does not prevent the Chamber from finding responsibility additionally, or in the alternative, under Article 6 (3). The two forms of responsibility are not mutually exclusive ».*

Cette affirmation laisse à penser que le supérieur hiérarchique pourrait être tenu responsable à la fois pour avoir ordonné des exactions et pour ne pas avoir prévenu ou puni les auteurs directs se trouvant sous son commandement, ce qui relève d'une logique peu compréhensible. C'est bien pourtant la solution finalement adoptée par la Chambre qui retient la responsabilité de Kayishema pour ses ordres (particulièrement pour le massacre du foyer Saint Jean – § 352 ; du stade de Kibuye – § 376 ; de la région de Bisesero – § 456) ou sa participation directe (plus particulièrement pour le massacre de Mubuga – § 404) aux massacres mais le condamne également, pour

(77) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 405-407.

l'ensemble de ces massacres (le nombre de ses victimes se compte en dizaines de milliers – § 531), en vertu de l'article 6 (3). L'emploi de l'article 6 (3) dépasse dès lors largement le cadre de la responsabilité pour omission. Ainsi, pour la Chambre :

*« The inherent purpose of Article 6 (3) is to ensure that a morally culpable individual is held responsible for those heinous acts committed under his command. Kayishema not only knew, and failed to prevent, those under his control from slaughtering thousands of innocent civilians; but he orchestrated and invariably led these bloody massacres. The Trial Chamber finds that in order to adequately reflect his culpability for these deaths, Kayishema must be held responsible for the actions and atrocities committed »* (§ 516).

Sans l'affirmer explicitement, la Chambre réinterprète ainsi l'article 6 (3) pour couvrir tous les cas de responsabilité de la personne en position d'autorité hiérarchique, alors même que la responsabilité pour ordre donné relève explicitement de l'article 6 (1) du Statut du TPIR (article 7 (1) du Statut du TPIY). On trouve une confirmation de cette approche dans cette affirmation de la Chambre relative à l'article 6 (3) de son Statut :

*« Where it can be shown that the accused was de jure or de facto superior and that pursuant to his orders the atrocities were committed, then the Chamber considers that this must suffice to found command responsibility. The Chamber need only consider whether he knew or had reason to know and failed to prevent or punish the commission of the crimes if he did not in fact order them. If the Chamber is satisfied beyond a reasonable doubt that the accused ordered the alleged atrocities then it becomes unnecessary to consider whether he tried to prevent; and irrelevant whether he tried to punish »* (§ 223).

Rassembler tous les fondements de la responsabilité du supérieur hiérarchique sous un article unique du Statut du Tribunal peut permettre de rendre compte à la fois de l'ampleur de leur responsabilité dans le cas d'ordre donné et des obligations exceptionnelles d'agir qui pèsent sur eux, c'est à dire de leur statut spécifique dans le droit international pénal. Toutefois, un tel résultat pouvait sans doute être obtenu en conservant à l'article 6 (3) son sens spécifique, qui se rapporte uniquement, au regard de la lettre du Statut du Tribunal, à l'omission coupable.

### 3.1.2. L'absence de participation matérielle directe à l'acte criminel

L'application de dispositions statutaires relatives non plus à l'omission mais à la participation à l'infraction internationale (articles 7 (1) du Statut du TPIY et 6 (1) du Statut du TPIR) est marquée, dans la jurisprudence de l'année 1999, par l'analyse de cas dans lesquels une participation matérielle directe à l'acte criminel n'a pu être établie. Dans l'affaire *Aleksovski*, la question portait principalement sur les effets de la simple présence de l'accusé lors de la perpétration d'exactions (insultes, menaces, vols et violences physiques à l'occasion de fouilles). Renvoyant aux précédents des affaires *Tadic* et *Furundzija*, la Chambre de première instance estime :

*« La simple présence constitue une participation suffisante dans certaines circonstances, pour autant qu'il soit par ailleurs prouvé que cette présence a eu un effet substantiel sur la perpétration du crime en la favorisant considérablement et que la personne présente avait l'intention requise (c'est à dire l'intention de participer en connaissance de cause à l'acte illicite) »* (§ 64).

Dans le cas de la personne en position d'autorité, la Chambre précise :

*« L'autorité détenue par une personne doit donc être considérée comme un indice sérieux pour établir que la simple présence de cette personne constitue un acte de participation intentionnel sanctionné par l'article 7 (1) du Statut »* (§ 65).

