

## L'ACTIVITÉ DES TRIBUNAUX PÉNAUX INTERNATIONAUX (2000)

Hervé ASCENSIO\* et Rafaëlle MAISON\*\*

A bien des égards l'année 2000 apparaît comme une année charnière pour les tribunaux pénaux internationaux. Après une première phase caractérisée par l'importance des controverses juridiques et la mise en place d'une procédure adaptée (1993-1999), leur activité est entrée dans une deuxième phase, caractérisée avant tout par la nécessité de juger dans des délais raisonnables les personnes détenues. A cet effet, les statuts ont été révisés de manière à augmenter le nombre des juges. De plus, si certaines décisions d'appel attendues pour 2001 devraient compléter l'œuvre jurisprudentielle, les décisions rendues en 2000 permettent de considérer que la jurisprudence atteint désormais une certaine maturité. L'ensemble devrait faciliter la conduite de nombreux procès, les juges pouvant s'appuyer sur des solutions établies. Outre les nombreuses décisions de procédure, les chambres de première instance du T.P.I.Y. ont rendu deux jugements en 2000<sup>1</sup> et celles du T.P.I.R. deux jugements<sup>2</sup>, tandis que respectivement cinq et quatre procès étaient en cours devant ces mêmes chambres à la fin de l'année 2000<sup>3</sup>. La Chambre d'appel, quant à elle, a rendu deux arrêts au titre du T.P.I.Y.<sup>4</sup> et deux arrêts au titre du T.P.I.R.<sup>5</sup>. Avant de présenter les principaux problèmes juridiques soulevés, il paraît utile d'aborder une question transversale particulièrement débattue au cours de l'année 2000, celle du rôle de la jurisprudence dans le contentieux international.

Les juridictions internationales se trouvent fréquemment placées dans une situation délicate en raison de l'insuffisance du droit écrit et des incertitudes sur le contenu de la coutume. Les principes généraux de droit permettent à l'occasion de combler certaines lacunes, mais leur existence, comme celle de la coutume, dépend très largement de la formalisation résultant de la décision juridictionnelle elle-même. De ce fait, le juge international est créateur de droit<sup>6</sup>, phénomène bien connu des systèmes de droit interne plaçant les juridictions au cœur de l'activité normative. Pourtant, sur ce plan, les T.P.I. se trouvent sans doute dans une situation plus difficile, en raison des particularités de la matière

---

\* Professeur à l'Université Paris XIII (Paris-Nord).

\*\* Maître de conférences à l'Université Paris X-Nanterre.

<sup>1</sup> T.P.I.Y., Ch. II, Jugement, *Le Procureur c/ Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, alias « Vlado »*, n°IT-95-16-T, 14 janvier 2000 (ci-après « jugement Kupreskic ») ; T.P.I.Y., Ch. I, Jugement, *Le Procureur c/ Tihomir Blaskic*, n°IT-95-14-T, 3 mars 2000 (ci-après « jugement Blaskic »).

<sup>2</sup> T.P.I.R., Ch. I, Jugement et sentence, *Le Procureur c/ Alfred Musema*, n°ICTR-96-13-T, 27 janvier 2000 (ci-après « jugement Musema ») ; T.P.I.R., Ch. I, Jugement portant condamnation, *Le Procureur c/ Georges Ruggiu*, n°ICTR-97-32-I, 1<sup>er</sup> juin 2000 (ci-après « jugement Ruggiu »).

<sup>3</sup> Les cinq procès devant le T.P.I.Y. concernent 12 accusés ; les audiences sont achevées dans deux procès (affaire *Kordic et Cerkez* ; affaire *Kunarac, Kovac et Vukovic*), les jugements étant en attente. Les quatre procès devant le T.P.I.R. concernent huit accusés ; les audiences sont achevées dans un procès (affaire *Semanza*), le jugement étant en attente.

<sup>4</sup> T.P.I.Y., App., Arrêt, *Le Procureur c/ Zlatko Aleksovski*, n°IT-95-14/1-A, 24 mars 2000 (ci-après « arrêt Aleksovski ») ; T.P.I.Y., App., Arrêt, *Le Procureur c/ Anto Furundzija*, n°IT-95-17/1-A, 21 juillet 2000 (ci-après « arrêt Furundzija »).

<sup>5</sup> T.P.I.R., App., *Omar Serushago c/ Le Procureur*, n°ICTR-98-39-A, arrêt rendu en deux temps (« jugement » du 14 février 2000 rendu oralement et « motifs du jugement » du 6 avril 2000) (ci-après « arrêt Serushago ») ; T.P.I.R., App., Arrêt, *Jean Kambanda c/ Le Procureur*, n°ICTR-97-23-A, 19 octobre 2000 (ci-après « arrêt Kambanda »).

<sup>6</sup> Voir notamment Pierre-Marie Dupuy, « Le juge et la règle générale », *R.G.D.I.P.*, 1989, pp. 569-598.

pénale et notamment du poids des principes de sécurité juridique et de non-rétroactivité des règles substantielles. Ils doivent donc justifier, par le recours à des éléments préexistants, les solutions de droit auxquels ils parviennent. En l'absence de droit écrit, l'utilisation de la jurisprudence devient le mode d'argumentation principal.

Dans le jugement *Kupreskic*, la Chambre de première instance I du T.P.I.Y. a souligné l'importance méthodologique de la référence à des décisions judiciaires internationales aussi bien que nationales. Ce recours aux précédents, notamment à l'abondante jurisprudence de l'après deuxième guerre mondiale, est présenté comme inévitable « puisque le droit international pénal, qu'il s'agisse de la procédure ou du fond, n'en est encore qu'aux premiers stades de son développement » (§ 537). En l'absence d'une activité du « législateur international » (*sic*), « une série de décisions judiciaires sur des cas d'espèces » a pu fixer des « principes généraux » en matière de droit pénal et de procédure pénale (*ibid.*). Néanmoins, après cette apparente reconnaissance de la jurisprudence comme source autonome du droit international, la Chambre de première instance paraît hésiter devant sa propre audace. Son analyse redevient plus classique et masque l'activité prétorienne du juge derrière l'habituelle fiction de règles générales préexistantes, ce qui serait conforme au système des sources en droit international. Dès lors, la nature du tribunal détermine la « valeur qu'il convient d'attribuer aux précédents judiciaires » (§ 538). La Chambre est ainsi amené à qualifier le T.P.I.Y. de tribunal international – ce dont nul ne doutait –, en raison de son mode de création, de sa structure et de son fonctionnement et du droit qu'il applique à titre principal, à savoir le droit international (§ 539). De ce fait, le recours aux décisions judiciaires antérieures par le Tribunal ne correspond pas à la règle du précédent en *common law*; il s'agit plutôt d'utiliser ces décisions dans la mesure où elles mettent en lumière des règles générales. Cette analyse de la fonction de la jurisprudence en rapport avec la nature de la juridiction concernée est ainsi justifiée :

« en général et sous réserve que les arrêts de la Chambre d'appel du Tribunal aient force contraignante sur les Chambres de première instance, le Tribunal international ne peut adhérer à la doctrine de la force obligatoire du précédent (règle du *stare decisis*) observée dans les pays de *common law*. En effet, cette doctrine présuppose, entre autres, un système judiciaire relativement hiérarchisé et la communauté internationale ne dispose pas d'un tel système. De toute évidence, le précédent judiciaire n'est pas une source distincte du droit international pénal. Le Tribunal n'est pas tenu de respecter les précédents établis par d'autres juridictions internationales comme les tribunaux de Nuremberg ou de Tokyo, sans parler des affaires portant sur des crimes internationaux jugées par des juridictions nationales. De façon similaire, le Tribunal ne peut se fonder sur un groupe d'affaires, moins encore sur un précédent unique, et estimer qu'ils suffisent à établir un principe de droit : l'autorité des précédents (*auctoritas rerum similiter judicatarum*) se limite à mettre en évidence l'existence possible d'une règle internationale. Plus précisément, les précédents peuvent signaler l'existence d'une règle coutumière en ce qu'ils indiquent l'existence d'une *opinio iuris sive necessitatis* ou d'une pratique internationale dans une matière donnée, ou qu'ils peuvent laisser entrevoir l'émergence d'un principe général du droit international. (...) » (§ 540)

Ce développement relatif à l'influence de la jurisprudence des autres juridictions, internationales ou internes, sur les T.P.I. n'est pas directement lié à l'affaire. D'une tonalité très doctrinale, il souligne maladroitement l'opposition entre système de *common law* et système de droit romano-germanique<sup>7</sup>. Cela étant, il permet d'ordonner les techniques d'argumentation : d'abord le droit international écrit, puis les décisions des juridictions d'après-guerre (T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo et juridictions nationales en application de

<sup>7</sup> Est ainsi mentionnée une maxime du Code justinien « selon laquelle les juridictions doivent décider en se fondant sur la force du droit et non celle des précédents (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*) » (§ 540).

la loi n°10 du Conseil de contrôle allié) et à « valeur égale » dans « de nombreux cas » les décisions internes prises en application des règles de fond du droit international, puis les décisions internes se fondant sur la législation interne et qui « ont en général une valeur relative moindre » (§ 541).

Le jugement *Kupreskic* laisse de côté plusieurs questions délicates : les cas où il n'existe aucune règle de droit international établie (en matière de procédure notamment), ceux où il s'agit de qualifier une situation juridique avec des effets potentiels dans toute une série d'affaires s'inscrivant dans le même contexte (qualification de la nature d'un conflit armé notamment), enfin l'effet de la jurisprudence des T.P.I. eux-mêmes. Ce sont ces différents points qui ont été évoqués dans une autre décision du T.P.I.Y., l'arrêt *Aleksovski*. Dans cette affaire, la valeur d'un arrêt d'appel antérieur avait été longuement discutée par les parties. L'impératif de sécurité juridique a conduit la Chambre d'appel à adopter une position générale sur l'autorité de ses propres arrêts. Le principal aspect concerne l'autorité de ses arrêts antérieurs sur ses arrêts postérieurs. Selon elle :

« (...) l'interprétation correcte du Statut à la lumière de son texte et de son but porte à conclure que, dans l'intérêt de la sécurité et de la prévisibilité juridiques, la Chambre d'appel doit suivre ses décisions antérieures, mais reste libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissent le commander dans l'intérêt de la justice. » (§ 107)

La dernière partie du passage peut paraître préoccupante sous l'angle du droit à un procès équitable, car elle laisse entendre qu'il serait possible de modifier, pour des motifs finalement bien vagues, des solutions établies<sup>8</sup>. De telles modifications seraient peu acceptables en matière de définition des infractions, spécialement si elles avaient pour effet d'étendre la responsabilité de l'accusé. Pourtant, c'est surtout le début du passage qui risque de soulever le plus de réactions, en ce qu'il pose une règle générale apparemment proche de la règle du précédent en *common law*, applicable au sein du T.P.I.Y. Cette règle générale a également été adoptée par la Chambre d'appel du T.P.I.R.<sup>9</sup> Doit-on en conclure que les T.P.I. s'écartent de la tradition des juridictions internationales, au premier rang desquelles la Cour internationale de Justice, qui refusent de s'estimer liées par les précédents ?<sup>10</sup> Cela aurait également pour effet de relancer les critiques sur l'influence grandissante du droit anglo-saxon, c'est-à-dire d'un système de droit interne culturellement dominant, dans les institutions juridiques internationales. La réponse mérite cependant d'être nuancée.

L'arrêt *Aleksovski* prend soin de préciser que ce n'est pas tant la similarité des faits qui est l'élément déterminant, mais l'identité de la question de droit soulevée par ces faits, c'est-à-dire une question d'ordre général<sup>11</sup>. Force est de constater que la C.I.J. ne raisonne pas

<sup>8</sup> L'arrêt mentionne « l'exemple d'une décision prise sur la base d'un principe juridique erroné ou d'une décision rendue *per incuriam*, c'est-à-dire 'tranchée à tort, généralement parce que le ou les juges n'étaient pas bien au fait du droit applicable' » (§ 108). Mais l'« intérêt de la justice » pourrait être bien plus vaste que ce seul « exemple ».

<sup>9</sup> T.P.I.R., App, Décision, *Laurent Semanza c/ Le Procureur*, n°ICTR-97-20-A, 31 mai 2000, § 92 (ci-après « décision *Semanza* »).

<sup>10</sup> En ce sens, opinion individuelle du Juge Shahabuddeen jointe à la décision *Semanza*. Voir également le commentaire très critique de Philippe Weckel, in « Jurisprudence internationale », *R.G.D.I.P.*, 2000/3, pp. 802s.

<sup>11</sup> § 110 : « Ce qui est retenu dans les décisions antérieures, c'est le principe juridique qui les fonde (*ratio decidendi*). L'obligation de le suivre ne vaut que pour des affaires similaires ou significativement similaires qu'à dire que la question soulevée par les faits de la deuxième affaire doit être la même que celle tranchée à l'aide du principe juridique lors de la première décision. Il n'y a aucune obligation de se conformer aux décisions antérieures qui peuvent, pour une raison ou une autre, se distinguer de la question posée aux juges en l'espèce. »

autrement, citant volontiers les solutions d'ordre général élaborées dans des arrêts antérieurs – en mentionnant les arrêts eux-mêmes –<sup>12</sup>, de même que la Cour européenne des droits de l'homme<sup>13</sup>. Mais l'arrêt du T.P.I.Y. a pour particularité d'affirmer sous forme d'obligation juridique (« doit suivre ») ce que les autres juridictions internationales n'hésitent jamais à faire en pratique. Cela étant, la valeur de cette obligation est incertaine, comme le souligne avec une grande subtilité le Juge Shahabudeen dans son opinion jointe à la décision *Semanza*. Selon lui, l'obligation de respecter les arrêts antérieurs ne figurant pas expressément dans le statut, elle résulte d'une interprétation propre à un arrêt singulier, lequel ne saurait avoir une portée générale et conférer à lui-même vis-à-vis des arrêts à venir l'autorité supposée des arrêts antérieurs à son égard. Par conséquent, tout arrêt futur pourrait revenir sur cette interprétation, ce qui est plausible compte tenu de l'instabilité de la composition de la Chambre d'appel. Toute la question est donc de savoir s'il y aura une jurisprudence constante à propos de la règle du précédent !

Arrivé à ce stade, le débat devient tout de même assez hermétique et peut-être inutile car, en fait, il n'est nullement certain que la règle énoncée par la Chambre d'appel corresponde à la vision de la règle du précédent jusqu'ici rejetée par les autres juridictions internationales. En effet, la jurisprudence de *common law* citée par l'arrêt tente de démontrer que le *stare decisis* a évolué vers une plus grande souplesse et repose avant tout sur la référence à des principes généraux, alors que dans le même temps les juridictions continentales appliquent une jurisprudence constante aux affaires soulevant le même problème de droit. La notion de « sécurité juridique », présentée comme un droit des justiciables et impliquant donc des obligations juridiques pour les autorités juridictionnelles, pourrait rapprocher ces deux tendances au point d'effacer toute différence significative. La position de la Chambre d'appel, toute entière fondée sur cette idée, est plus syncrétique qu'il n'y paraît au premier abord. Elle affirme que les principes dégagés par ses arrêts antérieurs, c'est-à-dire ce que l'on nomme habituellement « jurisprudence », sont obligatoires, c'est-à-dire qu'ils constituent une source formelle du droit. L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ne dit finalement pas autre chose. La nouveauté réside peut-être seulement dans la transparence des modes de raisonnement du juge, rendue nécessaire par l'impératif de sécurité juridique. De ce fait, l'arrêt *Aleksovski* constitue également une invitation à reconsidérer les oppositions simplistes entre systèmes de droit (le juge de *common law* lié automatiquement par les précédents pour des faits similaires / le juge de *civil law* lié de manière tout aussi automatique par la loi et le syllogisme juridique), au bénéfice d'une vision modernisée de la fonction du juge quel que soit l'ordre juridique considéré. Evidemment, il eût été plus simple de s'en tenir à l'expression floue et consensuelle de « jurisprudence », où l'on ne précise pas que les juges sont tenus d'appliquer les principes issus de l'activité passée de leur juridiction et où on ne précise pas non plus qu'ils peuvent s'en écarter « dans l'intérêt de la justice » – même s'il existe des revirements de jurisprudence.

<sup>12</sup> L'arrêt souligne que « la règle *stare decisis* ne s'applique pas à la Cour internationale de justice » mais que ses décisions « sont perçues comme des expressions du droit faisant autorité » (§ 96). De ce fait, la Cour ne saurait s'en écarter sauf motif impérieux. Un ouvrage du Juge Shahabudeen (*Precedent in the World Court*, 1996, spéc. pp. 131-132 et 239), ancien juge à la C.I.J. et actuellement juge au T.P.I.Y., est même cité en ce sens. Pourtant, dans son opinion individuelle à la décision *Semanza*, ce dernier se démarque nettement de la position de la Chambre d'appel.

<sup>13</sup> Est cité (§ 95) l'arrêt *Cossey*, 27 septembre 1990 : « [L]a Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures (...) Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. »

Il semble surtout que la Chambre d'appel du T.P.I.Y. ait souhaité trancher de façon générale et définitive le point de droit concerné en l'espèce, à savoir la récurrente question du caractère international des conflits armés en Bosnie-Herzégovine. Affirmer l'autorité de l'arrêt *Tadic* du 15 juillet 1999 et donc du critère du « contrôle global » qu'il définit, lui permet de clore les interminables discussions ouvertes par l'arrêt *Tadic* (*compétence*) du 2 octobre 1995<sup>14</sup>. L'objectif de sécurité juridique rencontre ici le nouvel objectif d'efficacité des juridictions pénales internationales<sup>15</sup>. Les autres développements de l'arrêt *Aleksovski* sur l'autorité des arrêts renforcent cette efficacité : la Chambre d'appel estime que les chambres de première instance sont tenues par les décisions de la Chambre d'appel (§§ 112-113) – en revanche les chambres de première instance ne sont pas tenues par les décisions les unes des autres (§§ 114-115). Peut-être serait-il dès lors préférable, pour rendre compte avec plus d'exactitude de la position des T.P.I., d'évoquer une *autorité absolue* de la chose jugée par la Chambre d'appel, limitée aux questions de droit à portée générale. Une telle autorité serait à la fois conforme aux principes de sécurité et d'efficacité et spécialement justifiée par l'existence de deux degrés de juridiction. On peut même penser que, d'un point de vue plus matériel que formel, elle n'est pas si inconnue dans le contentieux international<sup>16</sup>.

Comme à l'accoutumée, l'activité des tribunaux pénaux internationaux pour l'année 2000 sera présentée en distinguant la procédure internationale pénale (I) et l'application du droit humanitaire (II).

## I. – LA PROCÉDURE INTERNATIONALE PÉNALE

### 1. *Les règles de procédure*

#### 1.1. *Révision des statuts*

Les statuts des deux tribunaux pénaux internationaux ont été modifiés par la résolution 1329 (2000) du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptée le 30 novembre 2000. Celle-ci modifie la composition de la Chambre d'appel commune et introduit dans les articles 12 à 14 du seul statut du T.P.I.Y. une distinction entre les juges permanents, dont le nombre est porté à seize, et une nouvelle catégorie de juges chargés de suivre un ou plusieurs procès déterminés, les juges *ad litem*, au nombre de vingt-sept. Il en résulte une plus forte spécialisation des juges, qui siégeront uniquement dans la chambre à laquelle ils ont été affectés, alors qu'il existait jusque-là un système de rotation, notamment entre la première instance et l'appel, en fonction des juges ayant eu à connaître de l'affaire.

