

L'ACTIVITÉ DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES (2010-2011)

HERVÉ ASCENSIO et RAFAËLLE MAISON

Les deux années couvertes par la présente chronique ont été marquées, outre la poursuite de l'activité ordinaire des juridictions pénales internationales existantes, par la création d'une nouvelle juridiction, portant le nom bureaucratique de « Mécanisme international chargé d'exercer les fonctions résiduelles des Tribunaux pénaux », ou « le Mécanisme », dans une version abrégée qui sera utilisée ci-après. Cette juridiction est destinée à se substituer progressivement aux deux tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, à partir respectivement du 1^{er} juillet 2013 et du 1^{er} juillet 2012, selon les prévisions de la résolution 1966 (2010) du Conseil de sécurité des Nations Unies (§ 1). Son statut, annexé à cette même résolution et adopté dans le cadre du chapitre VII de la charte, sera étudié plus loin. L'événement est d'importance et incite à établir un rapide bilan chiffré de l'activité des deux juridictions s'appropriant à fermer leurs portes.

Les deux tribunaux *ad hoc* ont émis des actes d'accusation contre 242 personnes, 161 pour le TPIY et 81 pour le TPIR. Depuis l'arrestation et le transfert à La Haye de Ratko Mladic, le 31 mai 2011, et de Goran Hadzic, le 22 juillet 2011, il ne reste plus aucun fugitif pour le TPIY ; il en reste 9 pour le TPIR. Au 31 décembre 2011, le TPIY avait condamné 64 personnes, en avait acquitté 13 et renvoyé à une juridiction nationale 13, avait retiré deux actes d'accusation et clos deux affaires en raison du décès de deux accusés, poursuivait la procédure pour 35 accusés, dont 17 en appel. Quant au TPIR, il avait condamné 42 personnes, en avait acquitté 10, renvoyé une à une juridiction nationale, avait retiré deux actes d'accusation et clos deux affaires en raison du décès de deux accusés, poursuivait la procédure pour 23 accusés, dont 18 en appel. Le rythme actuel de travail reste soutenu, avec quelques tensions liées au départ progressif d'une partie du personnel et aux difficultés du renouvellement de l'autre partie pour des contrats à courte durée, en prévision du passage au Mécanisme. Selon les prévisions actuelles, les procès de première instance devraient être achevés à la fin 2014, certains accusés ayant été arrêtés et transférés tardivement, et les procédures d'appel en 2016¹.

La mise en place du Mécanisme marque sans doute la fin de la période durant laquelle le droit international pénal aura eu pour centre de gravité la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Ce centre bascule désormais vers la Cour pénale internationale et sa jurisprudence naissante, dynamique accentuée par les nouvelles saisines de la Cour par son procureur et par le Conseil de sécurité des Nations Unies. Il semble donc que le modèle des juridictions hybrides, dont l'activité est également rapportée dans la présente chronique, ait eu une fonction principalement transitoire, le Tribunal spécial pour le Liban étant

* Hervé ASCENSIO, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne), pour la partie I.

** Rafaëlle MAISON, professeure à l'Université Paris XI (Paris-Sud), pour la partie II.

1. Voir notamment le rapport sur la stratégie d'achèvement des travaux du 16 novembre 2011 du président et du procureur du TPIY, Doc. NU S/2011/716 (annexes I et II).

un cas à part. Pour autant, la position de la Cour pénale internationale dans le paysage des institutions internationales reste fragile. Son premier jugement, dans l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*, est attendu pour le début 2012, près de dix ans après l'entrée en vigueur du statut de Rome ².

Comme à l'accoutumée, l'activité des juridictions pénales internationales sera présentée en distinguant la procédure internationale pénale (I) et l'application du droit humanitaire (II).

I. – LA PROCÉDURE INTERNATIONALE PÉNALE

A. Actes régissant le fonctionnement de l'institution judiciaire

1. Actes unilatéraux à caractère général

Le principal acte unilatéral à caractère général adopté durant la période 2010-2011 est la résolution 1966 (2010) du Conseil de sécurité des Nations Unies, adoptée le 22 décembre 2010 et créant le Mécanisme. Celui-ci comportera deux divisions correspondant aux deux tribunaux *ad hoc*, chacune conservant leur siège. Le statut du Mécanisme, annexé à la résolution, prévoit que chaque division succèdera à la compétence de chaque tribunal, telle que définie dans leur statut respectif (art. 1^{er}, § 1 du statut du Mécanisme, annexe I). L'annexe II comporte toutefois des dispositions transitoires qui aménagent leur coexistence durant un certain temps. En effet, d'une manière générale, les procédures ou les phases de la procédure qui auront été engagées un peu avant ou à la date de mise en place du Mécanisme continueront à être menées par le TPIY ou le TPIR ; seules celles postérieures à la date pertinente relèveront du Mécanisme. Tel sera notamment le cas de l'ensemble de la procédure pour les fugitifs arrêtés après l'entrée en fonction des divisions, ou encore des appels interjetés après cette entrée en fonction. La dévolution des autres fonctions résiduelles, telles le contrôle de l'exécution des peines, devra être organisée de manière coordonnée (art. 6 de l'annexe II).

Le statut du Mécanisme est extrêmement proche de ceux des tribunaux *ad hoc* auxquels il succède. La principale différence concerne l'adoption et l'amendement du règlement de procédure et de preuve. Si les juges conservent le même pouvoir prétorien que leurs prédécesseurs du TPIY et du TPIR, le projet de règlement initial devra néanmoins être élaboré par le Secrétaire général des Nations Unies en s'inspirant des règlements de procédure des tribunaux *ad hoc* (§ 5 de la résolution). De plus, le Conseil de sécurité possède désormais le pouvoir d'empêcher l'entrée en vigueur du règlement ou de ses modifications (art. 13, § 3 du statut du Mécanisme).

2. Accords complémentaires

La résolution 1966 (2010) prévoit que les accords et contrats conclus par l'Organisation des Nations Unies « en relation avec » le TPIY et le TPIR demeureront en

2. Le jugement n° ICC-01/04-01/06 a été rendu le 14 mars 2012. Il conclut à la culpabilité de l'accusé des chefs de conscription et enrôlement d'enfants de moins de quinze ans dans les forces armées et d'utilisation de ces enfants afin de les faire participer activement aux hostilités.

vigueur « vis-à-vis » du Mécanisme (§ 4), suggérant une continuité organique bien plus qu'une succession.

B. Compétence et recevabilité

1. Compétence *ex toto* (jurisdiction) [pour mémoire]

2. Exercice de la compétence

a) Conditions à l'exercice de la compétence (CPI et TSL)

Dans la précédente chronique, il avait été indiqué que le procureur de la CPI avait demandé l'autorisation d'ouvrir une enquête sur les crimes commis durant les violences postélectorales de 2007-2008 au Kenya³. La chambre préliminaire III a, le 31 mars 2010, autorisé cette première auto-saisine de la Cour, c'est-à-dire une saisine à l'initiative du seul procureur, sur le fondement des articles 13 c) et 15 du statut⁴. Sa décision constitue donc la première interprétation juridictionnelle de ces dispositions.

La chambre commence par rappeler que la saisine *proprio motu* du procureur avait été un objet de controverse durant tout le processus d'élaboration du statut de la Cour, notamment en raison des craintes de politisation de l'institution judiciaire (§§ 17-18), d'où la solution consistant à soumettre à l'examen de la chambre préliminaire les demandes d'ouverture d'enquête émanant du seul procureur. Ce préambule lui sert à asseoir sa fonction d'interprète authentique – au sens kelsénien – du texte, tout comme la référence aux règles coutumières d'interprétation des traités, reflétées par les articles 31 et 32 de la convention de Vienne de 1969 (§ 19). L'analyse du sens commun et du contexte, complétée par le recours aux travaux préparatoires, la conduisent à identifier l'expression « base raisonnable pour ouvrir une enquête » comme la norme d'administration de la preuve pertinente à ce stade, norme qui est aussi « la moins stricte que prévoit le Statut » (§ 27). Surtout, une difficulté résidait dans la différence rédactionnelle entre les modalités de saisine de la Cour quant au champ de la saisine : alors que le Conseil de sécurité ou un État partie lui défèrent une « situation », le procureur demande l'ouverture d'une enquête sur « des crimes relevant de la compétence de la Cour ». Ceci pouvait suggérer un champ de compétence plus étroit, voire une restriction à une « affaire », définie par l'identification d'un suspect pour une conduite criminelle déterminée. Pourtant, la chambre va effacer cette différence en recherchant une interprétation cohérente de l'ensemble des dispositions du statut relative à la saisine et à l'ouverture d'une enquête (§§ 44-47). Cette interprétation contextuelle (§ 48) lui permet de soutenir que le cadre de l'enquête autorisée par la chambre préliminaire sur demande du seul procureur est bien une « situation », tout comme pour les saisines des États ou du Conseil de sécurité. En l'occurrence et après avoir appliqué le standard de preuve susmentionné aux éléments factuels produits par le procureur, elle autorise l'enquête sur les crimes contre l'humanité commis au Kenya durant une période particulièrement longue, allant du 1^{er} juin 2005, date d'entrée en vigueur du statut de Rome à l'égard du Kenya, au 26 novembre 2009, date de dépôt de la demande du

3. Cette chronique, *AFDI* 2009, p. 341.

4. CPI, Ch. prélim. III, décision relative à la demande d'autorisation d'ouvrir une enquête dans le cadre de la situation en République du Kenya rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, *Situation en République du Kenya*, n° ICC-01/09, 31 mars 2010.

procureur. La restriction aux seuls crimes contre l'humanité est l'unique concession faite au « but précis de la disposition de l'article 15 du Statut » (§ 208).

L'interprétation donnée par la chambre à l'article 15 du statut est, de toute évidence, particulièrement favorable à l'auto-saisine de la Cour. Dans une opinion dissidente aussi longue que la décision elle-même, le juge Kaul conteste la compétence de la Cour en estimant qu'il n'existait « aucune base raisonnable » pour croire que des crimes contre l'humanité avaient été commis (§ 4). Son argumentation repose principalement sur une interprétation exigeante de l'un des éléments contextuels du crime contre l'humanité, l'attaque, qui doit relever de la politique d'un État ou d'une organisation. Mais si son analyse repose sur une certaine interprétation du droit applicable, c'est qu'il adhère en réalité à un standard de preuve plus élevé que celui retenu par les deux juges majoritaires, tout en se référant également à l'idée de « base raisonnable ». Une explication de cette interprétation plus restrictive figure au début de l'opinion dissidente : banaliser les crimes internationaux pourrait « porter atteinte à la souveraineté des États et empiéter sur l'action des juridictions nationales relativement à des crimes qui ne devraient pas entrer dans le champ d'application du Statut » (§ 10 de l'opinion). C'est donc une vision d'ensemble des rapports entre la CPI et les États qui aurait dû, selon le juge dissident, conduire au rejet de la demande d'ouverture d'enquête. Cette même vision incite à aller au-delà de l'opinion et à s'interroger sur la conclusion majoritaire relative au champ spatial et temporel particulièrement large de l'enquête, auquel s'ajoute, comme un remords, une restriction *ratione materiae*. En gommant presque toute différence entre la « situation » et « les crimes », la décision du 31 mars 2010 apporte sans doute un élément unificateur quant à l'exercice de la compétence de la Cour. Elle introduit aussi une certaine souplesse, ou un certain continuum, entre la notion de situation et celle d'affaire. On verra cependant *infra* (I.B.3) qu'une telle souplesse ne se retrouve nullement lorsque l'État concerné soulève une exception d'irrecevabilité au titre de la complémentarité. Par l'interprétation des dispositions relatives à la compétence et à la recevabilité, la Cour fait ainsi évoluer l'équilibre général du système international de justice pénale.

Une autre autorisation d'ouvrir une enquête sur demande du procureur agissant *proprio motu* a été accordée par la chambre préliminaire III le 3 octobre 2011, avec une version rectificative du 15 novembre 2011, à propos de la situation en Côte d'Ivoire⁵. Ce deuxième cas s'inscrit dans la continuité du précédent sur les deux points évoqués, à savoir le standard de preuve de la « base raisonnable » (§ 24) et l'autorisation d'enquêter sur une « situation ». Une difficulté supplémentaire pouvait surgir ici des modalités d'acceptation de la compétence de la Cour par la Côte d'Ivoire. En effet, cet État n'est pas partie au statut de la Cour, mais a accepté sa compétence le 18 avril 2003, avec une confirmation par le nouveau président, Alassane Ouattara, le 14 décembre 2010. Une telle acceptation est prévue par l'article 12, paragraphe 3, du statut afin de permettre le consentement à l'exercice de la compétence de la Cour « à l'égard du crime dont il s'agit ». Là encore, le texte ne parle pas de « situation ». Pourtant, tout en relevant la spécificité du vocabulaire, la décision de la chambre assimile les deux sans la moindre explication, estimant que « pareille déclaration emporte acceptation de la compétence de la Cour à l'égard de tous les crimes commis dans le cadre de la situation considérée » (§ 13). Il est vrai que l'État avait, dans son acceptation initiale, déclaré accepter la compétence de la Cour « pour une durée indéterminée » et que le nouveau président a, le 3 mai 2011, attiré l'attention du procureur sur l'ensemble des violences postélectorales de la

5. CPI, Ch. prélim. III, décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du statut de Rome, *Situation en République de Côte d'Ivoire*, n° ICC-02/11-14 et 14corr., 3 octobre 2011 et 15 novembre 2011.

fin 2010. C'est à propos de ces violences que le procureur a demandé l'autorisation d'ouvrir une enquête. La situation a été circonscrite par la chambre à l'ensemble des crimes relevant de la compétence de la Cour commis en Côte d'Ivoire depuis le 28 novembre 2010 et à ceux qui pourraient être commis à l'avenir en lien avec le contexte des violences postélectorales (§ 212). La chambre a en revanche exclu pour le moment, faute d'éléments suffisants, les crimes commis entre 2002 et 2010 ayant un lien avec le même contexte.

S'agissant toujours de la Cour pénale internationale, une nouvelle situation lui a été renvoyée par les Nations Unies, la situation en Jamahiriya arabe libyenne depuis le 15 février 2011, en vertu de la résolution 1970 (2011) adoptée par le Conseil de sécurité le 26 février 2011 (§ 4). La même résolution impose aux autorités libyennes en vertu du chapitre VII de la charte une obligation de coopérer avec la CPI (§ 5). Elle prévoit en revanche la compétence exclusive des États non parties, sauf la Libye, pour les actes ou omissions de leurs « ressortissants, responsables ou personnels en activité ou anciens responsables ou personnels » découlant ou se rattachant aux opérations établies ou autorisées par le Conseil de sécurité en Libye (§ 7). Bien qu'il en résulte à l'évidence une activité supplémentaire pour la Cour, la résolution persiste à refuser la moindre prise en charge des coûts par les Nations Unies, suggérant tout au plus que les États non parties pourraient verser des contributions facultatives (§ 8).

Au titre de l'exercice de la compétence, il convient enfin de signaler que le Tribunal spécial pour le Liban a exercé sa compétence pour des affaires connexes à l'attentat principal ayant justifié sa création, par une décision du 5 août 2011. Cette décision confidentielle est néanmoins connue en raison de l'adoption, le 19 août 2011, de trois ordonnances rendues publiques et dessaisissant le juge libanais de l'enquête relative aux attentats commis contre Marwan Hamadeh, George Hawi et Elias El-Murr. Rappelons que le TSL jouit de la primauté sur les juridictions libanaises.

b) *Amnistie comme obstacle à l'exercice de la compétence [pour mémoire]*

c) *Immunité comme obstacle à l'exercice de la compétence*

L'éventuelle immunité du président soudanais, évoquée dans la précédente chronique ⁶, a continué à faire l'objet de vives discussions sur la scène internationale. La chambre préliminaire I de la Cour pénale internationale a adopté deux décisions sur le manquement du Malawi et du Tchad à l'obligation d'arrêter Omar Al Bashir alors qu'il s'y trouvait en voyage officiel ⁷. Les décisions s'appuient sur l'article 87, paragraphe 7, du statut de Rome permettant à la Cour de prendre acte du refus de coopération d'un État partie et d'en référer à l'Assemblée des États parties ou au Conseil de sécurité s'il est l'auteur de la saisine – tel est le cas pour la situation au Darfour. Les deux décisions affirment la compétence exclusive de la Cour pour décider de la question de l'immunité (décision sur le manquement du Malawi, § 11 ; décision sur le manquement du Tchad, § 10). Elles étudient ensuite l'argumentation des deux États, y compris les résolutions de l'Union africaine

6. Cette chronique, *AFDI* 2009, pp. 338-339.

7. CPI, Ch. préI. I, décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, n° ICC-02/05-01/09, 12 décembre 2011 ; CPI, Ch. préI. I, décision (...) concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération (...), *ibid.*, 13 décembre 2011.

demandant à ses membres de ne pas coopérer avec la Cour s'agissant de l'arrestation du chef d'un État non partie, en invoquant l'article 98, paragraphe 1, du statut. Cet article prévoit que la Cour ne peut demander à un État partie d'« agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunités des États ou d'immunité diplomatique d'une personne ou de biens d'un État tiers ». Pour l'essentiel, les deux décisions s'appuient sur l'absence d'immunité des chefs d'État devant les juridictions pénales internationales pour en déduire une exception aux immunités lorsqu'il est demandé à des autorités étatiques d'arrêter un chef d'État à la demande d'une juridiction internationale. Il s'agirait là d'une exception créée par le droit international coutumier (décision du 12 décembre 2011 sur le manquement du Malawi, § 43), qui s'appliquerait par extension à « tout acte de coopération étatique qui fait partie intégrante des poursuites » (*ibid.*, § 44). Dès lors, il n'y aurait plus de contradiction entre l'article 98 et l'article 27 du statut. La décision sur le manquement du Tchad reproduit l'argumentation de celle sur le manquement du Malawi (§ 13). Les deux décisions prennent acte des violations et prévoient leur communication au Conseil de sécurité des Nations Unies et à l'Assemblée des États parties.

