

LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE : *STILL ALIVE!*

Vincent Sautenet

Volume 16, Number 2, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069431ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069431ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Sautenet, V. (2003). LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE : *STILL ALIVE!* *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 16(2), 323–362. <https://doi.org/10.7202/1069431ar>

LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE : *STILL ALIVE!*

Par Vincent Sautenet*

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie¹, né il y a déjà dix ans de cela d'une conjoncture favorable, ne laissait sans doute pas présager un si bel avenir juridique... Force est néanmoins de constater qu'aujourd'hui, ses contributions, bien que son mandat ne concernait que le territoire de l'ex-Yougoslavie, dépassent très largement les attentes des juristes qui ont assisté à sa croissance et à son épanouissement.

Aujourd'hui, l'idée d'une justice internationale n'effraie plus. Le chemin qui a conduit à La Haye a ouvert d'autres horizons, et le scepticisme des débuts n'a de valeur qu'à la lumière des limites mêmes du droit international, fruit de la politique dont le climat détermine la croissance. Mais passé ce réalisme froid, il n'en reste pas moins que la progression est là, progression du droit et de l'opinion publique.

La présente chronique est consacrée au second semestre de l'année 2003 et à son actualité juridique une nouvelle fois intense. La sélection opérée a été consacrée aux contributions qui traitaient principalement de droit international humanitaire, et s'est donc faite à l'exclusion des évolutions procédurales : délivrance d'injonctions à comparaître², communication avec des témoins potentiels de la partie adverse³, admission de déclarations écrites se rapportant aux actes et au comportement de

* Vincent Sautenet, LL.M. en droit international de la personne (Université d'Essex, Royaume-Uni), est juriste adjoint à la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Il a été responsable de l'Unité juridique des services d'information publique (SIP) du greffe du Tribunal pénal international (TPIY) de juin 2002 à octobre 2004 et a rédigé pendant cette période le *Supplément judiciaire*, publication bilingue traitant des avancées jurisprudentielles du TPIY, de sa contribution au droit international humanitaire (droit des conflits armés) et au droit pénal international. Cette publication ainsi que l'ensemble des informations fournies par les SIP sont disponibles en ligne : Nations Unies <www.un.org/icty>. La présente chronique reprend en partie, avec l'autorisation de son éditeur, les analyses publiées dans le *Supplément judiciaire*.

Les vues exprimées dans le présent article sont celles de l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles des Nations Unies.

¹ Le Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (ci-après « Tribunal international » ou « TPIY »), a été créé en vertu de la Résolution 827 (Rés. CS 827, Doc. off. CS NU, 48^e sess., Doc. NU S/RES/827 (1993).) par le Conseil de sécurité des Nations Unies.

² *Procureur c. Krstic* (2003), Affaire n° IT-98-33-A, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>, (*Arrêt relatif à la demande d'injonctions*).

³ *Procureur c. Mrksic* (2003), Affaire n° IT-95-13/1-AR73, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, (*Décision relative à l'appel interlocutoire de la défense concernant la communication avec des témoins potentiels de la partie adverse*).

l'accusé⁴, critère juridique applicable à la recevabilité de faits admis dans d'autres affaires⁵, etc⁶.

Seront successivement traitées les décisions suivantes :

- le jugement portant condamnation dans l'affaire *Momir Nikolic*, en ce qu'il permet de comprendre ce que sont les accords sur le plaidoyer au TPIY et traite notamment de l'incidence de ceux-ci sur le mandat du Tribunal et la qualité de la justice rendue;
- l'arrêt *Krnjelac*, en ce qu'il développe de manière détaillée la théorie juridique de l'entreprise criminelle commune, et pour ses clarifications apportées à la définition du crime de persécution à raison de déportation et d'expulsion;
- le jugement *Galic*, pour son approche extensive des attaques contre des civils en tant que violations des lois ou coutumes de la guerre, et pour avoir discuté, pour la première fois, du crime de terrorisation de la population civile ;
- la décision *Hadzihasanovic et Kubura*, en ce qu'elle étend le champ d'application du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique aux conflits armés internes.

I. *Le Procureur c. Momir Nikolic, IT-02-60/1-S, jugement portant condamnation, 2 décembre 2003*⁷

D'après l'acte d'accusation initial⁸, il était reproché à Momir Nikolic d'avoir participé à une entreprise criminelle commune qui avait pour objectif

le transfert forcé des femmes et des enfants de l'enclave de Srebrenica vers Kladanj les 12 et 13 juillet 1995, et, du 12 au 19 juillet 1995 environ, la

⁴ *Procureur c. Milosevic* (2003), Affaire n° IT-02-54-AR73.4, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, (*Décision relative à l'appel interlocutoire formé par l'accusation contre la décision relative à l'admissibilité de déclarations écrites présentées dans le cadre de l'exposé de ses moyens*).

⁵ *Procureur c. Milosevic* (2003), Affaire n° IT-02-54-AR73.5, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, (*Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de dresser le constat judiciaire de fait admis dans d'autres affaires rendue le 10 avril 2003 par la Chambre de première instance*).

⁶ Toutes ces décisions ont fait l'objet d'une analyse dans le *Supplément judiciaire* et sont disponibles, ainsi que d'autres analyses des décisions marquantes depuis 1999, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/publications-f/index.htm>>.

⁷ *Procureur c. Momir Nikolic* (2003), Affaire n° IT-02-60/1, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-f.htm>>, (*Jugement portant condamnation*).

⁸ *Procureur c. Momir Nikolic* (2002), Affaire n° IT-02-56-I, Acte d'accusation initial (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, (*Acte d'accusation initial*).

capture, la détention, l'exécution sommaire par des pelotons d'exécution et l'enfouissement, à deux reprises, des cadavres de milliers d'hommes et de garçons musulmans de Bosnie de l'enclave de Srebrenica, âgés de 16 à 60 ans.⁹

Le présent jugement a été rendu sur la base de l'*Accord modifié relatif au plaidoyer* déposé le 7 mai 2003 par les deux parties, par lequel la Chambre de première instance avait déclaré Momir Nikolic coupable du chef 5 de l'acte d'accusation, c'est-à-dire de persécutions, un crime contre l'humanité sanctionné par l'article 5 (h) du *Statut* du Tribunal. Suite aux audiences consacrées à la peine en l'espèce (27 au 29 octobre 2003), la Chambre de première instance a rendu le présent jugement, condamnant Momir Nikolic à vingt-sept ans d'emprisonnement, et apportant notamment sa contribution à l'éclaircissement de ce qu'est un accord sur le plaidoyer au TPIY et des incidences sur l'exercice de son mandat et la qualité de la justice rendue.

A. Accord relatif au plaidoyer

Momir Nikolic a accepté de plaider coupable au chef 5 de l'acte d'accusation (persécutions, un crime contre l'humanité) et a reconnu sa culpabilité et son entière responsabilité pour les actes visés dans l'acte d'accusation¹⁰. Il a affirmé savoir que si un procès devait avoir lieu, le Procureur serait tenu de prouver, au-delà de tout doute raisonnable, les éléments suivants de l'article 5 (h) du *Statut*¹¹ :

- a) l'existence d'un conflit armé à l'époque visée par l'acte d'accusation¹² ;
- b) une attaque généralisée ou systématique contre une population civile, dans le cadre de laquelle il a commis à l'encontre de la population civile des actes portant atteinte à des droits de la personne fondamentaux¹³ ;
- c) le fait qu'il a commis ces actes pour des raisons politiques, raciales ou religieuses et qu'il était animé d'une intention discriminatoire¹⁴, et
- d) le fait qu'il était informé du contexte général dans lequel s'inscrivait son comportement¹⁵.

⁹ *Ibid.*, para. 17.

¹⁰ *Procureur c. Momir Nikolic* (2003), Affaire n° IT-02-56-I, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, para. 3, (*Accord modifié sur le plaidoyer*).

¹¹ *Ibid.*, para. 6.

¹² Momir Nikolic a convenu que le conflit armé allégué au para. 15 de l'*Acte d'accusation* est celui qui a commencé le 6 avril 1992 pour se terminer avec l'*Accord de paix de Dayton*, signé le 14 décembre 1995.

¹³ Momir Nikolic a convenu que l'attaque généralisée ou systématique dirigée contre la population civile de Srebrenica, telle qu'alléguée au para. 17 de l'*Acte d'accusation* et décrite aux para. 18 à 26, a notamment été mise en œuvre par les cinq moyens énumérés au para. 59 de l'*Acte d'accusation*, *supra* note 8.

¹⁴ Momir Nikolic a convenu qu'une des raisons pour laquelle il a commis ces actes décrits dans l'*Acte d'accusation* et dans l'*Accord modifié relatif au plaidoyer* tient au fait que les victimes étaient des Musulmans de Bosnie.

Momir Nikolic a également accepté de « coopérer avec le Bureau du Procureur et de lui fournir des informations véridiques et complètes chaque fois qu'il sera sollicité »¹⁶, et, notamment, de rencontrer aussi souvent que nécessaire des membres du Bureau du Procureur, de témoigner sincèrement durant le procès de ses coaccusés en l'espèce, et « dans tout autre procès, audience ou procédure engagée devant le Tribunal, si l'accusation le lui demande »¹⁷. Il a confirmé qu'il « accept[ait] de ne pas interjeter appel de la peine prononcée par la Chambre de première instance à moins qu'elle n'excède la fourchette recommandée par les parties »¹⁸.

Momir Nikolic a reconnu qu'en plaçant coupable, il avait volontairement renoncé aux droits procéduraux suivants :

Le droit de plaider non coupable et d'imposer à l'accusation la charge de prouver les faits incriminés dans l'acte d'accusation au-delà de tout doute raisonnable dans le cadre d'un procès [...] équitable et public; le droit de préparer et de présenter sa défense contre les accusations portées contre lui dans le cadre de pareil procès public [...]; le droit d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; le droit, lors de son procès; le droit de ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable; le droit [...] de garder le silence [...], et le droit d'interjeter appel d'une déclaration de culpabilité, ou de toute décision rendue au cours de la phase préalable au procès.¹⁹

À son tour, l'accusation s'est engagée à ce qui suit :

requ[érir] devant la Chambre de première instance une peine comprise entre quinze et vingt ans, à [recommander] que soit déduite de la peine la durée de la période durant laquelle l'accusé a été détenu par le [Tribunal]²⁰, et de demander, dès lors que la Chambre de première instance aurait favorablement accueilli le plaidoyer de culpabilité, le retrait des chefs d'accusation restants à l'encontre de Momir Nikolic, sans préjudice des droits de l'une ou l'autre partie.²¹

Tant dans l'*Accord modifié relatif au plaidoyer* qu'à l'audience consacrée au plaidoyer, Momir Nikolic a déclaré qu'il comprenait tous les aspects de l'*Accord sur le plaidoyer* et qu'il avait conclu celui-ci de son plein gré, sans subir ni menaces ni pressions. En outre, il a affirmé être conscient que la Chambre de première instance

¹⁵ Momir Nikolic a convenu qu'il était informé des abus généralisés ou systématiques décrits dans l'*Acte d'accusation* et dans l'*Accord modifié relatif au plaidoyer*, et de leur effet sur l'ensemble de la population musulmane de Bosnie dans l'enclave de Srebrenica.

¹⁶ *Supra* note 10, para. 9.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*, para. 14.

¹⁹ *Ibid.*, para. 17.

²⁰ *Ibid.*, para. 4 (a).

²¹ *Ibid.*, para. 4 (b).

n'était pas tenue de prononcer une peine comprise dans la fourchette requise par les parties²². Durant l'audience consacrée au plaidoyer, la Chambre de première instance l'a interrogé sur tous les aspects de son plaidoyer de culpabilité²³. Lorsqu'il a ensuite été prié de plaider coupable ou non coupable pour le chef 5, il a plaidé coupable²⁴.