La nouvelle Chambre d'appel sera composée de sept juges permanents, dont le Président du T.P.I.Y., quatre juges permanents du T.P.I.Y. nommés par celui-ci après consultation de l'ensemble des juges permanents, et deux juges du T.P.I.R. (forcément permanents) nommés par le Président du T.P.I.R. (qui ne peut en faire partie) après

<sup>14</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, pp. 124-132 ; *A.F.D.I.*, 1997, pp. 385-390 ; *A.F.D.I.*, 1998, pp. 388-392 ; *A.F.D.I.*, 1999, pp. 487-492 ; et *infra*, II.

<sup>15</sup> La même remarque s'applique *mutatis mutandis* pour la décision *Semanza* qui entendait mettre un terme à une série de requêtes très proches de l'affaire *Barayagwiza*. Voir *infra*, I, 2.2.

<sup>16</sup> Pour une réflexion d'ensemble, on se reportera à la thèse de Leonardo Brant, *L'autorité de chose jugée en droit international public*, thèse Paris X-Nanterre, 2000.

consultation de l'ensemble des juges du T.P.I.R. et du Président du T.P.I.Y.<sup>17</sup>. Le rééquilibrage partiel au profit des juges du T.P.I.R. est à noter, la Chambre d'appel n'étant auparavant composée que de juges du T.P.I.Y.<sup>18</sup> Chaque formation d'appel sera composée, comme par le passé, de cinq juges. Cette nouvelle organisation devrait assurer une forte cohérence de la jurisprudence car, avec une marge raisonnable de deux juges pour assurer le bon fonctionnement de la Chambre, la composition sera finalement bien plus stable qu'en l'état actuel, où le risque d'une contradiction entre les formations d'appel n'est pas à écarter<sup>19</sup>.

La nouvelle organisation de la Chambre d'appel explique que le nombre de juges (permanents) passe à seize juges pour chaque tribunal, sept d'entre eux étant en fait les mêmes et siégeant à la fois à la Chambre d'appel du T.P.I.Y. et à la Chambre d'appel du T.P.I.R. Les juges (permanents) des chambres de première instance restent donc au nombre de neuf, répartis en trois chambres pour chaque tribunal. La nouveauté est qu'ils ne siégeront désormais qu'à la chambre à laquelle ils sont affectés. Surtout, le fonctionnement des chambres de première instance du seul T.P.I.Y. est modifié, avec l'arrivée de juges *ad litem*. En réalité, le Conseil de sécurité avait déjà été amené à accepter des juges *ad litem*, mais pour une affaire déterminée, dans sa résolution 1126 (1997) qui avait permis de prolonger le mandat de juges engagés dans un procès en cours et pour ce seul procès<sup>20</sup>. Cette expérience est simplement généralisée et perfectionnée. Les chambres de première instance pourront mettre en place des sections de trois juges composées à la fois de juges permanents et de juge *ad litem*. Les juges *ad litem* sont élus dans des conditions analogues à celles des juges permanents<sup>21</sup>, pour quatre ans, mais ne siégeront que dans une ou plusieurs affaires déterminées et pendant une durée qui ne pourra au total excéder trois années (art. 13<sup>ter</sup> § 2). C'est le Secrétaire général des Nations Unies qui, à la demande du Président du Tribunal, nomme les juges *ad litem* aux fins de siéger dans un procès déterminé. Il ne pourra être fait appel à plus de neuf juges *ad litem* au même moment pour l'ensemble du Tribunal, ni à plus de six juges *ad litem* au sein d'une même chambre (art. 12 § 2). Les juges *ad litem* jouiront des mêmes conditions d'emploi, des mêmes privilèges et immunités et des mêmes pouvoirs que les juges permanents. Néanmoins, ils ne pourront devenir président du T.P.I.Y. ou d'une chambre de première instance ; ils ne pourront participer à l'élaboration du Règlement, ni participer à l'examen d'un acte d'accusation, ni participer aux consultations prévues avec le Président aux fins de nomination de juges ou de mesures de grâce ou commutation de peines, ni se prononcer pendant la phase préalable à l'audience (art. 13<sup>quater</sup>). Leur fonction est par conséquent limitée à la phase de jugement en première instance. Reste à savoir si cette réforme permettra au Tribunal de remplir intégralement son mandat dans un délai raisonnable. Elle répond en tout cas aux vœux des juges du T.P.I.Y., qui en ont suggéré l'essentiel des modalités après avoir écarté des solutions moins efficaces<sup>22</sup>.

<sup>17</sup> Ceci résulte de la combinaison des articles 12 et 14 du Statut du T.P.I.Y. et 13 du Statut du T.P.I.R., dans leur nouvelle rédaction.

<sup>18</sup> Le projet avait été voté à l'unanimité par les juges du T.P.I.R. lors d'une réunion plénière tenue à Arusha le 18 février 2000.

<sup>19</sup> L'hypothèse est explicitement évoquée, voire souhaitée, par le Juge Shahabudeen, pour limiter la portée des arrêts évoquant la règle du précédent. Voir *supra* introduction.

<sup>20</sup> Dans l'affaire *Celebici*. Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 372, note 20.

<sup>21</sup> Election par l'Assemblée générale sur une liste présentée par le Conseil de sécurité, retenant un nombre de candidatures au moins double du nombre des postes à pourvoir. Les candidatures sont présentées par les Etats (au maximum deux candidatures par Etat).

<sup>22</sup> Le rôle des juges est salué dans le préambule de la résolution 1329 (2000). Les différentes réformes envisageables sont évoquées dans le *Rapport sur le fonctionnement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, présenté par S.E. le Juge Claude Jorda, Président, au nom des juges du Tribunal*, La Haye, 12 mai 2000. Voir également le débat du 20 juin 2000 au Conseil de sécurité, S/PV.4161. Le calendrier prévisionnel d'occupation des chambres établi par le rapport a constitué un élément essentiel dans la décision du Conseil de

La résolution 1329 (2000) est également importante en ce qu'elle fournit plusieurs indications quant à la fonction des tribunaux *ad hoc*. Tout d'abord, elle est adoptée en vertu du Chapitre VII, ce qui était évidemment nécessaire pour modifier les statuts des deux juridictions en raison du principe de parallélisme des formes. Mais une fois de plus<sup>23</sup>, l'ampleur de la qualification juridique prévue à l'article 39 de la Charte et conditionnant l'adoption de mesures au titre du Chapitre VII est à relever. Il suffit que le Conseil de sécurité demeure « convaincu » que les poursuites engagées par le T.P.I.Y. « contribuent au rétablissement et au maintien de la paix en ex-Yougoslavie » et que celles engagées par le T.P.I.R. « dans la situation particulière régnant au Rwanda (...) favorisent le processus de réconciliation nationale et le rétablissement et le maintien de la paix au Rwanda et dans la région<sup>24</sup>. Toute conviction contraire aurait pour effet de priver de fondement juridique l'activité des deux tribunaux. La durée exacte de leur existence et l'hypothèse d'un transfert de compétences à la C.P.I. restent par conséquent toujours aussi incertaines. Le dernier paragraphe de la résolution invitant le Secrétaire général à évaluer et faire des propositions « relatives à la date à laquelle prendra fin la compétence *ratione temporis* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie » est de ce point de vue important. Il ne vise sans doute pas le terme de l'activité du Tribunal, mais la fixation d'une date limitant sa compétence et manifestant l'idée que la situation de crise ayant motivé sa création aurait pris fin<sup>25</sup>. Les estimations actuellement fournies par le Bureau du Procureur en termes de poursuites pourraient dès lors conduire à une liste définitive des affaires à juger au niveau international. On peut toutefois se demander si cela est opportun dans le contexte d'un regain de tension dans les Balkans, notamment en Macédoine et en Serbie. Tant que le Statut de la C.P.I. n'est pas en vigueur, la compétence « ouverte » du Tribunal dans le temps peut continuer à avoir un effet dissuasif pour les personnes vivant sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Enfin, la politique pénale menée par le Procureur depuis quelques années paraît entérinée par le Conseil de sécurité<sup>26</sup>. Orientée vers le degré le plus élevé de responsabilité, elle suggère une répartition des compétences entre le niveau international et le niveau national en fonction de la position hiérarchique des accusés. Les tribunaux internationaux *ad hoc* seraient ainsi

---

sécurité. L'activité des chambres de première instance, dans leur formation actuelle, devait durer jusqu'au milieu 2003 avec le « stock » actuel d'affaires, jusqu'en 2007 si tous les fugitifs étaient arrêtés (actuellement, une arrestation ou reddition chaque mois). De plus, le Procureur prévoit 36 nouvelles enquêtes aboutissant à « 29 procès distincts d'envergure » (p. 13), ce qui mènerait à 2016 avec un taux d'arrestation de 100%. L'ensemble repose sur une moyenne de durée de la mise en état ramenée à 8 mois (actuellement un peu plus de 10 mois) et une moyenne de durée des procès d'un peu plus de 12 mois (compte tenu de la complexité supposée des affaires, du nombre de témoins, du nombre de chambres, du taux d'occupation des salles d'audience, du nombre de jours ouvrables, etc.). L'objectif de la réforme est d'aboutir à un jugement en première instance de toutes les affaires en stock et à venir vers fin 2007, au lieu de 2016. La question de l'activité de la Chambre d'appel reste encore « difficilement mesurable en l'état » (p. 35). On relèvera néanmoins que, jusqu'à présent, tous les jugements ont fait l'objet d'un appel, pour le T.P.I.Y. comme pour le T.P.I.R. L'augmentation limitée du nombre des juges d'appel, passant de 5 à 7, et leur spécialisation paraissent avant tout destinées à résoudre les problèmes de la Chambre d'appel « dans l'immédiat » (p. 35).

<sup>23</sup> Voir notamment Jean-Marc Sorel, « L'élargissement de la notion de menace contre la paix », in *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, S.F.D.I., colloque de Rennes, Pedone, 1995, pp. 3-57.

<sup>24</sup> Respectivement deuxième et troisième paragraphe du préambule.

<sup>25</sup> Tel est le cas pour le T.P.I.R. dont la compétence *ratione temporis* est bornée dans le temps à la période allant du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 1994. Le choix d'une date-butoir pour le T.P.I.Y. pourrait être révélatrice de la vision de la crise yougoslave par le Conseil de sécurité : entrée des troupes de l'OTAN au Kosovo, chute de Slobodan Milosevic, ou date plus neutre... Elle ne saurait en tout cas être antérieure aux faits les plus récents visés par les actes d'accusation, voire par les enquêtes du Tribunal.

<sup>26</sup> 7<sup>ème</sup> par. du préambule : « Prenant acte de la position exprimée par les Tribunaux pénaux internationaux selon laquelle ce sont les dirigeants civils, militaires et paramilitaires, et non les simples exécutants, qui devraient être traduits devant eux ».

spécialisés dans le jugement d'un nombre limité d'individus, mais considérés comme les principaux responsables des violations du droit humanitaire<sup>27</sup>.

## 1.2. Révision des règlements de procédure et de preuve

Des révisions des règlements de procédure et de preuve (R.P.P.) ont eu lieu le 14 juillet et le 13 décembre 2000 pour le T.P.I.Y., le 21 février, le 26 juin et le 3 novembre 2000 pour le T.P.I.R. La plupart des modifications restent d'une importance secondaire, mais l'on observe tout de même un décalage grandissant entre les deux règlements, celui du T.P.I.Y. étant plus détaillé et incluant systématiquement les apports des nombreuses décisions de procédure rendues. Le R.P.P./T.P.I.Y. fait également apparaître un développement organique absent du R.P.P./T.P.I.R., ce qui correspond à la réflexion engagée au sein du T.P.I.Y. pour accroître son efficacité. Les nouvelles dispositions les plus importantes concernent ainsi la création d'un Conseil de coordination, d'un Comité de gestion et d'un Conseil consultatif chargé des questions relatives aux conseils de la défense. Le Conseil de coordination, composé du Président, du Procureur et du Greffier, devra assurer « la coordination des trois organes du Tribunal » et se réunira à cette fin une fois par mois (nouvel art. 23bis R.P.P./T.P.I.Y.). Le Comité de gestion, composé du Président, du Vice-Président, d'un juge élu pour un an, du Greffier, du Greffier-adjoint et du Chef de l'administration, se réunira deux fois par mois pour apporter « son concours au Président (...) notamment en ce qui concerne toutes les activités du Greffe liées au soutien administratif et judiciaire des Chambres et des juges » (nouvel art. 23ter R.P.P./T.P.I.Y.). Le Conseil consultatif sera placé auprès du Président et du Greffier et sera consulté « sur toutes les questions relatives aux conseils de la défense » (art. 44 R.P.P./T.P.I.Y.). Ses membres, représentants d'associations professionnelles et avocats ayant plaidé devant le Tribunal, posséderont une expérience professionnelle reconnue en matière juridique et devront être issus des différents systèmes de droit interne. Est ainsi constitué un embryon de barreau international. Enfin, la fonction du Greffier-adjoint est précisée (nouvel article 33bis R.P.P./T.P.I.Y.) : direction et administration de la Section d'appui juridique aux Chambres, adoption des mesures relatives à l'exécution des décisions rendues, formulation de recommandations pour le fonctionnement du Greffe. Parmi les autres nouveautés, on relèvera plus particulièrement le nouvel article 92bis R.P.P./T.P.I.Y. qui autorise l'admission de déclarations écrites de témoins, lorsqu'il s'agit de « démontrer un point autre que les actes et le comportement de l'accusé tels qu'allégués dans l'acte d'accusation ». Ce recours, par ailleurs très encadré, aux *affidavits* devrait permettre de réduire le nombre de témoins entendus lors des procès et, partant, la durée de ceux-ci.

## 2. Poursuites, arrestations, transferts, libérations

### 2.1. Poursuites : le Procureur et les bombardements de l'OTAN

Alors que le rythme des arrestations et des transferts est désormais assez élevé<sup>28</sup>, confirmant l'efficacité de la politique pénale retenue par le Procureur, un aspect de cette politique a été particulièrement médiatisé. Il s'agit de la décision de ne pas engager de poursuites concernant la campagne de bombardements aériens de l'OTAN sur la République

<sup>27</sup> En ce sens également, et de manière explicite, le projet de statut du Tribunal spécial pour la Sierra Leone, tel qu'annexé au rapport du Secrétaire général du 4 octobre 2000 (S/2000/915), § 1 : « *The Special Court shall have the power to prosecute persons most responsible for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996* ». Voir également l'article 1<sup>er</sup> de l'Accord entre les Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais (*ibid.*).

<sup>28</sup> Voir *supra*, note 22.



fédérale de Yougoslavie, décision rendue publique par un communiqué de presse du 13 juin 2000. De manière tout à fait exceptionnelle, un rapport commandé par l'ancien Procureur du T.P.I.Y., Louise Arbour, auprès d'un comité établi dès le 14 mai 1999 et composé de membres du Bureau du Procureur, a également été rendu public<sup>29</sup>. Le comité s'est appuyé pour l'établissement des faits sur les informations fournies par l'OTAN et ses Etats membres, mais aussi sur des documents établis par la R.F.Y. et des rapports d'O.N.G., notamment Human Rights Watch et Amnesty International. Ces deux dernières organisations avaient largement contribué à l'ouverture d'un débat public sur la commission supposée de crimes de guerre par l'OTAN. Le comité lui-même souligne qu'il ne s'est pas rendu en R.F.Y. et n'a pas eu de contacts officiels avec les autorités, aucune relation n'existant avec le Tribunal au moment de l'enquête (§ 7). Il accepte cependant de se fonder sur les estimations de 495 civils morts et 820 civils blessés établies par un ensemble de documents rassemblés par la R.F.Y. et considérés comme dignes de foi par Human Rights Watch. Pour autant, l'analyse juridique ne fait pas apparaître clairement de violation du droit humanitaire par l'OTAN<sup>30</sup>. Le Rapport peut donc conclure en recommandant de ne pas poursuivre :

*« If one accepts the figures (...) of approximately 495 civilians killed and 820 civilians wounded in documented instances, there is simply no evidence of the necessary crime base for charges of genocide or crimes against humanity. Further, in the particular incidents reviewed by the committee with particular care (...) the committee has not assessed any particular incidents as justifying the commencement of an investigation by the OTP. NATO has admitted that mistakes did occur during the bombing campaign; errors of judgment may also have occurred. Selection of certain objectives for attack may be subject to legal debate. On the basis of the information reviewed, however, the committee is of the opinion that neither an in-depth investigation related to the bombing campaign as a whole nor investigations related to specific incidents are justified. In all cases, either the law is not sufficiently clear or investigations are unlikely to result in the acquisition of sufficient evidence to substantiate charges against high level accused or against lower accused for particularly heinous offences. » (§ 90)*

A vrai dire, les accusations de crime contre l'humanité et de génocide sont sans lien avec le nombre des morts ou blessés. Mais les éléments constitutifs de ces crimes sont si évidemment absents que le comité n'a pas jugé nécessaire de les évoquer plus longuement. Pour les crimes de guerre, on notera que le comité en est resté à un examen préalable, recherchant si les conditions générales ou liées au contexte et constituant un élément constitutif des crimes étaient présentes. En leur absence, il n'envisage aucun cas individuel.

## 2.2. Le contrôle de la détention : l'affaire Barayagwiza (suite) et similia

Faisant suite à la demande déposée par le Procureur le 3 décembre 1999, la Chambre d'appel du T.P.I.R. s'est à nouveau prononcée, le 31 mars 2000, sur les atteintes aux droits du suspect puis de l'accusé subies par Jean-Bosco Barayagwiza<sup>31</sup>. Il s'agit de la première décision de révision rendue par un tribunal *ad hoc*, en raison d'éléments présentés comme des faits nouveaux. En outre, le Procureur faisait valoir des arguments qui relevaient plutôt d'un « réexamen » de l'affaire. Ainsi, la solution à laquelle était parvenue la Chambre d'appel le 3 novembre 1999, à savoir le rejet de l'acte d'accusation avec arrêt définitif des poursuites, serait « arbitraire » et constituerait un « abus de procédure » (§ 17). Poussant plus loin encore

<sup>29</sup> Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, accessible sur le site du Tribunal ([www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm](http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm)) (ci-après « le Rapport »).

<sup>30</sup> Voir *infra*, II, 1.2.

<sup>31</sup> T.P.I.R., App., Arrêt (demande du Procureur en révision ou réexamen), *Jean-Bosco Barayagwiza c. Le Procureur*, n°ICTR-97-19-AR72, 31 mars 2000 (ci-après « arrêt Barayagwiza »). Sur la première phase de l'affaire, v. cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 477-480.

la critique, le Procureur soutient qu'« il n'y a aucune commune mesure » entre cette « décision extrême » et « les violations présumées des droits de l'Appelant » (§ 22), que cette décision serait « contraire au mandat du Tribunal, qui est de promouvoir la réconciliation nationale au Rwanda par le biais de procès publics au fond » (*ibid.*) et que la Chambre d'appel aurait « outrepassé son rôle » en s'appuyant sur des éléments qui ne faisaient pas partie du dossier de première instance (§ 23). Carla del Ponte paraît également avoir protesté avec vigueur lors de l'audience, insistant sur la gravité des charges pesant sur l'accusé et obligeant la Chambre d'appel à rappeler le principe de la présomption d'innocence (§ 35). Entendu comme *amicus curiae*, le Gouvernement rwandais a franchi un pallier supplémentaire en menaçant le Tribunal de cesser toute coopération au cas où il ne ferait pas droit à la demande en révision du Procureur (§ 34). La réponse devait dès lors être ferme : l'arrêt rappelle que le Tribunal « est un organe judiciaire indépendant, dont les décisions sont exclusivement fondées sur la justice et le droit » et que le Conseil de sécurité serait saisi « si un quelconque gouvernement décidait pour une raison ou une autre de ne pas coopérer avec le Tribunal » (*ibid.*).