En l'espèce, la Chambre conclut :

« En assistant à ces exactions sans s'y opposer, malgré leur caractère systématique et l'autorité qu'il détenait sur les auteurs de ces actes, Zlatko Aleksovski ne pouvait qu'être conscient que cette approbation tacite serait interprétée comme une marque de soutien et d'encouragement par les auteurs de ces exactions, contribuant ainsi substantiellement à la commission de ces actes. En conséquence, Zlatko Aleksovski doit être tenu responsable pour avoir aidé et encouragé, au sens de l'article 7 (1), les mauvais traitements d'ordre physique et psychologique subis par les détenus lors de la fouille des 15 et 16 avril 1993 » (§ 87).

On le voit, la responsabilité du supérieur hiérarchique encourue du fait de sa présence se distingue de la responsabilité pour omission car elle repose, non pas sur la violation d'une obligation d'agir, mais sur l'encouragement et le soutien accordé aux auteurs matériels des crimes, ainsi que le précise la Chambre de première instance dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana* (§ 202).

Dans l'affaire *Tadic*, l'absence de preuve de la participation matérielle directe de l'accusé à certains meurtres, qui avait conduit à son acquittement en première instance, a été dépassée en appel par l'application de la « notion de but commun », dans des conditions qui restent quelque peu contestables. Les faits qui ont donné lieu à l'infirmité du jugement de première instance se distinguent nettement du cas Aleksovski. La Chambre de première instance avait ainsi établi que Dusko Tadic avait participé au nettoyage ethnique du village de Jaskici et que cinq hommes avaient été tués dans ce village, sans que ces meurtres puissent cependant lui être imputés. En appel, les juges ont infirmé cette conclusion : Tadic est considéré comme coauteur de ces meurtres sur le fondement de la « notion de but commun ».

La « notion de but commun » a été utilisée par les tribunaux d'occupation ou par les tribunaux internes à l'issue de la seconde guerre mondiale et cette jurisprudence, selon la Chambre d'appel, « reflète les règles coutumières du droit pénal international » (§ 226). Elle permet de sanctionner comme co-auteur d'un crime l'individu qui a participé à un dessein ou objectif commun consistant à commettre ce crime ou en impliquant la perpétration (§ 227). Elle permet également de sanctionner comme co-auteur d'un crime qui n'était pas originellement envisagé dans le projet commun l'individu participant à la réalisation de ce projet dans les conditions suivantes :

« i) il était prévisible qu'un tel crime était susceptible d'être commis par l'un ou l'autre des membres du groupe et ii) l'accusé a délibérément pris ce risque » (§ 228).

La jurisprudence analysée par la Chambre d'appel comprend trois catégories d'affaires. La première catégorie regroupe les affaires dans lesquelles « tous les coaccusés, agissant de concert dans un but criminel commun, ont la même intention criminelle », qui est précisément de réaliser le crime envisagé dans ce projet (§§ 196-202). La deuxième catégorie d'affaires est celle relative aux camps de concentration, où est sanctionnée la participation en tant que co-auteur des membres des unités militaires ou administratives chargées de ces camps dans les mauvais traitements ou les crimes qui y furent perpétrés (§§ 202-203). La troisième catégorie d'affaires rassemble des cas dans lesquels « l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une conséquence naturelle et prévisible de sa mise en œuvre » (§§ 204-219) et où tous les membres du groupe sont susceptibles d'être considérés comme co-auteurs de cet acte. C'est en s'inspirant de cette dernière application de la « notion de but commun » que la Chambre tient Tadic pour

responsable, à titre de co-auteur, des cinq meurtres perpétrés à Jaskici. Ainsi, en prenant une part active à l'attaque du village de Jaskici,

« L'Appelant avait l'intention de contribuer à l'objectif criminel consistant à vider la région de Prijedor de sa population non serbe, en commettant des actes inhumains à son encontre. Le fait que des non-Serbes aient pu être tués durant la réalisation de cet objectif était, dans les circonstances de l'espèce, prévisible. L'Appelant avait conscience du fait que les actions du groupe dont il était membre étaient susceptibles d'entraîner de tels massacres, mais il a pris ce risque délibérément » (§ 232).