3. Recevabilité de l'affaire

Pour la première fois, la CPI a été saisie d'une exception d'irrecevabilité au titre de la complémentarité par un État, en l'occurrence le Kenya, dans l'affaire *Muthaura et autres*⁸. Présentée le 31 mars 2011, la demande faisait apparaître la volonté du Kenya d'exercer les poursuites en arguant de réformes constitutionnelles et judiciaires et d'enquêtes en cours. Peu après, le Kenya adressait une demande de coopération à la Cour afin d'obtenir les éléments du dossier du procureur lui permettant de faire progresser la procédure nationale (art. 93, § 10 du statut). Pourtant, la chambre préliminaire II va rejeter l'exception dans sa décision du 30 mai 2011, confirmée en appel le 30 août 2011⁹. Les enjeux juridiques principaux étaient l'interprétation de l'article 17 du statut et la charge de la preuve. Tout en relevant que la complémentarité est « au cœur des droits souverains des États » (§ 40), la chambre préliminaire fait une lecture stricte de l'article 17 : indépendant des dispositions du statut relatives à la coopération entre la Cour et les États (art. 93), l'article 17 requiert que l'État démontre qu'il exerce des poursuites contre la même personne à propos du même comportement. Les exigences sont donc nettement plus élevées au stade de l'affaire, circonscrite par l'identification de suspects et d'actes susceptibles d'être tenus pour criminels, qu'au stade de l'enquête sur une situation. Le même niveau de spécificité est requis pour les procédures nationales aux fins de faire valoir une exception d'irrecevabilité devant la CPI (§ 50). Or, tel n'était pas le cas au vu des documents présentés par les autorités kenyanes, dont il ressortait que l'enquête ne portait encore que sur un groupe non complètement circonscrit de responsables d'un niveau hiérarchique équivalent (§ 56). Quant à la poursuite de l'enquête, elle n'est pas suffisamment démontrée, l'argumentation confirmant que la charge de la preuve pèse entièrement sur l'État (§§ 61-66). La chambre d'appel a expressément confirmé le « test de la même personne / même conduite » (§ 39 de la décision d'appel) et le fait que la charge de la preuve pesait

8. Une exception d'irrecevabilité au titre de la complémentarité avait déjà été soulevée, mais par l'accusé. Voy. cette chronique, *AFDI* 2009, pp. 339-340.

9. CPI, Pre-Trial Ch. II, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, *The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali*, n° ICC-01/09-02/11, 30 May 2011 ; CPI, App., Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya..., *ibid.*, n° ICC-01/09-02/11 OA, 30 August 2011.

sur l'État (§ 61 de la décision d'appel). L'invocation par l'État de sa bonne foi en l'absence d'élément en sens contraire est dès lors écartée (§ 62 de la décision d'appel). Comme la recevabilité d'une affaire ne peut être contestée qu'une seule fois par l'État (art. 19, § 4 du statut) et que les accusés sont restés réservés durant cette procédure préliminaire, l'affaire devrait donc se poursuivre devant la CPI.

Si l'argumentation de la Cour est parfaitement cohérente, elle contribue aussi à encadrer fortement le jeu du principe de complémentarité. L'État est en effet placé devant un choix complexe car si, d'un côté, il doit s'assurer que l'enquête est suffisamment avancée au niveau national, il est censé, d'un autre côté, soulever une exception d'irrecevabilité « le plus tôt possible » (art. 19, § 5 du statut). La chambre d'appel n'a pas été sensible à cet argument qui aurait pu conduire à une approche plus souple et davantage orientée vers la coopération entre le procureur et les autorités nationales (voir spéc. §§ 43-45 de la décision d'appel).

C. Phase préliminaire

1. Politiques pénales

La politique pénale des procureurs des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda s'inscrit dans le cadre de la stratégie d'achèvement de leurs travaux. Celle du procureur de la CPI a connu un développement quantitatif remarquable et déjà signalé puisqu'il a fait pour la première fois usage de son pouvoir de déclencher une enquête *proprio motu* en 2010 (Kenya), expérience réitérée en 2011 (Côte d'Ivoire). Si l'on ajoute à cela la nouvelle saisine du Conseil de sécurité (Libye), la CPI est désormais saisie de sept situations, donnant lieu à quinze affaires. En revanche, les travaux du Tribunal spécial pour la Sierra Leone et des Chambres extraordinaires cambodgiennes restent limités aux affaires en cours de jugement (procès contre Charles Taylor pour le TSSL et dossier n° 2 pour les chambres cambodgiennes). Quant au Tribunal spécial pour le Liban, l'acte d'accusation dans l'affaire principale relative à l'attentat contre Rafic Hariri a enfin été présenté au juge de la mise en état le 17 janvier 2011, puis amendé plusieurs fois avant d'être confirmé le 28 juin 2011 ; les quatre accusés ont fait l'objet d'un mandat d'arrêt.

2. Délocalisation (renvoi au juge national)

Il avait été rendu compte, dans la précédente chronique, des difficultés rencontrées par le TPIR pour renvoyer des affaires devant les juridictions nationales, tout particulièrement devant les juridictions rwandaises¹⁰. Rappelons que le renvoi au juge national est une pièce maîtresse de la stratégie d'achèvement des travaux. Le 16 décembre 2011, la chambre d'appel a, pour la première fois, confirmé une décision de première instance acceptant la délocalisation d'une affaire au Rwanda, l'affaire *Uwinkindi*¹¹. Si la chambre d'appel avait précédemment estimé que le renvoi ne posait pas de problème de compétence des tribunaux rwandais, ni de concordance des qualifications juridiques entre le droit international et le droit national, ni de conformité à la plupart des exigences du procès équitable, deux problèmes subsistaient, relatifs aux peines et aux témoignages. S'agissant des

10. Cette chronique, *AFDI* 2009, pp. 342-344.

11. TPIR, App., Decision on Uwinkindi's Appeal Against the Referral of his Case to Rwanda and Related Motions, *Jean Uwinkindi v. The Prosecutor*, n° ICTR-01-75-AR11bis, 16 December 2011 ; TPIR, Referral Ch., Decision on Prosecutor's Request for Referral to the Republic of Rwanda, *Prosecutor v. Jean Uwinkindi*, n° ICTR-2001-75-R11bis, 28 June 2011.

peines, il semble que l'interprétation du droit rwandais ait été éclaircie entretemps, puisque la chambre de première instance, à la suite du procureur et sans contestation de la défense, admet que la peine de mort comme la peine de perpétuité avec isolement ne peuvent être prononcées par le juge rwandais ; la chambre d'appel n'y revient pas, en l'absence de moyen d'appel sur ce point. S'agissant de la sécurité des témoins et des conséquences de leur déposition, la décision de première instance estime que les garanties sont désormais suffisantes. Elle s'appuie pour cela sur les amendements apportés par la loi organique rwandaise du 26 mai 2009 à la loi de transfert, conférant des immunités de témoignage (§§ 92, 100), et sur une analyse de la pratique des 36 procès déjà menés pour génocide devant le juge rwandais. La chambre d'appel a, quant à elle, estimé que la chambre chargée de se prononcer sur la demande de renvoi était mieux placée pour apprécier les conditions des témoignages et n'avait pas dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation ni commis d'erreur (§ 64). Il semble toutefois qu'elle ait sensiblement restreint la portée de son contrôle en matière de délocalisation par rapport à la jurisprudence antérieure. La décision d'appel insiste tout de même, *in fine*, sur le risque d'atteinte au principe d'égalité des armes qui résulterait de l'utilisation, pour une majorité de témoins de la défense, de moyens de comparution « substantiellement différents » (§ 67), c'est-à-dire de la vidéoconférence tandis que les autres témoins comparaitraient physiquement devant le tribunal.

D. Phase de jugement

On se contentera de rappeler ici que le fonctionnement des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* reste perturbé par des affaires d'outrage au tribunal, conduisant à des poursuites et des procès qui ralentissent d'autant les autres procédures. À cet égard, on signalera que l'affaire *Hartmann* a effectivement donné lieu à un arrêt de la chambre d'appel qui confirme la condamnation en première instance¹². Florence Hartmann ayant refusé de payer l'amende de 7 000 euros, la chambre d'appel a réagi par deux ordonnances dont la première réitère l'obligation en imposant une date-limite et la seconde transforme l'amende en sept journées de prison¹³. La seconde ordonnance demande également aux autorités françaises de procéder à l'arrestation et au transfert, ce qui pourrait soulever des difficultés au regard de la législation française relative à la coopération avec le Tribunal qui ne prévoit pas une telle procédure pour le délit d'outrage (voir art. 1^{er} de la loi d'adaptation n° 95-1 du 2 janvier 1995). Le renvoi aux juridictions nationales des procédures pour outrage en cours ou naissantes pourrait offrir une solution dans le cadre de la stratégie d'achèvement des travaux.

II. – L'APPLICATION DU DROIT HUMANITAIRE

« What is the object and purpose of crimes against humanity ? What is in fact the underlying rationale or raison d'être of crimes against humanity ? What makes it different from other common crimes which fall solely under the jurisdiction of

12. TPIY, App., arrêt, *Procédure ouverte contre Florence Hartmann*, n° IT-02-54-R77.5-A, 19 juillet 2011. S'agissant du jugement de première instance, voy. cette chronique, *AFDI* 2009, p. 362.

13. TPIY, App., Order on Payment of Fine Pursuant to Rule 77bis, *In the Case Against Florence Hartmann*, n° IT-02-54-R77.5-A, 11 October 2011 ; TPIY, App., Second Order on Payment of Fine pursuant to Rule 77bis and Warrant of Arrest, *ibid.*, 16 November 2011.

States ? It seems that until now this fundamental question has hardly been raised or discussed as such by this Court », Décision Kenya, Dissenting opinion of Judge Hans Peter Kaul, § 56.

L'affaire *Haradinaj*, relative à l'armée de libération du Kosovo (ALK – UCK), a donné lieu à quelques rebondissements frappants devant le TPIY. Alors que la chambre de première instance avait prononcé en 2008 plusieurs acquittements, notamment celui d'Haradinaj – ancien premier ministre du Kosovo –, et sanctionné le travail d'un procureur qui s'était fondé sur les enquêtes des autorités serbes¹⁴, la chambre d'appel a infirmé en 2010 ces décisions et ordonné le renvoi de l'ensemble de l'affaire pour un nouveau procès¹⁵. Influencée peut-être par les rumeurs d'intimidation de témoins, la chambre d'appel a estimé que le « droit du Procureur à un procès équitable » n'avait pas été respecté, les premiers juges ne lui ayant pas laissé suffisamment d'occasions de présenter ses témoins, réticents à s'exprimer. Cette décision d'appel a été très vivement contestée par le juge Robinson, qui s'interrogeait dans une opinion dissidente : « *How many opportunities should a Trial Chamber give a party to produce a witness ?* »¹⁶. Un an après, l'un de ces témoins réticents, Shefqet Kabashi, est condamné pour outrage par le Tribunal. Les juges doivent prendre en compte les traumatismes subis par cet ancien combattant de l'ALK dans la prison serbe de Dubrava, où il fut détenu pendant trois ans, pour limiter sa peine d'emprisonnement à La Haye à deux mois. La lecture des compte-rendus de l'audience pendant laquelle ce témoin s'exprime finalement, dans le nouveau procès Haradinaj¹⁷, révèle de manière marquante son trouble et son incompréhension face à la situation absurde dans laquelle la justice pénale internationale l'a placé. En résulte aussi une image moins caricaturale de cette affaire, où – encore une fois – la politique des poursuites et les techniques d'enquête sont en cause¹⁸. La détention post-confliktuelle et le sort des combattants défaits y surgissent par un biais détourné ; ils apparaissent également dans l'affaire *Popovic* en ce qui concerne les combattants de l'enclave de Zepa.

Les persécutions serbes au Kosovo sont l'objet de l'affaire *Djordjevic*, haut responsable de la police de Serbie (MUP), qui ne concerne – comme l'affaire *Milutinovic* dont elle est proche – que le printemps 1999¹⁹. Le statut et le rôle des forces paramilitaires serbes déployées au Kosovo sous l'autorité de Djordjevic, notamment des « scorpions », est largement discuté. Djordjevic est condamné à vingt-sept années de prison pour sa participation à une entreprise criminelle commune et son aide à la commission des crimes. Une des accusations se rapportait aux opérations de dissimulation des cadavres des victimes kosovares et le jugement y consacre un long chapitre où sont décrits les déplacements des corps vers des fosses communes situées en Serbie (*re-burial*). Dans un autre procès, l'ancien chef d'état major de l'armée de Serbie, Momcilo Perisic, est lui aussi condamné à vingt-sept années d'emprisonnement pour certains des actes commis par les forces serbes en Croatie et

14. Voy. cette chronique, *AFDI* 2009, p. 366. Ramush Haradinaj a démissionné de ses fonctions de premier ministre du Kosovo pour être jugé à La Haye, lors de ce premier procès.

15. ICTY, App., Judgement, *Prosecutor v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, n° IT-04-84-A, 19 July 2010 (ci-après arrêt *Haradinaj*).

16. Arrêt *Haradinaj*, *Partially dissenting opinion of Judge Patrick Robinson*, § 3.

17. Compte-rendus d'audience, 22 août 2011, affaire *Haradinaj*.

18. Il n'est pas rassurant de lire la description très critique des techniques d'enquêtes que fait la Cour pénale internationale dans l'affaire *Mbarushimana* dont il sera question plus loin, par exemple : « Le lecteur des transcriptions d'entretien a souvent l'impression que l'enquêteur est si attaché à sa théorie ou à son hypothèse qu'il ne se retient pas de formuler ses questions de manière directive et d'exprimer mécontentement, impatience ou déception lorsque la réponse du témoin ne correspond pas entièrement à ses attentes » (décision *Mbarushimana*, §51), voy. note 52.

19. ICTY, Trial Ch. II, Public Judgement with confidential annex, *Prosecutor v. Vlastimir Djordjevic*, n° IT-05-87/1-T, 25 February 2011 (ci-après jugement *Djordjevic*).

en Bosnie (VRS), notamment les crimes commis à Sarajevo et à Srebrenica, après le « retrait » officiel des troupes de Belgrade en 1992²⁰. Ce jugement, s'il ne comprend pas de développements théoriques sur les actes susceptibles d'engager la responsabilité d'un État, est certainement informatif du point de vue factuel.²¹ La chambre reconnaît notamment la dépendance complète, en termes matériels et en termes de personnel, des forces serbes bosniaques vis-à-vis de Belgrade, tandis que Perisic en est bien considéré comme le supérieur hiérarchique *de jure*. Le jugement permettra de rendre compte de l'étendue de l'engagement serbe en Bosnie-Herzégovine mieux que ne l'a fait la Cour internationale de Justice dans son arrêt, contesté, de 2007²². Cependant, il s'agit du premier jugement concernant un haut responsable de Serbie pour les crimes commis en Croatie et en Bosnie-Herzégovine, et ceci près de vingt ans après les faits. Si ce maigre bilan est sans doute lié au décès prématuré de Slobodan Milosevic, il n'en demeure pas moins que le jugement *Perisic* constituera probablement l'unique objet judiciaire de ce type. Dans l'affaire *Popovic*, ce sont les crimes commis par les forces serbes de Bosnie (VRS) lors de la chute de Srebrenica qui sont, encore une fois, examinés, mais l'accusation s'étend aussi à l'offensive contre la « zone de sécurité » de Zepa²³. Pour la chambre de première instance, ces deux opérations « *formed part of the same attack* »²⁴. Elle y confirme la qualification de génocide et retient également le complot en vue de le commettre ; les deux principaux accusés, Popovic et Beara, sont d'ailleurs convaincus de complot. Pour ce qui concerne toujours les forces serbes, un arrêt de la chambre d'appel accepte de réviser le jugement rendu dans l'affaire dite de *l'hôpital de Vukovar*, la défense ayant apporté la preuve d'un fait nouveau²⁵. Un témoin de la conversation téléphonique entre Sljivancanin et son supérieur a conduit les juges à atténuer la peine prononcée contre cet officier de l'armée serbe (JNA) pour violation des obligations d'agir en protection des prisonniers de guerre. Dans leurs opinions individuelles, les juges Meron et Güney tiennent à préciser que la solution juridique dégagée du droit de la guerre dans le premier arrêt d'appel est maintenue²⁶. Rappelons incidemment que la même chambre d'appel avait d'abord lourdement majoré la peine prononcée en première instance (de cinq à dix-sept ans), sans réexaminer les faits. Ce faux pas procédural conforte le juge Pocar qui réaffirme, avec constance, sa dissidence relative au sens qu'il convient d'attribuer à la procédure d'appel où les juges sont moins bien placés pour connaître des faits. L'appel, droit exclusif de

20. ICTY, Trial Ch. I, Judgement – Public with confidential annex C, *Prosecutor v. Momcilo Perisic*, IT-04-81-T, 6 September 2011 (ci-après jugement *Perisic*).

21. On relèvera l'emploi très important de la technique, prévue à l'article 94 B) du règlement de procédure et de preuve, du constat judiciaire de faits jugés (*adjudicated facts*) en ce qui concerne à la fois le bombardement de Zabreg, le siège de Sarajevo et le massacre de Srebrenica. L'essentiel de la preuve au procès s'est donc rapporté aux liens entre l'armée serbe et les forces serbes en Croatie et en Bosnie. C'est aussi à cela qu'est consacré l'essentiel des développements originaux de la chambre.