Ces éléments témoignent du climat d'extrême tension dans lequel l'arrêt a été rendu. Sur le fond, la Chambre d'appel retient uniquement les arguments relatifs aux faits nouveaux et inconnus qui auraient pu constituer un élément décisif de la décision contestée<sup>32</sup>. Est considéré comme tel le fait que Jean-Bosco Barayagwiza était au courant des crimes qui lui étaient reprochés par le Procureur du T.P.I.R. dès le 3 mai 1996, soit 18 jours après son arrestation et non 11 mois comme établi précédemment<sup>33</sup>. De plus, il est apparu que le Cameroun « n'était pas prêt à son transfert avant le 24 octobre 1997 » (§ 57) ; la violation des droits de l'Appelant, en raison de la longueur de la détention au Cameroun dans l'attente d'un transfert, n'était donc pas imputable au Procureur. Enfin, le conseil de la défense a acquiescé à la remise de la comparution initiale au 3 février 1997 (§ 61), ramenant à 20 jours le temps excessif écoulé avant la comparution initiale du 23 février. L'ensemble fait toujours apparaître une violation des droits fondamentaux de l'accusé, mais bien moins importante que ce qui avait été constaté dans l'arrêt du 3 novembre 1999. Un problème central apparaît néanmoins : il est possible que le Procureur ait connu ces faits « ou au moins que leur découverte aurait pu intervenir » (§ 64), sauf semble-t-il pour le dernier élément relatif à la position du conseil de la Défense sur le report de l'audience de comparution initiale<sup>34</sup>. La demande de révision se heurte donc en grande partie à l'article 120 R.P.P./T.P.I.R. selon lequel peut seulement être considéré comme nouveau un fait qui « n'était pas connu de la partie intéressée (...) ou dont la découverte n'avait pu intervenir malgré toutes les diligences effectuées ». Pour sortir de l'impasse, la Chambre d'appel en est réduite à écarter tout simplement la règle en question, qu'elle « interprète » (*sic*) comme « ayant un caractère non péremptoire » (§ 65)<sup>35</sup>. Ce procédé

<sup>32</sup> Sur les règles relatives à la révision, voir *infra*, I, 3.4.

<sup>33</sup> Cela résulte des compte-rendus d'audiences tenues devant un juge camerounais. Le délai de 18 jours est tout de même considéré comme une violation du droit de Jean-Bosco Barayagwiza d'être informé sans délai des accusations portées contre lui (§ 55).

<sup>34</sup> Si ce dernier point permet d'affirmer que le fait est entièrement nouveau, il est en lui-même assez préoccupant et souligne la négligence du Bureau du Procureur dans cette affaire. Pour les deux autres points, il est assez clair que le Procureur les connaissait et aurait pu être plus exhaustif dans son argumentation devant la Chambre d'appel. Cela étant, il lui aurait fallu renoncer à ménager les autorités camerounaises. Surtout, il ne s'attendait sans doute pas à une solution aussi radicale que la remise en liberté de l'accusé et la fin des poursuites !

<sup>35</sup> A l'appui de cette « interprétation », la décision cite quelques précédents anglo-saxons où l'impératif métajuridique de justice et de vérité a conduit la Cour d'appel d'Angleterre et du pays de Galles et la Cour suprême canadienne à accepter la révision de sentences alors que les faits auraient pu être connus si la partie intéressée avait agi avec toute la diligence requise. Toutefois, selon la Chambre d'appel, ces exemples ne sont pas cités « pour justifier ses actions au sens strict » (§ 69), mais plutôt pour illustrer une parenté de raisonnement, à savoir éviter de « détourner le regard de la réalité » (*ibid.*).

a évidemment pour seule fonction de permettre à la Chambre d'appel d'accueillir la demande du Procureur et de modifier sa conclusion. Dès lors, elle peut prévoir une « réparation » bien plus adaptée que celle retenue dans l'arrêt du 3 novembre 1999. D'après le dispositif, celle-ci devra être fixée au moment du jugement et consistera soit en une réparation financière s'il est jugé non coupable, soit en une réduction de la sentence s'il est jugé coupable (§ 75).

Il paraît assez vain de chercher dans la motivation de cette décision autre chose qu'une tentative de justification destinée à sortir le plus dignement possible d'une situation inextricable. Car l'argument essentiel tient aux « circonstances tout à fait exceptionnelles » et à « une possible erreur judiciaire » évoquées par la Chambre (§ 65). Par ailleurs, les faits évoqués font apparaître la difficulté de concevoir sur un mode purement moniste les rapports entre les T.P.I. et les ordres juridiques internes, et par conséquent de faire peser toute la responsabilité des lenteurs observées sur le seul Procureur international. Pour autant, la nouvelle solution nous semble également critiquable. Elle reste prisonnière de la conception initiale selon laquelle il faudrait « sanctionner » le Procureur en proportion des violations des droits de l'accusé qui lui sont imputables et offrir corrélativement à ce dernier la réparation adéquate. Cette approche, centrée sur l'activité du seul tribunal international et ignorant les étapes antérieures de la procédure lorsque les faits sont imputables aux entités coopérant avec le Tribunal, contredit d'autres aspects de la jurisprudence des tribunaux internationaux. Ainsi, la Chambre d'appel du T.P.I.Y. a estimé qu'il convenait de prendre en compte l'ensemble de la durée de la détention provisoire – qu'elle ait eu lieu au niveau interne ou international – pour le calcul de la peine restant à purger en cas de condamnation<sup>36</sup>. Ici, la violation des droits de l'accusé est bien plus importante que la partie imputable au Procureur ; or, d'après le dispositif, seule cette dernière sera réparée au moment du jugement<sup>37</sup>. L'ensemble des violations devrait être évoqué, mais sans basculer dans la solution extrême de l'arrêt du 3 novembre 1999 – qui n'est en théorie pas du tout rejetée par le nouvel arrêt, lequel ne pouvait s'appuyer que sur des faits nouveaux et non remettre en cause le raisonnement tenu précédemment. Dans le contexte des juridictions pénales internationales, la libération de Jean-Bosco Barayagwiza avec arrêt définitif des poursuites était à la fois excessive, en ce qu'elle méconnaissait les intérêts de la communauté internationale, et réductrice, en ce qu'elle ne prenait en compte que l'attitude du Procureur. Seul le premier aspect a été corrigé par l'arrêt du 31 mars 2000.

La décision *Barayagwiza* a eu un écho dans une affaire dont les faits étaient, à quelques détails près, identiques, mais qui n'a pas atteint le stade de la révision. En effet, la contestation de sa détention par Laurent Semanza est intervenue avec un léger décalage temporel qui a permis au Procureur du T.P.I.R. de déposer, le 9 novembre 1999, dès le stade de l'appel, des éléments de preuve supplémentaires à la lumière de l'arrêt *Barayagwiza* du 3 novembre 1999. La décision *Semanza* étant intervenue le 31 mai 2000, elle a pu non seulement tenir compte de l'arrêt d'appel dans l'affaire *Barayagwiza* mais également de la décision de révision. Cela s'est avéré essentiel pour l'admissibilité des nouveaux éléments de preuve présentés par le Procureur, qui était contestée par l'Appelant. La Chambre d'appel du T.P.I.R. rappelle que « d'une manière générale, l'admissibilité des moyens de preuve supplémentaire doit être restrictive et encadrée » et applique les critères d'admissibilité

<sup>36</sup> T.P.I.Y., App., Arrêt concernant les jugements relatifs à la sentence, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, n°IT-94-1-Abis, 26 janvier 2000, § 38.

<sup>37</sup> Notamment parce que le premier point du dispositif « fait droit à l'Appel pour ce qui est de la violation des droits de l'Appelant *dans la mesure ci-dessus précisée* » (italiques ajoutées).

dégagés précédemment par la jurisprudence du T.P.I.Y.<sup>38</sup> et repris à l'article 115 R.P.P./T.P.I.R. Il faut que ces éléments aient été à la fois indisponibles au moment de l'examen en première instance et qu'il soit dans l'intérêt de la justice de les examiner. Les deux critères sont cumulatifs et le premier doit être rempli préalablement au second, seul le risque d'erreur judiciaire permettant de déroger à la règle. En l'espèce, la Chambre d'appel constate que les éléments de preuve supplémentaires étaient disponibles (§ 43) ; elle accepte néanmoins de les examiner car il s'agit ici d'éviter une erreur judiciaire. Elle invoque, à l'appui de cette conclusion, la décision de révision dans l'affaire *Barayagwiza* :

« En admettant les faits nouveaux présentés dans l'affaire *Barayagwiza*, la Chambre d'appel a réparé, dans la révision de l'arrêt, l'erreur judiciaire apparue à la lumière de ces faits nouveaux. Par conséquent, la Chambre d'appel sait désormais que si elle refusait en l'espèce l'admission de certains moyens de preuve supplémentaires, il en résulterait une erreur judiciaire » (§ 45).

Le fondement de cet argument est peu clair, la Chambre d'appel ayant pris soin de préciser au début de sa décision que la similarité factuelle et procédurale entre les deux affaires « n'implique pas nécessairement l'identité de conclusions juridiques » (§ 3). Par ailleurs, elle n'évoque pas non plus l'affaire *Barayagwiza* comme précédent, ce qui supposerait l'identité de la question de droit soulevée<sup>39</sup>. Il semble donc bien que ce soit la similarité des faits qui inspire ici la Chambre d'appel – y compris celle des « faits nouveaux » –, sans qu'elle veuille l'admettre.

Sur le fond, certaines questions de droit sont identiques à celles soulevées par la décision *Barayagwiza* du 31 mars 2000. Tel est le cas à propos du droit du suspect d'être mis en accusation sans délai. La décision *Semanza* fait alors application du principe retenu par la Chambre d'appel du T.P.I.Y. dans son arrêt *Aleksovski*<sup>40</sup> et selon lequel « la Chambre d'appel doit suivre ses décisions antérieures mais reste libre de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissent le commander dans l'intérêt de la justice » (§ 92 de la décision *Semanza*). En l'occurrence, elle décide justement de s'en écarter (§§ 92s.). En effet, le Procureur a souligné une évolution de l'article 40bis du R.P.P. qui n'avait pas été perçue par la Chambre d'appel dans l'arrêt *Barayagwiza* du 3 novembre 1999. De ce fait, la responsabilité du Procureur est atténuée car la détention provisoire internationale commence non à compter de l'ordonnance de placement en détention provisoire, mais à compter du lendemain du transfert du suspect au quartier pénitentiaire du Tribunal. Au total, sur l'ensemble des violations alléguées des droits de Laurent Semanza, la Chambre d'appel conclut à une violation du droit à être informé sans délai de la nature des accusations portées contre lui et du droit de contester la légalité de sa détention (§§ 127-128). Les conséquences sont désormais conformes à la « ligne »<sup>41</sup> fixée par la Chambre d'appel :

« (...) la réparation que l'Appelant a demandée, à savoir la remise en liberté, est, en l'espèce, disproportionnée » (§ 129).

La réparation consistera donc soit en une réparation financière si l'accusé est finalement déclaré non coupable, soit en une réduction de peine s'il est reconnu coupable.

<sup>38</sup> T.P.I.Y., App., Décision relative à la requête de l'Appelant aux fins de prorogation du délai d'admission de moyens de preuve supplémentaires, *Le Procureur c/ Dusko Tadic*, n°IT-94-1-A.

<sup>39</sup> Voir *supra*, introduction.

<sup>40</sup> *Ibid.*

<sup>41</sup> Le terme est utilisé ici de manière exceptionnelle et à défaut de celui de « jurisprudence » ou de « précédent », aucun des deux n'étant employé par la Chambre d'appel dans ce passage et chacun impliquant une prise de position dans la controverse évoquée en introduction.

### 3. Préparation, conduite des procès, recours

#### 3.1. Le plaidoyer de culpabilité

L'affaire *Kambanda* avait donné lieu au premier plaidoyer de culpabilité devant le T.P.I.R.<sup>42</sup> Celui-ci a été contesté en appel, en réaction semble-t-il à la sentence d'emprisonnement à vie, puisque l'accusé n'avait pas soulevé le problème avant sa condamnation. La Chambre d'appel a néanmoins accepté d'examiner ce motif d'appel en raison de l'« importance générale » des questions soulevées et de sa qualité de « juridiction de dernier ressort pour l'Appelant, condamné à l'emprisonnement à vie sur la base de son plaidoyer de culpabilité » (arrêt *Kambanda*, § 55). Elle a également autorisé Jean Kambanda à témoigner. Appliquant les principes dégagés par la Chambre d'appel du T.P.I.Y. dans l'affaire *Erdemovic*<sup>43</sup> (arrêt *Kambanda*, §§ 61, 75, 84), elle conclut à la validité du plaidoyer en l'espèce.

La Chambre de première instance I du T.P.I.R. a accepté le 15 mai 2000 le plaidoyer de culpabilité de Georges Ruggiu, pour incitation publique et directe à commettre le génocide et crime contre l'humanité (persécutions), en raison des propos tenus par cet ancien journaliste de nationaliste belge de la Radio télévision libre des Mille collines (R.T.L.M.). Le jugement *Ruggiu* l'a condamné à une peine de douze années d'emprisonnement.

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

Certaines difficultés juridiques continuent d'être soulevées en matière de recherche de preuves, engendrées le plus souvent par des demandes de la Défense. Le principal débat porte désormais sur la possibilité d'adresser des ordonnances contraignantes aux organisations internationales, aux forces internationales et/ou aux Etats qui y participent. Ce faisant, il soulève d'importantes questions de droit international, liées à la personnalité et à la responsabilité de ces entités. Si la question n'est pas tout à fait neuve dans la jurisprudence du T.P.I.Y.<sup>44</sup>, elle a connu une évolution appréciable en 2000.

Une première ordonnance en date du 3 mai 2000<sup>45</sup>, rendue publique le 4 août, a adressé une demande de production de documents à la Présidence du Conseil de l'Union européenne et à la Commission de la Communauté européenne/Union européenne concernant la Mission de contrôle de la Communauté européenne (M.C.C.E.), sachant que celle-ci avait précédemment consenti à fournir des documents au Procureur et que certains de ses membres avaient à cette occasion témoigné devant la Chambre. La décision du 4 août 2000 a de surcroît adressé la même demande à l'ensemble des Etats membres de la Communauté européenne à l'époque où ont eu lieu les activités de la M.C.C.E. visées<sup>46</sup>. Le fondement juridique évoqué est constitué de l'article 29 du Statut du T.P.I.Y., consacré à la coopération des seuls Etats, et des articles 54, 54*bis* et 81 du R.P.P., consacrés respectivement aux pouvoirs généraux de décision des chambres, au pouvoir de délivrer des ordonnances aux Etats aux fins de

<sup>42</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 380.

<sup>43</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, pp. 379-380.

<sup>44</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 381-382.

<sup>45</sup> T.P.I.Y., Ch., Décision confidentielle et *ex parte* relative à la requête *ex parte* aux fins de la délivrance d'une ordonnance adressée à la Mission de contrôle de la Communauté européenne, *Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez*, n°IT-95-14/2-T, 3 mai 2000.

<sup>46</sup> T.P.I.Y., Ch., Ordonnance aux fins de production de documents par la Mission de contrôle de la Communauté européenne et ses Etats membres (*ex parte*, partiellement confidentiel), *Le Procureur c/ Dario Kordic et Mario Cerkez*, n°IT-95-14/2-T, 4 août 2000.

production de documents et à la conservation des preuves. Il semblerait donc qu'il s'agisse d'une extension des pouvoirs des chambres, facilitée, d'une part, par le flou qui entoure la nature de l'Union européenne et, d'autre part, par le fait que les opérations de la M.C.C.E. ont été encadrées par un « Mémoire d'accord relatif aux activités de surveillance en Bosnie-Herzégovine » du 1<sup>er</sup> octobre 1991 signé à la fois par « les douze Etats membres de la Communauté et la Commission européennes d'une part et les autorités fédérales de la RSFY et la République de Bosnie-Herzégovine d'autre part ». Ces particularités sont toutefois absentes de la seconde affaire qui a été à l'origine d'une contestation d'envergure de la part des Etats et entités concernés.

La Chambre de première instance saisie de l'affaire *Simic e.a.* a rendu le 18 octobre 2000 une décision ordonnant à la SFOR, au Conseil de l'Atlantique Nord et à l'ensemble des Etats participant à la SFOR<sup>47</sup> de transmettre un ensemble de documents à la Défense de l'un des co-accusés, Stevan Todorovic<sup>48</sup>, dans le cadre d'une contestation par celui-ci des conditions de son arrestation. Elle s'appuie pour cela principalement sur l'article 29 du Statut du Tribunal :

« Le libellé de l'article 29 du Statut prévoit qu'il s'applique à tous les Etats, qu'ils agissent individuellement ou collectivement. En principe, rien ne s'oppose à ce qu'il s'applique aux actions collectives entreprises par les Etats dans le cadre d'organisations internationales, et notamment leurs organes compétents, à l'instar de la SFOR dans le cas présent. Une interprétation téléologique de l'article 29 du Statut plaide en faveur de son applicabilité à ces actions collectives de la même manière qu'aux Etats. (...) » (§ 46)

La Chambre écarte ainsi l'objection d'une absence de lien avec la SFOR, et donc implicitement le voile que pourrait constituer la personnalité juridique de l'OTAN. Elle insiste au contraire sur la formalisation de la coopération entre la SFOR et le Tribunal, opérée notamment par un engagement du 16 décembre 1995 du Conseil de l'Atlantique Nord (§ 43) et par un accord confidentiel de mai 1996 entre le SHAPE (Grand Quartier général et des forces alliées en Europe) et le Tribunal (« Accord du SHAPE ») (§ 44). Dans une opinion individuelle jointe, le Juge Robinson ajoute un argument supplémentaire reposant sur les fonctions confiées à la SFOR par les Accords de Dayton/Paris et l'Accord du SHAPE. Selon lui :

« Cette attribution de fonctions supplémentaires confère à la SFOR un rôle comparable à celui d'une force de police dans certains systèmes juridiques internes ; elle crée également entre la SFOR et le Tribunal, par l'intermédiaire du Bureau du Procureur, un lien analogue à celui qui unit les forces de police, l'organe de poursuites et les juridictions dans ces systèmes juridiques internes. La fonction quasi-policrière de la SFOR, celle-ci agissant presque comme l'organe d'exécution du Tribunal, a une influence manifeste sur les activités de ce dernier dans le cadre de son objectif fondamental qui consiste à poursuivre les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire. Comment le Tribunal pourrait-il n'avoir aucune compétence s'agissant de l'exercice de certains aspects de cette fonction quasi-policrière ? J'estime totalement inconcevable que le Tribunal ne soit pas habilité à exiger de la SFOR qu'elle produise, dans le cadre de procédures en contestation de la légalité d'une arrestation, les documents concernant la détention et le transfert au siège du Tribunal d'une personne mise en accusation par ce dernier. Il existe de toute évidence un lien étroit et fonctionnel, bien que non structurel, entre la SFOR et le

<sup>47</sup> A savoir : Albanie, Allemagne, Argentine, Autriche, Belgique, Bulgarie, Canada, Danemark, Espagne, Estonie, Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Lituanie, Maroc, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Turquie.

<sup>48</sup> T.P.I.Y., Ch. III, Décision relative à la requête aux fins d'assistance judiciaire de la part de la SFOR et d'autres entités, *Le Procureur c/ Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric*, n°IT-95-9-PT, 18 octobre 2000.