La démarche de la Chambre d'appel peut prêter à un certain nombre de critiques. Les conclusions adoptées dépassent apparemment les termes stricts de la compétence du Tribunal en vertu de l'article 7 (1). La Chambre l'admet elle-même en précisant qu'au regard de l'objet et du but du Statut (§ 191), celui-ci « ne se contente pas de conférer compétence à l'encontre des personnes qui planifient, incitent à commettre, ordonnent, commettent physiquement ou de toute autre manière aident et encouragent à planifier, préparer ou exécuter un crime ». Pour la Chambre d'appel :

« Le Statut ne s'arrête pas là. Il n'exclut pas les cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté soit de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes » (§ 190).

Si le Statut « n'exclut pas » cette hypothèse, il n'accueille cependant pas explicitement la « notion de but commun ». Le recours au droit coutumier vient de nouveau, comme dans le cas du crime contre l'humanité, étendre la compétence du Tribunal, sans que cette extension ne puisse plus être contestée par la défense, alors même qu'elle emporte cette fois des conséquences quant à la responsabilité pénale de l'appelant. Pour la Chambre d'appel, adopter la notion coutumière de but commun est en outre « justifié par la nature même de nombreux crimes internationaux fréquemment commis en temps de guerre ». Ainsi :

« La plupart de ces crimes ne sont pas le fait de la propension d'individus isolés à commettre des actes criminels mais sont des manifestations d'un comportement criminel collectif (...). » (§ 191).

On ne saurait contester cette analyse. Toutefois, si le but de la juridiction est de mieux rendre compte de cette criminalité collective, et si ce but suffisait à justifier l'extension de sa compétence, pourquoi ne pas réintroduire également le délit d'appartenance à une organisation criminelle tel qu'appliqué par le TMI de Nuremberg et les juridictions d'occupation en Allemagne, qui pourrait également être analysé comme relevant du droit international pénal coutumier ? On peut toutefois imaginer les réactions négatives que pourrait provoquer une telle démarche.

La Chambre d'appel cherche à permettre la condamnation de l'individu agissant dans le cadre de cette criminalité collective en tant que coauteur et non en tant que complice :

« Le fait de tenir pénalement responsable en tant qu'auteur d'un crime uniquement la personne qui a matériellement exécuté l'acte criminel revient à négliger le rôle de coauteur joué par tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, ont permis à l'auteur principal d'exécuter physiquement cet acte criminel. De même, selon les circonstances, les tenir responsables en tant que complices (*aiders and abettors*) peut minimiser leur degré de responsabilité pénale » (§ 192).

Cette affirmation serait particulièrement heureuse si elle tendait à une interprétation de la participation du donneur d'ordre dans l'infraction collective de nature étatique ou quasi-étatique, l'ordre ou l'incitation permet-

tant, dans ce cadre spécifique, de caractériser la participation en tant qu'auteur principal et l'exécution s'assimilant à la complicité (78). Ici toutefois, c'est principalement au niveau des actes criminels « primaires » (meurtres, mauvais traitements, viols,...) susceptibles d'être rapportés à une infraction collective plus large (en l'espèce le crime contre l'humanité) qu'est menée l'analyse de la participation criminelle. Dusko Tadic est considéré comme coauteur des meurtres de Jaskici parce que, contrairement au simple complice, son intention était de réaliser le « dessein commun » (§ 229). Sa participation matérielle, en revanche, est plus simplement caractérisée que dans le cas du complice puisqu'il suffit qu'il ait commis des actes « qui visent d'une manière ou d'une autre à contribuer au projet ou objectif commun » (§ 229). L'analyse du dessein criminel commun et des individus l'ayant formulé ou incarné reste en outre sensiblement ambiguë : ce dessein doit-il être commun aux membres du groupe directement impliqué dans la perpétration de l'acte criminel ? Il semble bien que la plupart des exemples jurisprudentiels présentés dans l'arrêt se rapportent à des crimes commis par une pluralité d'individus, en vertu d'un projet qui leur était entièrement attribuable. Mais dans l'affaire *Tadic*, les juges affirment que l'objectif criminel commun consistait à « vider la région de Prijedor de sa population non serbe, en commettant des actes inhumains à son encontre » (§ 232) et se rattachait à « une politique consistant à commettre des actes inhumains à l'encontre de la population civile non serbe (de la région de Prijedor) en vue de la création de la Grande Serbie » (§ 230). À quelle communauté ce dessein criminel est-il en l'espèce attribué ? Il dépasse à l'évidence la communauté constituée par le groupe armé auquel Dusko Tadic participait, et auquel les meurtres sont attribués. Mais l'affirmer clairement conduirait, en pure logique, à envisager la responsabilité de Dusko Tadic pour tous les meurtres perpétrés, dans le dessein de réaliser la politique de purification ethnique à Prijedor, par la communauté serbe plus large à laquelle il appartenait. Aussi la Chambre paraît rapporter le dessein criminel au seul groupe armé de Jaskici, mais c'est au prix d'une fiction qui ne rend pas compte de la nature de la criminalité collective qui s'est déployée en l'espèce. Le « comportement criminel collectif » évoqué par la Chambre d'appel afin de justifier l'emploi de la notion de but commun est ainsi celui de « groupes d'individus agissant de concert aux fins de la réalisation d'un dessein criminel commun » (§ 191), ce qui ne correspond que fort imparfaitement à la mise en œuvre de la politique de purification ethnique, également évoquée par la Chambre, dans sa dimension étatique ou quasi-étatique. En assimilant dessein criminel du groupe armé restreint et politique de purification ethnique, en rapprochant l'intention criminelle dans la participation aux actes criminels « primaires » de l'intention criminelle dans la participation à l'infraction collective qu'est le crime contre l'humanité, on peut se demander si l'arrêt d'appel ne contribue pas à brouiller définitivement la construction d'une théorie de la participation à l'infraction collective organisée, dont la répression est la fonction principale de la juridiction internationale.