À la fin de l'audience consacrée au plaidoyer, la Chambre de première instance, compte tenu de l'*Accord modifié relatif au plaidoyer* et de l'« exposé des faits et reconnaissance de responsabilité »²⁵, a conclu qu'il existait suffisamment d'éléments factuels établissant le crime de persécutions pour qu'elle accueille favorablement le plaidoyer de culpabilité. La Chambre de première instance a été convaincue que le plaidoyer de culpabilité répondait aux conditions fixées par l'article 62 *bis* du *Règlement*²⁶ et elle a, par conséquent, déclaré Momir Nikolic coupable du chef 5 de l'acte d'accusation²⁷.

B. Reconnaissance de culpabilité comme fondement de la déclaration de culpabilité

La Chambre de première instance a examiné le droit que le Tribunal applique en matière de plaidoyers de culpabilité. L'article 62 *bis* du *Règlement*, adopté durant la quatorzième session plénière des 20 octobre et 12 novembre 1997²⁸, énonce les éléments qui doivent être établis pour pouvoir prononcer une déclaration de culpabilité sur la base d'un plaidoyer en ce sens. L'article 62 *ter*²⁹ du *Règlement*

²² *Ibid.*, para. 13, 19 et 21.

²³ Audience consacrée au plaidoyer, *Ibid.*, p. 292 à 294. La Chambre de première instance a particulièrement cherché à savoir si Momir Nikolic était conscient des conséquences qu'un plaidoyer de culpabilité, concernant des crimes contre l'humanité (persécutions), pouvait entraîner, en partie afin de s'assurer qu'un tel plaidoyer a été fait en connaissance de cause. Nikolic a répondu qu'on lui avait expliqué quelles étaient les conséquences de son plaidoyer.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ La partie intitulée « Exposé des faits et reconnaissance de responsabilité » est jointe en annexe B du jugement, *supra* note 7.

²⁶ *Règlement de procédure et de preuve*, Rev. 33, (17 décembre 2004), (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/legaldoc-f/index.htm>>. L'article 62 *bis* du *Règlement (Plaidoyers de culpabilité)* se lit comme suit :

Si un accusé plaide coupable conformément au paragraphe vi de l'article 62 ou demande à revenir sur son plaidoyer de non culpabilité et si la Chambre de première instance estime que :

i) le plaidoyer de culpabilité a été fait délibérément,

ii) il est fait en connaissance de cause,

iii) il n'est pas équivoque et

iv) qu'il existe des faits suffisants pour établir le crime et la participation de l'accusé à celui-ci, compte tenu soit d'indices indépendants soit de l'absence de tout désaccord déterminant entre les parties sur les faits de l'affaire,

la Chambre de première instance peut déclarer l'accusé coupable et donne instruction au greffier de fixer la date de l'audience consacrée au prononcé de la sentence.

²⁷ *Supra* note 10, à la p. 294.

²⁸ Quatorzième séance plénière qui s'est tenue les 20 octobre et 12 novembre 1997, IT/32/Rev.12. L'article 62 *bis* a par la suite été modifié à l'occasion de quatre séances plénières et plus récemment, à la vingt-cinquième séance plénière du 13 décembre 2001, IT/32/Rev.22.

²⁹ *Supra* note 26. L'article 62 *ter* du *Règlement (Procédure en cas d'accord sur le plaidoyer)* se lit comme suit :

prévoit quant à lui la procédure à suivre lorsque l'accusation et la défense concluent un accord sur le plaidoyer. Cette disposition a été adoptée durant la vingt-cinquième session plénière du 13 décembre 2001. Avant que l'article 62 *ter* ne soit ajouté au *Règlement*, l'accusation avait eu l'occasion de conclure six « accords sur le plaidoyer » avec les avocats de la défense de six accusés ayant plaidé coupable³⁰.

A) Le Procureur et la défense peuvent convenir que, après que l'accusé aura plaidé coupable de l'ensemble des chefs d'accusation, de l'un ou de plusieurs de ces chefs, le Procureur prendra tout ou partie des dispositions suivantes devant la Chambre de première instance :

i) demandera l'autorisation de modifier l'acte d'accusation en conséquence,
 ii) proposera une peine déterminée ou une fourchette de peines qu'il estime appropriées,
 iii) ne s'opposera pas à la demande par l'accusé d'une peine déterminée ou d'une fourchette de peines.

B) La Chambre de première instance n'est pas tenue par l'accord visé au paragraphe A.

C) Si les parties ont conclu un accord sur le plaidoyer, la Chambre de première instance demande la divulgation de l'accord en question, soit en audience publique soit, si des motifs convaincants ont été présentés, à huis clos, au moment où l'accusé plaide coupable conformément à l'article 62 (vi), ou demande à revenir sur son plaidoyer de non culpabilité.

³⁰ *Procureur c. Erdemovic* (1998), Affaire n° IT-96-22, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (premier plaidoyer de culpabilité présenté le 31 mai 1996; deuxième plaidoyer de culpabilité présenté le 14 janvier 1998, 5 années d'emprisonnement); *Procureur c. Goran Jelusic* (2001), Affaire n° IT-95-10, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 29 octobre 1998, 40 années d'emprisonnement); *Procureur c. Stevan Todorovic* (2001), Affaire n° IT-95-9/1, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 13 décembre 2000, 10 années d'emprisonnement); *Procureur c. Dusko Sikirica* (2001), Affaire n° IT-95-8, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 19 septembre 2001, 15 années d'emprisonnement); *Procureur c. Damir Dosen*, Affaire n° IT-95-8, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 19 septembre 2001, 5 années d'emprisonnement); et *Procureur c. Dragan Kolundzija*, Affaire n° IT-95-8, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 4 septembre 2001, 3 années d'emprisonnement). La Chambre de première instance a fait observer que les conditions de ces accords variaient considérablement, et que dans les affaires *Erdemovic* et *Jelusic*, le premier plaidoyer de culpabilité semble avoir précédé toute négociation entre les parties sur le plaidoyer. Dix autres accusés ont plaidé coupable : *Procureur c. Milan Simic* (2002), Affaire n° IT-95-9/2, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 15 mai 2002, 5 années d'emprisonnement); *Procureur c. Biljana Plavsic* (2003), Affaire n° IT-00-39&40, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 2 octobre 2002, 11 années d'emprisonnement); *Procureur c. Momir Nikolic* (2003), Affaire n° IT-02-60/1, *supra* note 7, (plaidoyer de culpabilité présenté le 7 mai 2003, 27 années d'emprisonnement); *Procureur c. Dragan Obrenovic* (2003), Affaire n° IT-02-60/2, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 21 mai 2003, 17 années d'emprisonnement), *Predrag Banovic* (2003), Affaire n° IT-02-65, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 26 juin 2003, 8 années d'emprisonnement); *Procureur c. Darko Mrdja* (2003), Affaire n° IT-02-59, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 24 juillet 2003); *Procureur c. Miodrag Jokic* (2003), Affaire n° IT-01-42, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de culpabilité présenté le 27 août 2003); *Procureur c. Dragan Nikolic* (2003), Affaire n° IT-94-02, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaidoyer de

L'accusation a proposé l'adoption de l'article 62 *ter* afin qu'une procédure formelle encadre une pratique déjà établie³¹. On a estimé que l'introduction dans le *Règlement* d'une disposition relative aux accords sur le plaider serait utile à toutes les parties et aux accusés, car ils sont souvent originaires de systèmes juridiques où de tels accords sont rares, voire inexistant³².

C. Procédure relative à l'accord sur le plaider

1. NÉGOCIATIONS

La Chambre de première instance a rappelé que l'accord relatif au plaider est le fruit de négociations entre l'accusation et l'accusé³³. Les questions débattues peuvent inclure les accusations pour lesquelles l'accusé plaidera coupable, les allégations factuelles figurant dans l'acte d'accusation, le degré de coopération entre l'accusé et l'accusation, un accord sur la peine ou sur la fourchette de peines qu'il convient de recommander, l'engagement de ne pas interjeter appel de la peine si celle-ci se situe dans la fourchette préconisée dans l'accord relatif au plaider et l'engagement pris par l'accusé de renoncer à certains droits de procédure. La Chambre de première instance ne participe pas aux négociations sur l'accord relatif au plaider car elle doit rester impartiale. En outre, les juges étant les garants du respect des droits de l'accusé, leur participation à pareilles négociations risque de porter atteinte au droit d'être présumé innocent en cas d'échec de la négociation sur le plaider³⁴.

2. EXAMEN PAR LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE

Une fois l'accord conclu, il est soumis au contrôle de la Chambre de première instance. Celle-ci peut se pencher sur les conditions inscrites dans l'accord pour s'assurer qu'aucune des parties n'a été traitée injustement et, plus particulièrement, que les droits de l'accusé sont respectés³⁵. Une fois que l'accord sur le plaider a été accepté, la Chambre de première instance continue d'assurer son rôle de garant de l'équité de la procédure et du respect des droits de l'accusé en examinant la nature du plaider de culpabilité, comme prévu à l'article 62 *bis* du *Règlement*³⁶.

culpabilité présenté le 4 septembre 2003, 23 années d'emprisonnement); *Procureur c. Miroslav Deronjic* (2003), Affaire n° IT-02-61, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaider de culpabilité présenté le 30 septembre 2003) et *Procureur c. Ranko Cesic* (2003), Affaire n° IT-95-10/1, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, (plaider de culpabilité présenté le 8 octobre 2003).

³¹ *Procureur c. Momir Nikolic* (2003), Affaire n° IT-02-60/1, *supra* note 7 para. 46.

³² Les plaidoyers de culpabilité ne s'accompagnent pas toujours d'un accord relatif au plaider.

³³ *Supra* note 7, para. 48.

³⁴ *Ibid.*, note de bas de page 89.

³⁵ *Ibid.*, para. 49.

³⁶ *Ibid.* Voir *Procureur c. Erdemovic* (1997), Affaire n° IT-96-22-A, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex->

Le plaider de culpabilité doit : i) avoir été fait délibérément ; ii) avoir été fait en connaissance de cause ; iii) ne pas être équivoque ; iv) comprendre des faits suffisants pour établir le crime et le comportement criminel de l'accusé. Après s'être assurée que les quatre conditions nécessaires pour qu'elle puisse accueillir un plaider de culpabilité aient été remplies, la Chambre de première instance peut prononcer la déclaration de culpabilité. Celle-ci est donc libre d'accepter ou non un plaider. Si une Chambre de première instance peut rejeter un plaider de culpabilité parce qu'elle n'est pas satisfaite des conditions énoncées dans l'accord lui-même ou n'est pas convaincue que les droits de l'accusé ont été dûment protégés, elle peut également le rejeter parce qu'elle estime que l'accord n'est pas dans l'intérêt de la justice³⁷.

La Chambre de première instance a conclu que « bien que les parties soient libres de conclure ou non un accord sur le plaider, les Chambres de première instance conservent la maîtrise en dernier ressort tant du processus aboutissant au plaider que de la procédure dans son ensemble »³⁸.

D. Opportunité des plaiders de culpabilité

Compte tenu du « recours accru [aux] accords [sur le plaider] »³⁹, la Chambre de première instance s'est posé la question de l'opportunité de pareils accords dans les affaires de violations graves du droit international humanitaire. Bien qu'elle ait reconnu que le *Statut* du Tribunal autorise la conclusion de tels accords, elle a émis à leur égard certaines réserves, qui tiennent tant à « la nature des crimes qui relèvent de la compétence du Tribunal qu'au texte sur lequel se fonde la création du Tribunal, à savoir le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies »⁴⁰.

1. MANDAT DU TRIBUNAL

La Chambre de première instance a rappelé qu'à la création du Tribunal, le Conseil de sécurité voulait « mettre fin à de tels crimes »⁴¹. Le Tribunal devait rendre la justice dans le cadre de procédures pénales, servant plusieurs fins : prendre des mesures appropriées en vue de traduire en justice et punir les individus responsables de ces actes, reconnaître les souffrances et les pertes des victimes de ces crimes, faire savoir que ce type de comportement ne serait pas toléré, prévenir la commission de nouveaux crimes, contribuer à la restauration et au maintien de la paix, sanctionner les responsables de ces crimes de sorte que la culpabilité du petit nombre ne rejaillisse

f.htm», (opinion individuelle présentée conjointement par Madame la Juge McDonald et Monsieur le Juge Vohrah, au para. 7 de laquelle on lit notamment ce qui suit : « *L'institution du plaider de culpabilité, bien qu'elle assure une efficacité administrative, ne doit en aucun cas porter atteinte aux droits de l'accusé prévus à l'article 20 (1) du Statut* ».