Tribunal et ce, par l'intermédiaire d'un des organes de ce dernier, à savoir le Bureau du Procureur. » (§ 6 de l'opinion)

Quoi que l'on pense par ailleurs de l'opportunité de contrôler les conditions de l'arrestation, question à distinguer de celle du contrôle des conditions de la détention, force est d'admettre que les arguments avancés pour obtenir de la SFOR des documents sont particulièrement convaincants. La décision se démarque néanmoins partiellement de la jurisprudence antérieure. En effet, une autre chambre de première instance avait refusé d'adresser une ordonnance comparable à l'O.S.C.E., considérant que l'article 29 du Statut l'habilitait seulement à s'adresser aux Etats et non aux organisations internationales. La Chambre III estime – justement – qu'une décision « rendue par une autre Chambre de première instance (et non motivée) ne lie pas la présente Chambre » et déclare de plus ne « pas être convaincue qu'il convient de la suivre » (§ 56)<sup>49</sup>. Elle ne retient pas non plus sa propre décision relative au C.I.C.R., car « la question ne portait pas sur l'applicabilité de l'article 29 du Statut à une organisation internationale mais plutôt sur le point de savoir si une organisation donnée avait en droit un privilège de confidentialité eu égard à des informations recueillies par un ancien employé dans l'exercice de ses fonctions officielles » (§ 55)<sup>50</sup>. A l'inverse, elle applique les principes dégagés par l'arrêt du 29 octobre 1997 de la Chambre d'appel dans l'affaire *Blaskic* sur les *subpoenae*, celui-ci ayant assimilé à des personnes privées les membres des forces internationales aux fins de leur adresser des injonctions à titre individuel<sup>51</sup>. La Chambre III peut dès lors envisager d'adresser une injonction de comparaître au général Shinseki, commandant de la SFOR à l'époque des faits visés par la demande d'informations (point 3 du dispositif). Surtout, elle s'inscrit parfaitement dans la continuité de la décision du 3 mai 2000 relative à la M.C.C.E. considérée comme « particulièrement pertinente » (§ 57) et à propos de laquelle elle souligne que, « [e]n réponse, la présidence du Conseil européen a produit des documents » (§ 54).

La décision du 18 octobre 2000 a engendré de vives réactions de la part de certains Etats, qui ont déposé des conclusions, de l'OTAN et finalement du Procureur, qui a interjeté appel et demandé le sursis à exécution. Prenant le contrepied des arguments avancés notamment par le Juge Robinson concernant l'interprétation des liens entre le Bureau du Procureur et la SFOR, le Procureur estime que « l'existence et la teneur du Mémoire d'accord attestent simplement qu'une relation de coopération lie l'Accusation et la SFOR, et qu'on ne peut, par conséquent, pas conclure qu'elles sont liées par une quelconque relation de commanditaire à agent »<sup>52</sup>. Pourtant, l'essentiel de son argumentation ne paraît pas reposer sur

<sup>49</sup> Il s'agissait de : T.P.I.Y., Ch. II, Décision relative à la requête de la Défense relative à la délivrance d'une injonction de produire, *Le Procureur c/ Milan Kovacevic*, n°IT-97-24-PT, 1<sup>er</sup> juillet 1998. Cette décision avait été critiquée, notamment en raison de son caractère lapidaire, dans cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 380-381.

<sup>50</sup> T.P.I.Y., Ch. III, Décision relative à la requête de l'accusation en application de l'article 73 du Règlement concernant la déposition d'un témoin, *Le Procureur c/ Blagoje Simic e.a.*, n°IT-95-9-PT, 27 juillet 1999. Pourtant, la Chambre III avait alors estimé que l'article 29 ne s'appliquait pas aux organisations internationales. Contrainte de trouver une échappatoire pour ne pas appliquer sa propre jurisprudence, elle affirme : « Il apparaît donc clairement que ce principe formulé par la Chambre dans cette décision ne constituait pas un élément de la *ratio decidendi* et n'a donc que valeur d'*obiter* » (§ 55 de la décision du 18 octobre 2000). Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 482-483.

<sup>51</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 382.

<sup>52</sup> T.P.I.Y., Mémoire du Procureur déposé en application de l'article 108bis b) du Règlement et de la *décision et ordonnance portant calendrier* datée du 8 novembre 2000 (concernant la *décision relative à la requête aux fins d'assistance judiciaire de la part de la SFOR et d'autres entités*, rendue par la Chambre de première instance le 18 octobre 2000), *Le Procureur c/ Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric*, n°IT-95-9-AR, 15 novembre 2000, § 7.

une contestation juridique des pouvoirs de la chambre mais sur l'opportunité de les exercer dans le cas d'espèce :

« Loin de contester le pouvoir de la Chambre de première instance de délivrer des ordonnances contraignantes en vertu de l'article 54 du Règlement, l'Accusation est tout à fait favorable à la prise de telles mesures et fait même remarquer que par le passé, elle a elle-même sollicité le recours à ce pouvoir à de nombreuses reprises. Elle fait cependant valoir qu'en exerçant son pouvoir discrétionnaire aux fins de la délivrance d'ordonnances contraignantes, la Chambre de première instance se doit de mettre en balance les intérêts en présence, et lorsque les questions de sensibilité extrêmes des opérations sont en jeu, elle ne devrait exercer le pouvoir qu'elle détient de l'article 54 du Règlement qu'en cas des circonstances les plus exceptionnelles. »<sup>53</sup>

Malgré le grand intérêt de ce débat, l'issue de l'affaire aura été toute pragmatique. Un accord est intervenu entre le Procureur et Stevan Todorovic pour que celui-ci plaide coupable sur l'un des chefs d'accusation initialement retenus, persécutions (crime contre l'humanité), les autres étant abandonnés. Dans le même temps, l'accusé renonçait à sa demande d'éléments de preuve et à l'ensemble de la procédure relative à la contestation de son arrestation. De ce fait, la procédure d'appel portant sur la décision de la Chambre III était également interrompue. Le plaidoyer de culpabilité a été présenté le 13 décembre 2000<sup>54</sup>.

### 3.3. *Le droit à un procès équitable*

L'arrêt *Furundzija* fournit une nouvelle occasion pour le Tribunal de s'intéresser au principe d'impartialité des juges, en réponse à un motif d'appel visant à récuser l'un des juges du procès de première instance, le Juge Mumba<sup>55</sup>. C'est ici la première fois que la Chambre d'appel se prononce sur ce sujet. En l'occurrence, la Défense affirmait que les fonctions antérieures du juge comme membre de la Commission de la condition de la femme des Nations Unies avaient créé une apparence de partialité. Celle-ci résidait dans sa participation active aux travaux de cette commission en faveur d'une définition du viol comme crime de guerre. La Commission a notamment préparé sur ce thème le programme d'action adopté lors de la Conférence de Pékin de 1995 sur les droits des femmes, à la suite de laquelle un groupe d'expert a proposé une définition du viol. Un des représentants de l'Accusation dans l'affaire et les trois auteurs d'un mémoire d'*amicus curiae* participaient à ce groupe d'experts et la définition élaborée aurait largement inspiré le jugement de première instance. Sur la base d'éléments aussi flous, la Chambre d'appel n'a guère eu de mal à écarter le motif d'appel, soulignant que le Juge Mumba n'était plus membre de la Commission au moment du procès, qu'elle y avait siégé en tant que représentante de son Gouvernement et non à titre personnel, que des prises de position générales condamnant le viol ne sauraient en elles-mêmes constituer un motif de récusation et étaient sans rapport avec une affaire spécifique (§§ 199s.). Surtout, il serait étrange que les compétences d'un juge en matière de droits de l'homme aboutissent à jeter un doute sur son impartialité, alors même que ces qualifications « font partie intégrante des conditions d'éligibilité » (§ 205). D'ailleurs, la définition du viol comme crime de guerre n'avait nullement été discutée par la Défense en première instance. De plus, le Juge Mumba ne paraît pas avoir fait partie du groupe d'experts évoqué. Compte tenu des liens extrêmement vagues avec les auteurs du mémoire d'*amicus curiae*, il était tout à fait impossible d'établir un parallèle entre la présente affaire et la récusation de Lord Hoffmann dans l'affaire *Pinochet*, les liens de ce dernier avec l'O.N.G. Amnesty International ayant été

<sup>53</sup> *Ibid.*, § 8.

<sup>54</sup> Communiqué de presse du 13 décembre 2000, JL/P.I.S./549-e et transcripts de l'audience du 19 janvier 2001 devant la Chambre de première instance III du T.P.I.Y., au cours de laquelle la validité du plaidoyer de culpabilité a été vérifiée.

<sup>55</sup> Pour les cas précédents, voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 382-383.



beaucoup plus étroits (§ 194)<sup>56</sup>. L'intérêt de l'analyse menée par la Chambre d'appel réside surtout dans l'affirmation de principes généraux relatif à l'impartialité des juges, principes applicables au niveau universel et très proches de ceux dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme. D'ailleurs, c'est sur la base de la jurisprudence de cette dernière, complétée par un rapide rappel de la jurisprudence des pays de *common law* et une référence – plus rapide encore – aux règles pertinentes des systèmes de droit romano-germanique que la Chambre d'appel peut affirmer l'existence de la « règle générale » suivante :

« d'un point de vue subjectif, le juge doit être dépourvu de préjugé, mais, de plus, d'un point de vue objectif, rien dans les circonstances ne doit créer une apparence de partialité. » (§ 189)

La règle est ensuite précisée, de manière à compléter l'article 15 A) du Règlement de procédure et de preuve, lequel paraît un peu trop général en se contentant d'exiger la récusation d'un juge pour toute affaire « dans laquelle il a un intérêt personnel ou avec laquelle il a ou il a eu un lien quelconque de nature à porter atteinte à son impartialité ». Tout d'abord, le juge jouit d'une présomption d'impartialité (§ 196). Cette présomption tombe si « l'existence d'un parti pris réel » est démontrée (§ 189). Il peut, de plus, y avoir une « apparence de partialité inacceptable » (*ibid.*) dans les cas suivants : le juge « est partie à l'affaire » ; il a « un intérêt financier ou patrimonial dans son issue » [*sic*] ; « les circonstances suscitent chez un observateur raisonnable et dûment informé une crainte légitime de partialité »<sup>57</sup>.

### 3.4. L'appel

La jurisprudence de la Chambre d'appel relative à l'appel des jugements a confirmé l'approche restrictive retenue dans l'arrêt *Tadic*. On sait que l'appel est possible seulement pour une erreur de droit ou pour une erreur de fait ayant entraîné un déni de justice. Pour l'erreur de fait, la condition relative au déni de justice est déterminante et limite considérablement la fonction de la Chambre d'appel<sup>58</sup>. Cela a été confirmé dans les arrêts *Serushago* (§ 22) et *Furundzija* (§ 38), à propos de l'erreur de fait consistant en une mauvaise évaluation des circonstances atténuantes, et dans l'arrêt *Aleksovski*, à propos de l'évaluation d'éléments de preuve (§ 64) et de l'effectivité de l'autorité exercée sur des subordonnés (§ 74). De même, la prétention de l'Appelant dans l'affaire *Furundzija* à élargir le champ de l'examen de manière à permettre une nouvelle appréciation des éléments de preuve est rejetée (§ 40). Il en va notamment ainsi de l'appréciation du témoignage d'une personne souffrant du syndrome de stress post-traumatique et qui avait conduit à la réouverture du procès, car « [n]ul n'était mieux placé que la Chambre de première instance pour évaluer ces témoignages et tirer ses propres conclusions » (§ 123). L'arrêt *Aleksovski* fournit néanmoins deux illustrations de conclusions déraisonnables devant être modifiées : un défaut dans le raisonnement de la chambre de première instance quant à la responsabilité de l'accusé pour

<sup>56</sup> Il est assez curieux de constater que la jurisprudence de la Chambre des Lords dans l'affaire *Pinochet*, après avoir été beaucoup influencée par certains aspects de fond de la décision *Furundzija* de première instance, ait à son tour inspiré la Défense d'Anto Furundzija et soit mentionnée dans l'arrêt d'appel.

<sup>57</sup> Citant une décision canadienne (Cour suprême, 27 septembre 1997, *R.D.S. c/ La Reine*), la Chambre d'appel définit la « personne raisonnable » comme étant « une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes, y compris des traditions historiques d'intégrité et d'impartialité, et consciente aussi du fait que l'impartialité est l'une des obligations que les juges ont fait le serment de respecter » (§ 189).

<sup>58</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 484-485.

certaines actes<sup>59</sup> et surtout une mauvaise détermination de la peine qui passe de 2 ans et demi à 7 années d'emprisonnement<sup>60</sup>.

Quant à l'erreur de droit, elle peut être recherchée par la Chambre de sa propre initiative mais n'entraîne l'annulation ou la révision de la décision de première instance que si elle invalide cette décision<sup>61</sup>. Dans ce cadre, la Chambre d'appel avait fait un premier usage assez large de ses pouvoirs en réformant le jugement *Tadic* et en aggravant la condamnation. Ceci s'est partiellement reproduit en 2000 dans l'affaire *Aleksovski*, lorsque la Chambre d'appel a considéré que le conflit entre les Croates de Bosnie et les autorités bosniaques revêtait un caractère international, par application du « critère global » permettant de considérer le H.V.O. comme un organe *de facto* de la Croatie<sup>62</sup>. Elle n'a cependant pas réformé l'acquittement prononcé sous les chefs concernés (art. 2), estimant que les « infractions matérielles » reprochées étaient identiques à un autre chef d'accusation (art. 3) pour lequel l'accusé avait été reconnu coupable et que la peine aurait été confondue de toute façon. Dans les autres affaires – *Furundzija*, *Serushago* et *Kambanda* –, la Chambre d'appel, tout en analysant les différents motifs d'appel, s'en est tenu à des développements plus succincts et a confirmé les jugements ainsi que les peines prononcées.

### 3.5. La révision

Dans son arrêt *Barayagwiza*, la Chambre d'appel a défini quatre critères nécessaires à la révision :

« l'existence d'un fait nouveau ; ce fait nouveau ne doit pas avoir été connu de la partie intéressée au moment du procès en première instance ; la non-découverte du fait nouveau ne doit pas être dû au manque de diligence de la part de la partie intéressée qui, en plus, doit apporter la preuve que le fait nouveau aurait pu être un élément décisif de la décision prise en première instance. » (§ 41)

Il y a lieu de distinguer entre des « faits authentiquement nouveaux », qui seuls justifient une révision d'un arrêt, et des « éléments de preuve supplémentaires » présentés pour corroborer un fait<sup>63</sup>. Par ailleurs, l'arrêt affirme qu'une demande de révision peut porter sur tout « jugement définitif », défini comme « une décision qui met fin à la procédure » (§ 49). Cette interprétation écarte une lecture plus restrictive des Statuts, qui limiterait la demande de révision aux seules condamnations, dans la mesure où ne sont mentionnés comme titulaires du droit d'y recourir que le Procureur et le « condamné ». La motivation souligne à cet égard la parenté entre les articles 24 (appel) et 25 (révision) du Statut du T.P.I.R. Or, la Chambre d'appel a déjà accepté une interprétation plus large en autorisant les appels contre les décisions d'acquittement pour le T.P.I.Y. (§ 47). On peut aussi ajouter que le Règlement de procédure et de preuve accepte les demandes de révision du Procureur pour tout « jugement définitif » dans un délai d'un an (art. 119 R.P.P./T.P.I.Y. et 120 R.P.P./T.P.I.R.). La définition

<sup>59</sup> § 172 : « La Chambre d'appel reconnaît que la seule conclusion à laquelle la Chambre de première instance aurait raisonnablement dû aboutir compte tenu de ses autres conclusions consistait à juger la responsabilité individuelle de l'Appelant engagée à raison des mauvais traitements infligés aux détenus par les soldats du H.V.O. à l'extérieur de la prison, parce qu'il s'en était rendu complice ». De façon discutable, la Chambre d'appel n'en tire aucune conclusion quant à la déclaration de culpabilité, estimant qu'il n'y aurait aucun effet sur la peine.

<sup>60</sup> § 183 : « La Chambre d'appel (...) conclut que la Chambre de première instance a eu tort d'accorder un poids insuffisant à la gravité du comportement de l'Appelant. »

<sup>61</sup> Arrêt *Furundzija*, § 36.

<sup>62</sup> Voir *infra*, II, 1.2.

<sup>63</sup> § 42, s'appuyant sur T.P.I.Y., Ch., Decision on Appellant's Motion for the extension of the time-limit and admission of additional evidence, *Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case No IT-94-1-A, 15 October 1995, §§ 30, 32.

donnée au « jugement définitif » dans l'arrêt *Barayagwiza* du 31 mars 2000 permet d'inclure de surcroît parmi les décisions pouvant faire l'objet d'une demande de révision le très original arrêt du 3 novembre 1999, puisqu'il impliquait un arrêt *définitif* des poursuites<sup>64</sup>.

## II. – L'APPLICATION DU DROIT HUMANITAIRE

Le premier jugement rendu par le T.P.I.R. au cours de l'année 2000 est relatif au massacre de la population tutsie réfugiée dans les collines de la région de Bisesero déjà décrit dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*<sup>65</sup>. La participation à ce massacre d'Alfred Musema, directeur de l'usine à thé de Gisovu a été établie par la Chambre, en dépit des divers alibis présentés par la défense, ainsi que l'implication de ses employés, implication qui a parfois conduit la Chambre à reconnaître sa responsabilité en tant que supérieur hiérarchique<sup>66</sup>. Alfred Musema ayant reconnu l'existence d'un génocide perpétré généralement au Rwanda et dans la région de Bisesero, la Chambre de première instance n'a pas éprouvé la nécessité de présenter une description des faits aussi précise et violente que dans l'affaire *Kayishema-Ruzindana*. La démarche est d'ailleurs largement similaire dans l'autre jugement rendu en première instance par le T.P.I.R. sur le fondement du plaidoyer de Georges Ruggiu, journaliste de nationalité belge, largement impliqué dans la propagande destructrice qui a précédé et accompagné le génocide.

Les jugements de première instance rendus par le T.P.I.Y. ont quant à eux trait à la politique de « purification ethnique » menée par les forces croates contre la population Musulmane en Bosnie centrale pendant l'année 1993 et notamment au massacre perpétré dans le village d'Ahmici. La première affaire, l'affaire *Kupreskic*, porte spécifiquement sur ce massacre et sur l'implication de certains habitants croates dans la persécution de leurs voisins immédiats. La seconde affaire est relative au rôle joué par Tihomir Blaskic, commandant des forces croates dans la « zone opérationnelle » de Bosnie centrale, dans un certain nombre d'attaques qui y furent menées contre les civils Musulmans. Le programme nationaliste et expansionniste de la Croatie et de ses alliés en Bosnie en 1993 est décrit dans l'affaire *Blaskic*, et le plan Vance-Owen, présenté en janvier 1993 lors de la réunion de la Conférence internationale pour l'ex-Yougoslavie, apparaît comme ayant eu une incidence sur la politique visant à éradiquer la population Musulmane de régions attribuées par la diplomatie européenne aux autorités croates, ou même aux autorités Musulmanes<sup>67</sup>.

Les arrêts d'appel portent, en ce qui concerne le Rwanda, principalement sur les sentences prononcées contre Omar Serushago et Jean Kambanda, qui avaient tout deux plaidé coupable en première instance, même si, dans l'affaire *Kambanda*, la validité du plaidoyer de culpabilité, la légalité de la détention et l'interprétation du droit à être représenté par un

<sup>64</sup> Sur les particularités de l'arrêt de la Chambre d'appel du T.P.I.R., voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, p. 479.

<sup>65</sup> Jugement *Kayishema-Ruzindana*, voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, p. 500.

<sup>66</sup> Jugement *Musema*, §§ 863-883.