Enfin, on doit noter que l'emploi de la « notion de but commun » a conduit à simplifier considérablement la preuve de la participation de Dusko Tadic aux meurtres de Jaskici. Alors que dans toutes les affaires analysées par la Chambre d'appel, la participation des individus à l'infraction réalisée en vertu d'un dessein commun était clairement identifiée, on est ici troublé par le caractère incertain de cette participation. Pour la Chambre de première

---

(78) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 407-408.

instance, il était ainsi « parfaitement possible » que la mort des cinq hommes de Jaskici « ait été causée par l'action d'un groupe entièrement distinct d'hommes en armes, ou par un acte spontané et non autorisé du contingent qui a investi Sivici, ce dont l'accusé ne peut être tenu responsable ». La Chambre d'appel revient, sans qu'aucun élément de fait nouveau n'ait été présenté par le Procureur, et alors que la défense n'a quant à elle pas été autorisée à soumettre des éléments de preuve nouveaux (§§ 14-17), sur les conclusions factuelles de la Chambre de première instance. Notant l'absence de preuves relatives à l'implication d'un autre groupe d'hommes en armes dans les meurtres de Jaskici, la Chambre estime que :

« La Chambre de première instance n'a pas correctement appliqué le critère de la preuve administrée au-delà de tout doute raisonnable. D'après les faits établis, la seule conclusion raisonnable qui aurait pu être tirée par la Chambre de première instance est que le groupe armé auquel appartenait l'Appelant a tué les cinq hommes à Jaskici » (§ 183).

L'infirmité des conclusions factuelles d'une Chambre constituée de juges professionnels ayant entendu, dans le cadre d'un procès particulièrement long, l'ensemble des éléments de preuve du Procureur est sans doute troublante et se trouve justifiée ici par l'affirmation surprenante, et peut-être contre-productive pour le Tribunal, du caractère irraisonnable du jugement des magistrats de première instance. (79) Il apparaît que l'emploi de la « notion de but commun » permet en l'espèce de dépasser les incertitudes relatives à la matérialité des actes de participation de l'accusé aux meurtres de Jaskici, de manière sans doute contestable, puisque la preuve de l'implication même du groupe armé auquel il participait relève d'une simple déduction. Les conclusions de la Chambre d'appel ont néanmoins conduit la Chambre de première instance saisie en renvoi à alourdir la sanction imposée à Dusko Tadic, portant ainsi sa peine de vingt à vingt cinq années d'emprisonnement (80).