22. Voy. Pierre-Marie DUPUY, « Crime sans châtimeut ou mission accomplie ? », *RGDIP*, 2007-2, pp. 243-257 et Hervé ASCENSIO, « La responsabilité selon la Cour internationale de Justice dans l'affaire du génocide bosniaque », *ibid.*, pp. 285-304.

23. ICTY, Trial Ch. II, Judgement, *Prosecutor v. Vujadin Popovic, Ljubisa Beara, Drago Nikolic, Ljubomir Borovcanin, Radivoje Miletic, Milan Gvero, Vinko Pandurevic*, IT-05-88-T, 10 June 2010 (ci-après jugement *Popovic*). La chambre se base assez largement sur le constat judiciaire de faits jugés et son jugement (§§ 69 et s.) propose un rappel du droit relatif au constat judiciaire. Pour le TPIR, on trouve dans l'Arrêt *Rukundo* (§§ 62 et.) un rappel de la jurisprudence qui, depuis l'arrêt *Karemera* considère le génocide comme un fait de notoriété publique.

24. Jugement *Popovic*, § 773.

25. TPIY, App., arrêt de révision, *Le Procureur c/ Veselin Sljivancanin*, IT-95-13/1-R.1, 8 décembre 2010 (ci-après arrêt *Sljivancanin*).

26. Voy. cette chronique, *AFDI* 2009, pp. 373-374.

la personne condamnée, ne devrait jamais conduire à revenir sur un acquittement ou à prononcer des peines plus lourdes qu'en première instance²⁷.

Un autre moment du conflit dans l'ex-Yougoslavie est traité pour la première fois dans l'affaire *Gotovina*²⁸. Il s'agit de l'opération « tempête » par laquelle la Croatie a repris, pendant l'été 1995, le contrôle de la partie de son territoire tenue par les autorités serbes (Krajina). La chambre de première instance prononce un jugement sévère, retenant à la fois le crime contre l'humanité et l'entreprise criminelle commune, sur la base de la participation à la réunion de Brioni, présidée par Franjo Tudjman, dont les transcriptions ambiguës sont longuement analysées. Dans cette affaire, les débats se sont largement portés sur le sort de la population serbe de cette région : l'opération tempête consistait-elle en une opération de reconquête territoriale – qui a conduit la population serbe au départ – ou bien s'agissait-il aussi de forcer cette population à quitter le territoire ? La chambre de première instance retient la deuxième explication, en intégrant dans son raisonnement les dispositifs législatifs postérieurs à l'opération et visant à priver les personnes de leur propriété. On notera que l'affaire n'évoque que les faits de 1995 ; la profondeur historique, c'est-à-dire les épisodes antérieurs de purification ethnique subis par la population croate, objet de l'affaire *Martić*, ne sont jamais évoqués ni plaidés. La chambre se contente d'indiquer, en introduction au contexte, et de manière assez euphémisée : « *The events in this case took place in the context of many years of tensions between Serbs and Croats in the Krajina. While the Trial Chamber was mindful of this context, the case was not about crimes committed prior to the Indictment period. Nor was Croatia's choice to resort to Operation Storm on trial. This case is about whether Serbs civilians in the Krajina were the targets of crimes and about the liability of the Accused for these crimes* »²⁹. Enfin, l'affaire *Boskoski et Tarculovski*, concernant l'attaque par les forces de Macédoine d'un village qui aurait abrité des insurgés albanais en 2001, donne lieu à un arrêt d'appel qui confirme, s'il en était besoin, l'applicabilité du droit humanitaire à des opérations militaires présentées comme visant à réduire des activités terroristes³⁰.

Le TPIR a eu à connaître de plusieurs affaires importantes. Dans l'affaire *Bagosora*, la chambre d'appel, très divisée, infirme la condamnation de Théoneste Bagosora et d'Anatole Nsengiyumwa pour certains crimes et réduit les peines d'abord prononcées³¹. Le colonel Bagosora continue notamment d'être tenu responsable

27. Arrêt *Sljivancanin*, opinion partiellement dissidente du juge Pocar, § 4. En l'espèce le juge Pocar note que, même si la Chambre d'appel a ramené la peine de Sljivancanin à dix ans d'emprisonnement, celui-ci est néanmoins privé du droit de la contester en appel.

28. ICTY, Trial Ch. I, Judgement, *Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Cermak, Mladen Markac*, IT-06-90-T, 15 April 2011 (deux volumes) (ci-après jugement *Gotovina*).

29. Jugement *Gotovina*, § 13.

30. ICTY, App., Judgement, *Prosecutor v. Ljube Boskoski, Johan Tarculovski*, n° IT-04-82-A, 19 May 2010 (ci-après arrêt *Boskoski*).

31. ICTR, App., Judgement, *Théoneste Bagosora, Anatole Nsengiyumwa v. The Prosecutor*, n° ICTR-98-41-A, 14 December 2011 (ci-après arrêt *Bagosora*). La peine de Bagosora est ramenée à trente-cinq années d'emprisonnement, celle de Nsengiyumwa à quinze années d'emprisonnement. Les juges Meron et Robinson joignent une opinion dissidente commune contestant la condamnation de Nsengiyumwa pour les massacres de Gisenyi, le juge Guney une opinion partiellement dissidente sur sa condamnation pour les crimes commis à l'Université de Mudende, le juge Pocar une opinion dissidente contestant l'acquiescement de Bagosora en ce qui concerne la profanation du corps d'Agathe Uwilingiyimana et se joint au juge Liu pour émettre une opinion partiellement dissidente sur la réduction de la peine de Bagosora, lequel reste condamné pour de nombreux crimes exprimant l'étendue de son engagement dans le génocide. Selon ces deux juges : « *In the three decisive days from 7 to 9 April 1994, Bagosora was the acting Minister of Defense. As such, he assumed power of the highest military authority and exercised effective control over the Rwandan Armed forces [...]. Thus, on the cusp of the carnage, Bagosora was in a position to intercede and, as a high ranking official with the means to avert the atrocities, it was incumbent on him to prevent the killings of countless civilians in the widespread attacks enumerated above, which he knew would ensue. But, Bagosora declined to intervene. Instead, he presided over the mass murder, mutilation and rape of*

de l'assassinat du premier ministre Agathe Uwilingiyimana et des casques bleus belges, mais sur la base d'une responsabilité de commandement. Les affaires *Ndindiliyimana*³² et *Nyiramasuhuko*³³, jugées en première instance, portent également sur des personnages de premier plan ; le procureur tente d'y faire sanctionner le complot en vue de commettre le génocide, avec succès pour ce qui concerne Pauline Nyiramasuhuko, ministre de la famille dans le gouvernement intérimaire, seule femme jugée par le TPIR. En revanche, le choix accusatoire qui s'est porté sur Ndindiliyimana, chef de la gendarmerie, dont le procès montre qu'il fut une figure modérée, favorable aux accords d'Arusha et finalement écarté par le gouvernement intérimaire, pose des questions troublantes.

Par delà ces cas marquants, sont également condamnés un officier de l'armée rwandaise qui fut responsable des affaires juridiques au ministère de la défense et qui participa aux négociations avec la MINUAR pendant le génocide³⁴, le sous-préfet de Gisagara dans la préfecture de Butare³⁵, plusieurs militaires pour des crimes également commis à Butare³⁶, l'ancien bourgmestre de Murambi et

countless civilians whose sole offence was their ethnicity or political persuasion. Moreover, his abject failure to prevent those terrible atrocities during these first formative hours certainly set the pitch for the brutal bloodletting that ensued without pause in the barbaric hundred days of genocide », Joint dissenting opinion of Judges Pocar and Liu, §§ 3-5.

32. ICTR, Trial Ch. III, Judgement and sentence, *The Prosecutor v. Augustin Ndindiliyimana, Augustin Bizimungu, François-Xavier Nzuwonemeye, Innocent Sagahutu*, case n° ICTR-00-56-T, 17 May 2011 (ci-après jugement *Ndindiliyimana*). Ce procès, parfois nommé « Militaires II », concerne des officiers de l'armée et de la gendarmerie rwandaises parmi lesquels leurs chef d'état major respectifs (Ndindiliyimana pour la gendarmerie, Bizimungu pour l'armée). Comme on le verra plus loin, leur engagement dans le génocide n'est pas identique.

33. ICTR, Trial Ch. II, Judgement and sentence, *The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana, Joseph Kanyabashi, Elie Ndayambaje*, case n° ICTR-98-42-T, 24 June 2011 (ci-après jugement *Nyiramasuhuko*). Cette affaire se rapporte à la fois au rôle du gouvernement intérimaire, partiellement décrit dans le journal de la prise de fonction de l'un de ses ministres, et au génocide dans la préfecture de Butare. Les discours prononcés lors de la prise de fonction de Nsabimana, succédant le 19 avril au préfet tutsi Jean-Baptiste Habyalimana – qui avait réussi à éviter la propagation du génocide à Butare avant d'être assassiné avec sa famille – sont longuement analysés, particulièrement celui du président Théodore Sindikubwabo.

34. ICTR, Trial Ch. I, Judgement and sentence, *The Prosecutor v. Ephrem Setako*, case n° ICTR-84-81-T, 25 February 2010 (ci-après jugement *Setako*). Il est condamné pour le meurtre de plusieurs réfugiés tutsis dans le camp de Mukamira ; en revanche, les autres accusations, dont certaines portaient sur des crimes antérieurs au déclenchement du génocide, et se rapportaient à sa planification dans la préfecture de Ruhengeri, ne sont pas suffisamment étayées. En appel, la peine de vingt-cinq années d'emprisonnement est maintenue, même si une condamnation supplémentaire est prononcée pour crimes de guerre, voy. ICTR, App., Judgement, *Ephrem Setako v. The Prosecutor*, case n° ICTR-04-81-A, 28 September 2011. L'opinion dissidente du juge Pocar se rapporte de nouveau à l'impossibilité pour un condamné de faire appel d'une condamnation prononcée par la chambre d'appel et à la violation de ses droits. On relèvera que la chambre de première instance évoque la jurisprudence des Gacaca au Rwanda, en présentant cette institution (jugement *Setako*, §§ 73 s.).

35. ICTR, Trial Ch. III, Judgement and sentence, *The Prosecutor v. Dominique Ntawukulilyayo*, case n° ICTR-05-82-T, 3 August 2010. Cette affaire porte notamment sur les massacres commis sur la colline de Kabuye. La peine de 25 années d'emprisonnement prononcée en première instance est ramenée à 20 années en appel, la chambre d'appel infirmant la condamnation pour ordre en raison d'un acte d'accusation insuffisamment clair : ICTR, App., Judgement, *Dominique Ntawukulilyayo v. The Prosecutor*, case n° ICTR-05-82-A, 14 December 2011.

36. Dans l'affaire *Muvunyi*, sur renvoi devant une nouvelle chambre de première instance, l'officier est condamné à quinze années d'emprisonnement pour les seuls faits d'incitation dont il n'avait pas été acquitté lors de son premier procès (on notera les débats sur l'emploi de proverbes rwandais, éclairés par les travaux d'un expert sociolinguiste aux paragraphes 120 et s. du jugement de première instance). Cette peine est confirmée en appel : ICTR, Trial Ch. III, Judgement, *The Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi*, case n° ICTR-00-55A-T, 11 February 2010 et ICTR, App., Judgement, *Tharcisse Muvunyi v. The Prosecutor*, case n° ICTR-2000-55A-A, 1 April 2011. Dans l'affaire *Hategekimana*, le commandant du camp militaire de Ngoma est condamné à l'emprisonnement à vie pour sa participation à une entreprise criminelle commune, une peine également confirmée en appel : TPIR, chambre de première instance II, jugement portant condamnation, *Le procureur c. Ildephonse Hategekimana*, affaire n° ICTR-00-55B-T, 6 Décembre 2010 et ICTR, App., Judgement, *Ildephonse Hategekimana v. The Prosecutor*, case n° ICTR-00-55B-A, 8 May 2012.

directeur au ministère de la famille³⁷, un fermier prospère de Cyangugu³⁸, un commerçant influent de Kibuye³⁹. En appel, les affaires *Bikindi*⁴⁰, *Nchamihigo*⁴¹, *Rukundo*⁴², *Kalimanzira*⁴³ et *Renzaho*⁴⁴ sont réexaminées, ce qui conduit parfois au prononcé de peines un peu plus légères. Ce *corpus* judiciaire, extrêmement dense d'un point de vue factuel, ne comprend pas vraiment de développements significatifs en matière de droit humanitaire, pas plus d'ailleurs que la jurisprudence du TPIY.

De la même manière, le premier jugement de condamnation prononcé par les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens dans l'affaire *Duch* nous informe sur le fonctionnement du centre S-21 et la spécificité de la violence communiste, sans évolution significative du point de vue du droit humanitaire⁴⁵. C'est plutôt dans la jurisprudence de la CPI que des éléments nouveaux apparaissent, ce qui est assez compréhensible. La Cour est en effet saisie de situations qui s'éloignent parfois assez sensiblement des phénomènes génocidaires qui sont au cœur de l'activité des TPI. Par ailleurs, ses juges semblent partagés entre l'inspiration et la méfiance vis-à-vis de la jurisprudence antérieure des TPI. Les textes qu'ils doivent appliquer sont aussi différents. Finalement, l'absence de conflit armé dans certaines affaires dont est saisie la Cour la conduit à utiliser beaucoup plus largement la catégorie des crimes contre l'humanité, jusqu'à en faire, peut-être,

37. ICTR, Trial Ch. III, Judgement and sentence, *The Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete*, case n° ICTR-2000-61-T, 31 March 2011 (ci-après jugement *Gatete*). La chambre prononce une peine d'emprisonnement à vie ; elle retient le complot et la participation à une entreprise criminelle commune dans les préfectures de Byumba et Kibungo.

38. ICTR, Trial Ch. I, Judgement and sentence, *The prosecutor v. Yussuf Munyakazi*, case n° ICTR-97-36A-T, 5 July 2010. Munyakazi est condamné à vingt-cinq années d'emprisonnement pour les massacres commis à la paroisse de Shangi et Mibilizi. Membre du MRND, la chambre retient son autorité de fait sur les *Interahamwe*, et l'aide apportée lors de ces deux massacres. En revanche, les faits de recrutement et d'entraînement de la milice depuis 1990 ne sont pas suffisamment prouvés. Cette condamnation est confirmée en appel mais donne lieu à des opinions séparées de trois juges sur la notion de « commission » retenue depuis l'arrêt *Gacumbitsi* en 2006, considérée comme trop large : ICTR, App., Judgement, *The Prosecutor v. Yussuf Munyakazi*, case n° ICTR-97-36A-A, 28 September 2011.

39. ICTR, Trial Ch. II, *The Prosecutor v. Gaspard Kanyarukiga*, case n° ICTR-2002-78-T, 1 November 2010 ; les faits se rapportent à la paroisse de Nyange, qui fait également l'objet de l'affaire *Seromba*. Kanyarukiga est condamné à trente ans d'emprisonnement, une peine confirmée en appel : ICTR, App., Judgement, *Gaspard Kanyarukiga v. The Prosecutor*, case n° ICTR-02-78-A, 8 May 2012 (ci-après arrêt *Kanyarukiga*).

40. ICTR, App., Judgement, *Simon Bikindi v. The Prosecutor*, case n° ICTR-01-72-A, 18 March 2010. La condamnation à quinze années d'emprisonnement est confirmée.

41. ICTR, App., Judgement, *Siméon Nchamihigo v. The Prosecutor*, case n° ICTR-2001-63-1, 18 March 2010. La peine d'emprisonnement à vie est ramenée à quarante années, la chambre d'appel acquittant Nchamihigo de certains crimes sur la base des erreurs commises en première instance. On relèvera qu'un témoin a été condamné pour faux témoignage dans cette affaire. Le juge Pocar émet une opinion dissidente et considère que la première chambre, qui est le véritable juge des faits, n'a pas commis d'erreur : « *A Trial Chamber, as the primary trier of fact, is better placed than the Appeals Chamber to evaluate the probative value of witnesses' testimonies* », *Partly dissenting opinion of Judge Pocar*, § 8.

42. ICTR, App., Judgement, *Emmanuel Rukundo v. The Prosecutor*, case n° ICTR-2001-70-A, 20 October 2010 (ci-après arrêt *Rukundo*). La peine est ramenée de vingt-cinq à vingt trois années d'emprisonnement car Rukundo, aumônier dans les forces armées rwandaises, est considéré comme complice et qu'il est acquitté de l'accusation de génocide en ce qui concerne des faits de violence sexuelle. L'opinion dissidente du juge Pocar sur ce point sera examinée plus loin.

43. ICTR, App., Judgement, *Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor*, case n° ICTR-05-88-A, 20 October 2010 (ci-après arrêt *Kalimanzira*). La peine de trente années d'emprisonnement prononcée en première instance est ramenée à vingt-cinq années, Kalimanzira étant notamment acquitté de faits d'incitation. L'opinion dissidente du juge Pocar sera commentée plus avant.

44. ICTR, App., Judgement, *Tharcisse Renzaho v. The Prosecutor*, case n° ICTR-97-31-A, 1 April 2011. La peine d'emprisonnement à vie est confirmée, même si Renzaho est acquitté pour les ordres de tuer aux barrages routiers à Kigali. Cette conclusion est contestée par les juges Güney et Pocar. On notera que la défense invoquait la situation politique contemporaine au Rwanda pour contester la fiabilité de certains témoignages.