<sup>67</sup> §§ 369-370 : « La vallée de la Lasva se retrouvait, pour une grande partie, dans la province 10, pour le reste (...) dans la province 7. (...) Le Plan revenait à attribuer les responsabilités principales dans la province 8 et 10 aux Croates, et aux Musulmans dans la province 7. Dans l'esprit des nationalistes croates, et notamment de Mate Boban, cela signifiait certes que la province 10 était croate. Mais, selon lui, des territoires historiquement croates se retrouvaient inclus dans la province 7 et leur échappaient ainsi. Il convenait, selon Mate Boban, d'assurer la domination croate dans les régions concernées. Les Croates, et notamment les Bosno-Croates, en anticipant la mise en œuvre du Plan Vance-Owen puis en voulant l'exécuter unilatéralement, vont provoquer un conflit ouvert entre Croates et Musulmans en Bosnie centrale. »

conseil sont également contestés<sup>68</sup>. Pour ce qui est du T.P.I.Y., les arrêts d'appel rendus dans les affaires *Aleksovki* et *Furundzija* n'apportent pas beaucoup plus d'indications sur les grandes infractions relevant de la compétence matérielle du Tribunal. La jurisprudence de l'année 2000 se caractérise en effet par une tendance des diverses formations de jugement à utiliser les solutions antérieurement dégagées pour ce qui est de la qualification des infractions internationales. La sanction des crimes de guerre est néanmoins marquée par l'analyse du rôle qui peut être accordé à la défense *tu quoque* et à la théorie des représailles (1), tandis que la question des persécutions devient centrale dans la répression du crime contre l'humanité (2). En revanche, les principes permettant d'engager la responsabilité individuelle et, surtout, la détermination des peines se trouvent désormais au cœur des débats judiciaires (3).

### 1. Les crimes de guerre

Le traitement par le T.P.I.Y. des accusations de crime de guerre continue d'être marqué par l'analyse du caractère interne ou international des conflits dans lesquels ils sont perpétrés, qui ne retiendra que rapidement notre attention dans la mesure où est largement appliquée la solution dégagée en 1999 dans l'affaire *Tadic* (1.1)<sup>69</sup>. Plus marquantes en revanche sont les motivations relatives à certains crimes liés à la conduite des hostilités (1.2.) et à la défense *tu quoque* (1.3.).

#### 1.1. L'application de l'article 2 du Statut du T.P.I.Y.

Dans l'affaire *Blaskic*, la Chambre de première instance a établi le caractère international du conflit croato-musulman en Bosnie-Herzégovine et a vérifié la qualité de personnes protégées, au sens des Conventions de Genève, des victimes des crimes dont Blaskic était accusé, aux fins de l'application de l'article 2 du Statut du T.P.I.Y. (« infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 »). Cette double démarche est désormais classique<sup>70</sup>. Pour ce qui est du caractère international du conflit, la Chambre, qui ne s'estime en aucune mesure liée par les accords conclus en 1992, sous les auspices du C.I.C.R., par les représentants des trois communautés bosniaques, et qui visaient, sur le fondement de l'article 3 des Conventions de Genève, à étendre le *corpus* de règles applicables au conflit (§ 82), constate en premier lieu que l'intervention directe de l'armée de la République de la Croatie (HV) est établie, ce qui « suffit amplement à qualifier le conflit d'international » (§ 94). Cette conclusion de fait repose sur nombre de témoignages mais également sur des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies (§ 89) et, plus significativement, sur des documents émanant des autorités de Bosnie-Herzégovine. (§§ 87-88) La Chambre précise notamment que le 13 mai 1993, le gouvernement de Bosnie-Herzégovine formulait une « plainte pour agression armée sur son territoire » (§ 87)<sup>71</sup>. Si l'on pouvait estimer qu'au regard de la logique même des Conventions, la position exprimée par l'Etat agressé n'était pas suffisamment prise en compte par les juges dans la détermination de la nature du conflit<sup>72</sup>, cette référence apparaît

<sup>68</sup> Voir *supra*, I.

<sup>69</sup> Arrêt *Tadic*, voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 488-492.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>71</sup> Cette déclaration se lit ainsi : « Le gouvernement de la Bosnie-Herzégovine déclare une nouvelle fois qu'il souhaite établir des relations et une coopération sur tous les points d'intérêt commun avec la République de Croatie fondées sur la confiance et le respect mutuels. Cependant, à moins qu'il ne soit mis fin immédiatement à ces attaques et que les unités de l'Etat de Croatie ne soient immédiatement retirées du territoire de Bosnie-Herzégovine, le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine sera contraint de se tourner vers la communauté internationale et de demander sa protection contre l'agression. »

<sup>72</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 389.

comme une avancée. Par ailleurs, la Chambre considère que la Croatie est intervenue indirectement en Bosnie-Herzégovine et que tant les liens politiques entre la Communauté croate d'Herzeg-Bosna (HZBH) et la Croatie, que les liens militaires entre l'armée croate (HV) et le conseil de défense croate (HVO) créé en 1992 en Bosnie-Herzégovine, satisfont au critère de « contrôle global » décrit dans l'arrêt *Tadic* en 1999, permettant ainsi d'affirmer que les forces croates de Bosnie sont agent de fait de la Croatie<sup>73</sup>. La Chambre insiste tout particulièrement sur la stratégie expansionniste de la Croatie de Franjo Tudjman, visant à la partition de la Bosnie-Herzégovine entre la Croatie et la Serbie, et décrit dans les termes suivants l'histoire diplomatique secrète de l'entente serbo-croate :

« Ces aspirations à la partition s'étaient (...) manifestées dans les entretiens confidentiels menés entre Franjo Tudjman et Slobodan Milosevic à Karadjordjevo, le 30 mars 1991, portant sur la division de la Bosnie-Herzégovine. (...) Des pourparlers préliminaires et secrets se sont tenus à partir de cartes géographiques pour passer un accord avec les Serbes relatif au partage de la Bosnie (...) Les aspirations de Franjo Tudjman d'annexer des régions 'croates' de la Bosnie se sont poursuivies tout au long du conflit. Le 6 mai 1995, lors d'un dîner où il était assis aux côtés de Paddy Ashdown, dirigeant du parti libéral démocrate au Royaume-Uni, cité comme témoin par le Procureur, le Président Tudjman a clairement confirmé que la Croatie avait des aspirations sur le territoire de la Bosnie. Après avoir dressé, au dos d'un menu, une vague carte de l'ex-Yougoslavie reflétant la situation dans dix ans, Franjo Tudjman expliqua à M. Ashdown qu'une partie de la Bosnie appartiendrait à la Croatie et l'autre partie à la Serbie. Il a également dit qu'il n'y aurait plus alors de région musulmane dans l'ex-Yougoslavie, que cela ne constituerait qu'un 'élément mineur...(de) l'Etat croate'. (...) Selon le témoin, un accord semblait avoir été passé entre Franjo Tudjman et Slobodan Milosevic concernant certains territoires. » (§§ 105-106).

La Chambre note par ailleurs que la nomination de Tihomir Blaskic en Bosnie-Herzégovine illustre l'emprise de la Croatie, et qu'au regard de ce contexte, il « ne pouvait pas être nommé aux fonctions qui furent les siennes sans adhérer pleinement » au « 'processus de création d'un Etat croate libre' » en Bosnie-Herzégovine (§ 117).

Pour ce qui est de la qualité de « personnes protégées » des victimes, la Chambre se fonde également sur les conclusions posées dans l'arrêt *Tadic* en 1999, en mettant l'accent non sur leur nationalité mais sur leur appartenance ethnique. On pouvait pourtant sans doute estimer que, contrairement aux circonstances existantes dans l'affaire *Celebici* (détenus serbes de Bosnie aux mains de bosniaques)<sup>74</sup>, le fait que les croates de Bosnie ait été considérés comme des agents de la Croatie, rendait l'utilisation de cette interprétation de l'article 4 1) de la IVe Convention de Genève inutile<sup>75</sup>. Par ailleurs, il convient de noter que la défense invoquait l'article 4 2) de cette même Convention, relatif aux ressortissants des Etats co-belligérants, afin de réfuter la qualité de personnes protégées des victimes. Selon ce texte, « les ressortissants d'un Etat co-belligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'Etat dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'Etat au pouvoir duquel ils se trouvent ». La Chambre, s'interrogeant sur l'existence d'une co-belligérance, note dans un premier temps :

« La Bosnie-Herzégovine percevait la Croatie comme co-belligérante dans la mesure où ils luttèrent ensemble contre les Serbes. Mais il est évident que la Bosnie ne voyait pas la Croatie comme co-belligérante dans la mesure où la Croatie assistait le HVO dans sa lutte contre l'ABiH (Armée musulmane de Bosnie-Herzégovine) au cours de la période en question. (...) Les nationalistes croates ont tiré parti de l'agression serbe en Bosnie pour élargir le territoire de la Croatie à certaines régions de la Bosnie nouvellement indépendante. D'autre part, l'agression

<sup>73</sup> Voir *supra*, note (59).

<sup>74</sup> Sur l'affaire *Celebici*, voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, pp. 388-394.

<sup>75</sup> Sur la notion de « personnes protégées » dans l'arrêt *Tadic*, voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 491-492.

serbe a contraint Croates et Musulmans à former, au moins momentanément, des alliances. En fait, ils n'étaient alliés que quand cela servait les intérêts croates, comme dans la poche de Bihac » (§§ 139-140).

Elle conclut dès lors :

« Il apparaît évident que, dans la ZOBC (zone opérationnelle de Bosnie centrale), ne serait-ce que par le nombre de victimes qu'ils se sont mutuellement infligés, l'ABiH et le HVO [*sic*] ne se comportaient pas comme devraient le faire des Etats co-belligérants » (§ 142).

Pour ce qui est du conflit en Bosnie-centrale, la Chambre estime dès lors que la Croatie et la Bosnie-Herzégovine « n'ont pas été des Etats co-belligérants ». Elle poursuit néanmoins son raisonnement en citant le commentaire de la IV<sup>e</sup> Convention par le C.I.C.R. qui exprime la « logique » sous-tendant l'article 4 2) : « on a présumé, dans cette disposition, que les nationaux des Etats co-belligérants, donc alliés, n'ont pas besoin d'une protection conventionnelle » (§ 144). Ceci l'amène à conclure que « dans les cas où cette logique ne s'applique pas », l'exception prévue à l'article 4 2) ne devrait être strictement observée (§ 145).

Dans la déclaration qu'il a annexé au jugement rendu dans l'affaire *Blaskic*, le Juge Shahabuddeen se déclare convaincu que la Croatie exerçait un contrôle sur les forces du H.V.O. suffisant à qualifier le conflit croato-musulman d'international. Il n'en a pas moins jugé nécessaire de réaffirmer son opposition à la démarche retenue en 1999 par la Chambre d'appel dans l'arrêt *Tadic*, qui était, on s'en souvient, revenue sur le type de contrôle estimé nécessaire dans l'affaire *Nicaragua* pour attribuer les actes des *contras* aux Etats-Unis<sup>76</sup>. A cet égard, on doit noter que le Juge soutient que le critère de « contrôle effectif » est le critère pertinent pour attribuer les actes d'une entité militaire étrangère à un Etat, mais que la preuve de l'existence d'un tel contrôle peut exiger des éléments distincts selon les affaires présentées et l'objet précis de la démonstration (attribution des actes violant le droit humanitaire, attribution des actes de recours à la force ne violant pas le droit humanitaire). Ainsi, pour le Juge Shahabuddeen :

*« In all cases, the juridically meaningful criteria is whether there is effective control. Whether there is such control has to be considered in the light of the particular purpose in view. This means that it may be necessary to distinguish between the criterion and evidence of satisfaction of the criterion. In some cases, proof of satisfaction of the criterion may conceivably require evidence of specific instructions; in others it may not. But, whatever may be the evidence required to satisfy it, the criterion remains that of effectiveness. »*

Enfin, on remarquera que la Chambre d'appel était saisie par le Procureur, dans l'affaire *Aleksovski*, d'un motif d'appel relatif aux conclusions de la Chambre de première instance sur la nature du même conflit croato-musulman et sur la qualité de « personnes protégées » des victimes des crimes dont Aleksovski avait été reconnu coupable. Elle a finalement conclu à l'applicabilité de l'article 2 en utilisant du critère du « contrôle global » posé par l'arrêt *Tadic* de 1999<sup>77</sup>.

## 1.2. Les crimes liés à la conduite des hostilités

<sup>76</sup> Voir *supra*, note (59).

<sup>77</sup> Voir *supra*, introduction.

Les difficultés d'application du droit humanitaire aux bombardements ont été évoquées dans le jugement *Kupreskic*, ainsi que dans le *Rapport* sur la campagne de bombardements aériens menée par l'OTAN.

Un premier aspect concerne la distinction entre les objectifs militaires et les objectifs civils. S'appuyant sur une résolution de l'Assemblée de la Société des Nations et sur l'avis de la C.I.J. dans l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, le jugement *Kupreskic* affirme que le principe de l'interdiction du bombardement intentionnel de populations civiles « est maintenant universellement reconnu » (§ 521). Le *Rapport*, quant à lui, rappelle l'existence d'un « principe de distinction » qui « oblige les commandants militaires à distinguer entre les objectifs militaires et les personnes et biens civils » (§ 29), mais en souligne surtout les difficultés d'application. L'article 57 du Protocole additionnel I de 1977 constitue le seul élément conventionnel permettant d'en préciser la portée, imposant seulement de « faire tout ce qui est pratiquement possible pour vérifier que les objectifs à attaquer ne sont ni des personnes civiles, ni des biens de caractère civil (...) ». Les commandants ne seraient donc pas soumis à une obligation absolue mais disposeraient d'une certaine marge d'appréciation, ce qui justifierait un examen plus général que détaillé des objectifs visés<sup>78</sup>. Le *Rapport* insiste ensuite sur les controverses entourant la définition des « objectifs militaires » telle que posée par l'article 52 du Protocole I et l'établissement d'une liste des objectifs. Il rappelle à plusieurs reprises que ni les Etats-Unis ni la France – à l'époque des faits – ne sont parties au Protocole I (§§ 35-47). Il parvient tout de même à une conclusion en demi-teinte concernant les objectifs militaires avoués de l'OTAN lors de la campagne de bombardement :

*« Most of the targets referred to (...) are clearly military objectives. The precise scope of 'military-industrial infrastructure, media and other strategic targets' as referred to in the US statement and 'gouvernement ministries and refineries' as referred to in the NATO statement is unclear. Whether the media constitutes a legitimate target group is a debatable issue. If the media is used to incite crimes, as in Rwanda, then it is a legitimate target. If it is merely disseminating propaganda to generate support for the war effort, it is not a legitimate target. » (§ 47)*

La passage concernant les médias révèle à l'évidence un certain embarras. Le caractère d'objectif militaire des médias est avéré lorsqu'ils sont intégrés dans un système 3C (commande, contrôle, communications). Mais l'idée selon laquelle l'incitation à commettre des crimes internationaux transformerait un média en objectif militaire constitue une nouveauté. Un autre passage développe encore cette tendance :

*« If the media is the nerve system that keeps a war-monger in power and thus perpetuates the war effort, it may fall within the definition of a legitimate military objective. » (§ 55)*

En revanche, les émissions destinées simplement à soutenir l'effort de guerre ne transformeraient pas les médias en objectif militaire légitime. Si ces éléments reflètent l'importance acquise par les médias dans les conflits armés contemporains et dans les crises humanitaires, la distinction paraît bien délicate. Elle conduit aussi implicitement à réintroduire un lien entre le droit applicable à la conduite des hostilités (*jus in bello*) et les motifs de déclenchement des opérations militaires, en l'occurrence la lutte contre un régime criminel

<sup>78</sup> § 29 du Rapport : « (...) a determination that inadequate efforts have been made to distinguish between military objectives and civilians or civilian objects should not necessarily focus exclusively on a specific incident. If precautionary measures have worked adequately in a very high percentage of cases then the fact they have not worked well in a small number of cases does not necessarily mean they are generally inadequate. »

(*jus ad bellum*)<sup>79</sup>. Prudemment, le *Rapport* a évité de se placer à titre principal sur ce terrain pour conclure que le bâtiment de la radio-télévision serbe à Belgrade, bombardé par les forces de l'OTAN le 23 avril 1999, constituait un objectif militaire légitime. L'élément déterminant paraît être le fait que ce bombardement s'inscrivait dans le cadre d'une attaque générale du système 3C yougoslave (§ 78).

Les autres cas spécifiquement étudiés par le *Rapport* sont également considérés comme des objectifs militaires légitimes, tout du moins au moment où la décision de bombarder a été prise. Ils ont malheureusement entraîné des pertes civiles en raison d'erreurs. Sont ainsi analysées l'attaque d'un train de passagers civil à Grdelica Gorge le 12 avril 1999 (un pont était visé et le passage du train ne pouvait être prévu), l'attaque d'un convoi à Djakovica le 14 avril 1999 (en raison du contexte, on pouvait penser qu'il s'agissait d'un convoi militaire), l'attaque de l'ambassade de Chine le 7 mai 1999 (une succession d'erreurs topographiques a conduit au bombardement de cet objectif clairement civil), l'attaque sur le village de Korisa le 13 mai 1999 (bombardement d'un camp militaire serbe proche du village, alors que des réfugiés kosovars y avaient été installés par les autorités yougoslaves). L'absence, dans ces espèces, d'élément intentionnel ou de négligence criminelle implique qu'aucune infraction n'est constituée.

Le deuxième aspect important concerne le cas où les attaques contre des objectifs militaires causent des dommages aux civils, dits « dommages collatéraux ». Le jugement *Kupreskic* s'emploie à démontrer l'existence d'un « principe général du droit international » qui « prescrit que l'on prenne des précautions raisonnables lors de l'attaque d'objectifs militaires pour éviter que les civils pâtissent inutilement d'une imprudence » (§ 524). Il s'appuie pour cela sur la pratique de la guerre d'Espagne, les articles 57 et 58 du Protocole I de 1977, l'absence de prise de position en sens opposé des Etats non parties à ce protocole, le principe plus général de proportionnalité, la jurisprudence de la C.I.J. sur les « considérations élémentaires d'humanité » et enfin la clause Martens. Le comité ayant rédigé le *Rapport* préfère se référer au seul principe de proportionnalité<sup>80</sup>. Pourtant, l'essentiel n'est pas tant d'affirmer l'existence de ces principes que d'en préciser les conséquences pratiques, notamment en matière de responsabilité pénale individuelle. Le *Rapport* insiste sur les difficultés rencontrées :

*« It is unlikely that a human rights lawyer and an experienced combat commander would assign the same relative values to military advantage and to injury to noncombatants. Further, it is unlikely that military commanders with different doctrinal backgrounds and differing degrees of combat experience or national military histories would always agree in close cases. It is suggested that the determination of relative values must be that of 'reasonable military commander'. »* (§ 50)

Face aux mêmes incertitudes, le jugement *Kupreskic* développe une thèse de « l'effet cumulatif » (§ 526) à la fois progressiste et relativement abstraite :

*« (...) bien que l'on puisse douter de la légalité de certaines attaques isolées d'objectifs militaires causant des dommages incidents aux civils, elles ne semblent toutefois pas au premier abord contrevenir per se aux dispositions vagues des articles 57 et 58 (ou des règles coutumières correspondantes). Cependant, lorsque les attaques se répètent et que toutes, ou la plupart, se situent*

<sup>79</sup> Dans le même temps, le *Rapport* refuse d'envisager l'ensemble des activités de l'OTAN comme illicites dans la mesure où elles seraient la conséquence d'un crime d'agression, et ce au nom de la distinction entre *jus in bello* et *jus ad bellum* (§§ 30-34). Ceci étant, le T.P.I.Y. n'est de toute façon pas compétent pour traiter du crime d'agression (ce qui est rappelé au § 30).