³⁷ *Ibid.*, para. 54.

³⁸ *Ibid.*, para. 49.

³⁹ *Ibid.*, para. 57.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Rés. CS 808, 48^e sess., 3175^e séance, Doc. NU S/RES/808 (1993); Rés. CS 827, *supra* note 1.

pas sur les innocents et établir un récit historique accessible à tous afin d'empêcher de futurs actes d'agression⁴².

2. INCIDENCES SUR LE MANDAT DU TRIBUNAL

La Chambre de première instance a indiqué que si un accusé est déclaré coupable parce qu'il a reconnu sa culpabilité, « certains des objectifs poursuivis à travers la tenue d'un procès pénal [...] ne sont pas pleinement atteints »⁴³. Plus particulièrement, aucun procès public n'est tenu, aucun ou moins d'éléments de preuve ne sont présentés et par conséquent, le récit historique est incomplet⁴⁴. Les victimes n'ont pas l'occasion de faire entendre leur voix, bien qu'on puisse citer quelques-unes d'entre elles à comparaître comme témoin lors de la procédure de fixation de la peine⁴⁵.

De l'avis de la Chambre de première instance, l'aspect le plus inquiétant de la question tient à ce qu'un plaidoyer de culpabilité puisse entraîner le retrait de certaines accusations ou allégations de faits. En cas de retrait d'allégations factuelles, le « récit des événements qui est mis à la disposition du public dans une affaire peut être incomplet ou risque, à tout le moins, de susciter des doutes, dans la mesure où le public ne sait pas si les allégations ont été retirées pour cause d'insuffisance de preuves »⁴⁶ ou simplement parce qu'elles constituaient « une monnaie d'échange »⁴⁷ dans le cadre des négociations. Dans les cas où des accusations sont retirées, la Chambre de première instance a déclaré que la plus grande prudence s'impose⁴⁸. Le Procureur a le « devoir de poursuivre les auteurs de violations graves du droit international humanitaire »⁴⁹. Une fois qu'une accusation de génocide a été confirmée, on ne saurait en faire « une simple monnaie d'échange dans une négociation »⁵⁰. Si l'accord relatif au plaidoyer conclu entre le Procureur et l'accusé « ne reflète pas la totalité du comportement criminel ou si les chefs d'accusation restants ne reflètent pas suffisamment la gravité des crimes commis, on ne pourra que se demander si justice est effectivement faite »⁵¹. En outre, la Chambre de première instance a déclaré que

[l]es condamnations prononcées par une Chambre de première instance doivent fidèlement décrire le comportement et les crimes qui ont réellement été ceux des accusés et ne pas se contenter de refléter l'accord des parties sur ce qui leur semble être un règlement acceptable de l'affaire.⁵²

⁴² *Supra* note 31, para. 59 et 60.

⁴³ *Ibid.*, para. 61.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, para. 62.

⁴⁶ *Ibid.*, para. 63.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, para. 65.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

La Chambre de première instance a rappelé qu'elle est tenue de veiller à ce que la justice réserve le même traitement à tous les accusés⁵³. Elle s'est inquiétée de ce que « le Procureur peut souhaiter conclure un accord sur le plaidoyer avec un accusé donné parce que la connaissance qu'il a de certains événements peut se révéler utile dans le cadre des poursuites engagées contre d'autres accusés »⁵⁴. D'autres accusés, dont la participation peut avoir été moindre, risquent de ne pas se voir proposer d'accords relatifs au plaidoyer.

3. ÉCONOMIE DES MOYENS JUDICIAIRES ET QUALITÉ DE LA JUSTICE

La Chambre de première instance a fait observer « que l'économie de temps et de ressources a souvent été considérée comme un argument de poids justifiant de favoriser les accords sur le plaidoyer »⁵⁵. Elle a considéré qu'elle ne pouvait partager entièrement ce point de vue. Tout en appréciant l'économie des ressources du Tribunal qui peut être ainsi réalisée, elle a estimé que dans des affaires de cette ampleur, pour lesquelles le Tribunal s'est vu confier la mission « de rendre la justice pour l'ex-Yougoslavie par des procès pénaux équitables, menés conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme et dans le respect des droits des accusés et des victimes »⁵⁶, cette considération ne doit pas se voir accorder une importance exagérée⁵⁷. La Chambre de première instance a ajouté qu'elle « ne saurait transiger sur la qualité de la justice et l'exécution du mandat confié au Tribunal » et que « si des économies de temps et de ressources peuvent résulter des plaidoyers de culpabilité, on ne saurait y voir une raison majeure de favoriser les plaidoyers de culpabilité issus d'accords entre l'accusé et le Procureur »⁵⁸.

4. AVANTAGES DES PLAIDOYERS DE CULPABILITÉ

La Chambre de première instance a passé en revue les avantages que présentent les plaidoyers de culpabilité. Elle a rappelé que d'autres Chambres de première instance et la Chambre d'appel avaient déjà examiné certains aspects de cette question, dont les avantages qui en découlent, à savoir que l'accusé et le

⁵³ *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Doc. Off. CS, 48^e sess. (1993). L'art. 21 (1) du *Statut* du Tribunal : « Tous sont égaux devant le Tribunal international ».

⁵⁴ *Supra* note 31, para. 66.

⁵⁵ *Ibid.*, para. 67. Voir également *supra* note 36, para. 2.

⁵⁶ *Ibid.*, note de bas de page 120. « S'agissant du statut des victimes, la Chambre de première instance fait remarquer que, si certaines des victimes qui étaient censées témoigner en cas de procès peuvent préférer que l'accusé plaide coupable, d'autres peuvent préférer qu'un procès public se tienne en bonne et due forme ».

⁵⁷ *Procureur c. Milosevic* (2003), Affaire n° IT-02-54-A73.4, *supra* note 5, (opinion dissidente du Juge Hunt relative à l'admissibilité de déclarations écrites présentées par l'accusation dans le cadre de l'exposé de ses moyens, para. 21 et 22); voir également *Supplément judiciaire*, n°44, (1993), (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/publications-f/index.htm>>.

⁵⁸ *Supra* note 31, para. 67 (souligné dans l'original).

Procureur évitent un long procès, que cela puisse aider l'accusé « à soulager sa conscience et à racheter ses erreurs »⁵⁹, ainsi qu'à s'épargner « le sentiment d'indignité qui accompagne la tenue d'un procès »⁶⁰, et enfin que l'accusé puisse aussi se voir infliger une peine moins lourde⁶¹. La Chambre de première instance a énuméré d'autres avantages que présentent les plaidoyers de culpabilité :

- les plaidoyers de culpabilité peuvent [sans doute] contribuer considérablement à la mission du Tribunal de restauration de la paix et de réconciliation en ex-Yougoslavie;
- en reconnaissant que des crimes ont été commis et en confessant son rôle dans la souffrance d'autrui, l'accusé qui plaide coupable fait un constat peut-être plus important et significatif aux yeux des victimes et des survivants que la conclusion tirée par une Chambre dans le même sens [...];
- lorsque l'aveu de la culpabilité s'accompagne de l'expression de remords sincères, la réconciliation peut en être grandement favorisée⁶²;
- dans la mesure où les auteurs des crimes sont traduits en justice, le plaidoyer de culpabilité conduit directement à la réalisation d'un objectif fondamental du Tribunal;
- les plaidoyers de culpabilité peuvent faire avancer les enquêtes et permettre la présentation de moyens de preuve aux procès⁶³.

E. Conclusion

La Chambre de première instance a conclu que « tout bien considéré, les plaidoyers de culpabilité consécutifs à un accord entre les parties peuvent assister le Tribunal dans ses activités et contribuer à la réalisation de son mandat », mais que « la prudence est de mise en la matière, le recours à pareils accords devant être circonscrit aux cas où il sert l'intérêt de la justice »⁶⁴.

En l'espèce, la Chambre de première instance s'est inquiétée de savoir si elle devait accueillir un plaidoyer de culpabilité compte tenu de l'ampleur des crimes commis à la suite de la chute de Srebrenica et du fait que Nikolic avait à l'origine été accusé de génocide. Toutefois, la Chambre de première instance a relevé l'importance du témoignage qu'un membre du cercle des « initiés » serait prêt à fournir⁶⁵. Elle a accordé

⁵⁹ *Ibid.*, note de bas de page 101. Voir également *Procureur c. Erdemovic*, *supra* note 36, (opinion individuelle et dissidente du Juge Cassese, para. 8).

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*, para. 72.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, para. 73.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 75.

une grande importance au fait que Momir Nikolic [avait reconnu] les crimes commis suite à la chute de Srebrenica, la part qu'il y avait prise, ainsi que le rôle joué par les autres Serbes de Bosnie qui faisaient partie de l'entreprise criminelle commune, dans la mesure où la réalité des crimes et l'identité de leurs auteurs s'en trouvaient confirmées.⁶⁶

Elle a conclu que le plaidoyer de culpabilité contribuait à favoriser la réconciliation⁶⁷. Elle a ajouté que :

[p]areille reconnaissance peut contribuer à la manifestation de la vérité au sein de toutes les communautés de l'ex-Yougoslavie et dans toutes ses régions, [que] [t]ant que ces crimes n'avaient pas été reconnus, personne ne pouvait présenter des excuses ou demander pardon d'avoir joué un rôle, qu'il soit majeur ou mineur, dans leur commission. Par conséquent, la Chambre de première instance a jugé que ce facteur important plaidait en faveur de l'acceptation du plaidoyer de culpabilité.⁶⁸

II. *Le Procureur c. Milorad Krnojelac, IT-97-25-A, arrêt, 17 septembre 2003*⁶⁹

Milorad Krnojelac était poursuivi en tant que commandant de la prison Foca Kazneno-Popravni Dom (le KP Dom) pour avoir, entre avril 1992 et août 1993, agi de concert et dans un but commun avec les gardiens du KP Dom afin de persécuter des détenus civils musulmans et non-serbes pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, commis des tortures, sévices corporels et homicides, et détenu illégalement des civils non serbes. Le procès débuta le 30 octobre 2000, et le jugement de première instance fut prononcé le 15 mars 2002, après 76 jours d'audience. Krnojelac avait été reconnu coupable en tant que complice du crime de persécutions comme crime contre l'humanité, ainsi que du crime de traitements cruels en tant que violation des lois ou coutumes de la guerre. Krnojelac avait également été reconnu coupable, comme supérieur hiérarchique, des crimes de persécutions et d'actes inhumains en tant que crimes contre l'humanité, ainsi que de traitements cruels (à raison des sévices) en tant que violation des lois ou coutumes de la guerre. La défense et le Procureur avaient respectivement fait appel les 12 et 15 avril 2002. Dans le présent arrêt, la Chambre d'appel a révisé la peine et condamné Krnojelac à quinze ans d'emprisonnement en tant que, notamment, coauteur du crime contre l'humanité de persécutions (travaux forcés, déportations et expulsions). Elle a, ce faisant, contribué aux points de droit qui suivent.

⁶⁶ *Ibid.*, para. 76.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Procureur c. Milorad Krnojelac* (2003), Affaire n° IT-97-25, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-f.htm>>.