45. CETC, chambre de première instance, jugement, dossier n° 001/18-07-2007/ECCC/TC (*Kainga Guek Eav alias Duch*), 26 juillet 2010 (ci-après jugement *Duch*).

une catégorie résiduelle. On se contentera d'indiquer les points saillants de cette jurisprudence naissante, dans la mesure où aucun jugement définitif de condamnation n'a été rendu pendant les années qui sont couvertes par cette chronique.

Enfin, il convient de relever l'œuvre originale du Tribunal spécial pour le Liban (TSL) : s'il est en effet censé appliquer le droit libanais, sa chambre d'appel a néanmoins tenté d'imposer un retour au droit international en dégagant une définition du terrorisme présentée comme issue de ce droit et comme devant inspirer le Tribunal⁴⁶. La postérité de cet arrêt est incertaine en raison des écarts qu'il autorise par rapport à la définition de la compétence matérielle du Tribunal, mais aussi parce qu'il a été rendu dans une phase préliminaire où le débat contradictoire était impossible. De même, sa contribution au « droit humanitaire » est ambiguë, le terrorisme n'en relevant en principe pas ; pas plus d'ailleurs que le crime d'agression, dont la définition retenue à Kampala excède le champ de cette chronique. En revanche, parce que le crime de terrorisme est découvert *par les juges*, qui s'interrogent de surcroît sur sa reconnaissance en temps de conflit armé, cet arrêt du TSL fera l'objet d'une présentation.

A. *Les crimes de guerre – le terrorisme*

1. *Existence, durée et nature des conflits*

a) *Conflits internationaux et implications étrangères dans un conflit interne*

Dans l'affaire *Gotovina*, la chambre de première instance s'est prononcée sur la fin de l'application du droit des conflits armés internationaux. Répondant à certains arguments de la défense, elle estime que la fin d'un conflit international ne peut uniquement dépendre de la réduction de son niveau d'intensité ou de la désorganisation de l'un des belligérants. Elle se réfère à l'arrêt *Tadic* rendu en 1995 pour affirmer qu'un conflit armé international prend fin lors de la conclusion générale de la paix et explicite ce point :

« Once the law of armed conflict has become applicable, one should not lightly conclude that its applicability ceases. Otherwise, the participants in an armed conflict may find themselves in a revolving door between applicability and non applicability, leading to a considerable degree of uncertainty and confusion » (jugement *Gotovina*, § 1694).

La chambre examine alors si, dans la période couverte par l'acte d'accusation,

« the international armed conflict had found a sufficiently general, definitive and effective termination so as to end the applicability of the law of armed conflict. It will consider in particular whether there was a general close of military operations and a general conclusion of peace » (jugement *Gotovina*, § 1694 et s.)

Ces précisions sont bienvenues – quoique tardives ; car même si l'arrêt *Tadic* de 1995 est justement évoqué quant aux principes généraux, il a aussi autorisé les chambres à examiner en fait la transformation d'un conflit international en conflit

46. TSL, App., Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, affaire n° STL-11-01/I, 16 février 2011 (ci-après décision TSL *droit applicable*).

interne sans attendre cette conclusion générale de la paix entre les belligérants étatiques⁴⁷. La démarche ici adoptée semble plus conforme au droit de la guerre.

C'est aussi la jurisprudence du TPIY qui inspire la chambre de première instance dans l'affaire *Duch*. Se prononçant sur les accusations d'infractions graves aux conventions de Genève, elle note que le Cambodge et le Vietnam étaient parties aux conventions de Genève au moment des faits et affirme dans le même temps le caractère coutumier de certaines de leurs dispositions⁴⁸. Elle établit l'existence d'un conflit armé international en relevant l'existence d'hostilités armées entre le Kampuchéa démocratique et le Vietnam dans la période pertinente pour le procès (du 17 avril 1975 au 6 janvier 1979), alors même que le gouvernement du Cambodge n'a dénoncé une agression vietnamienne qu'en 1977⁴⁹. Pour la chambre, sur l'ensemble de cette période « des affrontements ont eu lieu continuellement, que ce soit des incidents frontaliers ou des incursions plus conséquentes tant en territoire cambodgien que vietnamien, malgré la volonté initiale du Kampuchéa démocratique et du Vietnam de les tenir secrets »⁵⁰. Le lien exigé entre le conflit et les crimes commis n'est dès lors plus difficile à établir, en raison de la présence de soldats vietnamiens parmi les prisonniers de S-21⁵¹.

On relèvera que la question de la nature du conflit armé s'est posée devant la CPI dans l'affaire *Mbarushimana*⁵². Pour la chambre préliminaire, qui adopte ici une solution assez classique en droit de la guerre, les combats qui ont opposé le groupe rebelle des FDLR aux forces de la République démocratique du Congo alliées à l'armée rwandaise puis soutenues par la MONUC, est un conflit interne. Cette position est plus spécifiquement motivée en ce qui concerne l'implication des forces rwandaises. Ainsi, pour la chambre : « [l]a présence des troupes rwandaises sur le territoire congolais et leur participation à l'opération *Umoja Wetu* visaient à aider et à soutenir les FARDC [les forces de la République démocratique du Congo] dans leurs efforts de neutralisation du FDLR. Il s'agissait d'une opération conjointe, si bien que les forces rwandaises ont toujours été présentes avec l'accord des autorités congolaises »⁵³. On pourrait évidemment encore se demander si la présence internationale au soutien du gouvernement congolais (Rwanda, MONUC) n'a pas pris une importance telle qu'elle a transformé le conflit ; mais il aurait fallu que le procureur de la Cour cherche à le démontrer, ce qui n'a pas été le cas dans cette affaire désormais close.

b) *Conflits internes et lutte contre le terrorisme*

L'existence d'un conflit armé entre le « gouvernement rwandais (*sic*) et les forces du FPR entre le premier janvier et le 17 juillet 1994 » est considérée comme un fait de notoriété publique par la chambre saisie de l'affaire *Ndindiliyimana*⁵⁴. Le lien qui est établi entre ce conflit et, notamment, le meurtre du premier ministre du gouvernement sus-désigné, Agathe Uwilingiyimana, considéré comme un crime

47. Voy. cette Chronique, *AFDI*, 1997, p. 385 (sur l'impact de l'arrêt *Tadic*) et 1998, p. 392 (sur l'incertaine logique consistant – sur la base de l'arrêt *Tadic* – à vérifier en fait le caractère international d'un conflit après le retrait affiché de l'un des belligérants sans conclusion générale de la paix). On notera que l'approche ambiguë de l'arrêt *Tadic* a donné lieu à la jurisprudence relative aux organes de fait, voy. cette Chronique, *AFDI* 1997, pp. 385-390 et *AFDI* 1999, pp. 487-491.

48. Jugement *Duch*, §§ 403 et 405.

49. Jugement *Duch*, § 76 et, plus largement, §§ 59-81.

50. Jugement *Duch*, § 423.

51. Jugement *Duch*, § 424.

52. CPI, chambre pr. I, décision relative à la confirmation des charges, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, n° ICC-01/04-01/10, 16 décembre 2011 (ci-après décision *Mbarushimana*).

53. Décision *Mbarushimana*, § 110.

54. Jugement *Ndindiliyimana*, §§ 105 et 2132.

de guerre, n'est pourtant pas vraiment clair : « *the armed conflict between government forces and the RPF not only provided a pretext for government soldiers to kill the opposition Prime Minister, but it also provided the context of hostilities and lawlessness within which that crime was committed* »⁵⁵. Il semble que ce lien résulte du fait que le meurtre a rendu impossible un appel au calme, ce qui a pu avoir une incidence sur la reprise des hostilités entre le FPR et l'armée gouvernementale. Il n'en demeure pas moins que l'identification des parties en conflit demeure ici assez trouble.

Dans l'affaire *Boskoski*, la chambre d'appel examine *proprio motu* la question de l'existence d'un conflit armé opposant l'armée de Macédoine aux forces de l'armée de libération nationale albanaise en 2001 et confirme les conclusions de première instance sur le niveau d'intensité suffisant des hostilités et l'organisation des parties au conflit⁵⁶. La défense continuait d'avancer en appel l'argument de la licéité de l'action gouvernementale visant à lutter contre le terrorisme, qui sortirait du champ de la compétence matérielle du Tribunal. La chambre écarte sans ambiguïté cet argument, relatif à l'applicabilité de l'article 3 commun aux conventions de Genève :

« *The Appeals Chamber [...] notes that an operation whose objective was a legitimate and defensive action against "terrorists" would not render Common Article 3 inapplicable. The issue is whether the conduct of the individual was in violation of international humanitarian law* » (arrêt *Boskoski*, § 45).

Dans cette même affaire, la défense invoquait résolutions et déclarations du Conseil de sécurité tendant à reconnaître la légitimité de la lutte contre un mouvement décrit comme terroriste. Contrairement à la première chambre qui avait affirmé son autonomie vis-à-vis des qualifications de mouvements comme « terroristes » par le Conseil de sécurité des Nations Unies⁵⁷, les juges d'appel insistent plutôt sur le fait que le Conseil n'a jamais entendu affirmer que la situation était purement interne et qu'elle était hors du champ de la compétence du Tribunal (alors même, on le rappelle, que les faits sont bien ultérieurs aux résolutions instituant le Tribunal). Ainsi, « *while the Security Council mentioned the need to respect the sovereignty and territorial integrity of the FYROM [Macédoine], this does not show that the Security Council excluded the Tribunal's jurisdiction for any serious violations of international humanitarian law committed during the internal armed conflict on the territory of the FYROM* »⁵⁸.

L'affaire *Djordjevic* soulève des questions similaires, même si l'existence d'un conflit armé interne entre les forces serbes et l'armée de libération du Kosovo a déjà été examinée dans plusieurs affaires. Elle l'est de nouveau ici, la chambre concluant, sans surprise, positivement, en se basant sur l'intensité du conflit et l'organisation de l'ALK⁵⁹. Mais elle ajoute également qu'entre le 24 mars 1999 et juin 1999 c'est un conflit armé international qui s'est déployé au Kosovo, conclusion qui avait été omise dans l'affaire précédente concernant les mêmes opérations, l'affaire *Milutinovic*⁶⁰ :

« *On 24 March 1999 NATO commenced its military operations in the FRY. On the same day the government of the RFY declared a state of war. On this basis the*

55. Jugement *Ndindiliyimana*, § 2136.

56. Arrêt *Boskoski*, §§ 19-22. Sur cette affaire, voy. cette Chronique, *AFDI* 2009, p. 369.

57. Voy. cette chronique, *AFDI* 2009, p. 369.

58. Arrêt *Boskoski*, § 35. La chambre renvoie notamment aux résolutions 1345 et 1371 (2001) du Conseil de sécurité des Nations Unies.

59. Jugement *Djordjevic*, §§ 1521 à 1579.

60. Voy. cette chronique, *AFDI* 2009, p. 369.

Chamber is satisfied that [...] an international armed conflict existed in Kosovo between Serbian forces and the forces of NATO » (jugement Djordjevic, § 1580).

Dans cette affaire, la défense tentait aussi de faire échapper à la compétence du Tribunal une action gouvernementale justifiée par la lutte contre le terrorisme. C'est même le coeur de la stratégie de défense ainsi que le note la chambre : « *The essence of the Defence case is that the FRY and Serbia were attempting to protect its citizens "in an ongoing battle with massive terrorist forces who were driven by want of secession"* »⁶¹. Comme dans l'affaire *Boskoski*, la défense invoque l'article 51 de la charte des Nations Unies, d'où est déduit un droit de réponse au terrorisme au titre de la légitime défense. Dans l'affaire *Boskoski*, la chambre d'appel avait rappelé « *the fundamental distinction in International Law between the rules governing a State's right to resort to armed force (jus ad bellum) and the rules applicable in armed conflict (jus in bello). The Appeals Chamber has previously held that the application of the latter rules is not affected by the legitimacy of the use of force by a party to the armed conflict* »⁶². C'est en citant cet arrêt d'appel dans l'affaire *Boskoski* que la chambre de première instance écarte également l'argumentation dans l'affaire *Djordjevic* :

« *The Chamber takes the view that the question of the legitimacy of the decision to resort to force is irrelevant to the determination of the individual criminal responsibility for violations of international humanitarian law ; it recalls that "whether an attack was ordered as preemptive, defensive or offensive is from a legal point of view irrelevant [...]. The issue at hand is whether the way the military action was carried out [during an armed conflict] was criminal or not". Therefore the circumstance that the FRY and Serbia were conducting anti-terrorist activities is irrelevant to, and not determinative of, the question whether violations of international humanitarian law were carried out* » (jugement Djordjevic, § 2053).

L'évocation des deux corps de normes est certainement utile. Toutefois, on peut s'interroger sur l'affirmation de non-pertinence de la légalité du recours à la force pour le juge pénal international, et ceci à différents égards. Relevons-en un aspect ici, celui du statut des forces rebelles : le droit de la guerre, en l'occurrence le premier protocole additionnel aux conventions de Genève, soutient en effet certaines formes d'insurrection en étendant les règles de protection du conflit armé international aux mouvements de libération nationale, aux mouvements de lutte contre un régime raciste ou contre une occupation étrangère. La question du droit des peuples soutient ce régime spécial. Or, l'indifférence judiciaire aux raisons du recours à la force affichée ici interdit de poser la question du statut de l'ALK. Si ses combattants sont, pour la défense, des terroristes, le procureur n'invoque quant à lui jamais le droit des peuples et la répression d'un mouvement de libération nationale – alors que, dans d'autres affaires, les juges ont parfois signifié la légitimité du débat⁶³. Aussi, les positions tenues dans le procès pénal, et la variété des intérêts – changeants – des parties, ont constamment permis, en ce qui concerne le Kosovo, de ne pas trancher ces aspects importants pour l'application du droit humanitaire. Dans l'affaire *Djordjevic*, la réponse obligée, mais quelque peu dogmatique, de la chambre, l'oriente vers une argumentation qui omet encore la question de la lutte de libération nationale. En réalité, la chambre interroge essentiellement *l'excès d'emploi* de la force par les forces serbes ; par là même elle admet, dans une certaine mesure, la thèse de la défense selon laquelle l'emploi de la force en lui-même

61. Jugement *Djordjevic*, § 2052.

62. Arrêt *Boskoski*, § 44. La chambre d'appel renvoie ici aux affaires *Kordic* et *Martic*, où la distinction des corps de normes était moins clairement avancée.

63. Par exemple dans l'affaire *Limaj*, voy. cette chronique, *AFDI* 2005, pp. 254-255 et 258-261.

était légitime. Il est vrai, dans le même temps, que ce positionnement n'a pas de conséquences majeures dans une affaire où il n'est pas question de prisonniers de guerre. Pour la chambre c'est, en tout état de cause, l'excès d'emploi de la force, la disproportion, qui rend l'opération suspecte et qui, finalement, révèle qu'il ne s'agissait pas d'une opération anti-terroriste comme le prétendait la défense :

« *The overwhelming body of evidence demonstrates [...] that the purportedly "anti-terrorist" operations of the Serbian forces during the Indictment period routinely involved the use of force against Kosovo Albanian towns and villages throughout the majority of the municipalities of Kosovo in a way that produced grossly excessive civilian casualties, including women and children, destroyed homes, crops and livestock, entire villages, and religiously and culturally significant property, and forced the displacement of hundreds of thousands of Kosovo Albanians over a period of less than three months. The evidence weighs convincingly against a finding that these attacks were either proportionate or military necessary, even in those areas where there was a KLA presence. In short, the conduct of Serbian forces revealed an objective beyond policing terrorists* » (jugement Djordjevic, § 2055).

Il est vrai que l'ampleur répressive contre le pays (civils, villages, religion et traditions culturelles, déplacements) ne peut que faire émerger la figure de la lutte de libération nationale, fondée sur le droit des peuples. Le prétexte terroriste doit donc, même si c'est tardivement, céder. Mais ne pourrait-on penser qu'en opposant *jus ad bellum* et *jus in bello*, et donc en intégrant la lutte anti-terroriste dans une figure du *jus ad bellum* qui pourrait s'il était suffisamment policé satisfaire aux exigences du *jus in bello*, la chambre conforte, peut-être involontairement, la thèse de la guerre au terrorisme ?

2. Le crime de terrorisme selon le Tribunal spécial pour le Liban

C'est à une tâche ardue, et qui dans une certaine mesure prolonge les ambiguïtés que nous venons de souligner que s'est attelé le TSL en tentant de révéler une définition internationale du terrorisme. Cette tentative pose, entre autres problèmes, celui de la place de l'insurrection soutenue par le droit international.

Dans son arrêt du 16 février 2011, la chambre d'appel du TSL, à la demande du juge de la mise en état, vient préciser le contenu du droit matériel applicable par le Tribunal⁶⁴. Comme on le sait, le Tribunal doit appliquer le droit libanais⁶⁵. Pourtant, il apparaît que la définition libanaise du terrorisme, telle qu'interprétée par la jurisprudence nationale analysée par la chambre, pourrait ne pas permettre de juger l'attentat contre Rafik Hariri dont le Tribunal est principalement saisi. Ainsi, pour la chambre « selon les juridictions libanaises, les moyens susceptibles de produire un "danger commun" comprennent uniquement les moyens pouvant frapper des victimes innocentes, non spécifiquement visées mais atteintes par le seul fait du hasard, en raison de leur présence sur les lieux où les moyens terroristes

64. La chambre d'appel se prononce également sur les notions d'homicide, de complot, sur les « modes de responsabilité », et le concours d'infraction. Pour une présentation succincte de ses conclusions relatives aux formes de participation, voy. *infra C*.