<sup>80</sup> § 48 : *« It is relatively simple to state that there must be an acceptable relation between the legitimate destructive effect and undesirable collateral effects. »*



dans la zone grise entre légalité indiscutable et illégalité, on pourrait être fondé à conclure que ces actes peuvent ne plus être en accord avec le droit international en raison de leur effet cumulatif. En effet, ce type de conduite militaire peut mettre excessivement en danger les vies et les biens des civils, contrairement aux exigences de l'humanité. » (*ibid.*)

Placé dans une situation plus concrète de recherche des responsabilités, le *Rapport* écarte cette approche qu'il considère comme « *a progressive statement of the applicable law to protect civilians* » mais, d'un point de vue pratique, « *ambiguous* » et « *far from clear* » dans ses applications. Le fait est que si la jurisprudence peut contribuer à la création de règles de droit, celles-ci ne sauraient recevoir une application rétroactive lorsqu'elles élargissent la responsabilité pénale des individus. Cependant, on peut se demander si la référence à l'*obiter* du jugement *Kupreskic* n'a pas en réalité pour objectif, en mettant l'accent sur le seul « effet cumulatif », d'assouplir les exigences des articles 57 et 58 du Protocole I pour se limiter à une approche globale<sup>81</sup>. De fait, le *Rapport* se limite à envisager, au titre de la proportionnalité, le rapport entre le nombre total de victimes et l'ensemble de la campagne de bombardements, qui visait bien des objectifs militaires. Cela le conduit à conclure que la campagne menée n'était nullement destinée à causer des pertes civiles, que celles-ci soient directes ou indirectes (§ 54). Le fait que les bombardements aient été effectués à très haute altitude ne lui paraît pas de nature à accroître les risques pour les populations civiles ; il serait en quelque sorte compensé par la plus grande précision de la « technologie moderne » (§ 56). Le seul cas spécifique où le principe de proportionnalité est évoqué concerne le bombardement de la radio-télévision serbe à Belgrade, l'avantage militaire escompté pouvait paraître faible au regard des 10 à 17 victimes civiles. Le *Rapport* estime cependant que les pertes n'étaient pas « *clearly disproportionate* » (§ 77) et réaffirme que le principe de proportionnalité « *should not focus exclusively on a specific incident* » (§ 78)<sup>82</sup>.

Sont également évoquées dans le *Rapport* l'utilisation de certaines armes et, de façon tout à fait novatrice, les atteintes à l'environnement. Le *Rapport* écarte brièvement l'usage de bombes libérant des roquettes (« *cluster bombs* ») dans la mesure où ces armes ne sont pas spécifiquement interdites par le droit international. Seule une utilisation illicite en raison des objectifs visés pourrait engendrer un crime de guerre<sup>83</sup>. Il en va de même pour l'utilisation de bombes à l'uranium appauvri. Toutefois, l'emploi de ces dernières armes soulève une question plus générale que l'on retrouve à propos d'attaques menées avec des armements plus classiques : celle des dommages causés à l'environnement. Le droit humanitaire contient, à l'article 55 du Protocole I de 1977, une disposition prévoyant la protection de « l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves ». Selon le *Rapport*, cette disposition refléterait l'état du droit coutumier (§ 15). Pour autant, il souligne les imprécisions de la règle et interprète strictement les conditions énoncées – le caractère « durable » du dommage devrait être mesuré en années, les conditions sont cumulatives (*ibid.*). Ces conditions ne seraient pas remplies à propos des bombardements de l'OTAN. De

<sup>81</sup> Le *Rapport* réinterprète *in fine* en ce sens le passage du jugement *Kupreskic* cité ci-dessus (§ 52 : « The committee understands the above formulation, instead, to refer to an *overall* assessment of the totality of civilian victims as against the goals of the military campaign »). Cela étant, la Chambre de première instance estimait elle-même, dans le jugement *Kupreskic* que : « ces deux dispositions [art. 57 et 58 du Protocole I] laissent une large discrétion aux belligérants en employant une formulation dont on peut considérer qu'elle laisse le dernier mot à l'attaquant » (§ 524).

<sup>82</sup> Le *Rapport* ne prend pas clairement position sur les accusations concernant le fait que les journalistes étrangers présents auraient été avertis de l'imminence de l'attaque. Se contentant de les rappeler, il relève dans le même temps que les autorités yougoslaves pourraient être également partiellement responsables du nombre de civils tués dans la mesure où elles pouvaient s'attendre à cette action compte tenu du contexte (§ 77).

<sup>83</sup> En ce sens, T.P.I.Y., Ch. I, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du R.P.P., *Le Procureur c/ Milan Martić*, n°IT-95-13-I, 8 mars 1996, §§ 23-31.

plus, la prévisibilité du dommage et l'élément intentionnel sont mis en exergue. Dès lors, les attaques contre des installations industrielles constituant des objectifs militaires légitimes ne paraissent pas devoir être poursuivies (§§ 16-17). Quant aux bombes à uranium enrichi, dont les effets potentiels pourraient davantage être mesurés en années, le *Rapport* souligne l'absence de réglementation relative à ce type d'armes et rappelle même les incertitudes relatives à l'emploi des armes nucléaires (§ 26). Dans tous les cas, le principe de proportionnalité est mentionné ; il imposerait ici la mise en balance de l'avantage militaire escompté et des dommages à l'environnement engendrés. Mais l'application de ce principe se révèle une fois encore incertaine et ne permet nullement, dans les cas concernés, d'engendrer des poursuites.

### 1.3. *La défense tu quoque et l'interdiction des représailles*

Dans l'affaire *Kupreskic*, la défense a à plusieurs reprises tenté de justifier l'attaque lancée sur le village musulman d'Ahmici en s'appuyant sur des crimes prétendument commis avant cette attaque par les forces « Musulmanes ». Elle a également cherché à présenter les tensions puis le conflit croato-musulman comme résultant d'un projet séparatiste formulé par « les Musulmans » (§ 49). Si l'argumentation n'a pas permis d'exonérer les accusés de leur responsabilité, ce n'est pas tant parce que la Chambre a rejeté cette présentation des faits que parce qu'elle a refusé d'accueillir la défense *tu quoque*, et d'accepter la licéité des représailles dirigées contre des civils. Nous verrons que cette conclusion juridique, certainement louable, n'est pas exempte d'un certain nombre d'ambiguïtés. On peut en outre préalablement s'étonner que la Chambre n'ait pas entendu se prononcer sur la réalité des faits invoqués par la défense. En effet, la fonction du tribunal pénal international ne se limite pas à l'examen des responsabilités individuelles pour des crimes démontrés mais extraits de leur contexte. On peut estimer qu'elle implique la présentation des grandes lignes du conflit yougoslave, essentiellement dirigé contre les populations civiles : c'est bien la condamnation de la « pratique du 'nettoyage ethnique' (...) notamment pour acquérir et conserver un territoire » qui a motivé l'institution du Tribunal<sup>84</sup> et celui-ci devrait présenter un tableau permettant d'identifier les responsabilités historiques de sa mise en œuvre, pour remplir sa fonction essentielle de satisfaction. Dès lors, la démarche adoptée par la Chambre de première instance, qui refuse de statuer sur la véracité des allégations de la défense, peut apparaître comme décevante, sans que l'on puisse déterminer si c'est la volonté de statuer sur une question fondamentale de droit qui l'a conduite à écarter toute réflexion sur les origines des massacres ou celle de limiter, dans un souci d'efficacité, ses investigations en la matière. Le résultat est, en tout état de cause, similaire. En dépit du témoignage d'un enquêteur du Centre des droits de l'Homme des Nations Unies<sup>85</sup>, la Chambre s'est limitée à cette conclusion :

« Que l'expulsion forcée des Musulmans d'Ahmici ait été menée dans le but stratégique d'éliminer une enclave musulmane (...) ou qu'il s'agisse d'un acte de représailles aux attaques lancées par les forces musulmanes sur Kuber et quelques villages du secteur principalement ou exclusivement peuplés de Croates, est une question que la Chambre peut laisser en suspens pour les besoins de l'espèce. » (§ 338)

<sup>84</sup> Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité des Nations Unies.

<sup>85</sup> § 183 : « Il régnait dans la région [de Bosnie centrale] un climat généralisé de peur et de terreur, mais les allégations d'atrocités commises à grande échelle contre les Croates (...) n'étaient pas crédibles à l'époque. (...) L'attaque contre Ahmici participait d'une ligne de conduite délibérée, à savoir la prise de contrôle au moyen du 'nettoyage ethnique', des attaques simultanées et concertées ayant été lancées contre Ahmici et les villages alentours ».

Cette position, fondée en droit mais contestable en raison de l'incertitude factuelle qu'elle laisse subsister et l'équivalence des responsabilités qu'elle tend à suggérer, est prolongée dans les motivations relatives au contexte du conflit croato-musulman. Ainsi, la Chambre estime-t-elle qu'elle

« ne peut tirer que des conclusions très limitées concernant le contexte d'ensemble, étant donné qu'en l'espèce, le procès n'est pas axé autour des questions de savoir s'il existait ou non un projet de 'Grande Croatie', ou si le conflit armé entre les Croates et les Musulmans était de caractère international. » (§ 51)

Le commentateur ou l'analyste ne peut, paradoxalement, qu'en venir à regretter l'absence de débat sur l'applicabilité de l'article 2 du Statut du Tribunal, débat qui, à l'inverse, a permis à la Chambre de première instance saisie dans l'affaire *Blaskic* de présenter des conclusions sur les responsabilités historiques dans le développement du conflit (voir *infra*, 1.1).

C'est donc en s'appuyant sur des arguments juridiques que les juges de première instance ont rejeté l'argumentation de la défense dans l'affaire *Kupreskic*. Rattachant cette argumentation à une défense *tu quoque* ou à une justification du comportement des accusés par la théorie des représailles, elle commence par tenter de distinguer ces deux stratégies, en une formule quelque peu elliptique :

« Cet argument (présenté par la défense) peut signifier, d'une part, que les violations du droit international humanitaire commises par l'ennemi justifient des violations similaires de la partie adverse ou, d'autre part, que ces violations, une fois perpétrées par l'adversaire, légitiment des violations similaires en réponse ou en représailles. » (§ 515)

Une lecture attentive de cet extrait permet bien en réalité de comprendre la distinction, il est vrai ténue, existant entre la défense *tu quoque* et la défense se fondant sur la théorie des représailles. Dans la défense *tu quoque*, l'accusé invoque une violation antérieure du droit humanitaire pour faire admettre qu'il a pu se dégager, par une sorte de licence résultant de la modification des règles existant entre les belligérants, du respect strict des mêmes règles. L'invoquant des représailles permet d'insister plus fermement sur le caractère licite du comportement de l'individu faisant l'objet de poursuites. Ce comportement est en effet rendu licite par le fait qu'il vise clairement à répondre et à mettre fin à une violation antérieure du droit par la partie adverse. La Chambre s'attache en premier lieu à démontrer le caractère obsolète de la défense *tu quoque*, avant de s'interroger sur la possibilité d'invoquer en l'espèce la doctrine des représailles.

La défense *tu quoque*, dont la Chambre affirme qu'elle a toujours été rejetée dans les procès qui se sont déroulés à l'issue de la seconde guerre mondiale (§ 516), est définitivement condamnée par l'évolution du droit humanitaire, dominé par l'absence de réciprocité. Ainsi, la « grande majorité » du *corpus* de droit humanitaire « énonce des obligations absolues, à savoir des obligations inconditionnelles ou, autrement dit, qui ne se fondent pas sur la réciprocité » comme en témoigne l'article premier commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 (§ 517). Les normes du droit humanitaire, qui selon la Chambre traduiraient le « concept d'impératif catégorique formulé par Kant » (§ 518), n'imposent pas « d'obligations synallagmatiques » mais « des obligations envers l'ensemble de la communauté internationale, ce qui fait que chacun des membres de cette communauté a un 'intérêt juridique' à leur observation » (§ 519). En outre, « la plupart des normes du droit international humanitaire » estime la Chambre, « sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est à dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger » (§ 520). Ces conclusions généreuses et protectrices conduisent-elles cependant

nécessairement à condamner la défense *tu quoque* ? L'exemple de la jurisprudence du Tribunal Militaire International de Nuremberg, opportunément oubliée par la Chambre, peut permettre d'en douter.

On doit ainsi rappeler que la défense *tu quoque* a été admise par le Tribunal Militaire International de Nuremberg, saisi de la violation, par les amiraux Dönitz et Raeder, de règles de la guerre sur mer. Le Tribunal a refusé de les condamner en fondant ce refus sur les violations similaires perpétrées par les britanniques et les américains. Il n'en a pas moins considéré leurs actes comme illicites mais s'est simplement abstenu de les sanctionner pénalement<sup>86</sup>. Ainsi, l'argumentation fondée sur le caractère absolu des règles de droit humanitaire n'implique pas nécessairement rejet de la défense *tu quoque*. Il est vrai toutefois que la solution adoptée par le Tribunal de Nuremberg était probablement guidée par les circonstances du procès et par le sens de la justice des magistrats internationaux dans la mesure où l'attitude des Etats se trouvant à l'origine de la création du T.M.I. était directement en cause en l'espèce. Toutefois, ces circonstances n'expliquent pas nécessairement à elles seules la démarche des juges et c'est finalement un raisonnement assez similaire qui a été plus récemment retenu dans l'affaire *Celebici*<sup>87</sup>. On rappellera que dans cette affaire, le T.P.I.Y. avait dans une certaine mesure pris en compte, au titre des circonstances atténuantes, le comportement antérieur des forces serbes afin de déterminer la peine encourue par un jeune bosniaque coupable de crimes commis sur des détenus serbes. La Chambre avait à cet égard pris note du fait qu'il vivait dans un ville sous blocus, soumise à un bombardement prolongé, dans laquelle s'était réfugiée la population bosniaque fuyant la politique de « purification ethnique » menée par les forces serbes, et que nombre de ses proches avaient été victimes du conflit. Elle avait retenu ces éléments afin d'atténuer la peine, lourde, qui lui fut néanmoins imposée, en précisant :

« Dans la mesure où les prisonniers du camp de détention de Celebici étaient des Serbes de Bosnie, arrêtés à la suite d'opérations militaires menées par les forces gouvernementales bosniaques afin d'éliminer des poches de résistants qui s'opposaient aux autorités légitimes de la municipalité, et où la personnalité de Landzo était immature et impressionnable, il n'est pas surprenant qu'il ait pu identifier ces détenus à l'ennemi qui avait infligé des souffrances et des épreuves à lui-même, à sa famille et à ses concitoyens de Bosnie-Herzégovine. »<sup>88</sup>

La défense *tu quoque* étant, selon la Chambre saisie dans l'affaire *Kupreskic*, inaccessible, elle s'interroge en second lieu sur l'argument tiré de la doctrine des représailles. Les représailles contre les civils, rappelle-t-elle, sont explicitement prohibées lorsque ceux-ci se trouvent entre les mains ou au pouvoir de l'adversaire (§ 527). En revanche, la prohibition des représailles dirigées contre les civils est plus incertaine dans le cadre de la réglementation de la conduite des hostilités. En effet, si le premier protocole additionnel aux Conventions de Genève pose dans ce domaine une interdiction similaire (article 51.6), il n'est pas certain qu'elle ait acquis une valeur coutumière (§ 527). L'analyse de l'état du droit coutumier en la

<sup>86</sup> La motivation, dans le cas de Dönitz, se lit ainsi : « Un commandant de sous-marin ne peut couler un navire marchand que s'il est en mesure d'opérer le sauvetage de l'équipage (...) Vu les faits, vu en particulier un ordre de l'amirauté britannique en date du 8 mai 1940, suivant lequel tous les bateaux circulant de nuit dans le Skagerrak devaient être coulés, et vu les réponses données par l'amiral (américain) Nimitz aux questionnaires qui lui furent adressés et indiquant qu'une guerre sous-marine sans restriction fut menée par les Etats-Unis dans l'océan pacifique, dès le premier jour de leur entrée en guerre, Dönitz ne peut être condamné pour violation du Droit international en matière de guerre sous-marine », *Procès des grands criminels de guerre devant le T.M.I., Nuremberg, 1947, tome 1, p. 335.*

<sup>87</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 410.

<sup>88</sup> T.P.I.Y., Ch., Jugement, *Le Procureur c./ Z. Delalic, Z. Mucic, H. Delic, E. Landzo*, affaire n°IT-96-21-T, 16 novembre 1998, § 1284.

matière, déjà esquissée par le T.P.I.Y. dans l'affaire *Martic*<sup>89</sup> est ici approfondie par la Chambre. Elle se fonde principalement sur l'évolution de l'*opinio juris*, qu'elle estime déterminante dans la formation de la règle coutumière en matière humanitaire (§ 527) : sont évoqués nombre de manuels militaires nationaux prohibant ce type de représailles, la résolution 2675 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies, l'état des ratifications du Protocole additionnel I, un mémorandum du C.I.C.R., la jurisprudence *Martic*, le discours des Etats engagés dans des conflits au cours des cinquante dernières années, ainsi que les travaux de la C.D.I. sur la responsabilité des Etats (§§ 532-534). « Aux yeux de la Commission », note-t-elle, « les représailles contre les civils dans les zones de combats sont également interdites » avant d'affirmer qu'elle « juge cette opinion correcte » (§ 534). Il aurait sans doute été utile de s'en tenir à cette conclusion. Toutefois, la Chambre poursuit son raisonnement en précisant les principes qui viennent limiter le recours aux représailles « lorsqu'elles sont jugées légales » (§ 535) et qui sont décrits successivement :

« a) le principe selon lequel (les représailles) doivent être une mesure de dernier recours pour imposer à l'adversaire de respecter les règles de droit (ce qui suppose entre autres qu'elles ne peuvent être exercées qu'après un avertissement préalable qui n'est pas parvenu à faire cesser la conduite de l'adversaire), b) l'obligation de prendre des précautions particulières avant de les mettre en oeuvre (elles ne peuvent être décidées qu'à l'échelon politique ou militaire le plus élevé, en d'autres termes, la décision ne peut être prise par les commandants sur le terrain), c) le principe de la proportionnalité (qui suppose que les représailles ne doivent pas être excessives par rapport à l'acte de guerre illégal qui les précède, mais aussi qu'elles doivent cesser dès qu'il est mis fin à cet acte illégal) et d) les "considérations élémentaires d'humanité." » (§ 535)

Ce rappel des règles encadrant le recours aux représailles n'est pas inutile : il contribuera sans aucun doute à clarifier l'état du droit en la matière, parfois brouillé par un certain nombre de jugements confus, rendus notamment par les Tribunaux militaires américains à l'issue de la seconde guerre mondiale<sup>90</sup> Il tend néanmoins ici à affaiblir la conclusion de prohibition coutumière absolue antérieurement dégagée. Enfin, loin de se fonder sur son analyse des règles coutumières de prohibition ou des règles encadrant le recours aux représailles, c'est en dernier lieu un argument tiré du droit conventionnel que semble retenir la Chambre afin d'écarter les arguments présentés par la défense :

« Il est utile de noter, s'agissant plus particulièrement de l'espèce, que quelle que soit la teneur des règles coutumières en matière de représailles, les dispositions conventionnelles qui les interdisent étaient de toute façon applicables. En 1993, la Croatie et la Bosnie-Herzégovine avaient toutes deux ratifié les Protocoles additionnels I et II, outre les quatre Conventions de Genève de 1949. Ainsi, que l'on considère le conflit armé, dont l'attaque d'Ahmici est un épisode, comme interne ou international, il est indéniable que les parties à ce conflit étaient tenues par les dispositions conventionnelles prohibant les représailles. » (§ 536)

On le voit, le mode d'argumentation de la Chambre se rapproche plus de celui d'une partie au procès, présentant des positions subsidiaires de retrait, que de celui d'une juridiction. La conclusion ultime, qui repose sur le seul droit conventionnel, est en outre surprenante dans la mesure où les TPI sont censés appliquer le droit coutumier, dont la définition des infractions figurant dans leur statut est le reflet. Par ailleurs, elle ne peut que faire douter de l'intérêt purement logique de la longue analyse du droit coutumier préalablement présentée...