### 3.2. *Le rejet des qualifications cumulatives dans l'affaire Kayishema-Ruzindana*

On a déjà constaté que les TPI, face à des actes d'accusations dans lesquels les mêmes faits font l'objet de qualifications juridiques distinctes présentées sous une forme cumulative, prononcent généralement des condamnations pour chaque chef spécifique, tout en décidant la confusion des peines (81). Dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana* c'est une solution nouvelle qui est adoptée, la Chambre de première instance du TPIR ne retenant à l'encontre des deux accusés que le crime de génocide. Cette solution, contestée par le Juge Khan dans une opinion dissidente, doit être présentée parce qu'elle comprend une motivation détaillée relative au problème du concours de qualification. De plus, en résolvant ce concours par le choix d'une qualification unique, les juges sont conduits à analyser les éléments constitutifs du crime contre l'humanité et du génocide, la fonction sociale de leur répression ainsi que leur gravité respective.

(79) Voir *supra*, I, 3.3.

(80) TPIY, Jugement relatif à la sentence, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-Tbis-R117, 11 novembre 1999 (ci-après « Sentence *Tadic*, 1999 »). Voir *supra*, I, 3.3.

(81) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 408-409. Sur la solution retenue en droit français, voir Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, Tome I, Paris, Cujas, 1997, pp. 513-522. Signalons que dans les affaires *Kambanda*, *Serushago* et *Jelusic* la Chambre de première instance a prononcé une peine unique pour des faits qualifiés de manière plurielle.

Les Chambres des TPI mènent en principe une opération double de qualification : les faits reprochés aux accusés doivent correspondre aux crimes « primaires » reconnus dans le Statut (meurtre, viol, extermination..) mais doivent également dans un second temps être rapportés à une qualification proprement internationale (crime de guerre, génocide, crime contre l'humanité). Dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana* la réflexion relative au concours de qualification porte sur ces deux phases de qualification puisque, dans l'acte d'accusation, sous le chef de crime contre l'humanité, certains faits étaient qualifiés à la fois de meurtre et d'extermination. La qualification de crime contre l'humanité, à son tour, était présentée de manière cumulative avec une qualification de génocide. Il convient de noter que la Chambre de première instance traite en un seul mouvement ces deux phases de qualification puisqu'elle ne retient que le chef de génocide. La justification de ce choix est ainsi motivée :

*« It is only acceptable to convict an accused of two or more offences in relation to the same set of facts in the following circumstances : (1) where offences have differing elements, or (2) where the laws in question protect differing social interests » (§ 627).*

Cette position, similaire aux conclusions de principe formulées dans l'affaire *Akayesu* (82), paraît être fondée sur la règle *non bis in idem*. Ainsi, pour la Chambre :

*« Because the crime of genocide is established against the accused persons, then they cannot simultaneously be convicted for murder and/or extermination, in this case. This would be improper as it would amount to convicting the accused persons twice for the same offence » (§ 649).*

Il est toutefois vrai que cet inconvénient est largement dépassé, dans la pratique classique des TPI, par le fait que les peines imposées pour chaque infraction sont confondues, ainsi que le note le Juge Khan (83). Dans le cadre de la jurisprudence des TPI, l'intérêt du choix d'une qualification unique réside plus particulièrement dans la distinction conceptuelle des diverses infractions qu'il implique.

La justification du choix de l'unité d'infraction est conduite en deux temps, la Chambre s'interrogeant dans l'abstrait sur les éléments constitutifs des diverses infractions et les intérêts sociaux protégés par leur répression, avant d'examiner si ces éléments et ces intérêts coïncident dans l'affaire qui lui est soumise. Trois éléments constitutifs du génocide et du crime contre l'humanité distinguent principalement ces deux infractions : l'intention de détruire (génocide), le fait qu'une population civile doit être ciblée (crime contre l'humanité), le critère de discrimination politique (qui n'existe que dans le crime contre l'humanité) (§§ 630-631). Mais, dans l'affaire soumise, l'intention de détruire est également mise en évidence pour prouver l'extermination intentionnelle (crime contre l'humanité) et c'est bien la population civile tutsie qui a été visée (§§ 630 et 640). En l'espèce donc, l'accusation s'est fondée sur les éléments constitutifs similaires des deux infractions pour qualifier doublement une conduite unique. Pour ce qui est des intérêts sociaux protégés par la répression de ces deux crimes, la Chambre de première instance estime :

(82) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 409.