A. Définition des éléments constitutifs de la participation à une entreprise criminelle commune

1. PARTICIPATION À UNE ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE EN TANT QUE « COMMISSION »

Outre les précisions apportées par la Chambre d'appel au regard des problèmes linguistiques concernant le terme anglais *accomplice* et sa correspondance en français (coauteur ou complice)⁷⁰, la Chambre d'appel a examiné la question de savoir si la Chambre de première instance avait commis une erreur de droit en considérant que la notion de « commission », au sens de l'article 7 (1) du *Statut*, devait être réservée à l'auteur principal du crime. La Chambre de première instance avait en effet, au paragraphe 73 de son jugement, estimé que le terme « commis » ne s'appliquait pas au participant à une entreprise criminelle commune n'ayant pas personnellement et physiquement commis le crime.

La Chambre d'appel a rappelé que l'arrêt *Tadic*⁷¹, en son paragraphe 188, envisageait déjà que la perpétration de l'un des crimes visés par le *Statut* pouvait aussi revêtir la forme d'une participation à la réalisation d'un but commun. Elle a par ailleurs confirmé la jurisprudence issue de la décision *Ojdanic*, aux termes de laquelle la Chambre d'appel avait conclu que

dans la mesure où, pour autant que le participant partage (et c'est là une condition impérative) le dessein de l'entreprise criminelle commune et ne se contente pas d'en avoir seulement connaissance, il ne saurait être considéré comme un simple complice du crime prévu.⁷²

2. ÉTENDUE DU PARTAGE D'INTENTION ET ACCORD SUPPLÉMENTAIRE REQUIS

Le Procureur soutenait que la Chambre de première instance, au paragraphe 83 du jugement, avait commis une erreur de droit en exigeant, pour établir la forme élémentaire de l'entreprise criminelle commune⁷³, que le Procureur démontre « que tous les accusés et (s'il n'en fait ou n'en font pas partie) le ou les auteurs principaux partageaient la même intention coupable requise pour ce crime »⁷⁴. Selon le Procureur, « une telle approche pourrait rendre la notion d'entreprise criminelle commune superflue dans le contexte de la criminalité d'État »⁷⁵. Le Procureur, aux fins d'illustration, avait pris

l'exemple de hauts responsables politiques et militaires ayant planifié la destruction massive et à distance d'objectifs civils (hôpitaux, écoles) situés

⁷⁰ *Ibid.*, para. 67-72.

⁷¹ *Procureur c. Tadic* (1999), Affaire n° IT-94-1-A, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>, para. 188.

⁷² *Milutinovic et al.*, (2003), Affaire n° IT-99-37-AR72, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), para. 20, (*Arrêt relatif à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic – entreprise criminelle commune*).

⁷³ Voir la partie « Les formes d'entreprise criminelle commune », ci-dessous.

⁷⁴ *Supra* note 69, para. 83.

⁷⁵ *Ibid.*

dans une zone particulière dans le but de démoraliser l'ennemi, sans que les militaires chargés de conduire ces attaques partagent le but en question et ni n'aient même connaissance de la nature des objectifs en question.⁷⁶

La Chambre d'appel a rejeté l'argument du Procureur et a considéré que

hormis le cas particulier de la forme élargie d'entreprise criminelle commune, la notion même d'entreprise criminelle commune suppose que ses participants autres que le ou les auteurs principaux des crimes commis dans ce cadre partagent avec ces derniers une intention criminelle commune.⁷⁷

3. FORME SYSTÉMIQUE D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE

La Chambre de première instance aurait ainsi, selon le Procureur, erré en droit en compartimentant les différents types de crime participant de l'entreprise criminelle commune, lesquels devaient être envisagés comme faisant partie d'un système.

La Chambre d'appel a confirmé que le Procureur aurait pu recourir à la forme systémique de l'entreprise criminelle commune, mais a toutefois noté que le Procureur ne l'avait pas fait de façon claire aux termes de l'acte d'accusation. Elle a pour la première fois déclaré que cette forme d'entreprise criminelle commune pouvait s'appliquer aux crimes que connaît le Tribunal : la forme systémique d'entreprise criminelle commune « peut s'appliquer [...] dans le cadre des violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 »⁷⁸.

La Chambre d'appel a déclaré que la Chambre de première instance n'avait fait que suivre la démarche du Procureur, lequel avait plaidé la théorie du but commun (forme élémentaire d'entreprise criminelle commune) dans l'acte d'accusation. Ainsi, la recherche de l'intention des auteurs principaux du crime par la Chambre de première instance était selon elle justifiée⁷⁹.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*, para. 84.

⁷⁸ *Ibid.*, para. 89. La Chambre d'appel a poursuivi en précisant que selon l'Arrêt *Tadic*, l'appartenance au système organisé en question n'est pas nécessaire pour retenir cette forme de participation à l'entreprise criminelle commune et que ainsi ce qui caractérise cette catégorie d'affaire, variante de la première, c'est « l'existence d'un système organisé visant à la réalisation d'un but criminel commun ». S'agissant de l'intention requise, elle a déclaré qu'il est nécessaire d'apporter la preuve que l'accusé avait « eu personnellement connaissance du système en question (que cela soit prouvé par un témoignage précis ou déduit des pouvoirs que détenait l'accusé) » ainsi que « l'intention de contribuer à ce système concerté ».

⁷⁹ Voir la partie « Forme élémentaire d'entreprise criminelle commune et forme systémique : la charge de la preuve du Procureur », ci-dessous.

4. INTENTION DE PARTICIPER À UNE ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE SYSTÉMIQUE

La Chambre d'appel a confirmé l'allégation du Procureur selon laquelle la Chambre de première instance avait exigé la preuve d'un accord entre Krnojelac et les auteurs principaux des crimes, alors que ceux-ci s'inscrivaient dans le cadre d'un système (crimes visés par les chefs 1 et 15). Elle a considéré que

s'agissant d'établir l'intention de participer à une entreprise criminelle commune systématique, la Chambre de première instance [est allée] au-delà du critère posé par la Chambre d'appel dans l'affaire Tadic, en exigeant la preuve d'un accord portant sur la commission de chacun des crimes relevant du but commun.⁸⁰

De son avis, dès que la Chambre de première instance avait déterminé que « le système en place au KP Dom visait l'imposition aux détenus non serbes, dans un but discriminatoire, des conditions de vie inhumaines et des mauvais traitements, [elle] se devait de rechercher si Krnojelac avait connaissance de ce système et adhérait à ce dernier »⁸¹, sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il avait passé un accord avec les auteurs principaux des crimes en vue de leur commission.

Cette erreur de la Chambre de première instance, selon la Chambre d'appel, a entraîné une erreur de qualification de la responsabilité de Krnojelac, lequel en effet devient responsable non en tant que complice des crimes visés mais en tant que coauteur⁸².

Dans son analyse, la Chambre d'appel a par ailleurs tenu à préciser la distinction qui doit être opérée entre intention et mobile.

a) *distinction entre intention et mobile et les crimes visés au Statut*

La Chambre d'appel a rappelé que « l'existence d'un mobile purement personnel n'est pas requise en droit international coutumier pour établir l'existence d'un crime contre l'humanité »⁸³. La Chambre d'appel a également rappelé sa jurisprudence dans l'affaire *Jelusic* selon laquelle, s'agissant de l'intention spécifique requise pour le crime de génocide,

il est nécessaire de distinguer entre l'intention spécifique et le mobile. Le mobile personnel du génocidaire peut, par exemple, être la perspective d'un profit économique personnel, d'avantages politiques ou d'une certaine forme de pouvoir. L'existence d'un mobile personnel n'empêche pas que l'auteur soit également animé de l'intention spécifique de perpétrer un génocide.⁸⁴

⁸⁰ *Supra* note 69, para. 97.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, para. 113.

⁸³ *Ibid.*, para. 102.

⁸⁴ *Procureur c. Jelusic* (2001), Affaire n° IT-95-10-A, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>.

La Chambre d'appel a déclaré que « cette distinction entre l'intention et le mobile s'impose également dans le cas des autres crimes visés au Statut »⁸⁵.

5. ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE ET BUT COMMUN

La Chambre d'appel a tout d'abord rappelé que

c'est au Procureur de déterminer la théorie juridique qui lui apparaît la plus à même de démontrer que les faits qu'il entend soumettre à l'appréciation de la Chambre de première instance permettent d'établir la responsabilité de la personne poursuivie.⁸⁶

Elle a de même rappelé que

le Procureur peut, à cette fin, alléguer à titre cumulatif ou alternatif une ou plusieurs théories juridiques, à condition de le faire clairement, suffisamment tôt et en tous cas à temps, pour permettre à l'accusé de savoir ce qui lui est précisément reproché et de pouvoir organiser sa défense en conséquence.⁸⁷

En ce qui concerne le but commun, la Chambre d'appel a déclaré que « l'utilisation de la notion d'entreprise criminelle commune pour définir la responsabilité d'une personne à raison de crimes physiquement commis par d'autres suppose une définition stricte du but commun », que ce principe « s'applique quelle que soit la catégorie d'entreprise commune alléguée », et qu'il

convient également d'identifier aussi précisément que possible quels sont les auteurs principaux des actes participant du but commun (autorités civiles et militaires et/ou gardes et militaires présents au KP Dom) ou qui en constituent la conséquence prévisible.⁸⁸

Ainsi « l'accusé [peut] savoir si le système auquel il lui est reproché d'avoir contribué englobe la totalité des actes faisant l'objet des poursuites »⁸⁹, et aussi savoir, le cas échéant, à quel titre sa responsabilité est engagée pour les actes échappant à ce système et au but commun des participants à ce système⁹⁰.

para. 49. Voir aussi *Procureur c. Kunarac et consorts* (2002), Affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>, para. 103 et 153.

⁸⁵ *Supra* note 69, para. 102.

⁸⁶ *Ibid.*, para. 115.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ *Ibid.*, para. 116.

⁸⁹ *Ibid.*, para. 117.

⁹⁰ *Ibid.*

a) *Persécutions à raison de déportations et d'expulsions*

Le Procureur, dans son septième motif d'appel, soutenait que la Chambre de première instance avait commis une erreur en ne reconnaissant pas la responsabilité de Krnojelac pour les déplacements forcés des victimes visés dans le cadre de persécutions par voie de déportations et d'expulsions, sanctionnées par l'article 5 (h) du Statut. Analysant les questions soulevées par ce motif d'appel, la Chambre d'appel a notamment développé les points suivants :

6. DÉPLACEMENTS FORCÉS ET PERSÉCUTIONS

Au regard de l'acte d'accusation, la Chambre d'appel a considéré que « la Chambre de première instance a[vait] négligé le fait que le crime allégué en l'espèce était la persécution à raison de déportations et d'expulsions et non les crimes distincts d'expulsion ou de transfert forcé »⁹¹. La Chambre d'appel

[était] d'avis qu'en l'espèce le Procureur [avait] utilisé les termes de déportation et d'expulsion dans l'acte d'accusation en tant que termes généraux afin de traduire les actes de déplacement forcé au moyen desquels, d'après le Procureur, le crime de persécution avait été perpétré.⁹²

Elle a ainsi estimé que

la Chambre de première instance était tenue de se prononcer sur les faits essentiels allégués et de juger si ces actes étaient constitutifs de persécutions au sens de l'article 5 (h) du Statut [et qu'] en omettant de le faire, elle a[vait] commis une erreur de droit.⁹³

Examinant les actes de déplacement pouvant être constitutifs de persécutions lorsqu'ils sont perpétrés avec l'intention discriminatoire, la Chambre d'appel a confirmé la conclusion du jugement *Stakic*, aux termes de laquelle la Chambre de première instance II avait déclaré que la prohibition des déplacements forcés vise à garantir le droit et l'aspiration des individus à vivre dans leur communauté et leur foyer sans ingérence extérieure, et que c'est le caractère forcé du déplacement et le déracinement forcé des habitants d'un territoire qui entraînent la responsabilité pénale de celui qui commet le déplacement, et non pas la destination vers laquelle ces habitants sont envoyés. La Chambre d'appel a ainsi considéré que « les actes de déplacement forcé sous-jacents au crime de persécution sanctionné par l'article 5 (h) du Statut ne sont pas limités à des déplacements effectués au-delà d'une frontière nationale »⁹⁴ et, après analyse des dispositions pertinentes du droit international humanitaire, a conclu que

⁹¹ *Ibid.*, para. 214.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, para. 216.