<sup>89</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 384.

<sup>90</sup> Voir notamment l'affaire *List*, dite « affaire des otages », *Wilhelm List and others, American Military Tribunal in Nuremberg, February 19, 1948*, publié in *Law Reports of Trials of War Criminals*, Londres, 1947-1949, vol. VIII, pp. 61s. Sur les représailles en temps de guerre, voir F. Kalshoven, *Belligerent Reprisals*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1971.

## 2. Les crimes contre l'humanité

La jurisprudence du T.P.I.R. n'apporte cette année que peu d'enseignements en ce qui concerne la répression du génocide. En matière de crime contre l'humanité *stricto sensu*, les seules Chambres du T.P.I.Y. utilisent, de manière parfois quelque peu embarrassée, la définition adoptée en 1999 dans la même affaire *Tadic*, qui a restreint le critère de discrimination aux seuls actes de persécution.

L'analyse des actes de persécutions constitutifs d'un crime contre l'humanité, déjà conduite, en 1997, dans l'affaire *Tadic*, a de nouveau donné lieu à un débat judiciaire dans l'affaire *Kupreskic*. C'est dans un souci de rigueur que la Chambre de première instance s'atèle à la tâche difficile (et, nous le verrons, contre-productive) de définir les persécutions. Ainsi, note-t-elle :

« La persécution, visée à l'article 5 h) du Statut, n'a jamais fait l'objet d'une définition exhaustive dans les traités internationaux. En outre, la jurisprudence, qu'elle soit nationale ou internationale, n'en offre aucune définition faisant autorité. C'est pourquoi le présent jugement s'attachera à clarifier cette importante catégorie d'infractions » (§ 567).

Trois questions principales avaient été soulevées en l'espèce par la défense. Celle-ci estimait que les actes de persécutions devaient avoir un lien avec les autres infractions relevant de la compétence du Tribunal, que les autres catégories de crimes visées à l'article 5 (assassinat, torture, viol) ne pouvaient être considérées comme des persécutions, enfin, que la catégorie d'actes couverts par les persécutions devaient présenter un caractère de gravité important.

Pour ce qui est, en premier lieu, du lien entre les persécutions et les autres grandes infractions relevant de la compétence des tribunaux internationaux (crimes de guerre notamment), la défense s'inspirait de la définition du crime contre l'humanité appliquée par le Tribunal de Nuremberg. La Chambre relève à cet égard que le lien de connexité posé par le statut du Tribunal de Nuremberg « ne fait pas uniquement référence à la persécution, mais également à la catégorie des crimes contre l'humanité dans son intégralité » (§ 575) et surtout, que l'évolution du droit coutumier a progressivement condamné ce lien (§ 577). Cette conclusion, déjà présentée dans l'affaire *Tadic* en 1995<sup>91</sup>, conduit la Chambre de première instance à remettre en question la définition de la persécution figurant à l'article 7 1) h) du Statut de la Cour pénale internationale. En ce qu'il réintroduit partiellement le lien de connexité entre le crime contre l'humanité et les autres crimes relevant de la compétence de la Cour, cet article en effet « n'est pas conforme au droit international coutumier » (§ 580).

Se penchant alors sur « l'élément matériel de la persécution » (§ 582), la Chambre, se référant à la jurisprudence du T.M.I. de Nuremberg, des tribunaux militaires américains d'occupation et d'autres juridictions nationales (§§ 610-613), estime à juste titre :

« la privation d'un grand nombre de droits peut constituer une persécution. Il n'est pas nécessaire qu'un acte de persécution soit expressément interdit par l'article 5 ou une autre disposition du Statut. De la même manière, la légalité ou non de ces actes en droit interne n'est pas pertinente. » (§ 614)

En outre, la Chambre précise que

<sup>91</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1995, p. 152.

« les actes discriminatoires qualifiés de persécution ne doivent pas être examinés isolément. Quelques uns des actes susmentionnés peuvent ne pas être suffisamment graves en soi pour constituer un crime contre l'humanité. (...) Ces actes doivent être envisagés dans leur contexte, et non pas isolément, et être évalués au regard de leur effet cumulatif. » (§ 260)

La formule semble *a priori* convaincante, mais l'insistance qui commence ici d'être mise sur la gravité intrinsèque de l'acte susceptible d'être constitutif d'une persécution va conduire la Chambre à formuler une définition analogique de la persécution qui s'avère extrêmement restrictive. Notons ici qu'il est possible de douter de la nécessité juridique et de l'utilité de définir la persécution, alors même que ce concept permet au juge de s'adapter aux formes mouvantes de la criminalité de discrimination. En outre, on peut également douter qu'il soit même possible de définir la persécution, qui peut précisément recouvrir des formes extrêmement variées et évolutives. D'ailleurs, la définition finalement retenue par la Chambre n'échappe pas à cette incertitude, reconnue par la juridiction elle-même :

« La Chambre de première instance ne juge pas approprié d'identifier quels sont les droits qui doivent être considérés comme fondamentaux aux fins de la définition de la persécution. L'admission explicite de certains pourrait être interprétée comme équivalant à l'exclusion implicite d'autres droits (...) ce qui ne servirait pas l'intérêt de la justice. Le droit international coutumier n'a pas adopté cette approche au regard des crimes contre l'humanité, la catégorie des 'autres actes inhumains' conférant également aux juridictions une certaine flexibilité afin de se prononcer sur les affaires dont elles connaissent, en fonction des formes, multiples et particulièrement ingénieuses, que peuvent revêtir les atteintes à l'humanité. Chaque affaire doit donc être tranchée selon ses circonstances particulières. » (§ 623).

Mais c'est précisément la flexibilité ici justement revendiquée afin de servir « l'intérêt de la justice » qui fait défaut dans la définition des persécutions adoptée. La Chambre se fonde ainsi principalement sur l'idée que « la gravité des actes de persécution doit au moins correspondre à celle des autres actes énumérés à l'article 5 » fixant ainsi un seuil extrêmement élevé à la qualification de persécutions (§ 619). Ainsi, selon elle, « seuls les dénis manifestes ou flagrants de droits fondamentaux peuvent constituer des crimes contre l'humanité » (§ 620), ce qui justifie la définition suivante de la persécution :

« le déni manifeste ou flagrant, pour des raisons discriminatoires, d'un droit fondamental consacré par le droit international coutumier ou conventionnel, et atteignant le même degré de gravité que les autres actes prohibés par l'article 5 du Statut. » (§ 621)

« Déni manifeste » d'un « droit fondamental » (on sait que l'identification des droits fondamentaux dans les instruments de protection des droits de l'Homme peut être très limitée), devant de surcroît atteindre le « même degré de gravité » qu'un assassinat, un acte de torture, un viol ... on ne peut que souhaiter que cette définition prétorienne extrêmement restrictive de la persécution soit réexaminée en appel ! Il convient à cet égard sans doute de tenir compte du sens ordinaire du terme qui, ainsi que le rappelaient les Etats-Unis dans leur commentaire au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la C.D.I., évoqué par la Chambre (§ 569), signifie « tourmenter par des approches continuelles ou insistantes, harceler ». En effet, l'approche adoptée par la Chambre conduit à faire échapper à toute poursuite pénale les auteurs d'actes qui n'autoriseraient peut-être pas une condamnation *lourde* au titre des crimes contre l'humanité, mais qui relèvent par essence de cette infraction. Pour la Chambre :

« Les restrictions imposées aux droits d'un groupe donné de participer à certains aspects de la vie en société (interdiction d'aller dans les jardins publics, au théâtre ou dans les bibliothèques) constituent une discrimination répréhensible en soi (mais) ne peuvent à elles seules constituer une persécution. » (§ 615)

L'*apartheid* ne constituerait dès lors plus un crime contre l'humanité ? Le port de l'étoile jaune satisferait-il à la nouvelle définition de la persécution ? On peut certainement en douter. Appliqué dans l'affaire *Kupreskic*, la définition adoptée n'exclut pas les atteintes au droit de propriété (§ 631) mais la Chambre précise que « cela peut dépendre dans une certaine mesure du bien concerné ». En l'espèce, les atteintes au droit de propriété sont bien pour la Chambre des persécutions : il s'agissait ici « de la destruction généralisée des maisons et des biens » et cette atteinte « s'apparente en fait à une destruction des moyens d'existence d'une population donnée » (§ 631). Il est tout à fait regrettable, voire choquant, que ces circonstances doivent apparaître comme des conditions à la qualification de la persécution. Ce n'est heureusement pas la position retenue par l'ensemble des juges. A cet égard, on notera que dans l'affaire *Blaskic*, la Chambre de première instance, si elle n'a pas aussi longuement motivé sa conclusion, a néanmoins adoptée une approche largement plus sensible en notant :

« Les persécutions peuvent se manifester autrement que par des atteintes à la personne humaine, et notamment, par des actes qui tirent leur gravité, non pas de leur cruauté apparente, mais de la discrimination qu'ils cherchent à établir au sein du genre humain. Comme le Procureur l'envisage dans l'acte d'accusation dressé à l'encontre de l'accusé, la confiscation ou la destruction d'habitations ou d'entreprises privées, de bâtiments symboliques ou de moyens de subsistance appartenant à la population musulmane de Bosnie-Herzégovine peuvent être qualifiés d'actes de persécution. (...) Le crime de persécution englobe aussi bien les atteintes à l'intégrité physique et mentale et à la liberté individuelle que des actes en apparence moins graves et visant, par exemple, les biens, pour autant que les personnes qui en ont été les victimes aient été spécialement choisies pour des motifs liés à leur appartenance à une communauté déterminée. » (§§ 227 et 233)

La réflexion menée par la Chambre sur le troisième point de contestation soulevé par la défense dans l'affaire *Kupreskic* est sans doute moins troublante ; elle n'est cependant guère plus convaincante. Il s'agissait ici de savoir si la persécution pouvait recouvrir les autres actes visés à l'article 5 du Statut du Tribunal définissant le crime contre l'humanité : les assassinats, tortures, viols ... peuvent-ils également être qualifiés de persécutions ? La Chambre de première instance, se fondant sur une analyse de la jurisprudence (§§ 594-603), apporte une réponse positive à cette question : « les actes figurant aux autres alinéas de l'article 5 du Statut peuvent constituer une persécution. Ce terme a été utilisé pour décrire certains des crimes les plus graves qui ont été commis sous le régime nazi » (§ 605). On ne peut comprendre l'intérêt de cette double qualification si l'on ne se rapporte pas au débat relatif à l'élément discriminatoire dans le crime contre l'humanité. En effet, c'est au regard de l'interprétation du droit coutumier formulée en 1999 dans l'affaire *Tadic*, qui a restreint l'élément de discrimination aux seules persécutions<sup>92</sup>, que doit être comprise la conclusion de la Chambre. L'intérêt de la qualification des actes massifs d'assassinat, par exemple, comme des persécutions ne peut consister que dans la coloration discriminatoire que prend alors la qualification juridique afin de transcrire au mieux la réalité de la criminalité. C'est d'ailleurs ce qu'admet ici expressément la Chambre :

« Une interprétation restrictive de la persécution, excluant les crimes énumérés aux autres alinéas de l'article 5 créerait une lacune dans le Statut du Tribunal. Il n'y aurait alors pas moyen de conceptualiser les crimes contre l'humanité qui, quoique commis pour des raisons discriminatoires, ne relèvent pas, par exemples, du génocide (...) » (§ 606)

<sup>92</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 494-497.



Mais cette « lacune du Statut », qui ne permet pas de sanctionner de manière adéquate le phénomène criminel a été créée par le Tribunal lui-même dans l'affaire *Tadic*<sup>93</sup>. C'est donc la démarche adoptée en 1999 qui est aujourd'hui indirectement remise en question et qui va conduire la Chambre à distinguer deux formes du crimes contre l'humanité : une forme non-discriminatoire et une forme aggravée car discriminatoire, dans laquelle tous les actes seront doublement qualifiés (voir *supra*, le concours d'infraction). Ainsi, dans la mesure où

« l'élément moral de la persécution consiste en une intention discriminatoire » (§ 633) (...) il est plus strict que pour les crimes contre l'humanité habituels, tout en demeurant en-deçà de celui requis pour le génocide. Dans ce contexte la Chambre souhaite insister sur le fait que la persécution, en tant que crime contre l'humanité, est une infraction qui relève du même genus que le génocide (...) On peut donc dire que le génocide est une forme de persécution extrême, sa forme la plus inhumaine. » (§ 636)

Cette complexité nouvelle du crime contre l'humanité, qui crée de surcroît une distorsion entre les définitions « yougoslave » et « rwandaise » (rappelons que dans le statut du T.P.I.R., l'élément discriminatoire doit être constaté pour tous les actes susceptibles d'être qualifiés de crime contre l'humanité), aurait sans doute utilement pu être évitée. On doit en outre noter que dans la Chambre saisie dans l'affaire *Blaskic* semble avoir également éprouvé quelques difficultés à adopter intégralement la définition du crime contre l'humanité posée en 1999 dans l'arrêt *Tadic*, et qu'elle l'a, dans une certaine mesure, contournée. S'il est vrai qu'elle est tenue de reprendre l'idée selon laquelle, en dehors des actes de persécutions, l'intention discriminatoire n'a pas à être établie (§ 260), elle paraît réintroduire cet élément de discrimination dans l'analyse menée *in concreto* du caractère systématique de l'attaque contre la population civile. Ainsi, elle précise que « le caractère systématique fait référence à quatre éléments qui, aux fins de la présente affaire, peuvent être énoncés de la façon suivante » avant d'évoquer le premier de ces éléments : « l'existence d'un but de caractère politique, d'un plan en vertu duquel l'attaque est perpétrée ou d'une idéologie au sens large du terme, à savoir détruire, persécuter ou affaiblir une communauté » (§ 203).

### 3. La responsabilité pénale individuelle

Les principes permettant de retenir la responsabilité pénale des accusés et d'apprécier son étendue n'ont pas fait l'objet de développements radicalement novateurs dans la jurisprudence de l'année 2000. La responsabilité encourue par le supérieur hiérarchique donne lieu à de longues motivations, dans l'affaire *Blaskic* (3.1) et les règles applicables au concours d'infraction sont précisées dans l'affaire *Kupreskic* (3.2.). L'institution d'un « régime de la peine » commence en revanche à devenir un enjeu majeur de la jurisprudence des Tribunaux (3.3).

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

L'essentiel du jugement rendu dans l'affaire *Blaskic* a trait à la responsabilité du supérieur hiérarchique, en l'espèce du commandant militaire qui, on le sait, peut résulter d'une action au sens de l'article 7.1 du Statut du Tribunal (planification, ordre, incitation, aide et encouragement à commettre un crime) ou d'une omission, au sens de son article 7.3 (défaut de prévention ou de punition des actes de ses subordonnés). La Chambre estime d'ailleurs dans cette affaire que l'application des deux dispositions peut être concurrente dans certaines circonstances. Ainsi, précise-t-elle :

<sup>93</sup> On relèvera que, dans l'affaire *Tadic*, la Chambre d'appel était présidée par le Juge Cassese, qui est également le président de la Chambre de première instance dans l'affaire *Kupreskic*.

« Il serait illogique de tenir un commandant pour pénalement responsable d'avoir planifié, instigué ou ordonné la perpétration de crimes et simultanément, de lui reprocher de ne pas les avoir empêchés ou sanctionnés. En revanche (...), l'omission de punir des crimes passés, qui engage la responsabilité du commandant au titre de l'article 7 3) peut (...) engager la responsabilité du commandant au titre de l'article 7 1) du Statut, à raison, soit de l'aide et de l'encouragement, soit de l'incitation, à la perpétration ultérieure, de *nouveaux* crimes. » (§ 337)

Le lien ainsi établi entre les deux fondements possibles de la responsabilité du supérieur hiérarchique apparaît beaucoup plus convaincant que l'affaire *Kayishema-Ruzindana*, jugée en 1999 par le T.P.I.R.<sup>94</sup>. La Chambre précise que pour que l'incitation soit démontrée dans le cas de figure précédemment décrit, « il faut établir que les subordonnés n'auraient pas commis les crimes ultérieurs si le commandant n'avait pas manqué à son devoir de punir les premiers crimes » (§ 339).

Le débat relatif à la responsabilité pour omission semble avoir particulièrement porté sur la question de la connaissance par le supérieur hiérarchique des crimes de ses subordonnés et sur l'interprétation de la formule figurant à l'article 7 3) selon laquelle ce supérieur peut être considéré comme responsable dès lors qu'il « avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait ». Si le T.P.I.Y. avait évité de statuer sur cette formule dans l'affaire *Celebici*, la Chambre saisie dans l'affaire *Blaskic* en adopte une interprétation contraignante mais conforme au précédent de Tokyo<sup>95</sup>, en se fondant précisément sur la jurisprudence issue de la seconde guerre mondiale (§§ 315-321), sur les rapports de commissions d'enquête plus récentes (dont la Commission d'enquête israélienne sur les atrocités commises à Sabra et Shatila, § 331), et sur une analyse de l'article 86 du Protocole additionnel I, dont les termes apparaissent pourtant plus favorables au supérieur hiérarchique (§§ 324-329)<sup>96</sup>. En définitive, selon la Chambre :

« Si un commandant a exercé la diligence due dans l'accomplissement de ses devoirs mais ignore pourtant que des crimes sont sur le point d'être commis ou l'ont été, cette ignorance ne peut être retenue contre lui. Cependant, lorsque, compte tenu de sa position personnelle dans la hiérarchie et des circonstances du moment, l'ignorance résulte d'une négligence dans l'accomplissement de ses devoirs, elle ne saurait constituer un moyen de défense : ce commandant avait des raisons de savoir au sens du Statut. » (§ 332)

En droit, donc, les conclusions de la Chambre sont convaincantes. Toutefois, le jugement rendu ne permet pas toujours de déterminer exactement quel type de participation aux crimes a été retenu à l'encontre de Tihomir Blaskic, ce qui tend à faire apparaître la peine prononcée (45 ans d'emprisonnement) comme particulièrement lourde.

L'accusation portée contre Tihomir Blaskic, chef du H.V.O. dans la zone opérationnelle de Bosnie centrale, se rapporte en premier lieu aux nombreuses attaques menées contre des villes et villages Musulmans ainsi qu'aux actes de cruauté (et notamment au massacre d'Ahmici) perpétrés lors de ces attaques. Pour ce qui est des crimes commis lors des attaques, la défense invoquait tantôt l'absence de contrôle exercé sur un certain nombre d'unités spéciales locales responsables des crimes (§§ 395 et 444), tantôt l'absence de connaissance des crimes, tenant à la défaillance des communications (§ 637). Par ailleurs,

<sup>94</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 510-512.

<sup>95</sup> Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1998, p. 406.

<sup>96</sup> La version française de l'article 86 § 2 indique ainsi qu'ils sont responsables s'ils « possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment » que leurs subordonnés commettaient ou allaient commettre des crimes.