65. L'article 2 du statut du Tribunal – « droit pénal applicable » – précise : « Sont applicables à la poursuite et à la répression des infractions visées à l'article premier, sous réserve des dispositions du présent Statut : a) Les dispositions du Code pénal libanais relatives à la poursuite et à la répression des actes de terrorisme, des crimes et délits contre la vie et l'intégrité physique des personnes, des associations illicites et de la non-révélation de crimes et délits, y compris les règles relatives à l'élément matériel de l'infraction, à la participation criminelle et à la qualification du complot ; et b) Les articles 6 et 7 de la loi libanaise du 11 janvier 1958 renforçant les peines relatives à la sédition, à la guerre civile et à la lutte confessionnelle ».

sont utilisés »⁶⁶. C'est à ce défaut, apparemment assez gênant, que tente de remédier la chambre d'appel. Elle entreprend, à cet effet, de démontrer la possibilité, et l'obligation, qu'ont les juridictions libanaises – auxquelles un certain nombre de conseils sont ainsi prodigués – d'appliquer le droit international tant conventionnel⁶⁷ que coutumier⁶⁸. Le droit coutumier est l'objet d'une insistance particulière car le seul traité liant le Liban dans ce domaine, c'est-à-dire la convention arabe sur la suppression du terrorisme de 1988, ne semble pas retenir l'attention de la chambre. C'est donc cette logique et cet objectif qui motivent la découverte d'une notion coutumière du terrorisme que les juges du Tribunal devraient appliquer, puisque les juges libanais sont également tenus de le faire⁶⁹. Il s'agit finalement, en appliquant le droit international, d'appliquer le droit libanais.

Cet ensemble argumentatif exige des développements complexes et révèle parfois des contradictions internes qui sont quelque peu troublantes, pour ne pas parler de la légitimité d'un travail quasi-législatif du juge qui s'exprime de manière presque caricaturale ici. Par ailleurs, la postérité de l'arrêt, rendu de manière préliminaire en l'absence de débat contradictoire, est également incertaine, et ceci dans le cadre même du TSL. Avant de présenter les définitions retenues, il convient de décrire les temps de l'argumentation qui peuvent retenir l'attention de l'internationaliste.

D'abord se pose le problème du dépassement d'un statut qui exige l'application du droit libanais. Après avoir livré quelques commentaires sur le travail de l'interprète, inspiré de grands auteurs⁷⁰, la chambre affirme devoir interpréter son statut en suivant les règles de la convention de Vienne sur le droit des traités, même si la question de la nature de ce texte n'est pas tranchée : « il en va ainsi, que le Statut soit réputé être un élément d'un accord international entre le Liban et l'Organisation des Nations Unies ou que l'on estime au contraire qu'il fait partie d'une résolution contraignante adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies »⁷¹. C'est donc parce que la chambre se fonde sur l'objectif du statut, objectif qui est de « rendre la justice de manière juste et efficace »⁷², contre son libellé explicite, que le recours au droit international s'impose. Étrangement ceci n'est, pour la chambre, nullement contraire à la convention de Vienne. En effet, affirme-t-elle :

« le principe de l'interprétation téléologique, fondé sur la recherche du but et de l'objet d'une règle afin d'en tirer le maximum d'effets possibles, l'a emporté sur le principe *in dubio mitius* (en cas de doute, l'interprétation la plus favorable doit être privilégiée), principe qui – lorsqu'il s'applique à l'interprétation des traités et d'autres règles du droit international applicables aux États – exige le respect de la souveraineté de l'État ». Car « le principe *in dubio mitius* est le reflet de la communauté internationale d'antan, composée seulement d'États souverains, dans laquelle les individus ne jouaient aucun rôle et où il n'existait pas encore d'organisations intergouvernementales telles que l'ONU ».

Or, selon la chambre, « de nos jours, [...] la doctrine des droits de l'homme a acquis une suprématie dans l'ensemble de la communauté internationale »⁷³. Il est diffi-

66. Décision *TSL droit applicable*, § 53.

67. Décision *TSL droit applicable*, §§ 71-82.

68. *Ibid.*, §§ 114-123.

69. *Ibid.*, § 41.

70. *Ibid.*, § 19.

71. *Ibid.*, § 26.

72. *Ibid.*, § 32.

73. *Ibid.*, § 29.

cile de comprendre en quoi ces affirmations, qui peuvent d'ailleurs prêter à débat, permettent en l'espèce d'écarter une disposition claire du statut.

La chambre admet aussi la possibilité de recourir au principe de l'interprétation favorable à l'accusé : « Si, toutefois, une telle approche [téléologique] n'était pas concluante, il conviendrait d'opter pour l'interprétation qui est la plus favorable aux droits du suspect ou de l'accusé, conformément au principe général de droit pénal *favor rei* (qui signifie « favorable à l'accusé ») ». Les modes d'interprétation du droit pénal sont ainsi pris en compte, mais à titre secondaire⁷⁴. Les principes régissant la matière pénale sont également convoqués à l'occasion de l'analyse de la manière dont le droit libanais permet au juge national d'appliquer des traités internationaux. Ainsi, la chambre note que la technique d'incorporation automatique des traités domine en droit libanais, sauf lorsque les dispositions du traité ne sont pas directement applicables, ce qui est précisément le cas en droit pénal en raison du principe *nullum crimen sine lege*. C'est l'occasion pour la chambre, une occasion plutôt périlleuse, d'élever le principe au rang des normes de *jus cogens*. Ainsi :

« Le principe de la légalité (*nullum crimen sine lege*) [...] a été si largement proclamé dans les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en ce qui concerne son application dans l'ordre juridique interne et si fréquemment confirmé par les tribunaux pénaux internationaux dans le cadre de poursuites internationales en matière de crimes, qu'il peut être considéré, à bon droit, comme ayant acquis le statut de norme impérative (*jus cogens*) devant être respectée tant dans l'ordre juridique interne qu'au niveau international »⁷⁵.

Pourtant, la chambre ne semble pas sentir liée par ce principe en retenant une définition coutumière du terrorisme excédant le droit libanais, raison pour laquelle elle y recourt, ainsi qu'on l'a vu. L'ensemble de ces références aux principes d'interprétation dans la matière pénale ne font donc guère de sens dans l'approche de la chambre, caractérisée par la volonté de dépasser un texte – son statut – où la référence explicite et unique au droit libanais pour l'identification du crime visait précisément à éviter des reproches tenant au principe de légalité, en l'absence de définition internationale du terrorisme.

Reste donc l'essentiel : cette identification d'un crime de terrorisme issu du droit international coutumier. Pour la chambre, en dépit de l'opinion de nombreux experts – et de la position du procureur et du bureau de la défense –, « un examen minutieux montre qu'en fait une telle définition a peu à peu fait son apparition »⁷⁶. Elle répond aux critères de la pratique générale et de l'*opinio juris*, que la chambre présente de manière inversée : « un certain nombre de traités, de résolutions des Nations Unies, et de pratiques législatives et judiciaires étatiques manifestent la formation d'une *opinio juris* générale au sein de la communauté internationale, suivie par une pratique conforme à cette *opinio*, dont il résulte qu'une règle coutumière de droit international relative au crime international de terrorisme, au moins *en temps de paix*, s'est effectivement dégagée »⁷⁷. Une analyse de textes internationaux de valeur diverse – traités, résolutions de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité des Nations Unies – est alors présentée, la chambre notant que la convention de 1999 sur la répression du financement du terrorisme fournit la définition la plus claire du terrorisme⁷⁸. Les législations nationales sont évoquées,

74. *Ibid.*, § 32.

75. *Ibid.*, § 76.

76. *Ibid.*, § 83.

77. *Ibid.*, § 85.

78. La convention fonctionne en réalité principalement par un renvoi aux conventions dites sectorielles. L'article 2 précise ainsi : « 1. Commet une infraction au sens de la présente Convention toute

tout comme le droit de l'Union européenne et les « légères variantes » qui y sont relevées tenues pour mineures. Enfin, les décisions de tribunaux nationaux sont examinées. Cet ensemble permet d'identifier une définition du terrorisme où

« trois éléments clés sont nécessaires : i) la perpétration d'un acte criminel (tel qu'un meurtre, un enlèvement, une prise d'otages, un incendie criminel, etc.), ou la menace d'un tel acte ; ii) l'intention de répandre la peur parmi la population (qui fait naître généralement un danger public) ou de contraindre directement ou indirectement une autorité nationale ou internationale à accomplir un certain acte ou à s'abstenir de l'accomplir ; iii) la présence, au sein de cet acte, d'un élément d'extranéité » (décision *TSL droit applicable*, § 85).

La chambre d'appel ne s'arrête pourtant pas là. Elle se fonde sur la jurisprudence de la Cour internationale de Justice pour affirmer que « la règle coutumière doit être énoncée en termes de droits et d'obligations de caractère international ». C'est le moment de préciser l'impact de la découverte pour les États :

« au cas particulier, la règle coutumière peut être invoquée i) pour imposer à tout État (ainsi qu'à d'autres sujets internationaux, à l'instar de rebelles et d'autres entités non étatiques participant aux relations internationales) l'obligation de ne pas s'engager, par l'entremise de leurs responsables et agents, dans des actes de terrorisme, tels que définis par la règle ; ii) pour imposer à tout État (et à d'autres sujets et entités de droit international dotés des structures et de l'appareil judiciaire nécessaires) l'obligation de prévenir et de réprimer le terrorisme, et en particulier de poursuivre et de juger sur son territoire, ou sur le territoire qu'il contrôle, les personnes qui seraient impliquées dans des actes de terrorisme, tels que définis par la règle ; iii) pour conférer à tout État (et à d'autres sujets de droit international dotés des structures et de l'appareil judiciaire nécessaires) le droit de poursuivre et réprimer le crime de terrorisme, tel que défini par la règle, perpétré sur son territoire, (ou sur un territoire placé sous son contrôle) par des ressortissants nationaux ou par des étrangers, ainsi que l'obligation pour tout autre État de ne pas s'opposer et de ne pas faire objection à toute poursuite ou répression de cet ordre à l'encontre de ses propres ressortissants (sauf s'il s'agit d'agents publics de haut niveau jouissant d'immunités personnelles aux termes du droit international). Il semblerait que cette règle coutumière n'impose pas encore l'obligation de coopérer avec d'autres États dans le cadre de cette répression. On peut croire toutefois qu'une règle ayant cette teneur soit en cours de gestation au sein de la communauté internationale » (décision *TSL droit applicable*, § 102).

La chambre vérifie enfin, suivant la voie de l'arrêt *Tadic* de 1995⁷⁹, que la violation de la règle d'interdiction du terrorisme engage bien la responsabilité pénale individuelle. C'est le parallèle avec l'émergence nationale du crime de guerre et son extension internationale qui permet l'attestation. Le rôle du Conseil de sécurité dans la pénalisation est aussi mis en valeur tandis que les dimensions législatives

personne qui, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit ou réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre : a) Un acte qui constitue une infraction au regard et selon la définition de l'un des traités énumérés en annexe ; b) Tout autre acte destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque, par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ». Pour une présentation de la convention voy. Pierre KLEIN, *Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme*, United Nations Audiovisual Library of International Law, sur le site <untreaty.un.org>.

79. Voy. cette chronique, *AFDI* 1995, p. 132.

de sa production paraissent admises : « En qualifiant le terrorisme de “menace contre la paix et la sécurité internationales”, la “législation” adoptée par le Conseil de sécurité des Nations Unies conforte une telle conclusion »⁸⁰.

Le crime de terrorisme ainsi identifié ne s'impose qu'en temps de paix. Pourtant, selon la chambre, il existe une règle coutumière en gestation pour ce qui est du temps de guerre car « une écrasante majorité d'États estime aujourd'hui que les actes de terrorisme peuvent être réprimés même en temps de conflit armé, dans la mesure où ces actes visent des civils qui ne prennent aucune part active aux hostilités ; ces actes, de plus, pourront aussi être classés dans la catégorie des crimes de guerre »⁸¹. La chambre d'appel relève les réserves formulées par certains États, « membres de la Conférence islamique » sur la convention pour la répression du financement du terrorisme de 1999 visant à exclure les actes des « combattants de la liberté » – réserves qu'elle semble sur-interpréter pour leur faire produire un sens de justification des attaques contre les civils⁸². Mais ces États réservataires seront bientôt, estime la chambre, considérés comme des « objecteurs persistants » à la règle coutumière, violant de surcroît – ou plutôt allant « à l'encontre de l'appel lancé par le Conseil de sécurité, en ce qui concerne les actes de terrorisme, qui “demande à tous les visant États de prévenir ces actes et, à défaut, de faire en sorte qu'ils soient réprimés par des sanctions à la mesure de leur gravité” »⁸³. On voit ici que la faculté d'émettre des réserves, ou de ne pas signer un traité, se mue en objection persistante à une règle humanitaire coutumière pour, enfin, constituer une réticence suspecte vis-à-vis des appels du Conseil de sécurité des Nations Unies – qui pourrait, même si ce dernier pas n'est pas franchi, constituer une violation de la charte de Nations Unies.

Finalement, il est aisé de constater que plusieurs projets inspirent ici la chambre d'appel, dont la légitimité et l'opportunité peuvent être contestées. Celui, immédiat, de proposer une définition palliant les défauts apparents du droit libanais auquel la renvoie explicitement son statut. Dans ce cadre spécifique au TSL, il apparaît que le principe de l'interprétation restrictive du droit pénal est écarté, de même que le principe de légalité, pourtant à peine sacralisé. En effet, ne sont importés de la définition internationale que les éléments utiles à la répression, qui se rapportent aux « moyens » terroristes. En revanche, les aspects plus stricts de la définition internationale, qui exige notamment un élément d'extranéité difficile à identifier dans l'acte d'accusation de quatre libanais confirmé par le juge de la mise en état du TSL, ne doivent pas être retenus⁸⁴. L'autre aspect du projet est plus ambitieux encore. La chambre entend identifier des obligations qui s'imposeront aux États et influencer sur le système normatif international. Dans ce cadre, il s'agit aussi de combattre la position de ceux des États qui continuent de soutenir des règles favorables aux « combattants de la liberté ». C'est la raison semblant commander la mise à l'écart de la convention arabe sur la suppression du terrorisme de 1988 qui prévoit dans son article 2 a) que « ne sont pas constitutifs d'infraction pénale les actes de lutte par divers moyens, y compris la lutte armée, contre l'occupation

80. Décision *TSL droit applicable*, § 104.

81. Décision *TSL droit applicable*, § 108.

82. Les réserves de l'Égypte, de la Jordanie et de la Syrie sont expressément visées à la note 209 de la décision. Pour l'Égypte, ne sont pas des actes de terrorisme les « actes de résistance nationale sous toutes leurs formes, y compris la résistance armée face à l'occupation étrangère et à l'agression aux fins de libération et d'autodétermination ». La Jordanie exclut les « actes de lutte armée nationale et la lutte contre l'occupation étrangère dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », la République arabe syrienne les « actes de résistance à l'occupation étrangère ». Ces réserves ont fait l'objet de nombreuses objections, toutes accessibles sur le site < treaties.un.org >.

83. Décision *TSL droit applicable*, § 110.

84. Décision *TSL droit applicable*, § 147.

étrangère et l'agression et pour la libération et l'autodétermination conformément au droit international, pour autant que ces actes ne portent pas atteinte à l'unité territoriale de l'un quelconque des pays arabes ». La décision d'appel apparaît en conséquence, à cet égard – comme à d'autres – politiquement assez marquée, ce qui ne facilitera pas nécessairement le travail d'un tribunal fonctionnant dans un contexte également sensible de ce point de vue.

Mais plus largement, l'examen du travail créateur du juge, adossé sur le travail législatif du Conseil de sécurité, invite à se pencher sur les éventuelles conséquences de la découverte d'un crime de terrorisme dans la guerre sur le statut des combattants non étatiques et plus particulièrement des mouvements de libération nationale⁸⁵. Ces conséquences, non précisées dans l'arrêt, doivent exister dans l'esprit des juges. Ils notent eux-mêmes que le fait pour les membres d'un mouvement de libération nationale de s'attaquer à des civils constitue déjà une infraction au regard du droit de la guerre : l'incrimination des comportements ne pouvait donc être la raison de ces développements judiciaires. Doit-on penser qu'une volonté plus large de stigmatiser des rebelles comme terroristes internationaux préside aux conclusions des juges ?

3. *Attaques criminelles*

Dans les affaires *Gotovina*, *Djordjevic* et *Mbarushimana* sont analysées les attaques visant la population civile ; elles doivent retenir une attention plus soutenue que celle qui peut leur être prêtée ici. Dans l'affaire *Popovic*, on peut regretter que les offensives serbes contre les « zones de sécurité » instituées en Bosnie par le Conseil de sécurité des Nations Unies n'aient pas, en elles-mêmes, fait l'objet d'une accusation qui aurait peut-être permis de clarifier les règles qui leur sont applicables. On peut aussi s'étonner de la position du procureur qui affirma dans ses conclusions que ces attaques pouvaient être justifiées pas des objectifs militaires légitimes. La chambre, sans doute elle-même surprise par cette position, affirme, mais en se référant au crime contre l'humanité :

« It is [...] not necessary for the Trial Chamber to speculate as to what military action on the part of the VRS may have been justified in relation to the enclaves in fulfilment of these legitimate military aims. Whatever those measures might have been, the full scale, indiscriminate attack levelled by the VRS against these United Nations protected civilian enclaves, was not amongst them. The Trial Chamber is satisfied that the circumstance of the military action [...] were such that it alone constituted an illegal attack against a civilian population of a widespread and systematic nature. At the same time, the military assault on the enclaves also formed part of the broader attack initiated against the civilian populations of Srebrenica and Zepa by Directive 7 » (jugement Popovic, § 775).⁸⁶

Dans un ordre d'idées similaire, il faut examiner les affaires concernant les rebelles darfouris accusés d'avoir attaqué la base militaire d'une opération de maintien de la paix, la Mission de l'Union Africaine au Soudan (MUAS). En 2009, des faits de même nature avaient été sanctionnés par le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone qui s'était interrogé sur la nature de la MINUSIL⁸⁷. Devant la CPI,

85. Sur les effets néfastes de l'absence de statut de certains combattants non étatiques, voy. Michael BOTHE, « The Status of captured fighters in non-international armed conflicts », in Christian TOMUSCHAT / Evelyne LAGRANGE / Stefan OETER (dir), *The right to life*, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 195-214.