⁹⁴ *Ibid.*, para. 218. Voir également *Procureur c. Stakic* (2003), Affaire n° IT-97-24-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>, para. 677, (*Jugement*).

les déplacements à l'intérieur d'un pays ou au-delà d'une frontière nationale, commis pour des motifs que n'autorise pas le droit international, sont des crimes sanctionnés en droit international coutumier et que ces actes, s'ils sont commis avec l'intention discriminatoire requise, sont constitutifs du crime de persécutions visé à l'article 5 (h) du Statut.⁹⁵

7. ABSENCE DE CHOIX VÉRITABLE ET CARACTÈRE ILLICITE DU DÉPLACEMENT

La Chambre de première instance avait déterminé que « tout portait à croire que les détenus souhaitaient être échangés, et que les personnes sélectionnées pour ces échanges avaient choisi de partir, sans qu'il soit besoin de les y contraindre »⁹⁶. Elle n'était pas « convaincue que leur départ de Foca, qui découlait de ce choix, n'ait pas été volontaire »⁹⁷. Tout constatant qu'il ressort des faits de l'espèce que « les prisonniers se réjouissaient de ces échanges, qui éveillaient leur espoir et leur vif désir d'être libérés, et que certains détenus sont même allés jusqu'à demander d'être échangés », la Chambre d'appel a estimé que « tout cela ne signifiait pas nécessairement qu'il s'agissait là d'un 'choix véritable' »⁹⁸. Or, selon elle, « c'est l'absence de choix véritable qui conditionne le caractère illicite du déplacement »⁹⁹. Elle a déclaré :

On ne peut pas [...] déduire l'existence d'un choix véritable du fait qu'un consentement ait été exprimé dans la mesure où les circonstances peuvent priver ce consentement de toute valeur.¹⁰⁰

La Chambre d'appel a par conséquent analysé les éléments de preuve concernant ces expressions générales de consentement dans le contexte, en tenant compte de la situation et de l'atmosphère qui régnaient au KP Dom, de la détention illégale, des menaces, de l'usage de la force et d'autres formes de coercition, de la crainte de la violence, de la vulnérabilité des détenus, alors que la Chambre de première instance s'était contentée d'examiner ces témoignages isolément. Elle a constaté que « les conditions de vie au KP Dom soumettaient les détenus non serbes à un régime carcéral coercitif tel qu'ils n'étaient pas en mesure d'exercer un choix véritable » et a conclu que « les trente-cinq détenus concernés [avaient] été soumis à la contrainte et [que] la Chambre de première instance a[vait] eu tort de considérer qu'ils avaient librement choisi d'être échangés »¹⁰¹.

⁹⁵ *Ibid.*, para. 222.

⁹⁶ *Milorad Krnojelac* (2002), Affaire n° IT-97-25, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, para. 483.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ *Supra* note 69, para. 229.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*, para. 233.

8. NATURE DISCRIMINATOIRE DES DÉPLACEMENTS

La Chambre de première instance avait déclaré qu'il n'y avait « pas de preuve directe que ce déplacement ait été opéré pour un motif discriminatoire prohibé »¹⁰². La Chambre d'appel a rappelé que l'intention discriminatoire des déplacements forcés « ne peut être directement déduite du caractère discriminatoire général d'une attaque qualifiée de crime contre l'humanité »¹⁰³, mais qu'il existait au regard des faits de l'espèce des circonstances entourant la commission des actes reprochés qui permettaient de déduire l'existence d'une telle intention.

« Compte tenu de ces conclusions, ainsi que du caractère discriminatoire ayant présidé à l'incarcération illégale et à l'imposition aux détenus non serbes du KP Dom de conditions de vie telles que précédemment décrites »¹⁰⁴, la Chambre d'appel a estimé qu'il était « déraisonnable pour la Chambre de première instance de conclure que rien ne démontrait que le transfert des 35 détenus au Monténégro avait été opéré pour les motifs discriminatoires requis »¹⁰⁵. Ainsi,

la Chambre d'appel s'[est] estim[é]e convaincue au-delà de tout doute raisonnable de la responsabilité de Krnojelac en tant que coauteur d'une entreprise criminelle commune visant à persécuter les détenus du KP Dom en les déportant et en les expulsant.¹⁰⁶

Elle a rappelé que « les déportations et les expulsions alléguées étaient reprochées à l'accusé comme participant à une entreprise criminelle commune, non de la deuxième catégorie (reposant sur la notion de système) mais de la première, ce qui suppose que Krnojelac ait partagé l'intention de l'auteur principal »¹⁰⁷ et, après analyse des faits de l'espèce, a considéré que Krnojelac était responsable, en tant que coauteur, de persécutions ayant pris la forme de déplacements forcés, tels qu'allégués par le Procureur comme « déportation » et « expulsion »¹⁰⁸.

B. Encadré relatif à la décision *krnojelac* : l'entreprise criminelle commune

1. LES FORMES D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE

L'article 7 (1) du *Statut*¹⁰⁹ prévoit plusieurs formes de responsabilité pénale individuelle, qui s'appliquent à tous les crimes relevant de la compétence du Tribunal. Si l'article 7 (1) du *Statut* ne fait pas explicitement référence à l'« entreprise

¹⁰² *Supra* note 96, para. 483.

¹⁰³ *Supra* note 69, para. 235. La Chambre d'appel avait utilisé ce même type d'analyse au para. 184 du même arrêt.

¹⁰⁴ *Ibid.*, para. 237.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, para. 241.

¹⁰⁷ *Ibid.*, para. 242.

¹⁰⁸ *Ibid.*, para. 247.

¹⁰⁹ *Supra* note 53. Article 7 (1) (Responsabilité pénale individuelle) : « Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est individuellement responsable dudit crime ».

criminelle commune», il a été reconnu dans l'arrêt *Tadic* que cette forme de responsabilité était « bien établie en droit international coutumier et implicitement consacrée dans le Statut du Tribunal »¹¹⁰. Les conclusions de cet arrêt ont récemment été confirmées par la Chambre d'appel statuant sur l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic¹¹¹. L'arrêt *Tadic* distingue trois catégories d'affaires relatives à l'entreprise criminelle commune :

1. affaires où tous les coaccusés, agissant de concert dans un but criminel commun, ont la même intention criminelle (forme élémentaire de l'entreprise criminelle commune)¹¹² ;
2. affaires dites des camps de concentration, personnes agissant en application d'un plan concerté (forme systémique de l'entreprise criminelle commune)¹¹³ ;
3. affaires de but commun dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une conséquence naturelle et prévisible de sa mise en œuvre (forme élargie d'entreprise criminelle commune)¹¹⁴.

Le même arrêt définit ensuite les éléments matériels (*actus reus*) et intentionnels (*mens rea*) constitutifs de cette forme de responsabilité.

S'agissant de l'*actus reus* de ce type de participation à l'un des crimes visés dans le *Statut*, il est, selon la Chambre d'appel, commun à chacune des trois catégories d'affaires susvisées et comprend les trois éléments suivants :

- i. pluralité des accusés (ceux-ci ne relevant pas nécessairement d'une structure militaire, politique ou administrative);
- ii. existence d'un projet, dessein ou objectif commun qui consiste à commettre un des crimes visés dans le *Statut* ou en implique la perpétration (ce projet, dessein ou objectif ne devant pas nécessairement avoir été élaboré ou formulé au préalable, pouvant ainsi se concrétiser de manière inopinée et se déduire du fait que plusieurs individus agissent de concert en vue de mettre à exécution une entreprise criminelle commune);
- iii. participation de l'accusé au dessein commun impliquant la perpétration de l'un des crimes prévus au *Statut* (cette participation n'impliquant pas nécessairement la commission d'un des crimes spécifiques repris dans les dispositions du *Statut* [meurtre, extermination, torture, viol, etc.] mais pouvant prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution en vue de la réalisation du projet ou objectif commun)¹¹⁵.

¹¹⁰ *Supra* note 71, para. 220.

¹¹¹ *Supra* note 72.

¹¹² *Supra* note 71, para. 196.

¹¹³ *Ibid.*, para. 202 et 203.

¹¹⁴ *Ibid.*, para. 204.

¹¹⁵ *Ibid.*, para. 227.

S'agissant de la *mens rea*, la Chambre d'appel a considéré qu'elle varie en fonction de la catégorie dont relève le dessein commun en question :

1. pour la première catégorie d'affaires, l'élément requis est l'intention de commettre un crime précis (cette intention étant partagée par l'ensemble des coauteurs);
2. pour la deuxième catégorie il faut que

l'accusé ait eu personnellement connaissance du système de mauvais traitements (que cela soit prouvé par un témoignage précis ou déduit des pouvoirs que détenait l'accusé), et qu'il ait eu l'intention de contribuer à ce système concerté de mauvais traitements.¹¹⁶

3. pour la troisième catégorie, l'élément requis est

l'intention de participer et de contribuer à l'activité criminelle ou au dessein criminel d'un groupe et de contribuer à l'entreprise criminelle commune ou, en tout état de cause, à la consommation d'un crime par le groupe. Par ailleurs, la responsabilité pour un crime autre que celui envisagé dans le projet commun ne s'applique que si, dans les circonstances de l'espèce, i) il était prévisible qu'un tel crime soit susceptible d'être commis par l'un ou l'autre des membres du groupe, et ii) l'accusé a délibérément pris ce risque.¹¹⁷

2. FORME ÉLÉMENTAIRE D'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE ET FORME SYSTÉMIQUE : LA CHARGE DE LA PREUVE DU PROCUREUR

Dans son arrêt *Krnojelac*, la Chambre d'appel a affirmé que la forme systémique de l'entreprise criminelle commune pouvait s'appliquer aux crimes que connaît le Tribunal¹¹⁸. Les principaux éléments de chacune des formes d'entreprise criminelle commune sont :

a) *Forme élémentaire*

- i) l'accusé doit participer de son propre chef à l'un des aspects du but commun (par exemple, en infligeant des violences non mortelles à la victime, en apportant une aide matérielle ou en facilitant les actes des coauteurs), et
- ii) l'accusé, même s'il n'a pas personnellement commis le meurtre, doit toutefois avoir eu l'intention d'atteindre ce résultat¹¹⁹.

¹¹⁶ *Ibid.*, para. 228.

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ *Supra* note 69, para. 89. Voir résumé de l'arrêt sous « Forme systémique d'entreprise criminelle commune », ci-dessus.

¹¹⁹ *Supra* note 71, para. 196.

b) *Forme systémique*

- i) l'accusé doit avoir eu personnellement connaissance du système de mauvais traitements (que cela soit prouvé par un témoignage précis ou déduit des pouvoirs que détenait l'accusé), et
- ii) l'accusé doit avoir eu l'intention de contribuer à ce système concerté de mauvais traitements¹²⁰.

Ainsi, si le Procureur décide de baser son acte d'accusation sur la participation à un but commun et non sur la contribution à un système, celui-ci devra apporter la preuve, pour chaque crime allégué, que l'auteur présumé partageait l'intention des auteurs principaux. Si toutefois le Procureur décide clairement de baser ce même acte d'accusation en qualifiant les crimes allégués au regard d'un « système », il se dispense de cette charge, n'ayant à prouver que l'intention de l'accusé de contribuer à ce système, c'est-à-dire qu'il doit prouver que l'accusé avait « eu personnellement connaissance du système en question (que cela soit prouvé par un témoignage précis ou déduit des pouvoirs que détenait l'accusé) » ainsi que « l'intention de contribuer à ce système concerté »¹²¹.