Tihomir Blaskic est poursuivi pour des crimes commis lors de la détention de prisonniers musulmans (§§ 679-700), pour la prise d'otages (§§ 701-708) et l'utilisation de boucliers humains (§§ 709-716). Pour ce qui est de ces infractions, la défense invoquait tant l'erreur de droit (§ 686, argument sur lequel la Chambre de semble pas avoir statué), que la licéité intrinsèque des actes de détention (§ 704). Enfin, Tihomir Blaskic était poursuivi pour le bombardement de la ville de Zenica, seule accusation dont il fut acquitté en raison de l'absence de preuve suffisante à imputer ce bombardement au H.V.O. (§§ 662-678).

Les conclusions relatives à la responsabilité individuelle de l'accusé, formulées après la description de ces différentes infractions, ne sont pas toujours très lisibles : l'exemple de la première série d'attaques conduites dans la municipalité de Vitez (couvrant les événements d'Ahmici) en est une illustration marquante. La Chambre s'estime ainsi

« convaincue que le général Blaskic a ordonné *les attaques ayant donné lieu aux crimes*. En tout état de cause, il est manifeste qu'il n'a jamais pris aucune mesure raisonnable pour empêcher que les crimes fussent commis ni pour punir les auteurs de ces crimes. » (§ 495, italiques ajoutées)

Il a « ordonné les attaques ayant donné lieu aux crimes » : la formule suggère que les attaques en elles-mêmes n'étaient pas criminelles. Il semble en outre qu'il ne soit pas considéré comme ayant ordonné les crimes commis. A cet égard d'ailleurs la Chambre a été confrontée à des ordres visant à la bonne conduite des troupes (§§ 474 et 592 : ordre interdisant aux troupes de brûler les maisons, ordre demandant à ce que les soldats enclins à des comportements criminels soient mis hors d'état de nuire, demande de remplacement du commandant de police militaire). Sa responsabilité n'est-elle dès lors engagée que sur le fondement de l'article 7 (3), ce qui paraît également suggéré par le renvoi au défaut de prévention et de punition ? En réalité, pour ce qui est de cette première série d'attaques, la Chambre considère que les actes de cruauté qui y furent perpétrés (massacre d'Ahmici notamment) engagent (également ?) la responsabilité de l'accusé au titre de l'article 7 (1). La Chambre précise ainsi :

« Quand bien même on mettrait malgré tout encore en doute que l'accusé ait ordonné l'attaque avec la claire intention que le massacre soit commis, sa responsabilité pour avoir ordonné les crimes devrait malgré tout être engagée conformément à l'article 7 1) du Statut. Ainsi qu'il a été expliqué précédemment, toute personne qui, en ordonnant un acte, sait qu'il y a un risque que des crimes soient commis et accepte de prendre ce risque manifeste le niveau d'intention nécessaire (le dol éventuel) pour voir sa responsabilité engagée pour avoir ordonné, planifié ou incité à commettre les crimes. » (§ 474)

Le renvoi aux explications précédemment présentées par la Chambre dans sa discussion générale du « droit applicable » n'est pas exempt d'ambiguïté puisqu'il apparaît que la question du « dol éventuel » a été évoquée, non dans la discussion de la « planification, de l'ordre ou de l'incitation », mais dans le cadre de la complicité (« aider et encourager »), au § 286 du jugement (« le complice doit avoir eu l'intention de fournir une assistance ou, tout au moins, avoir eu conscience que cette assistance serait une conséquence possible et prévisible de son comportement »). C'est dans le cadre de la complicité que « le risque pris par l'accusé » a été évoqué. Enfin, on doit noter qu'une incertitude similaire résulte du statut des attaques elles-mêmes. Si Blaskic a « ordonné les attaques ayant donné lieu aux crimes », il ne résulte pas de l'ensemble du jugement, et notamment des « conclusions finales » présentées aux §§ 744 à 754 que ces attaques n'aient pas été considérées, en elles-mêmes, comme illicites. Ainsi, précise la Chambre :

« Le 16 avril 1996, les forces croates, dont le général Blaskic est le supérieur hiérarchique, ont attaqué dans les municipalités de Vitez et de Busovaca (...) Les forces croates ont agi de façon parfaitement coordonnée. L'ampleur et l'uniformité des crimes commis contre la population musulmane sur une période aussi courte a permis de conclure sans aucun doute qu'il s'agissait d'une action planifiée, dont l'objectif était de faire fuir la population musulmane. Ces attaques ont ainsi présenté un caractère massif, systématique et violent. Elles se sont inscrites dans le cadre d'une politique de persécution des populations musulmanes » (§§ 749-751)

De l'ensemble de la présentation de la Chambre on doit donc pouvoir déduire que, dans la mesure où il a ordonné ces attaques, Blaskic a ordonné la persécution de ces populations. Par ailleurs, il est également responsable au titre de l'article 7 1) (complicité) pour avoir pris le risque que des actes de cruauté supplémentaires soient commis en recourant à des forces dont le comportement criminel était avéré. Enfin, le fait qu'il n'ait ni prévenu ni puni les auteurs de certains des crimes perpétrés emporterait également sa responsabilité au titre de l'article 7 3)<sup>97</sup>. La relative imprécision des indications de la Chambre n'est pas entièrement levée par la formulation retenue dans le dispositif du jugement. Cette dernière ne traduit pas la distinction apparemment établie par la Chambre entre l'ordre des attaques et la complicité dans les actes de cruauté auxquelles elles ont donné lieu. Ainsi Blaskic est-il notamment déclaré coupable d'avoir « ordonné » des « attaques contre des villes et des villages » mais également des « meurtres et atteintes graves à l'intégrité physique » ainsi que « la destruction et le pillage de biens ». Par ailleurs, on doit noter que le dispositif se conclut par la formule suivante, qui laisse certainement planer un doute sur la conviction que s'est faite la Chambre quant au type de participation de Blaskic à ces infractions :

« En tout état de cause, il a, en tant que supérieur hiérarchique, omis de prendre les mesures nécessaires et raisonnables qui auraient permis d'empêcher que ces crimes soient commis ou d'en punir leurs auteurs ».

### 3. 2. *Le concours d'infractions*

La réflexion sur le concours d'infractions initiée en 1999 dans l'affaire *Rutaganda* est prolongée dans l'affaire *Kupreskic*, la Chambre de première instance s'efforçant de dégager un certain nombre de règles en la matière. En se fondant sur les « principes communs aux divers systèmes juridiques du monde » (§ 669) la Chambre identifie deux critères permettant de retenir une seule infraction en cas de qualification multiples par le Procureur d'un même fait. Il convient en premier lieu de vérifier que l'une des deux infractions recouvre entièrement l'autre, auquel cas le « principe d'absorption » pourra s'appliquer, permettant au juge de ne retenir que la qualification la plus grave (§§ 681-692). En second lieu, il convient de vérifier que les deux infractions ne protègent pas des valeurs distinctes, mais ce critère n'est pas absolu. (§§ 693-695). Appliquant ces critères à l'acte d'accusation dont elle est saisie, la Chambre considère que l'assassinat comme crime contre l'humanité peut recouvrir l'accusation de meurtre comme crimes de guerre (§§ 700-704), de même que l'acte inhumain comme crime contre l'humanité peut recouvrir le chef de traitement cruel comme crime de guerre (§ 711). En revanche, au regard des faits présentés par l'accusation, l'infraction de meurtre ne peut recouvrir entièrement celle d'acte inhumain (§ 712) et l'infraction

<sup>97</sup> Cette déduction correspond semble-t-il à la manière dont la participation criminelle de Blaskic est présentée dans le cadre de la détermination de la peine qu'il encourt. En effet, la Chambre précise dans cette présentation qu'elle « est convaincue au-delà de tout doute raisonnable que le général Blaskic a ordonné des attaques qui ont visé la population civile musulmane, devenant ainsi le responsable des crimes qui ont été commis au cours de ces attaques, ou s'en est au moins rendu complice et, pour ceux qui ne découleraient pas de tels ordres, il a manqué à son obligation de les prévenir et après leur commission, il n'a pas pris les mesures qui s'imposaient pour en punir les auteurs. » (§ 789)

d'assassinat comme crime contre l'humanité ne recouvre pas entièrement celle du meurtre comme forme de persécution relevant également du crime contre l'humanité. Dans ce cas, l'assassinat enfreint donc deux dispositions différentes de l'article 5 du Statut. La Chambre détermine en outre la manière dont les problèmes relatifs au concours d'infraction devront être traités sur le plan procédural que ce soit au stade de l'élaboration de l'acte d'accusation (§§ 720-727) ou au stade du procès (§§ 728-748) en ménageant les « deux exigences fondamentales » et « apparemment contradictoires » que sont le respect des droits de l'accusé et le travail efficace du Procureur (§ 724). Enfin, elle confirme le principe de confusion des peines en cas de déclarations multiples de culpabilité pour un même fait (§§ 713-719).

### 3.3. La détermination des peines

La contestation des peines prononcées motive dans une large mesure les appels interjetés en 2000 contre les jugements de première instance (affaires *Serushago*, *Kambanda*, *Aleksovski*, *Furundzija*). On sait que ni le Statut, ni les R.P.P. des Tribunaux ne déterminent une échelle des peines. Les juges, qui considèrent à juste titre que le renvoi aux grilles de peines appliquées par les tribunaux ex-yougoslaves ou rwandais n'est qu'indicatif, disposent dès lors d'une grande liberté dans la détermination des peines. Toutefois, cette liberté conduit au prononcé de peines dont la variété est parfois troublante. On donnera ici trois illustrations de l'approche contrastée des diverses formations de jugement. De manière très générale on est, en premier lieu, frappé par la rigueur ou par la clémence dont font tout à tour preuve les Chambres des T.P.I. Ainsi, dans l'affaire *Aleksovski*, la Chambre d'appel est revenue sur la peine prononcée en première instance, dont le caractère modéré (deux ans et demi d'emprisonnement) semblait pourtant justifié au regard des faits reprochés<sup>98</sup> en l'aggravant de quatre ans, alors même que le condamné avait déjà été libéré<sup>99</sup>. A l'inverse, dans l'affaire *Serushago*, la peine de quinze ans d'emprisonnement infligée en première instance n'a pas été reconsidérée en appel, les faits reprochés étant pourtant d'une gravité extrême, puisque *Serushago* reconnaissait « être un des dirigeants de miliciens *Interahamwe* qui avaient le plus participé au massacre des Tutsis et des Hutus modérés dans la préfecture de Gisenyi »!<sup>100</sup> Il est vrai cependant que, dans cette dernière affaire, l'accusé avait plaidé coupable en première instance et qu'en appel le Procureur ne demandait évidemment pas à ce que la peine soit alourdie. Mais précisément, on peut en second lieu remarquer que la prise en compte du plaidoyer de culpabilité au titre des circonstances atténuantes est également contrastée. Dans l'affaire *Kambanda*, le plaidoyer n'a en aucune mesure permis d'alléger la peine d'emprisonnement à vie infligée (on s'interrogera ici sans doute à juste titre sur la pertinence de la stratégie choisie par l'ex-premier ministre rwandais, plaidant coupable de génocide...)<sup>101</sup>, tandis que dans l'affaire *Ruggiu*, il a été très largement pris en compte, la Chambre allant jusqu'à affirmer qu'« [i]l y a lieu de considérer le plaidoyer de culpabilité fait par l'accusé comme une circonstance atténuante dans la mesure où ce plaidoyer facilite l'administration de la justice en accélérant la procédure et en économisant les ressources » (§ 53). Notons que dans le même ordre d'idée, la reddition volontaire, n'a aucunement joué en faveur de *Blaskic*, la Chambre semblant même lui reprocher de ne s'être rendu qu'après avoir « très soigneusement préparé sa défense » (§ 776), alors qu'elle a permis d'alléger les peines infligées dans l'affaire *Kupreskic* (§ 853). Enfin, les Chambres accordent parfois une place déterminante à certains « éléments de personnalité », ce qui apparaît particulièrement troublant au regard des conclusions retenues dans certaines espèces. Ainsi, alors que *Ruggiu* a

<sup>98</sup> Sur l'affaire *Aleksovski*, voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1999, pp. 505-507.

<sup>99</sup> Arrêt *Aleksovski*, §§ 182-191.

<sup>100</sup> Arrêt *Serushago*, § 19.

<sup>101</sup> Arrêt *Kambanda*, §§ 114-126.

admis avoir incité au génocide par de nombreuses et explicites déclarations à la Radio Télévision des Mille collines au plus fort des massacres, la Chambre considère “établi le fait que l’accusé est un brave homme.” Il est particulièrement surprenant que sa nationalité belge ait pu, semble-t-il, jouer un rôle dans l’atténuation de la peine (12 ans d’emprisonnement) qui lui a été infligée. La Chambre a ainsi estimé :

« D’un niveau d’instruction moyen, l’accusé est un Européen inspiré par un sens de justice. Il semble également être un idéaliste (...) La Chambre prend en compte le fait que l’accusé n’était pas suffisamment informé de la situation politique et sociale au Rwanda pour être à même de s’en faire une opinion objective. (...) Certains faits permettent de dire qu’il a été fortement influencé par des individus qui ont pu abuser de sa crédulité » (§§ 61-63)

On aurait pu légitimement estimer à l’inverse que le fait d’avoir évolué dans une société européenne pacifiée et de ne pas avoir été éduqué dans la crainte communautaire pouvait venir aggraver sa responsabilité.

Dans l’affaire *Furundzija*, le Procureur demandait expressément à la Chambre d’appel de se prononcer en précisant le « régime de la peine » naissant dans la jurisprudence des Tribunaux. S’est sans doute fort prudemment que la Chambre d’appel a renoncé à se livrer à cet exercice excessivement complexe<sup>102</sup>. En effet, la détermination de ce « régime de la peine » pourrait rapidement s’avérer nécessaire mais relèverait sans doute plus d’une modification collégiale des R.P.P. des tribunaux. Il serait à cet égard utile d’opérer un encadrement réglementaire objectif de la peine, à partir d’un certain nombre de critères. Ainsi, la gravité intrinsèque des actes perpétrés pourrait, en premier lieu, permettre d’établir une « échelle des peines », certains actes de persécution, par exemple, pouvant apparaître moins graves que des actes de torture prolongés<sup>103</sup>. Cette échelle serait par ailleurs aisément complétée par la prise en compte du nombre de victimes des actes imputables à l’accusé. Parmi ces critères « objectifs » devraient également figurer le mode de participation à l’infraction collective; pour ce qui est des supérieurs hiérarchiques il conviendrait de distinguer la responsabilité pour ordre de la responsabilité pour omission, cette dernière figure pouvant encore se décomposer entre responsabilité pour « simple omission » et responsabilité pour omission dénotant une tolérance consciente<sup>104</sup>. Enfin, la hiérarchie entre les grandes infractions internationales, dont la précision et l’existence même fait encore l’objet de vifs débats<sup>105</sup> pourrait jouer un rôle dans cet encadrement objectif en justifiant par exemple un

<sup>102</sup> Arrêt *Furundzija*, §§ 224 et 238.

<sup>103</sup> Voir, par exemple, l’arrêt *Aleksovski*, § 182 : « L’appréciation de la gravité des actes d’un accusé constitue normalement le point de départ de la détermination de la peine appropriée. »

<sup>104</sup> Dans l’affaire *Blaskic*, la Chambre évoquant la jurisprudence *Celebici*, note à juste titre : « la position de supérieur hiérarchique n’emporte pas nécessairement aggravation de la peine (...). Quand un supérieur hiérarchique a manqué à son obligation de prévenir le crime commis, ou d’en punir l’auteur, il devrait être puni d’une peine plus lourde que les subordonnés ayant commis le crime, *dans la mesure où* ce manquement traduit une certaine tolérance, voire un assentiment (...) et contribue à encourager la commission de nouveaux crimes » (italiques ajoutées). L’interprétation de cette formule est cependant délicate puisque la suite du paragraphe apparaît quelque peu contradictoire, la Chambre y affirmant que « la position de supérieur hiérarchique doit donc entraîner une aggravation systématique de la peine (...) et, ce, indépendamment de la question du mode de participation au crime » (§ 789).

<sup>105</sup> Initiés, on s’en rappelle dans l’arrêt *Erdemovic*. Voir cette chronique, *A.F.D.I.*, 1997, p. 397. Dans l’affaire *Furundzija*, la Chambre d’appel s’est déclarée convaincue par la position exprimée dans l’arrêt *Tadic* de 1999, en vertu de laquelle, le crime contre l’humanité ne peut être considéré comme plus grave que le crime de guerre. Il est clair que la réintroduction de l’élément de discrimination par l’utilisation des persécutions dans l’affaire *Kupreskic* pourrait venir modifier cette analyse. Dans sa déclaration annexée à l’arrêt *Furundzija*, le Juge Vohrah soutient la position qu’il avait déjà exprimée dans l’affaire *Erdemovic*. Pour ce Juge : « Bien qu’on ne puisse classer tous les crimes dans un continuum ou une hiérarchie en fonction de leur gravité, certains crimes seront toujours considérés comme les pires qui puissent être commis. C’est notamment le cas du génocide et des crimes

alourdissement des peines en cas d'infraction discriminatoire (crime contre l'humanité et génocide). Ce n'est qu'à partir du moment où auraient été pris en compte ces différents critères, par le biais d'une motivation spécifique, que se poserait la question de l'individualisation de la peine et des circonstances atténuantes et/ou aggravantes, où se manifesterait alors plus légitimement le « pouvoir souverain d'appréciation des juges », ou « pouvoir discrétionnaire », pour reprendre les deux formules employées dans l'affaire *Serushago*...<sup>106</sup> En tout état de cause, un encadrement plus rigoureux de la peine devrait permettre d'éviter que les éléments retenus afin de qualifier le crime ne puissent constituer également des circonstances aggravantes, comme par exemple dans l'affaire *Blaskic* où l'intention discriminatoire justifiant une qualification de crime contre l'humanité semble avoir, notamment, joué ce rôle (§ 785, la Chambre paraissant prolonger la confusion fréquente de l'intention et du mobile). De même, l'absence de commission de certains crimes ne saurait logiquement constituer une circonstance atténuant la responsabilité de la personne condamnée pour d'autres. On peut à cet égard considérer comme surprenante la conclusion de la Chambre de première instance dans l'affaire *Ruggiu* qui a estimé que la responsabilité du journaliste pour incitation au génocide est atténuée, notamment, par le fait qu'il « n'a pas personnellement participé aux massacres et ne s'est pas servi de son pistolet » (§ 78) ...

---

contre l'humanité. Ces crimes sont considérés comme les « crimes des crimes » principalement parce qu'ils sont commis contre des groupes en tant que tels ou visent généralement un grand nombre de personnes, souvent pour des motifs discriminatoires » (§ 5). Le Juge Vohrah précise par ailleurs : « Naturellement, une Chambre doit tenir compte des circonstances particulières et du degré de culpabilité de chaque personne pour déterminer une peine. Ainsi, dans bien des cas, quand les choses ne sont pas égales par ailleurs, un crime de guerre peut entraîner une peine plus lourde qu'un crime contre l'humanité ou un génocide. Par exemple, un homicide intentionnel constitutif de crime de guerre entraînerait probablement une peine plus lourde qu'une tentative de génocide avortée et des tortures constitutives de crimes de guerre pourraient entraîner une peine plus longue que des traitements inhumains constitutifs de crime contre l'humanité. Il est important de souligner que dans de tels cas, les choses *ne sont pas* égales par ailleurs. Lorsque les choses *sont* égales par ailleurs (pour le même acte, une personne est reconnue coupable de torture en tant que crime de guerre ou de torture en tant que crime contre l'humanité), il appert que bien que les sévices infligés à la personne puissent être les mêmes, le tort causé à la société sera nécessairement plus important si un crime contre l'humanité est constitué. Ce préjudice accru devrait normalement se traduire dans la peine. » (§ 6).

<sup>106</sup> Arrêt *Serushago*, §§ 32-33.