86. Sur les attaques, essentiellement saisies dans le cadre du contexte général du crime contre l'humanité, jugement *Popovic*, §§ 795 et s.

87. Cette chronique, *AFDI* 2009, pp. 370-371.

c'est l'affaire *Abu Garda* qui constitue une référence car si les charges n'ont pas été confirmées dans la décision qui sera l'objet de notre commentaire, le raisonnement de la chambre est repris dans l'affaire *Nourain* qui concerne la même attaque⁸⁸. Dans l'affaire *Abu Garda*, l'accusation est essentiellement fondée sur l'article 8-2-e-ii du statut de la Cour qui incrimine « le fait de diriger intentionnellement des attaques contre les personnes, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et biens de caractère civil ». L'application de ce texte conduit la chambre à tenter d'identifier ce que sont des opérations de maintien de la paix. Les distinguant des « missions dites d'impositions de la paix créées par le Conseil de sécurité en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, qui sont habilitées à recourir à la force au-delà de la légitime défense afin d'atteindre leur objectif⁸⁹ », elle relève que « les missions de maintien de la paix ne sont pas statiques et que leurs caractéristiques peuvent varier en fonction, notamment, du contexte dans lequel elles opèrent ». La chambre conclut :

« malgré l'absence de toute base légale spécifique dans la Charte des Nations Unies et compte tenu de la nature évolutive de ces missions, une mission de maintien de la paix se caractérise par l'application de trois principes de base : i) le consentement des parties ; ii) l'impartialité ; et iii) le non-recours à la force sauf en cas de légitime défense » (décision *Abu Garda*, § 71).

Elle estime enfin que peuvent en relever des missions qui ne sont pas créées mais envisagées par la charte sur la base de son article 52⁹⁰. La MUAS, créée par l'Union africaine, – qui est bien un organisme régional au sens de l'article 52 de la charte – puis approuvée par le Conseil de sécurité, entre dans cette catégorie⁹¹.

Mais qualifier ainsi l'opération ne suffit pas, il faut également vérifier qu'elle pouvait jouir de la protection due aux civils. S'inspirant du droit de la guerre, la chambre affirme que

« le personnel employé dans le cadre d'une mission de maintien de la paix bénéficie d'une protection contre les attaques sauf s'il participe directement aux hostilités ou à des activités en rapport avec les combats, et pendant la durée de cette participation. [...] Cette protection ne s'interrompt pas si ces personnes ont recours à la force armée dans le seul but d'exercer leur droit de légitime défense. Enfin, et suivant en cela le précédent établi par le TPIY [dans l'affaire *Strugar*], la majorité est d'avis que toute décision quant à la participation directe d'une personne à des hostilités doit être prise au cas par cas » (décision *Abu Garda*, § 83).

La chambre s'interroge aussi sur la protection due aux biens. Elle s'inspire du même *corpus* juridique – même si les règles du premier protocole additionnel aux conventions de Genève de 1949 sont ici étendues aux conflits non internationaux, ce qui paraît assez logique pour des opérations de maintien de la paix. Cette extension est justifiée par un renvoi à l'étude du CICR sur le droit coutumier. Pour la chambre :

88. CPI, Ch. Pr. I, Décision relative à la confirmation des charges, *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, n° ICC-02/05-02/09, 8 février 2010 (ci-après *Décision Abu Garda*) ; CPI, Pre-Trial Ch. I, Corrigendum of the « Decision on the Confirmation of Charges », *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohamed Jerbo Jamus*, n° ICC-02/05-03/09, 7 March 2011.

89. Décision *Abu Garda*, § 74.

90. Décision *Abu Garda*, §§ 75-76.

91. Il s'agit de la résolution 1556 (2004).

« Les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission de maintien de la paix, dans le contexte d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international, ne sont pas considérés comme des objectifs militaires et ont donc droit à la protection garantie aux biens de caractère civil sauf si leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apporte une contribution effective à l'action militaire d'une partie au conflit et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis, et pour la durée de cette contribution » (décision *Abu Garda*, § 89).

Les juges vérifient alors qu'au regard du fonctionnement de la MUAS l'opération devait jouir de cette protection due aux biens civils. C'était là le point délicat dans cette affaire. La défense faisait en effet valoir que la base de la MUAS avait été utilisée par les représentants du gouvernement soudanais qui s'y trouvaient pour fournir des renseignements sur les opérations des rebelles. Mais parce qu'un certain capitaine Bashir, ici en cause, fut évacué de la base en présence des forces rebelles quelques jours avant l'attaque, la chambre conclut au bénéfice du statut protecteur⁹². Cette conclusion n'est pas affectée par le remplacement rapide du capitaine Bashir dès lors que la présence de représentants du gouvernement et des rebelles dans la base était permise dans l'accord de cessez-le-feu à l'origine de la création de la mission⁹³. C'est en un sens la question de l'impartialité de l'opération de maintien de la paix qui ressurgit ; il est d'ailleurs plutôt satisfaisant de constater que la protection due aux civils ne s'étendra à des soldats ou des bases militaires qu'aux conditions assez strictes fixées ici.

Cette même affaire *Abu Garda* apporte de surcroît des indications quant au seuil de gravité des crimes relevant de la CPI, une question de recevabilité fort légitime au regard de l'accusation portée et des exigences fixées par le statut de la Cour, notamment dans son article 8, qui sont supérieures à celle des TPI⁹⁴. L'attaque de la base d'Haskanita par les rebelles, dans un conflit par ailleurs connu comme étant – du côté gouvernemental – de nature génocidaire, a fait douze victimes membres du personnel de la MUAS ; les rebelles ont par ailleurs mis la main sur des biens de la MUAS « notamment des véhicules, des réfrigérateurs, des ordinateurs et des téléphones portables, des bottes et des uniformes militaires, du carburant, des munitions et de l'argent »⁹⁵. Pour la chambre, « la gravité d'une affaire ne devrait pas être exclusivement appréciée d'un point de vue quantitatif, en d'autres termes en ne considérant que le nombre de victimes ; au contraire, il convient de prendre aussi en considération les aspects qualitatifs du crime »⁹⁶. Cette formule très ouverte est précisée par le recours à la règle 145-1 du règlement de la Cour relatif à la fixation de la peine, ce qui peut apparaître contestable, les dispositions statutaires et réglementaires n'ayant ni la même valeur ni la même fonction. La chambre se base néanmoins sur le critère du dommage causé, issu du règlement, pour affirmer que « l'attaque a eu des conséquences graves pour ceux qui en ont été directement victimes, à savoir le personnel de la MUAS et les membres de leur famille ». Elle ajoute toutefois, ce qui paraît en réalité plus déterminant : « la suspension puis la réduction des activités de la MUAS dans la région en raison de l'attaque ont eu de graves répercussions pour la population locale »⁹⁷.

92. Décision *Abu Garda*, § 142.

93. Décision *Abu Garda*, § 146.

94. Sur l'affaire *Oric*, où le seuil de gravité n'a pas été considéré comme atteint pour des accusations triviales d'appropriation de certains biens dans le contexte tragique de la survie à Srebrenica, voy. cette chronique *AFDI* 2005, pp. 257-258.

95. Décision *Abu Garda*, § 21.

96. Décision *Abu Garda*, § 31.

97. Décision *Abu Garda*, § 33.

B. Les crimes contre l'humanité

1. Actes constitutifs et contexte du crime contre l'humanité

Parmi les nombreux actes susceptibles d'être qualifiés de crimes contre l'humanité, quelquefois appelés « infractions sous-jacentes », la catégorie des persécutions continue d'être largement employée dans les affaires *Gotovina*, *Djordjevic* et *Popovic*, où sont visés – notamment⁹⁸ – des actes de terrorisation⁹⁹, de destruction de biens culturels, privés et des faits d'expropriation. La question des lois adoptées après l'opération « tempête » dans le but de limiter le retour des populations serbes est plus spécifiquement évoquée dans l'affaire *Gotovina*¹⁰⁰.

La distinction entre déportation et transfert de population, amplement débattue devant le TPIY, et entre ses juges, est de nouveau évoquée dans cette même affaire *Gotovina*¹⁰¹. Pour la chambre, « *the crime of deportation requires that the victims be displaced across a de jure, or, in certain circumstances, a de facto border. Forcible transfer involves displacement of persons within national boundaries* »¹⁰². Dans cette affaire, la défense de *Gotovina* faisait valoir que les Serbes qui avaient fui la région pendant et après l'opération tempête n'étaient pas des citoyens croates mais ceux d'un État ennemi ; ils pouvaient en conséquence faire l'objet de mesures d'expulsion. La défense invoquait la jurisprudence de la Commission des réclamations entre l'Érythrée-Ethiopie (EECC). Tout en admettant la solution juridique dégagée, la chambre du TPIY estime ne pas pouvoir s'en inspirer en raison de la diversité des faits¹⁰³. Dans l'affaire *Popovic*, qui nous semble être d'une nature bien différente, la défense va jusqu'à prétendre que le déplacement forcé de la population de Zepa ne soulève pas de question en droit humanitaire. Ce déplacement concerne en partie des hommes qui étaient membres de l'armée bosniaque dans une enclave « démilitarisée » par le Conseil de sécurité et dont la présence dans l'enclave n'était en conséquence pas « légale » selon la défense. Soulignons qu'il s'agit d'un argument classique de justification de la réduction des « zones de sécurité ». Si la chambre ne suit pas cette ligne d'argumentation, elle ne relève pas son caractère assez décalé au regard du contexte général de l'affaire :

« *In the trial Chamber's view, soldiers per se were not excluded from living in the enclave. Rather, it is the arms that were prohibited and thus it is not the case that the presence of the soldiers was unlawful per se. In July 1995, 1200 to 2000 of the inhabitants were able-bodied men. The Trial Chamber has no doubt that they were lawfully present there* » (jugement *Popovic*, § 957).

98. Les spécialistes noteront que la question de la disparition forcée comme forme de persécution est traitée dans l'affaire *Gotovina*. Les faits ne permettent pourtant pas à la chambre de conclure. Jugement *Gotovina*, §§ 1831-1839 et 1891.

99. Jugement *Popovic*, § 996 s.

100. Jugement *Gotovina*, § 1846 (la qualification de persécution est retenue) et pour une présentation des lois, §§ 2059 à 2099.

101. Pour une présentation de ce débat, voy. cette chronique, *AFDI* 2007, p. 457-458 et 2004, pp. 454-455.

102. Jugement *Gotovina*, § 1738.

103. Jugement *Gotovina*, § 1748 : « *Even assuming that those people were citizens of an enemy State (FRY/RSK), the trial Chamber considers that their forcible displacement was abusive and arbitrary if only as a result of the means used (an unlawful attack on civilians and civilian objects which itself amounted to a crime) and not comparable with the procedure which the EECC established had been followed by the Ethiopian authorities. For these reasons, the principle mentioned above stated by the EECC, namely the lawfulness of expulsion of enemy nationals during armed conflicts, does not apply to the circumstances of the present case* ».

Le jugement *Duch* est centré sur les faits de torture infligés au centre S-21¹⁰⁴. Le tableau qui y est présenté retient nécessairement l'attention et diffère de celui des violences génocidaires habituellement soumises aux TPI. Le jugement rend compte de la variété des méthodes de torture employées à S-21 mais surtout de l'apparente absurdité de pratiques visant à obtenir des aveux dans la conscience de la fausseté des informations obtenues¹⁰⁵ – l'objectif réel étant, semble-t-il, de justifier la mise à mort ultime puisque « tout prisonnier détenu à S-21 était condamné à être exécuté »¹⁰⁶. On peut avancer l'hypothèse selon laquelle, comme dans la violence soviétique de la période des grandes purges¹⁰⁷, cette forme de violence de masse, politique, impose une sorte de justification procédurale, tandis que la violence racialement motivée permet plus immédiatement le passage à l'acte meurtrier. La spécificité de ce système, par rapport aux affaires habituellement soumises aux TPI, réside aussi dans le fait que les acteurs sont toujours susceptibles, par un processus de purge, de subir le sort qu'ils ont d'abord infligé aux détenus. Ainsi :

« Un certain nombre de membres du personnel de S-21 moururent ou furent exécutés après avoir été détenus dans ce centre, parce qu'ils n'avaient pas correctement accompli leurs tâches ou parce qu'ils avaient été mis en cause dans des aveux de détenus. Les membres du personnel de S-21 vivaient dans la peur constante d'être emprisonnés à leur tour et exécutés. Un certain nombre d'anciens membres du personnel de S-21 ont indiqué que leurs collègues disparaissaient sans raison apparente [...] Les membres de leur famille étaient dans certains cas également détenus et exécutés » (jugement *Duch*, §§ 212-213)

La chambre de première instance extraordinaire est amenée à s'interroger sur le principe de légalité ; elle estime qu'entre 1975 et 1979, le crime contre l'humanité faisant partie d'un droit international coutumier suffisamment accessible et que, dès lors, « il était prévisible que l'Accusé pouvait voir sa responsabilité pénale engagée »¹⁰⁸. La définition de la loi relative aux CETC étant extrêmement proche de celle du TPIR (où l'élément discriminatoire s'étend à tous les actes), la chambre s'inspire largement de la jurisprudence des TPI pour vérifier l'existence du contexte spécifique au crime contre l'humanité, tout en reconnaissant que « si les crimes contre l'humanité ont toujours fait partie du droit international coutumier depuis l'adoption du statut de Nuremberg, ils ont connu des variations dans leur définition et leurs éléments constitutifs se sont précisés au cours des années »¹⁰⁹. Cette conclusion qui parie sur la précision croissante – et la cohérence croissante – de la définition de l'infraction, est peut-être un peu optimiste. C'est ce que révèle la décision d'autoriser l'enquête dans l'affaire de la violence post-électorale au Kenya¹¹⁰.

Car, plutôt que de consolider la définition du statut de la Cour – assez contraignante du point de vue du caractère politique et systémique du crime contre

104. Sur S-21, on peut également se reporter à David CHANDLER, *S-21 ou le crime impuni des Khmers rouges*, Paris, Autrement, 2002. Cet auteur témoigne dans le procès.

105. « L'Accusé savait que les informations contenues dans les aveux qu'il communiquait à des supérieurs étaient en grande partie fausses ou inventées », jugement *Duch*, § 179.

106. Jugement *Duch*, § 180. Sur les méthodes de torture, voy. les paragraphes 241 à 252, notamment les méthodes reconnues par Duch mais qu'il estime irrégulières (§ 244 et § 246, pour le viol).

107. Voy. les travaux de l'historien Nicolas WERTH, notamment *L'ivrogne et la marchande de fleurs*, Paris, Taillandier, 2009.

108. Jugement *Duch*, § 294, plus largement, §§ 281-296.

109. Jugement *Duch*, § 290.

110. CPI, Pre-Trial Ch. I, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, n° ICC-01/09, 31 March 2010 (ci-après décision *Kenya*).

l'humanité – les juges majoritaires valident la qualification pour des crimes d'une envergure restreinte, non attribués à l'État mais provisoirement rapportés à des membres locaux de partis politiques¹¹¹. Ce positionnement est peut-être la conséquence de l'impossibilité de recourir à une autre catégorie pénale, en l'absence de conflit armé. Les juges majoritaires ont, pour parvenir à leur conclusion, été conduits à s'interroger sur la notion d'« organisation » figurant à l'article 7(2)(a) du statut de la Cour, dont le texte se lit « par "attaque lancée contre une population civile", on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque ». Ils précisent ainsi quels groupes pourraient relever, sur la base d'une appréciation au cas par cas, de cette notion d'« organisation » :

« *The Chamber may take into account a number of considerations, inter alia : (i) whether the group is under a responsible command, or has an established hierarchy ; (ii) whether the group possesses, in fact, the means to carry out a widespread or systematic attack against a civilian population ; (iii) whether the group exercises control over part of the territory of a State ; (iv) whether the group has criminal activities against the civilian population as a primary purpose ; (v) whether the group articulates, explicitly or implicitly, an intention to attack a civilian population ; (vi) whether the group is part of a larger group, which fulfils some or all of the above mentioned criteria* » (décision *Kenya*, § 93).

Dans cette liste très ouverte de critères quelque peu hétéroclites, le contrôle territorial n'est pas un élément considéré comme déterminant : l'« organisation » pourrait donc se différencier du mouvement insurrectionnel dont les actes relèvent du droit de la guerre, ce qui autoriserait la poursuite d'un groupe terroriste sans base territoriale. Dans l'appréciation des faits, les juges majoritaires estiment de surcroît que l'existence d'une telle « organisation » peut se déduire de la stratégie et de la méthode employée dans l'attaque¹¹².