(83) TPIR, Ch. II, *Separate and dissenting opinion of Judge Tafazzal Hossain Khan regarding the verdicts under the charges of crimes against humanity/murder and crimes against humanity/extermination, The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana, Case No. ICTR-95-1-T, 21 May 1999, §§ 34-35.*

« *Under the crime of genocide and Crimes Against Humanity the social interest protected is the prohibition of the killing of the protected class of persons. The class of persons is limited to the civilian population under Crimes Against Humanity whereas under genocide it is not limited to attacks against the civilian population* » (§ 635).

Si la description abstraite de la fonction sociale des deux infractions peut être contestée puisque le crime contre l'humanité ne se limite pas à protéger le groupe contre des actes d'assassinat, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce c'est bien une certaine catégorie de crime contre l'humanité – constitué par des actes d'extermination visant une population civile à partir de critères ethniques – qui était mise en évidence, dont la fonction sociale est similaire à celle du génocide (§ 642). La Chambre conclut dès lors :

« *In the peculiar factual scenario in the present case, the crimes (...) overlap (...). The counts of extermination and murder (crime contre l'humanité) are subsumed fully by the counts of genocide* » (§ 647-648).

C'est semble-t-il une solution qui s'apparente à celle retenue par le droit pénal français qui est adoptée par la Chambre de première instance. Ainsi, dans la mesure où les faits soumis à la Chambre ne violent pas des intérêts diversement protégés par la définition des infractions internationales et dans la mesure où ces faits correspondent aux éléments constitutifs identiques du génocide et d'une certaine forme de crime contre l'humanité, seule la qualification la plus grave, le génocide, est retenue. On le voit, cette solution, qui a le mérite de la clarté, soulève le problème de la hiérarchie des diverses infractions internationales, que l'on retrouve dans la réflexion menée sur la peine encourue.

### 3.3. La détermination des peines

Contrairement au système reconnu en droit interne (84), chacune des infractions contenues dans les Statuts des TPI n'est pas rapportée à une échelle spécifique de peines. Le Statut des TPI impose toutefois que soit prise en compte, dans la détermination de la peine, la gravité de l'infraction (article 24 § 2 du Statut du TPIY et 23 § 2 du Statut du TPIR). La jurisprudence internationale est dès lors conduite, en appréciant les différents facteurs permettant de moduler la sanction individuelle, à s'interroger sur une possible hiérarchie dans la gravité des infractions. À cet égard, les chambres du TPIR estiment que le crime de génocide constitue l'infraction la plus grave (85). De même, devant le TPIY, l'accusation de crime contre l'humanité est tenue comme plus sérieuse que celle de crime de guerre. Suivant la jurisprudence *Erdemovic* (86), la Chambre de première instance de renvoi a en effet estimé, dans l'affaire *Tadic* que :

« un acte prohibé commis dans le cadre d'un crime contre l'humanité – c'est à dire que l'auteur est conscient que son acte s'inscrit dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile – constitue une infraction plus grave qu'un crime de guerre ordinaire (...) Cette conclusion découle de la condition objective que les crimes contre l'humanité doivent être commis de manière généralisée ou systématique, le nombre des crimes ayant un effet

(84) Sur la hiérarchie et la classification des infractions en droit français, voir Roger MERLE et André VIRU, *Traité de droit criminel*, op. cit., pp. 522-534.

(85) TPIR, Ch. I, Sentence, *The Prosecutor v. Clement Kayishema and Obed Ruzindana*, 21 mai 1999, § 9 (ci-après « Sentence *Kayishema-Ruzindana* »); Jugement *Rutaganda*, §§ 450-451 ; TPIR, Ch. I, Sentence, *The Prosecutor v. Omar Serushago*, Case No. ICTR-98-39-S, 5 février 1999, § 27 (ci-après « Sentence *Serushago* »)

(86) Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 397.

qualitatif sur la nature de l'infraction, alors considérée comme dépassant le simple crime à l'encontre des victimes elles-mêmes et touchant l'humanité dans son ensemble » (87).

On le voit, la Chambre est désormais tenue d'opposer le crime contre l'humanité au crime de guerre « ordinaire », la gravité spécifique du premier tenant à l'ampleur de l'opération criminelle. Ceci constitue une des conséquences de l'arrêt d'appel rendu dans la même affaire et analysé précédemment : l'exclusion de l'élément de discrimination de la définition du crime contre l'humanité rend extrêmement délicate la distinction entre crime contre l'humanité et crime de guerre massif, ce que remarque le Juge Robinson dans son opinion individuelle (88).