III. *Le Procureur c. Stanislav Galic, IT-98-29-T, jugement et opinion, 5 décembre 2003*¹²²

Stanislav Galic, général de division dans l'armée serbe de Bosnie (VRS), a été mis en accusation en raison des événements liés à l'encerclement militaire en 1992 de la ville de Sarajevo, capitale de la Bosnie-Herzégovine. Il a mené, durant cette période, une campagne prolongée de bombardements et de tirs isolés¹²³ pour tuer, mutiler, blesser et terroriser les habitants de Sarajevo, faisant ainsi des milliers de morts et de blessés parmi la population civile. Son procès s'est ouvert le 3 décembre 2001, et le réquisitoire et la plaidoirie ont eu lieu les 6, 7 et 8 mai 2003. En tout, 171 témoins ont été entendus. Le nombre total de pièces à conviction, y compris les rapports écrits, les films, les photographies, les cartes et les enregistrements sonores, s'est élevé à 1 268, auquel se sont ajoutés quinze rapports

¹²⁰ *Ibid.*, para. 203.

¹²¹ *Supra* note 69, para. 89.

¹²² *Procureur c. Galic* (2003), Affaire n° IT-98-29-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>.

¹²³ S'agissant de la définition de la notion de tirs isolés, voir *Procureur c. Galic* (2002), Affaire n° IT-98-29-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>, (*Décision relative à la demande d'acquiescement de l'accusé Stanislav Galic*). Voir aussi *Procureur c. Galic*, *supra* note 120, para. 182 à 184. Au para. 184, la Chambre de première instance a conclu que « dans le contexte de la présente espèce, le terme 'tirs isolés' implique le fait de tirer de loin sur des individus avec une arme de petit calibre, quel qu'en soit le type ».

d'experts. Le 5 décembre 2003, il a été déclaré coupable de violations des lois ou coutumes de la guerre (actes de violence dont le but principal était de répandre la terreur parmi la population civile, prohibition inscrite à l'article 51 du *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève de 1949*¹²⁴), et de crimes contre l'humanité, d'assassinats et d'« autres actes inhumains »¹²⁵. Il a été condamné à vingt ans d'emprisonnement. La Chambre de première instance, dans son jugement, a notamment contribué à la jurisprudence du Tribunal et au droit international pénal et humanitaire en ce qui concerne les points de droit suivants :

A. Attaques contre des civils, une violation des lois ou coutumes de la guerre

1. ATTAQUES CONTRE DES CIVILS ET NÉCESSITÉ MILITAIRE

La Chambre de première instance a fait remarquer que la Chambre d'appel ne s'était toujours pas prononcée de façon définitive quant aux éléments constitutifs de cette infraction. Seules deux affaires portées devant le Tribunal concernaient des personnes accusées d'avoir mené des attaques contre des civils et elles ont été jugées en application de l'article 3 du *Statut*, pour cette infraction énoncée à l'article 51 (2) du *Protocole additionnel I*. Dans l'affaire *Blaskic*, la Chambre de première instance a fait observer, s'agissant de l'élément matériel de l'infraction, que

l'attaque doit avoir causé des morts et (ou) de graves dommages corporels dans la population civile ou des dégâts à des biens de caractère civil. [...] Le ciblage des civils ou des objets civils est une infraction s'il n'est pas justifié par la nécessité militaire.¹²⁶

Quant à l'élément moral de l'infraction, elle a conclu qu'« [u]ne telle attaque doit avoir été entreprise intentionnellement avec la connaissance (ou alors qu'il n'était pas possible d'ignorer) que des civils ou des objets civils étaient visés sans nécessité militaire »¹²⁷. Dans l'affaire *Kordic et Cerkez*, la Chambre de première instance a indiqué

qu'on entend par attaques proscrites celles qui prennent délibérément pour cible des civils ou des objectifs civils au cours d'un conflit armé et que les nécessités militaires ne justifient pas. Elles doivent avoir causé des pertes humaines parmi les civils et/ou porté gravement atteinte à leur intégrité physique et causé des dommages massifs à des biens civils.¹²⁸

¹²⁴ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I), 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 3 [*Protocole additionnel I*].

¹²⁵ *Supra* note 122, para. 4.

¹²⁶ *Procureur c. Blaskic* (2000), Affaire n° IT-95-14-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>, para. 180, (*Jugement*).

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Procureur c. Kordic et Cerkez*, (2001), Affaire n° IT-95-14/2-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance III), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>, para. 328, (*Jugement*).

La Chambre de première instance a suivi cette jurisprudence dans la mesure où elle déclare qu'une attaque qui fait des morts ou des blessés graves au sein de la population civile constitue une infraction. Néanmoins, elle n'a pas souscrit à la thèse selon laquelle le comportement proscrit consistant à attaquer une population civile, visé par la première partie de l'article 51 (2), est à juste titre qualifié de ciblage des civils « s'il n'est pas justifié par la nécessité militaire »¹²⁹. Selon elle, cet article

indique clairement que ni les personnes civiles ni la population civile en tant que telle ne doivent être l'objet d'attaques. Il ne prévoit aucune exception. En particulier, il exclut toute possibilité d'y déroger en se prévalant des nécessités militaires.¹³⁰

2. PROTECTION DES CIVILS

La Chambre de première instance a rappelé que l'article 51 (2) consacre la règle coutumière selon laquelle les civils doivent jouir d'une protection générale contre les dangers résultant des hostilités et a indiqué que l'interdiction de diriger une attaque contre des civils tire son origine d'un principe fondamental du droit international humanitaire : le principe de la distinction. Celui-ci est notamment énoncé à l'article 48 du *Protocole additionnel I*, qui oblige les parties au conflit « en tout temps [à] faire la distinction entre la population civile et les combattants ainsi qu'entre les biens de caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, à ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires »¹³¹.

La Chambre de première instance a traité en détail la question de savoir qui peut être considéré comme civil. En droit international humanitaire, il est clairement établi qu'un civil est une personne ne prenant pas une part active aux hostilités. En d'autres termes, la protection accordée aux civils cesse dès lors que ces derniers prennent les armes et engagent le combat¹³². Dans la mesure où il peut parfois être

¹²⁹ Au sens large, sacrifier aux nécessités militaires signifie « faire le nécessaire pour atteindre un objectif de guerre », (CICR, dir., *Dictionnaire du droit international des conflits armés*, 1992).

Le principe de nécessité militaire admet la possibilité de morts et de blessés parmi les civils du fait d'opérations militaires légitimes. Cependant, ce principe exige que la destruction d'un objectif militaire donné apporte quelque avantage en affaiblissant les forces militaires adverses. Les civils ne doivent en aucun cas être considérés comme des cibles militaires légitimes. Par conséquent, on ne saurait se prévaloir des nécessités militaires pour justifier des attaques contre des personnes civiles ou la population civile en tant que telle.

Supra note 122, note de bas de page 76.

¹³⁰ *Supra* note 122, para. 44. La Chambre de première instance s'est en outre référée à l'article 51 (6) du *Protocole additionnel I* (*supra* note 124) qui interdit explicitement « les attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles » et a relevé que le libellé de cet article « exclut que les nécessités militaires puissent justifier des représailles », *Ibid.*, note de bas de page 77.

¹³¹ *Supra* note 124. Dans son *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, [1996] C.I.J. rec., para. 78, la Cour internationale de Justice a considéré le principe de distinction, ainsi que celui de protection de la population civile, comme « les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire » et a déclaré que « les États ne doivent jamais prendre pour cible des civils ».

¹³² *Procureur c. Kupreskic et consorts* (2000), Affaire n° IT-95-16-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindex-f.htm>>, para. 522 et 523, (*Jugement*).

malaisé d'établir la qualité de certaines personnes, les vêtements, l'activité, l'âge ou le sexe de celles-ci sont des éléments qui peuvent être pris en compte et, en tout état de cause, une personne est considérée comme civile tant qu'il existe un doute sur sa qualité réelle¹³³. D'après la Chambre de première instance, « une personne ne doit pas être l'objet d'une attaque lorsqu'il n'y a pas lieu de croire, dans la situation où se trouve la personne envisageant l'attaque et compte tenu des informations dont elle dispose, que la cible potentielle est un combattant »¹³⁴.

3. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ATTAQUE CONTRE DES CIVILS

En résumé, la Chambre de première instance a conclu que :

L'infraction que constitue l'attaque contre des civils comprend les éléments communs aux infractions relevant de l'article 3 du *Statut* ainsi que les éléments spécifiques suivants :

1. Des actes de violence dirigés contre la population civile ou les personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités et entraînant la mort ou causant des atteintes graves à l'intégrité physique ou la santé.
2. L'auteur de ces actes de violence a soumis intentionnellement à ceux-ci la population civile ou les personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités.¹³⁵

S'agissant de l'élément moral de l'infraction que constitue l'attaque contre des civils, la Chambre de première instance a fait référence à l'article 85 du *Protocole additionnel I*, aux termes duquel est considéré comme une infraction grave, lorsqu'il est commis intentionnellement, l'acte de « soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque »¹³⁶, lorsque celle-ci entraîne la mort ou cause des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. La Chambre de première instance s'est ensuite référée au commentaire de l'article 85 du *Protocole additionnel I*, qui précise que le terme « intention » signifie que l'accusé « doit avoir agi avec conscience et volonté » et englobe la notion de « dol éventuel »¹³⁷. Elle a conclu que

¹³³ Voir *supra* note 124, art. 50 (1).

¹³⁴ *Supra* note 122, para. 50. La Chambre de première instance a procédé à une analyse similaire des objectifs militaires. Elle a déclaré au paragraphe 51 que « pareil bien ne doit pas être l'objet d'une attaque lorsqu'il n'y a pas lieu de croire, dans la situation où se trouve la personne envisageant l'attaque et compte tenu des informations dont elle dispose, que ce bien est utilisé pour apporter une contribution effective à l'action militaire ».

¹³⁵ *Ibid.*, para. 56.

¹³⁶ *Supra* note 124, art. 85 (3) (a).

¹³⁷ Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmerman, dir., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Éditions Martinus Nijhoff, 1986, para. 3474.

[l]a notion d'«intention» [intègre] celle de dol éventuel mais non celle d'imprudence. Quiconque attaque des civils dans une indifférence totale aux conséquences de ses actes est réputé agir «intentionnellement».¹³⁸

La Chambre de première instance a ajouté que, pour établir l'intention coupable dans le cadre d'une attaque contre des civils, l'accusation doit prouver que l'auteur savait que les personnes attaquées étaient des civils, précisant qu'en cas de doute sur la qualité d'une personne, «l'accusation doit prouver qu'en l'espèce une personne raisonnable n'aurait pu penser que l'individu attaqué était un combattant»¹³⁹.

4. ATTAQUES CONTRE DES CIVILS ET PROPORTIONNALITÉ

S'agissant du premier élément de la définition susvisée de l'attaque contre des civils, il est de jurisprudence constante que les attaques indiscriminées, c'est-à-dire les attaques frappant indistinctement des personnes civiles ou des biens de caractère civil et des objectifs militaires, peuvent être qualifiées d'attaques directes contre des civils¹⁴⁰. En outre, les attaques sans discrimination sont expressément interdites par l'article 51 du *Protocole additionnel I*¹⁴¹, qui les définit comme des attaques

dont on peut attendre qu'elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.¹⁴²

En d'autres termes, les attaques disproportionnées peuvent par nature être qualifiées d'attaques indiscriminées.

¹³⁸ *Supra* note 122, para. 54.

¹³⁹ *Ibid.*, para. 55.

¹⁴⁰ La nature des armes employées peut permettre de déduire le caractère discriminatoire d'une attaque. Voir, notamment *Blaskic*, *supra* note 126, para. 501 et 512. S'agissant de l'obligation des États de ne jamais prendre pour cible des civils, la Cour internationale de Justice a indiqué que lesdits États ne doivent jamais « utiliser des armes qui sont dans l'incapacité de distinguer entre cibles civiles et cibles militaires » (*Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *supra* note 131, para. 78). S'agissant du caractère coutumier de l'interdiction des attaques indiscriminées, voir *Procureur c. Tadic* (1995), Affaire n° IT-94-1, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>>, para. 127, (*Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*).