Le juge allemand Hans-Peter Kaul s'oppose à cette conclusion dans une opinion individuelle. Selon lui, les faits ne permettent pas d'établir l'existence d'une politique étatique. En réalité, « *the overall picture is characterized by chaos, anarchy, a collapse of state authority in most parts of the country and almost total failure of law enforcement agencies* »¹¹³. Dans une argumentation très conséquente, ce juge estime que les faits ne répondent pas à la définition du crime contre l'humanité du statut de la Cour. Il s'interroge sur la pertinence de l'emploi de précédents issus de la jurisprudence des TPI – qui n'évoquent la politique que comme un élément de preuve de l'existence d'une attaque systématique¹¹⁴. Appliquant les règles d'interprétation de la convention de Vienne sur le droit des traités, il affirme la nécessité de comprendre le terme d'« organisation » de manière beaucoup plus restrictive. Ainsi,

« *I read the provision such that the juxtaposition of the notions "State" and "organization" in article 7 (2)(a) of the Statute are an indication that even though the constitutive elements of statehood need not be established those "organizations" should partake of some characteristics of a State. Those characteristics eventually turn the*

111. « *The Chamber is of the view that the violence was not mere accumulation of spontaneous or isolated acts. Rather, a number of the attacks were planned, directed or organized by various groups including local leaders, businessmen and politicians associated with the two leading political parties, as well as by members of the police force* », décision *Kenya*, § 117.

112. Décision *Kenya*, § 121 et s.

113. Décision *Kenya*, *Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, § 153

114. Voy. par exemple l'arrêt *Jelisić*, cette chronique *AFDI* 2001, pp. 267-268.

private "organization" into an entity which may act like a State or has quasi-State abilities » (décision Kenya, *Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, § 51).

Pour le juge Kaul, « *it is not the cruelty or mass victimization that turn a crime into a delictum iuris gentium but the constitutive contextual elements in which the act is embedded* »¹¹⁵. Se développe alors une réflexion sur l'objet et le sens du traité en ce qu'il intègre la catégorie criminelle¹¹⁶. Cette réflexion, qui sert à préciser le sens du terme « organisation », pose plus généralement, pour la première fois peut-être dans la jurisprudence internationale, la question fondamentale des raisons de l'internationalisation de la répression, et s'inspire du précédent de Nuremberg. Pour le juge Kaul, c'est d'abord la puissance criminelle de l'État qui est crainte. Ainsi :

« Historic experience demonstrates that it is, exactly and above all, the phenomenon of a State adopting either formally or in practice a policy to attack a civilian population, which leads to this very grave, if not enormous risk and threat of mass crimes and mass victimization. [...] It is thus a fundamental rationale of crimes against humanity as codified in article 7 of the Statute to protect the international community against the extremely grave threat emanating from such policies. If leaders of a State who normally have the duty to uphold the rule of law and to respect human rights engage in a policy of violent attacks against a civilian population, it is the community of States which must intervene and prevent, control and repress this threat to the peace, security and well-being of the world » (décision Kenya, *Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, §§ 61 et 63).

C'est donc bien cette puissance de l'État qui a conduit à envisager une répression internationale, la répression nationale s'avérant non seulement impossible mais radicalement inadaptée :

« When the concept of crimes against humanity was developed in 1945, the prosecution as common crimes at the national level was deemed inadequate. Indeed, it was feared that with the involvement of State and government resources in the commission of heinous offences of such nature, the crimes would go unpunished if left solely to national prosecutorial authorities » (décision Kenya, *dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, § 66).

Aussi, pour le juge, si une organisation de nature étatique (*State-like organization*) peut relever de la Cour pénale internationale au regard de son statut, il faudra encore régler la question de l'attribution de sa « politique » à des individus. La question est relativement simple dans le cadre d'un État puisque « *the attributions of actions of state agents can be attributed qua their status vis-à-vis the State (agency relationship)* ». L'opération est plus complexe dans le cas d'une entité privée. Aussi, « *the more one broadens the concept of non-State "organizations", beyond the concept of State-like entities, the more challenges one encounters and would need to overcome with regard to the conditions of imputability* »¹¹⁷. Et le juge Kaul de proposer sur ce point quelques éléments qui seuls permettraient selon lui d'identifier le lien nécessaire entre l'« organisation » et ses membres aux fins de rapporter – ou d'attribuer – leurs actes à cette organisation : il faudrait identifier une collectivité ayant une structure hiérarchique, induisant la capacité d'imposer la politique de l'« organisation » et de sanctionner ses membres¹¹⁸. Ces éléments feraient probablement défaut dans le cadre du terrorisme international.

115. Décision Kenya, *Dissenting opinion of Judge Hans-Peter Kaul*, § 52

116. *Ibid.*, §§ 56-70.

117. *Ibid.*, § 67.

118. *Ibid.*, § 69.

Plus largement, cette réflexion sur le rôle de la juridiction internationale, qui nous semble tout à fait utile et pertinente, aurait, si elle avait été exprimée plus tôt et si elle avait convaincu, imposé l'adoption d'une stratégie de poursuites resserrée et de principes d'enquête extrêmement exigeants, qui ont longtemps fait défaut dans la pratique des TPI.

2. *Le génocide*

La question de l'identification du groupe cible dans le génocide est de nouveau évoquée dans l'affaire *Popovic*. Le retour à une approche « objective » – qui exclut une appréhension du groupe par l'exclusion (les « non-Serbes ») mais exige la preuve de la réalité objective du groupe – paraît s'y confirmer. La chambre cite l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire bosniaque qui semble désormais figer la réflexion¹¹⁹. Ayant déjà fait part de notre réserve quant à ce choix jurisprudentiel régressif dans des chroniques antérieures, il n'est pas besoin d'y revenir ici¹²⁰. On peut simplement signaler que les *Eléments des crimes* qui commencent à être employés par les juges de la Cour pénale internationale semblent témoigner d'une approche similaire¹²¹. Elle ne nous apparaît pas bien compréhensible au regard de la convention sur le génocide, qui n'est pas un instrument de protection des minorités. Dans l'affaire *Al Bashir*, la question du groupe a d'ailleurs divisé la première chambre saisie de l'émission du mandat d'arrêt à l'encontre du président soudanais¹²².

L'existence de l'intention génocidaire, question également sensible, a donné lieu à des appréciations judiciaires variées dans cette même affaire *Al Bashir*. Dans un premier temps, les juges avaient refusé d'émettre à l'encontre d'Omar Al Bashir un mandat d'arrêt qui aurait mentionné le génocide, les preuves présentées ne permettant pas d'établir que l'intention génocidaire était la seule intention raisonnablement déductible des faits, critère probatoire issu de la jurisprudence – au fond – du TPIY. Cette décision, assez rigoureuse à d'autres égards, puisque la chambre estime en se basant sur les *Eléments des crimes* que « le crime de génocide n'est pleinement constitué que lorsque le comportement en cause fait peser une menace réelle sur l'existence du groupe visé ou une partie de celui-ci »¹²³ n'est toutefois pas unanime. Le juge Usacka, interrogeant la pertinence du recours à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice et au rapport de la commission d'enquête de l'ONU, estime à l'inverse qu'au stade de l'émission d'un mandat d'arrêt les exigences probatoires sont nécessairement allégées. Finalement frappée d'appel, la décision majoritaire a été infirmée¹²⁴ et la chambre préliminaire a en conséquence délivré un nouveau

119. Jugement *Popovic*, §§ 809 et s.

120. Voy. cette chronique *AFDI* 1999, pp. 502-504 (affaire *Jelusic*) et *AFDI* 2007, pp. 461-462 (notamment affaire *Stakic*).

121. Dans l'explicitation de chacun des actes susceptibles d'être qualifiés de génocide les *Eléments des crimes* précisent, en ce qui concerne les victimes, « cette personne ou ces personnes appartenaient à un groupe national, ethnique, racial ou religieux particulier ». Sur la jurisprudence internationale, voy. Rafaëlle MAISON, « Le crime de génocide dans la jurisprudence internationale : débats et hypothèses », in Christian TOMUSCHAT / Evelyne LAGRANGE / Stefan OETER (dir), *The right to life*, Martinus Nijhoff, 2010, pp. 95-120.

122. CPI, ch. pr. I, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, *Le procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, n° ICC-02/05-01/09, 4 mars 2009 (ci-après décision *Al Bashir*).

123. Décision *Al Bashir*, § 124.

124. ICC, App., Judgement on the appeal of the Prosecutor against the « Decision on the prosecutions's Application for a warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir », *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, n° ICC-02/05-01/09-OA, 3 February 2010.

mandat d'arrêt incluant l'accusation de génocide¹²⁵. Toutefois, cette séquence jurisprudentielle n'autorise pas à penser que le critère extrêmement problématique de l'« exclusivité intentionnelle » sera nécessairement abandonné dans le travail ultérieur de la Cour. Ici encore, nous avons tenté de montrer, dans de précédentes chroniques, les graves défauts d'une telle approche et il n'y a pas utile d'y revenir¹²⁶.

Enfin, contrairement à ce qu'estime la chambre préliminaire dans l'affaire *Al Bashir* en 2009, qui paraît ici sur-interpréter certaines références, il est difficile de voir émerger dans la jurisprudence du TPIR la figure du génocide « acte isolé émanant d'un seul individu »¹²⁷. On en trouve encore un exemple dans l'affaire *Gatete*, où la chambre répond à la thèse désormais récurrente de la défense, avançant la dimension spontanée de la violence :

« *In the Chamber's view, the large-scale massacre at Kiziguro parish can only be described as a highly organised operation. It involved civilian militia and Interahamwe using a range of traditional weapons, as well as guns. Soldiers were brought in to facilitate the killings. Local authorities and prominent personalities, such as Gatete, conseiller Kamali, and Interahamwe leader Nkundabazungu, were present to provide direction and encouragement to the killers. The operation was conducted over the course of the day, starting in the morning and finishing in the late afternoon or early evening. Given the above circumstance, the Chamber concludes that prior planning and coordination is the only reasonable explanation for the manner in which the large-scale attack was conducted* » (jugement *Gatete*, §§ 597-598).

La question des violences sexuelles comme acte de génocide¹²⁸ est de nouveau débattue dans l'affaire *Rukundo* où les juges d'appel infirment la condamnation de l'aumônier des forces armées rwandaises sur ce chef. Cette affaire pose aussi le problème de l'attestation de l'intention génocidaire, et l'on constate encore ici l'effet très problématique des orientations jurisprudentielles dominantes. L'intention génocidaire de l'aumônier n'est pas attestée par ses propos relatifs à la nécessité de tuer les membres de la famille de sa jeune victime parce qu'ils aident les *Inyenzi* (les cafards, un terme employé pour désigner les Tutsis). Ceci, pour la chambre, ne caractérise par le souhait personnel de détruire les Tutsis : les propos de *Rukundo* pourraient exprimer une simple rancœur. Aussi, dès lors que d'autres intentions peuvent être déduites des faits de violence sexuelle que l'intention génocidaire, *Rukundo* doit être acquitté¹²⁹. En effet « *his act could reasonably be construed as an opportunistic crime that was not accompanied by the specific intent to commit genocide [...]. Rukundo's sexual assault, while taking place during a genocide, was not necessarily a part of the genocide itself* »¹³⁰.

L'arrêt d'appel est vivement contesté sur ce point par le juge Pocar, qui avance des arguments qui nous semblent parfaitement convaincants. Selon lui, « *the Majority's attempts to differentiate Rukundo's sexual assault from other acts of genocide perpetrated by him is not reasonable. The core of the Majority's reasoning on this*

125. CPI, ch. pr. I, Deuxième décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, n° ICC-02/05-01/09, 12 juillet 2010.

126. Voy. cette chronique *AFDI* 2004, pp. 458-460 et *AFDI* 2005, p. 463 ainsi que Rafaëlle MAISON, *op. cit.*

127. Décision *Al Bashir*, § 120 et précédents.

128. L'affaire *Nyiramasuhuko* reste décevante d'un point de vue juridique, les faits de viol ou de complicité de viol reprochés notamment à la ministre de la famille n'ayant pas été poursuivis comme des faits de génocide par le procureur. La chambre décide néanmoins de les « mentionner » dans le cadre de ses développements relatifs au génocide : « *This will be done to convey the entire set of facts in a coherent fashion, including that the intensity and repeated nature of the attacks provides evidence that rape was, in fact, utilised as a form of genocide* », jugement *Nyiramasuhuko*, § 5865.

129. Arrêt *Rukundo*, § 235.

130. Arrêt *Rukundo*, § 236.

*point indicates that it does not fully appreciate the seriousness of his crimes, which in my view is not “qualitatively” different from the other killings or serious bodily injury for which he has been held responsible »*¹³¹. Le juge rappelle alors le contexte tragique des violences sexuelles commises contre la jeune réfugiée Tutsi espérant trouver refuge au séminaire face aux chasses déjà organisées dans les zones alentours¹³². Il note enfin, en renvoyant à l'arrêt rendu dans l'affaire *Kunarac*, que la chambre d'appel ne dissocie pas ici intention et mobile, le mobile sexuel n'interdisant nullement de reconnaître l'intention génocidaire¹³³. La position majoritaire, dans l'arrêt *Rukundo*, nous semble en effet marquer un retour en arrière. La jurisprudence des TPI dépassait en effet habituellement des lieux communs qui interdisent de rechercher les liens entre violence sexuelle et phénomènes génocidaires, liens dont la négation conduit ici à un acquittement.

Enfin, même si l'acte visant le premier ministre du Rwanda Agathe Uwilingiyimana n'avait pas été qualifié de génocide en première instance¹³⁴, on doit noter que la chambre d'appel acquitte Bagosora du fait de la profanation de son corps, profanation qui présentait clairement une dimension sexuelle (introduction d'une bouteille dans le vagin), et ceci parce que l'acte d'accusation est tenu pour imprécis. Le juge Pocar, de nouveau, conteste cette conclusion. Il relève que la défense de Bagosora faisait en réalité valoir que l'acte, commis après la mort, ne pouvait être considéré comme un acte de violence sexuelle et qu'il n'aurait pu être condamné que pour la profanation du cadavre¹³⁵. Cette question spécifique de qualification n'a donc pas été tranchée. Mais l'épisode démontre les limites du procès pénal quant à l'analyse des modalités de cet assassinat hautement symbolique et, peut-être, fondateur du déclenchement de la violence génocidaire. Plus largement, dans l'affaire *Ndindiliyimana*, où il était aussi question de l'assassinat du premier ministre Agathe Uwilingiyimana et des casques bleus belges, la chambre refuse d'accueillir la thèse du procureur selon laquelle ces meurtres témoignaient du complot parce qu'ils visaient à permettre le déclenchement du génocide¹³⁶.

3. *Complot et incitation génocidaires*

Dans les affaires *Popovic*, *Gatete* et *Nyiramasuhuko* sont prononcées des condamnations pour entente en vue de commettre le génocide. Dans cette dernière affaire, le travail judiciaire se porte plus particulièrement sur le gouvernement intérimaire, dont Pauline Nyiramasuhuko était membre. Le journal qu'elle a tenu dans cette période est présenté aux juges¹³⁷. C'est la première fois, tardive, que la participation au gouvernement intérimaire donne lieu à une condamnation, hormis

131. Arrêt *Rukundo*, *Partially dissenting opinion of Judge Pocar*, § 4.

132. Arrêt *Rukundo*, *Partially dissenting opinion of Judge Pocar*, §§ 5-6.

133. Arrêt *Rukundo*, *Partially dissenting opinion of Judge Pocar*, § 10.

134. Cette chronique, *AFDI* 2009, p. 375.

135. Arrêt *Bagosora*, *Dissenting opinion of Judge Pocar*, § 2.

136. Jugement *Ndindiliyimana*, §§ 506 à 517. La chambre affirme le caractère désorganisé du meurtre des casques bleus dans les termes suivants : « *By their very nature, those murders appear to have been unplanned and disorganised. Furthermore, there is concordant evidence before the Chamber that the belgian soldiers were attacked as a result of rumours that members of the belgian detachment of UNAMIR were responsible for the downing of the President's plane. This evidence suggests that the attack was spontaneous rather than being part of a plan or design. The fact that the attack against the belgain soldiers became more organised as it progressed, following the involvement of fit soldiers of the RECCE and other battalions based at Camp Kigali, does not undermine the Chamber's finding that the killings were not committed pursuant to a preconceived plan* », § 510. Sur la question, voy. cette chronique, *AFDI* 2009, pp. 381-382.

137. Le journal est présenté par le témoin expert du procureur André Guichaoua. Il serait intéressant d'analyser les interventions des témoins experts récurrents dans le travail judiciaire sur le génocide rwandais.

bien entendu l'affaire *Kambanda* qui n'avait pas fait l'objet d'un procès, l'ancien premier ministre de ce gouvernement ayant plaidé coupable¹³⁸. Pour la chambre :

« From 9 April until 14 July 1994, and in particular between 9 April and 19 April 1994, Nyiramasuhuko agreed with other members of the Interim Government to issue directives to the population to encourage the population to hunt down and kill Tutsis. There was no distinction between the RPF invading force and Tutsis within the country, as the terms "enemy" and "accomplices" encompassed both groups. On 16 or 17 April 1994, Nyiramasuhuko agreed with the other members of the Interim Government to remove Habyalimana [le Préfet Tutsi de Butare] who had posed an obstacle to the killing of Tutsis and chose to replace him with Nsabimana. On 19 Aprils 1994, she attended the swearing-in ceremony of Nsabimana, lending further support to the Interim Government's decision. The Interim President [Sindikubwabo] and the Prime Minister [Kambanda] used coded language to encourage the killing of Tutsis in Butare. Nyiramasuhuko listened to the inflammatory speeches of Sindikubwabo and Kambanda, and effectively endorsed these speeches. These events coincided with the commencement of large-scale killings in the Butare Préfecture » (jugement Nyiramasuhuko, § 5676).