Par delà la gravité de l'infraction, les TPI prennent en compte diverses circonstances afin d'individualiser la peine. Le remords exprimé (Sentence *Serushago*, § 40), la coopération avec le Bureau du Procureur sont considérés comme des circonstances atténuantes (Sentence *Serushago*, §§ 31-33). Notons que le fait de reconnaître sa culpabilité n'est pas nécessairement un signe de remords ou la marque d'une coopération suffisante avec le Bureau du Procureur (Jugement *Jelusic*, § 127). Le statut de la personne condamnée est retenu dans des conditions parfois surprenantes. Dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, le TPIR a ainsi estimé que le fait que Ruzindana n'ait pas été un agent officiel de l'État rwandais constituait une circonstance atténuante (Sentence *Kayishema-Ruzindana*, § 23). Plus classiquement, la position supérieure ou subordonnée de l'individu condamné entre en ligne de compte au niveau de l'individualisation de la peine. Dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre de première instance du TPIY s'estime ainsi « fermement convaincue que pour mener à bien la mission du Tribunal, il est crucial d'établir une hiérarchie des peines, essentiellement sur la base de l'ampleur des crimes commis et du degré de responsabilité de l'accusé » (Jugement *Aleksovski*, § 243). Dans l'affaire *Rutaganda*, la Chambre de première instance du TPIR a considéré comme une circonstance aggravante la position d'autorité (Jugement *Rutaganda*, § 469). Toutefois, la qualité de supérieur hiérarchique ne doit sans doute pas, en soi, être tenue comme un fait aggravant, notamment lorsqu'on est en présence de la violation d'obligations d'agir, où la position d'autorité est déjà le fondement de la responsabilité. Ainsi, en dépit de la position d'autorité d'Aleksovski, la Chambre de première instance a constaté une absence de « malveillance répétée » (Jugement *Aleksovski*, §§ 235 et 238), qui, jointe avec la gravité relative des crimes qui lui étaient imputables (89), et son rôle « de second plan », (§ 236) justifie la légèreté de la condamnation prononcée (90). En outre, le fait qu'un individu a agi en vertu d'ordres supérieurs ne conduit pas nécessairement à atténuer la peine qu'il encourt. Dans l'affaire *Jelusic*, la Chambre de première instance notait ainsi :

« Même s'il avait été prouvé que Goran Jelusic a agi sur ordre d'un supérieur, l'acharnement et la cruauté de ses actes empêcheraient qu'il bénéficie de cet élément au titre de circonstance atténuante (...). Le Tribunal pénal international

(87) Sentence *Tadic*, 1999, § 28.

(88) TPIY, App., Opinion individuelle du Juge Robinson, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1-Tbis-R117, 11 novembre 1999, p. 7.

(89) Jugement *Aleksovski*, § 236 : « La Chambre de première instance a conclu que l'accusé n'avait pris lui-même qu'une part relativement limitée aux violences ».

(90) Aleksovski a été condamné à deux ans et six mois d'emprisonnement et sa libération ordonnée après le prononcé de la sentence, sa « détention préventive ayant été plus longue que la peine envisagée par la Chambre », Jugement *Aleksovski*, §§ 244-245.

a pour mission, entre autres, de contribuer à la restauration de la paix en ex-Yougoslavie. Pour y parvenir, il se doit d'identifier, de châtier et de poursuivre *les principaux responsables politiques et militaires* des atrocités commises depuis 1991 sur les territoires concernés. Mais il doit aussi rappeler, le cas échéant, que si les crimes perpétrés à l'occasion de conflits armés peuvent être plus spécialement imputables à tel ou tel de ces responsables, ces derniers ne sauraient *parvenir à leurs fins* sans le *concours* enthousiaste ou la *contribution*, directe ou indirecte, d'individus comme Goran Jelisic » (§§ 126 et 133, italiques ajoutées).

Cette affirmation du Tribunal suggère que la position hiérarchique des individus pourrait être envisagée de manière plus convaincante lors de la détermination de l'étendue de leur responsabilité au regard d'une analyse causale (il est question des « principaux responsables politiques et militaires des atrocités »), c'est-à-dire lors de l'appréciation de leur mode de participation à l'infraction collective (auteurs principaux/complices). Une telle démarche, précisons-le, n'empêcherait nullement d'aggraver les peines encourues par des agents subordonnés du fait de leur « acharnement » criminel.