¹⁴¹ *Supra* note 124, art. 51 (4). Cet article est ainsi rédigé :

Les attaques sans discrimination sont interdites. L'expression «attaques sans discrimination» s'entend :

- a) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé;
- b) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé; ou
- c) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole ; et qui sont, en conséquence, dans chacun de ces cas, propres à frapper indistinctement des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil.

¹⁴² *Ibid.*, art. 51 (5) (b).

Afin de se conformer au principe de proportionnalité, ceux qui envisagent ou décident d'attaquer un objectif doivent prendre des « précautions dans l'attaque » (article 57 du *Protocole additionnel I*¹⁴³). Ils doivent faire « tout ce qui est pratiquement possible » pour évaluer si la cible envisagée n'est pas de caractère civil (ou un objectif militaire protégé), choisir les moyens d'attaque qui conviennent en vue de réduire au minimum les pertes qui pourraient être causées incidemment et enfin apprécier s'il reste pratiquement possible d'attaquer cet objectif sans causer

incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

Selon les propres termes de la Chambre de première instance,

pour déterminer si une attaque est proportionnée, il convient d'apprécier si une personne ayant une connaissance suffisante de la situation dans laquelle se trouvait l'auteur, et exploitant judicieusement les informations à sa disposition, aurait pu prévoir que l'attaque causerait des pertes excessives dans la population civile.¹⁴⁴

La Chambre de première instance a par conséquent décidé que

[p]our établir l'élément moral d'une attaque disproportionnée, l'accusation doit prouver [...] que l'auteur a lancé intentionnellement l'attaque, en ayant connaissance des circonstances qui laissaient prévoir des pertes excessives dans la population civile.¹⁴⁵

Pour ce qui est de l'application de ce principe, la Chambre de première instance a noté que « la règle de la proportionnalité ne porte ni sur les dommages réels causés ni sur l'avantage militaire apporté par une attaque; [mais qu'] au contraire, le mot 'attendu' est utilisé »¹⁴⁶. Elle a en outre fait remarquer que

¹⁴³ *Ibid.*, art. 57. Cet article («Précautions dans l'attaque») dispose ce qui suit en ses paragraphes pertinents :

« 2. En ce qui concerne les attaques, les précautions suivantes doivent être prises :

a) ceux qui préparent ou décident une attaque doivent :

i) 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, et ne bénéficient pas d'une protection spéciale, mais qu'ils sont des objectifs militaires au sens du paragraphe 2 de l'article 52, et que les dispositions du présent Protocole n'en interdisent pas l'attaque ;

ii) prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment ;

iii) s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu ».

¹⁴⁴ *Supra* note 122, para. 58.

¹⁴⁵ *Ibid.*, para. 59. Voir *supra* note 124, art. 85 (3) (b), où une telle attaque est considérée comme une infraction grave au *Protocole*.

¹⁴⁶ *Supra* note 122, note de bas de page 109.

lors de la ratification du Protocole additionnel I, l'Allemagne avait déclaré que la décision prise par la personne responsable doit être évaluée sur la base de toutes les informations disponibles au moment donné, et non sur la base du déroulement réel considéré a posteriori.¹⁴⁷

En conséquence, lorsqu'elle a analysé le bombardement n° 1, la Chambre de première instance a fait observer que, même si la moitié des victimes étaient des soldats, il était manifeste, au moment de la préparation de l'attaque, que celle-ci risquait d'entraîner des pertes en vies humaines et des blessures parmi la population civile qui seraient excessives par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu¹⁴⁸.

a) *Terrorisation de la population civile, une violation des lois ou coutumes de la guerre*

Au paragraphe introduisant le chef 1, intitulé « Répandre la terreur », il était allégué que le Général Galic, en sa qualité de commandant du Corps de Sarajevo-Romanija (SRK), « a[vait] mené une campagne prolongée de bombardements et de tirs [isolés] contre des zones civiles de Sarajevo et contre la population civile, répandant la terreur en son sein et lui infligeant des souffrances mentales »¹⁴⁹. Le crime de terrorisation n'avait encore jamais été examiné en tant que tel dans un jugement rendu par le Tribunal, bien que la terrorisation des civils ait été prise en compte en tant qu'élément dans la commission d'autres crimes¹⁵⁰. C'était aussi la

¹⁴⁷ *Ibid.* Voir *Déclarations interprétatives faites par l'Allemagne* (14 février 1991). Des déclarations similaires ont également été faites par la Suisse (17 février 1982), l'Italie (27 février 1986), la Belgique (20 mai 1986), les Pays-Bas (26 juin 1987), la Nouvelle-Zélande (8 février 1988), l'Espagne (21 avril 1989), le Canada (20 novembre 1990) et l'Australie (21 juin 1991). Aucune autre partie au *Protocole additionnel I* ne s'est opposée à ces déclarations.

¹⁴⁸ Pour plus d'informations au sujet du bombardement n°1 (match de football organisé dans le quartier de Dobrinja IIIB), voir *Galic, supra* note 122, para. 372-387.

¹⁴⁹ *Procureur c. Galic* (1999), Affaire n° IT-98-29, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, (*Acte d'accusation initial*).

¹⁵⁰ *Supra* note 122, note de bas de page 114. Dans l'affaire *Celebici*, des actes d'intimidation créant un « climat de terreur » dans les camps de détention ont été punis en tant qu'infractions graves aux *Conventions de Genève* (torture et traitements inhumains) et en tant que violation de l'article 3 commun auxdites conventions (torture et traitements cruels) ; *Procureur c. Delalic et consorts* (1998), Affaire n° IT-96-21-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance), para. 976, 1056, 1086 à 1091 et 1119, (*Jugement*). Dans le *Procureur c. Blaskic*, (2000), Affaire n° IT-95-14, Jugement (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), para. 695, 700, 732 et 733), « l'atmosphère de terreur qui régnait dans les établissements de détention » (voir para. 700) était un des faits sur lequel reposait la déclaration de culpabilité de l'accusé pour traitements inhumains (une infraction grave) et traitements cruels (une violation des lois ou coutumes de la guerre). Le fait que Blaskic ait en outre été reconnu coupable « d'attaque illégale » contre des civils découlait en partie de la conclusion selon laquelle ses troupes avaient « terrorisé les civils par des pilonnages intensifs, des meurtres et des violences caractérisées » (voir para. 630). Dans *Procureur c. Krstic*, (2001), Affaire n° IT-98-33-T, Jugement (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), para. 533, le Général Krstic était accusé de persécutions, un crime contre l'humanité, pour sa participation présumée aux actes consistant à « terroriser les civils musulmans de Bosnie ». La Chambre de première instance a conclu à l'existence d'une « campagne de terreur » : « *De nombreux témoins ont déclaré qu'au cours de l'opération Krivaja 95, la VRS avait pilonné l'enclave de Srebrenica, apparemment dans le but d'en*

première fois qu'un tribunal international était amené à se prononcer sur la question. La Chambre de première instance était tenue de déterminer non pas si le crime de terrorisation au sens général relevait de la compétence du Tribunal, mais si le fait précis de tuer ou de blesser des civils pendant un conflit armé, avec l'intention de répandre la terreur parmi la population, comme il est allégué dans l'acte d'accusation, constituait un crime ressortissant à sa compétence. C'est ce qu'elle a fait en ce qui concerne les quatre conditions *Tadic* devant être remplies pour qu'une infraction puisse relever de l'article 3 du *Statut*, avant d'examiner les éléments constitutifs du crime de terrorisation.

5. TERRORISATION EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Le crime de terrorisation figurait dans l'acte d'accusation en application à la fois de l'article 51 du *Protocole additionnel I*¹⁵¹ et de l'article 13 du *Protocole additionnel II*¹⁵². Ayant déjà conclu que, s'agissant des événements figurant dans l'acte d'accusation, l'article 51 du *Protocole additionnel I* s'appliquait, en tant que règle du droit conventionnel, au conflit armé déchirant Sarajevo¹⁵³, la Chambre de première instance a décidé de se fonder sur la deuxième partie de son paragraphe 2 qui dispose que « [s]ont interdits les actes ou menaces de violence dont le but principal est de répandre la terreur parmi la population civile »¹⁵⁴. Par conséquent, la première condition *Tadic*, à savoir que l'interdiction doit se fonder sur une règle du droit international humanitaire, était remplie¹⁵⁵.

terroriser la population », para. 122. En outre, « [l]orsque les forces serbes sont arrivées à Potocari, les 12 et 13 juillet 1995, les Musulmans de Bosnie réfugiés à l'intérieur et aux alentours de la base ont été victimes d'une campagne de terreur faite de menaces, insultes, pillage et incendie des maisons voisines, passages à tabac, viols et meurtres », para. 150. Dans ladite affaire, la Chambre de première instance a qualifié la « campagne de terreur » et le transfert forcé des femmes, enfants et personnes âgées à Potocari, de persécutions et d'actes inhumains, para. 607 ; voir aussi para. 1, 41, 44, 46, 147, 153, 292, 364, 517, 527, 537, 653, 668, 671 et 677. Voir également *Procureur c. Martić* (1996), Affaire n° IT-95-11-R61, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), para. 23 à 31, (Décision *Martić* relative à l'article 61), (les missiles utilisés n'étaient pas destinés à frapper un objectif militaire mais à terroriser la population civile de Zagreb, en violation de règles du droit international) ; et l'affaire *Momir Nikolic*, *supra* note 7, para. 38.

Tous ces jugements sont en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-f.htm>> et/ou <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>.

¹⁵¹ *Supra* note 124, art. 51.

¹⁵² *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes de conflits armés non internationaux*, 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609, [*Protocole additionnel II*].

¹⁵³ *Supra* note 122, para. 67. Le 22 mai 1992, des représentants de la République de Bosnie-Herzégovine, du Parti démocratique serbe et de l'Union démocratique croate ont conclu, sous les auspices du Comité international de la Croix-Rouge, un accord par lequel ils s'engageaient à respecter, entre autres, les dispositions pertinentes du *Protocole additionnel I*. Au paragraphe 25, la Chambre de première instance a conclu que « l'article 51, de même que les articles 35 à 42 et 48 à 58 du *Protocole additionnel I*, s'appliquait incontestablement en tant que règle du droit conventionnel aux parties au conflit ». L'accord du 22 mai 1992, non seulement incorporait l'article 51 (2) par voie de référence, mais reprenait aussi les termes mêmes de l'interdiction de commettre le crime de terrorisation.

¹⁵⁴ *Supra* note 124, art. 51 (2).

¹⁵⁵ *Supra* note 122, para. 96.

Quant à la deuxième condition, la Chambre de première instance n'a pas eu à prouver que l'interdiction provenait d'une règle du droit international coutumier¹⁵⁶. Elle a décidé de se fonder sur le droit conventionnel et a poursuivi son raisonnement en faisant preuve d'une « circonspection particulière afin d'éviter tout malentendu [...] sur cette question importante »¹⁵⁷. Dans l'*arrêt Tadic relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, la Chambre d'appel avait indiqué que le Tribunal international était

autorisé à appliquer, outre le droit international coutumier, tout traité qui :

- i) lie incontestablement les parties à la date de la commission du crime et
- ii) ne s'oppose pas ou ne déroge pas aux normes impératives du droit international, comme dans le cas de la plupart des règles coutumières du droit international humanitaire.¹⁵⁸

En ce qui concerne le premier de ces points, la Chambre de première instance avait déjà constaté, comme il a été indiqué plus haut, que les dispositions du *Protocole additionnel I* étaient applicables en l'espèce en tant que règles du droit conventionnel. S'agissant du deuxième point soulevé par la Chambre d'appel, à savoir que le traité en question ne doit pas s'opposer ou déroger aux normes impératives du droit international, la Chambre de première instance a déclaré que le paragraphe 2 de l'article 51, pris dans son ensemble, voulait dire que l'interdiction de répandre la terreur est une interdiction particulière qui entre dans le cadre de l'interdiction générale des attaques contre des civils¹⁵⁹. L'interdiction générale étant une norme impérative du droit international coutumier, la Chambre de première instance a déclaré que l'« on pourrait dire que l'interdiction particulière revêt elle aussi un caractère impératif, puisqu'elle protège les mêmes valeurs »¹⁶⁰. Elle a par conséquent conclu que, « s'accordant avec [la norme générale] [...], la règle interdisant les actes ou menaces qui visent à répandre la terreur ne s'oppose pas et ne déroge pas aux normes impératives du droit international »¹⁶¹.