Dans l'affaire *Ndindiliyimana*, le chef de complot n'est pas retenu. La chambre reste toutefois prudente, dans la lignée de la jurisprudence Bagosora¹³⁹, et souligne de nouveau la difficulté de la preuve pénale :

« It is undisputed that following the death of the President on 6 April 1994, Rwanda descended into a tragic situation that resulted in massacres of Tutsi civilians. There is no doubt that some of these killings required a certain level of coordination, planning and sophistication. For this reason, the Chamber cannot rule out the possibility of the existence of plans to commit genocide. However, the Chamber emphasises that the key question in relation to this charge is whether the "visible components" as alleged by the prosecution prove beyond reasonable doubt that a conspiracy to commit genocide did exist and that the four Accused were party to this conspiracy. For this purpose, the Chamber emphasises that no direct evidence of the existence of a conspiracy was ever adduced. The Chamber is therefore confronted with circumstantial evidence and may only convict where a conspiracy to commit genocide which the four Accused were part is the only reasonable inference » (jugement Ndindiliyimana, §§ 2066-2067).

Il apparaît que l'un des deux principaux accusés dans cette affaire était loin d'être le candidat idéal pour cette accusation de complot. Car si le rôle de Bizimungu, chef de l'armée rwandaise après le 19 avril, est marquant, la figure de Ndindiliyimana, qui était le chef de la gendarmerie, est bien différente. Comment construire une accusation de complot en rassemblant des personnages aussi disparates ? Le jugement révèle ainsi que Ndindiliyimana n'a pas soutenu les plans de coup d'État de Bagosora¹⁴⁰, qu'il n'a pas eu de rôle dans la « sélection des personnalités politiques » formant le gouvernement intérimaire¹⁴¹ et qu'il était perçu par nombre de témoins, notamment les membres de la MINUAR, comme un personnage modéré, favorable aux accords d'Arusha¹⁴². La Chambre note qu'il a essayé d'arrêter les massacres¹⁴³, qu'il n'avait pas le soutien du gouvernement intérimaire qui l'a

138. Voy. cette chronique AFDI 1998, p. 411.

139. Voy. cette chronique, AFDI 2009, pp. 382-383.

140. Jugement Ndindiliyimana, § 635.

141. Jugement Ndindiliyimana, § 642 : « On the contrary, [the] evidence suggests that the selection of those politicians was done by Bagosora and senior politicians allied with the MRND ».

142. Jugement Ndindiliyimana, § 437.

143. Jugement Ndindiliyimana, § 797 : « The Chamber recalls that there is significant body of evidence suggesting that Ndindiliyimana did in fact take measures to stop the killings using the resources that were

d'ailleurs remplacé le 5 juin¹⁴⁴. Elle révèle aussi ses difficultés de commandement. Le général Dallaire estime ainsi qu'à partir de la mi-avril Ndindiliyimana « *essentially didn't have a command left* »¹⁴⁵. Ce tableau effrayant quant au travail du procureur est encore noirci par l'explication qui en est proposée par la défense. Ndindiliyimana paierait ainsi de ce procès son refus de témoigner dans l'affaire *Bagosora*, proposition qui ne semble nullement démentie par le procureur. Ces pratiques stupéfiantes de l'accusation n'emportent pourtant aucune conséquence majeure¹⁴⁶.

Dans l'affaire *Popovic*, enfin, la chambre de première instance considère que l'entente en vue de commettre le génocide, en plus d'être une infraction formelle (*inchoate offence*) est une infraction continue. La question avait déjà été soulevée dans l'affaire des medias devant le TPIR, dans le cadre d'une réflexion sur la compétence temporelle du Tribunal¹⁴⁷. Ici, le problème est quelque peu différent puisqu'il s'agit de savoir si l'entente peut être sanctionnée dans le cas d'un accusé qui aurait rejoint les conspirateurs après l'accord originel, lorsque le génocide est en train d'être perpétré. Se basant sur la logique du droit anglo-saxon (« *there is good reason to follow the common law interpretation of the crime of conspiracy* »), la chambre conclut :

« *Inchoate crimes developed with the principal object of frustrating the commission of a contemplated crime by arresting and punishing the offenders before they commit the crime. This justifies punishing a conspirator for his agreement before the commission of the crime ; it does not follow that the crime of conspiracy comes to an end at that point* » (jugement *Popovic*, § 875).

En ce qui concerne l'incitation à commettre le génocide, autre infraction formelle, on retiendra l'arrêt d'appel dans l'affaire *Kalimanzira*. Nous soulignons dans la précédente chronique que le comportement de Kalimanzira semblait se rapprocher d'une forme de commission du génocide plutôt que de l'incitation puisqu'il fut condamné pour avoir donné un fusil à des hommes assemblés à un barrage en leur demandant d'en faire usage pour tuer des Tutsi¹⁴⁸. La chambre d'appel est saisie de ce même épisode ; elle acquitte Kalimanzira pour ces faits. Elle considère que la dimension « publique » de l'incitation n'est pas caractérisée en se référant à sa jurisprudence antérieure dans l'affaire des medias, aux travaux préparatoires de la convention sur le génocide et à la jurisprudence issue de la seconde guerre mondiale. Ainsi, « *Kalimanzira's actions did not involve any form of mass communication such as a public speech. Instead, the nature of his presence and exchanges with those at the roadblocks are more in line with a "conversation" which is consistent with the definition of private incitement found in the travaux préparatoires of the Genocide Convention* »¹⁴⁹. Ceci donne lieu à une opinion dissidente et séparée du juge Pocar, encore une fois très inspirée. Il y conteste, en se basant notamment sur les travaux de la Commission du droit international, la nécessité posée par la chambre de déterminer la taille critique de l'auditoire. Ainsi :

available to him at the time ».

144. Jugement *Ndindiliyimana*, §§ 2222-2233.

145. Jugement *Ndindiliyimana*, § 1943.

146. Jugement *Ndindiliyimana*, §§ 2190-2194.

147. Voy. cette chronique, *AFDI* 2004, p. 464-465.

148. Voy. cette chronique, *AFDI* 2009, p. 385.

149. Arrêt *Kalimanzira*, § 159.

« *This establishes a dangerous and incorrect precedent linked with the question of what minimum audience size is required to satisfy the “public” element [...]. I believe no threshold exists and none should be established. There is no clear indication in the jurisprudence of the Tribunal that a speech must be made to a large group of people in order to qualify as public incitement. For the purpose of the law, it suffices that the speech was directed at a number of individuals at a public place or at members of the general public* » (Arrêt *Kalimanzira, Partially dissenting and separate opinions of Judge Pocar*, § 45).

C. La participation individuelle à l'infraction

Les formes de participation à l'infraction internationale sont, on le sait, variées et les condamnations prononcées durant ces deux années sont nécessairement riches d'enseignements sur ces points. Il n'est pas possible d'en rendre compte intégralement dans l'espace de cette chronique. Nous relèverons que la notion de « commission » fait l'objet d'un débat dans l'affaire *Munyakazi*¹⁵⁰, celle d'ordre dans l'affaire *Renzaho*¹⁵¹. La responsabilité de commandement paraît assez étrangement écartée dans l'affaire *Perisic*¹⁵², les juges du TPIY adoptant désormais une approche beaucoup plus restrictive que celle qui permet la condamnation du général bosniaque *Delic* (condamnation qui n'a pu être réexaminée en appel en raison de sa disparition¹⁵³) – ce qui ne semble pas encore être le cas du TPIR, ainsi qu'on le verra dans l'affaire *Ndindiliyimana*. Nous consacrerons quelques brefs développements à la notion d'entreprise criminelle commune et à son destin, avant d'évoquer les circonstances atténuantes ou exonératoires.

1. Entreprise criminelle commune et co-action

De nombreuses condamnations sont prononcées par les TPI pour participation à une entreprise criminelle commune. Dans l'affaire *Kanyarukiga*, le juge Pocar entend répondre à une question non résolue explicitement dans l'arrêt. Il s'agit de savoir si la préparation de l'infraction peut constituer une contribution à une entreprise criminelle commune. La chambre d'appel a retenu à l'encontre de *Kanyarukiga* des faits de préparation des actes génocidaires commis lors de la destruction de l'église de Nyange, en excluant que ces faits puissent constituer une participation à l'exécution du plan commun. Pour le juge Pocar,

« *The jurisprudence does not specify what form the participation of an accused in the common purpose of a joint criminal enterprise must take. Although it established that this participation need not involve the commission of a specific crime, it clarifies that it should at least be a significant contribution to the crimes for which the accused is to be found responsible [...]. Thus, planning a crime may amount to a significant contribution to the execution of the common purpose. Indeed, by designing the criminal conduct constituting one or more statutory crimes that are later perpetrated, which amounts to planning, an accused assists in the commission of the crime* » (arrêt *Kanyarukiga, Separate opinion of Judge Pocar*, § 4).

150. Voy. note 38.

151. Voy. note 44.

152. Voy. note 20.

153. ICTY, App., Decision on the outcome of the proceedings, *Prosecutor v. Rasim Delic*, IT-04-83-A, 29 June 2010.

Dans l'affaire *Djordjevic*, la notion d'entreprise criminelle commune permet de sanctionner les opérations massives de dissimulation des cadavres des victimes kosovares, sans recourir à la complicité de meurtre (par ailleurs établie)¹⁵⁴. Dans l'affaire *Mbarushimana*, où la notion n'est pas employée en raison de la spécificité du statut de la CPI¹⁵⁵, la « participation à un dessein commun » pour des faits ultérieurs à la commission des crimes est également discutée, sans être retenue en fait, ce qui donne lieu à une opinion dissidente du juge Monageng. Il s'agissait ici de la diffusion d'information par voie de communiqués émis de l'étranger et visant, selon le procureur, à dissimuler les crimes commis par les FDLR. Dans cette décision, d'assez longs développements sont consacrés à distinguer la notion d'entreprise commune de la forme de participation prévue par l'article 25, § 3 d) du statut de la Cour¹⁵⁶. On y constate que certains éléments, tels le critère de la contribution significative, pourraient s'avérer proches et donc amener la Cour à examiner les condamnations prononcées par les TPI. Dans les affaires *Abu Garda* et *Nourain*, c'est la même disposition du statut qui est employée, le procureur alléguant l'existence d'un « plan commun » visant à attaquer la MUAS. Ces exemples montrent que, même si la notion de l'entreprise criminelle commune ne figure pas dans le statut de la Cour, la forme de participation qui en est le plus proche est très communément employée par l'accusation.

Dans le jugement *Duch*, en dépit de la position contraire des co-juges d'instruction dans l'ordonnance de renvoi, la formation de jugement décide de retenir l'entreprise criminelle commune, ce qui exige de sa part une longue justification¹⁵⁷. Elle porte à la fois sur la possibilité d'une requalification par la chambre et sur la nature coutumière de la « théorie » de l'entreprise criminelle commune supposée pallier son absence dans la loi relative aux CETC. On voit sans doute ici à l'œuvre la pression d'un bureau du procureur dont les personnels internationaux se sont accoutumés aux facilités de cette notion. La chambre, écartant l'idée que la notion pourrait être dégagée de celle de coaction issue du code pénal cambodgien lui-même inspiré du code français, se base très largement sur la jurisprudence des TPI pour affirmer que la « théorie » de l'entreprise criminelle commune faisait partie du droit international coutumier pendant la période allant de 1975 à 1979. En conséquence, du point de vue du principe de légalité, « les conditions d'accessibilité et de prévisibilité sont remplies »¹⁵⁸. Cette attestation coutumière ne vaut toutefois que pour les deux premières catégories d'entreprises criminelles communes, excluant ainsi le modèle « élargi », en effet le plus contestable¹⁵⁹.

C'est précisément sur cette dernière forme d'entreprise criminelle commune que la chambre d'appel du TSL revient dans son arrêt de février 2011. Estimant que le TSL pourrait lui aussi recourir à l'entreprise criminelle commune sur la base de l'article 3 1 b) de son statut, la chambre présente les spécificités de la notion, explicitant les critiques formulées à son encontre et y répondant¹⁶⁰. Elle

154. Pour la description du rôle tenu dans l'entreprise criminelle commune, voy. Jugement *Djordjevic*, §§ 2154-2158.

155. Cette chronique, *AFDI* 2009, pp. 388-389.

156. Décision *Mbarushimana*, §§ 273-289. Selon l'article 25 § 3 d), la personne est pénalement responsable si « elle contribue [...] à la commission ou à la tentative de commission [d'un crime] par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas : i) Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ; ou ii) Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime ».

157. Jugement *Duch*, §§ 487-513.

158. Jugement *Duch*, § 512.

159. Voy. cette chronique, *AFDI* 1999, pp. 507-508.

160. Arrêt *TSL*, §§ 236-249. L'article 3 du statut du TSL ne renvoie pas à l'application du droit libanais mais prévoit les formes de responsabilité qui devront être établies. L'article 3. 1. se lit : « Est individuelle-

évoque également la notion de « perpétration indirecte » figurant à l'article 25-3-a) du statut de la CPI tout en estimant qu'elle « n'est pas un mode de responsabilité conformément au droit international coutumier » et « ne devrait pas s'appliquer devant le Tribunal »¹⁶¹.

2. Circonstances atténuantes et causes d'exonération de la responsabilité

Le procès de *Duch* a été marqué, cela a été largement souligné, par des rebondissements spectaculaires. En effet, alors que *Duch* reconnaissait les faits qui lui étaient reprochés et semblait, par la voix de son conseil français, admettre sa responsabilité en plaidant des circonstances atténuantes, lors des dernières audiences son avocat cambodgien et lui-même demandèrent un acquittement¹⁶². Cette péripétie a un effet, quoiqu'apparemment très limité, dans l'appréciation de son remords¹⁶³. Quoi qu'il en soit de ce retournement, la chambre de première instance a été amenée à examiner l'excuse de l'ordre supérieur et celle de la contrainte. La chambre rappelle que la loi relative aux CETC ne prévoit pas que l'ordre supérieur puisse exonérer de la responsabilité pénale, au contraire du statut de la CPI, qui permet cet effet en cas d'ordre qui ne serait pas manifestement illégal. La chambre n'a pas besoin d'explicitier plus avant cette contradiction, dès lors que « l'Accusé savait que les ordres du Gouvernement du Kampuchéa démocratique [...] étaient illégaux »¹⁶⁴. Les ordres reçus ne sont pas plus accueillis au titre des circonstances atténuantes¹⁶⁵. En ce qui concerne la contrainte, reconnue comme une cause d'exonération dans le code pénal cambodgien, la chambre, après avoir évoqué la jurisprudence contraire du TPIY¹⁶⁶ – mais pas le statut de la CPI dont l'article 31 considère aussi la contrainte comme une excuse absolutoire – ne tranche pas la question de son effet juridique car, en l'espèce, elle n'est pas avérée¹⁶⁷. En revanche la chambre, au titre des circonstances atténuantes, prend en compte « quoique de manière limitée, le climat coercitif qui régnait sous le régime du Kampuchéa démocratique et la position de subordonné de l'Accusé au sein du PCK »¹⁶⁸.

Le cas de *Ndindiliyimana* est beaucoup plus troublant. Ce commandant de la gendarmerie, on l'a dit, apparaît dans le jugement comme une figure modérée, ne disposant que de pouvoirs extrêmement restreints après le 7 avril 1994¹⁶⁹. Alison Desforges rapporte qu'il se rend le 22 avril, en compagnie du colonel Rusatira, auprès du gouvernement intérimaire afin de le convaincre que le génocide détruit le moral des troupes : « *they argued that the slaughter was a "prelude to defeat"* »¹⁷⁰. Il affirme avoir été l'objet de menaces et pour la chambre, « *there is a significant body of evidence showing that Ndindiliyimana was politically sidelined and even threatened in the weeks leading up to the termination of his post in early June*

ment responsable de crimes relevant de la compétence du Tribunal spécial : a) Quiconque a commis le crime visé l'article 2 du présent Statut, y a participé en tant que complice, l'a organisé ou a ordonné à d'autres personnes de le commettre ; ou b) Quiconque a intentionnellement, de tout autre manière, contribué à la commission du crime visé à l'article 2 du présent Statut par un groupe de personnes agissant de concert, soit pour faciliter l'activité criminelle générale du groupe ou en servir les buts, soit en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre le crime visé ».

161. Arrêt *TSL*, § 253.

162. Jugement *Duch*, § 570.

163. *Ibid.*, § 610.

164. *Ibid.*, § 552.

165. *Ibid.*, § 607.

166. Voy. cette chronique *AFDI* 1997, pp. 399-402 (affaire *Erdemovic*).

167. Jugement *Duch*, § 558.

168. Jugement *Duch*, § 608.

169. Jugement *Ndindiliyimana*, § 2196.

170. *Ibid.*, § 2223.

1994 »¹⁷¹. Alors que sa responsabilité n'est engagée que pour défaut de punition de gendarmes coupables de meurtres lors de deux épisodes spécifiques, punition dont la chambre admet qu'elle aurait été très difficile étant donné qu'il ne bénéficiait pas à l'époque du soutien du gouvernement¹⁷², il est condamné à une peine de trente années d'emprisonnement. Le « climat coercitif » de la période génocidaire pour les personnalités modérées – dont on sait qu'elles furent assassinées en nombre – n'est donc en réalité pas pris en compte. Il y a là un choix judiciaire que le comportement du procureur à l'égard de Ndindiliyimana rend encore plus difficile à admettre. Il conviendra en conséquence d'examiner l'arrêt d'appel qui pourrait intervenir dans cette affaire.

171. *Ibid.*, § 2222.

172. *Ibid.*, § 2233.