6. TERRORISATION, UNE VIOLATION GRAVE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Selon la troisième condition *Tadic*, la violation en question doit être « grave », c'est-à-dire qu'« elle doit constituer une infraction à une règle protégeant des valeurs importantes et que cette infraction doit emporter de graves conséquences

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*, para. 97.

¹⁵⁸ *Supra* note 140, para. 143.

¹⁵⁹ La Chambre de première instance a fait référence aux *Commentaires des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, *supra* note 137, para. 4785 : « Les attaques visant à terroriser constituent un type d'attaques parmi d'autres, mais elles sont particulièrement condamnables. On a cherché de longue date à interdire ce type d'attaques, dont la pratique est courante et qui infligent des souffrances particulièrement cruelles à la population civile ».

¹⁶⁰ *Supra* note 122, para. 98.

¹⁶¹ *Ibid.*

pour la victime »¹⁶². La Chambre de première instance a relevé que l'acte d'accusation faisait état d'actes de violence graves et conclu qu'il était

indéniable qu'une attaque contre la population civile ou des civils qui fait des morts et des blessés parmi eux constitue une violation très grave d'une règle fondamentale du droit international humanitaire, et pourrait même être considérée comme une violation grave du Protocole additionnel I¹⁶³ [en vertu de son article 85 (3)¹⁶⁴].

Elle a ensuite indiqué qu'« il ne peut qu'en aller de même lorsqu'[une telle attaque] est lancée dans le but principal de répandre la terreur parmi la population civile, et [que] les conséquences pour les victimes ne peuvent en être moins graves »¹⁶⁵.

7. TERRORISATION ET MENACES DE VIOLENCE

La question relative aux menaces de violence ne s'est pas posée en l'espèce et la Chambre de première instance n'était donc pas tenue de se prononcer quant à la question de savoir si de telles menaces, par opposition aux actes de violence, pouvaient aussi emporter de graves conséquences pour les victimes. Toutefois, elle n'a pas éludé cette question et constaté que « [c]ertaines menaces de violence emportent indéniablement de graves conséquences »¹⁶⁶. À titre d'exemple, la Chambre de première instance a déclaré

qu'une menace crédible et largement diffusée de bombarder indistinctement un centre de population civile ou de lancer une attaque au moyen d'armes de destruction massive aura[it] très vraisemblablement pour effet de causer une peur extrême¹⁶⁷ parmi les civils et d'entraîner d'autres conséquences graves, telles que le déplacement de groupes de population.¹⁶⁸

8. TERRORISATION ET RESPONSABILITÉ PÉNALE INDIVIDUELLE EN 1992

Avant d'aborder les éléments constitutifs du crime de terrorisation, la Chambre de première instance a examiné la quatrième condition *Tadic*, à savoir que la violation en question devait engager la responsabilité pénale de l'accusé durant la période couverte par l'acte d'accusation¹⁶⁹. Autrement dit, elle devait être convaincue que l'intention de répandre la terreur avait déjà été érigée en crime en 1992. Elle a

¹⁶² *Ibid.*, para. 26.

¹⁶³ *Ibid.*, para. 108.

¹⁶⁴ *Supra* note 124, art. 85 (3).

¹⁶⁵ *Supra* note 122, para. 109.

¹⁶⁶ *Ibid.*, note de bas de page 179.

¹⁶⁷ La Chambre de première instance s'est rangée à l'avis de l'accusation qui a défini la terreur comme une « peur extrême ». Voir ci-dessous la partie intitulée « Éléments constitutifs du crime de terrorisation ».

¹⁶⁸ *Supra* note 122, note de bas de page 179.

¹⁶⁹ *Ibid.*, para. 28.

examiné les règles du droit législatif, réglementaire et conventionnel, antérieures à l'introduction de l'article 51(2)¹⁷⁰ avant d'aborder les développements législatifs intervenus dans la région en cause dans l'acte d'accusation, en commençant par l'article 125 (« Crime de guerre contre la population civile ») du Chapitre XI (« Crimes contre l'humanité et contre le droit international ») du *Code pénal de 1960* de la République fédérale de Yougoslavie qui dispose que

[q]uiconque aura, en violation des règles du droit international applicables, en temps de guerre, de conflit armé ou d'occupation, ordonné ou pris [...] des mesures d'intimidation ou de terreur [...] sera puni de cinq ans d'emprisonnement au moins dans un établissement à régime sévère ou de la peine de mort.¹⁷¹

Parmi les autres dispositions pertinentes, la Chambre de première instance s'est notamment référée au *Code pénal de 1976* dont l'article 142 est ainsi libellé :

Quiconque, en violation des règles du droit international applicables en temps de guerre, de conflit armé ou d'occupation, ordonne [l'imposition de mesures dirigées contre la population civile afin de lui] inspirer de la peur et de la terreur [...] [ou quiconque commet l'un des actes susmentionnés] est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au moins ou de la peine de mort¹⁷².

Elle a en outre relevé qu'après avoir ratifié, le 11 mars 1997, le *Protocole additionnel I*, la Yougoslavie l'a incorporé dans le *Règlement concernant l'application des lois internationales de la guerre par les forces armées de la RSFY*. Ce règlement indiquait qu'« [a]ttaquer des civils dans le but de les terroriser est tout particulièrement interdit »¹⁷³. La Chambre de première instance a conclu que « puisque les violations étaient passibles de sanctions pénales en 1992, que ce soit au niveau international¹⁷⁴ ou dans l'ex-Yougoslavie (y compris la Bosnie-Herzégovine¹⁷⁵), [...] la quatrième condition Tadic [était] remplie »¹⁷⁶. Elle a ajouté que

les violations graves des dispositions de la deuxième partie de l'article 51 (2) et, plus particulièrement, les violations alléguées en l'espèce qui ont

¹⁷⁰ *Ibid.*, para. 114 à 119.

¹⁷¹ *Ibid.*, para. 121.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ *Ibid.*, para. 122.

¹⁷⁴ Voir *Ibid.*, para. 114 à 119. La Chambre de première instance s'est notamment référée à l'affaire *Motomura et consorts* (*Procès de Shigeki Motomura et consorts*, (1947) *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. 13, à la p. 138,) dans laquelle treize accusés ont été déclarés coupables par une cour martiale siégeant à Makassar, dans les Indes orientales néerlandaises, de « terrorisme systématique dirigé contre des civils » pour différents actes, dont des arrestations massives illégales.

¹⁷⁵ Voir *Ibid.*, para. 126. La Chambre de première instance a trouvé un exemple de déclaration de culpabilité prononcée par une juridiction interne pour le fait de terroriser la population civile durant le conflit yougoslave, à raison d'événements qui se sont produits entre septembre 1991 et 1993 [*Le Procureur c. R. Radulovic et consorts*, Affaire n K-15/95, (Tribunal de district de Split, République de Croatie), (verdict rendu le 26 mai 1997), cité dans Marco Sassòli et Antoine A. Bouvier, dir., *How does Law protect in War?: cases, documents, and teaching materials on contemporary practice in international humanitarian law*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1999.

¹⁷⁶ *Supra* note 122, para. 129.

fait des morts et des blessés engageaient déjà en 1992 la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs.¹⁷⁷

9. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU CRIME DE TERRORISATION

La Chambre de première instance s'est appuyée sur le libellé de l'article 51 (2) du *Protocole additionnel I* pour conclure que :

pour que le crime de terrorisation de la population civile soit constitué, les éléments communs aux infractions tombant sous le coup de l'article 3 du *Statut* doivent être réunis, de même que les éléments suivants :

1. Actes de violence dirigés contre la population civile ou des personnes civiles ne participant pas directement aux hostilités, qui entraînent parmi elles la mort ou des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé.
2. L'auteur a intentionnellement soumis à ces actes de violence la population civile ou des personnes civiles ne participant pas aux hostilités.
3. L'infraction susmentionnée a été commise dans le but principal de répandre la terreur parmi la population civile.¹⁷⁸

La Chambre de première instance a apporté les précisions suivantes sur les éléments constitutifs du crime de terrorisation :

Puisque le fait de répandre effectivement la terreur n'est pas un élément constitutif du crime de terrorisation, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un lien de causalité entre les actes de violence illicites et la terreur elle-même.¹⁷⁹

Quant aux 'actes de violence', ils ne comprennent pas les attaques légitimes dirigées contre des combattants mais uniquement les attaques illégitimes dirigées contre des civils.¹⁸⁰

Le 'but principal' constitue l'élément moral (*mens rea*) du crime de terrorisation. Il faut l'entendre comme excluant le dol éventuel (*dolus eventualis*) ou l'indifférence aux conséquences de ses actes (*recklessness*) de l'intention spécifique de répandre la terreur. Ainsi, l'accusation est tenue de prouver non seulement que l'accusé avait accepté la possibilité que des actes illégaux résulte la terreur (ou, en d'autres termes, qu'il était conscient que la terreur pourrait en résulter) mais aussi que c'était le

¹⁷⁷ *Ibid.*, para. 130. La Chambre de première instance a souligné qu'elle ne se prononçait pas sur la compétence du Tribunal dans le cas d'autres formes de violation de cette disposition, comme, par exemple, celles qui prennent la forme de simples menaces de violence, ou d'actes de violence qui ne font pas de morts ou de blessés.

¹⁷⁸ *Ibid.*, para. 133.

¹⁷⁹ *Ibid.*, para. 134. La Chambre de première instance s'est fondée sur le libellé sans équivoque de l'article 51 (2) du *Protocole additionnel I* (*supra* note 124), de même que sur les travaux préparatoires de la *Conférence diplomatique*, qui, selon elle, excluent cette notion de la définition de l'infraction.

¹⁸⁰ *Ibid.*, para. 135.

résultat qu'il en attendait précisément. Le crime de terrorisation se caractérise par l'intention spécifique de l'auteur.¹⁸¹

La 'terreur' peut être définie comme une 'peur extrême'.¹⁸²

IV. *Le Procureur c. Hadzihasanovic et Kubura*, IT-01-47-AR72, décision relative à l'exception d'incompétence (responsabilité du supérieur hiérarchique), 16 juillet 2003¹⁸³

L'affaire *Hadzihasanovic et Kubura* traite du conflit armé engagé, entre 1993 et mars 1994, entre l'Armée de Bosnie Herzégovine (ABiH) d'une part, et le Conseil de défense croate (HVO) et l'Armée de la République de Croatie (HV) d'autre part. Les accusés Enver Hadzihasanovic et Amir Kubura sont poursuivis devant le Tribunal pour les actes qu'ils auraient commis (violations des lois ou coutumes de la guerre) en tant que responsables hiérarchiques, respectivement commandant du 3^e corps de l'ABiH et commandant de la 7^e brigade musulmane de montagne du 3^e corps de l'ABiH.

Le 12 novembre 2002, la Chambre de première instance II avait rendu sa *Décision relative à l'exception conjointe d'incompétence*¹⁸⁴ par laquelle elle concluait : 1) que,

dès 1991, la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique était applicable en droit international coutumier, dans le contexte d'un conflit armé interne, [et que] l'article 7(3) du Statut est déclaratoire en ce sens qu'il consacre des règles du droit international coutumier et [qu]'il n'énonce pas de règles nouvelles¹⁸⁵, et 2) qu'

en principe, un supérieur hiérarchique peut être tenu responsable sur la base de la doctrine de la responsabilité du supérieur hiérarchique, pour des crimes commis avant qu'il ne prenne son commandement.¹⁸⁶

La Chambre d'appel avait été saisie par les accusés le 27 novembre 2002. Dans la présente *Décision*, elle concluait quant aux éléments suivants :

¹⁸¹ *Ibid.*, para. 136.

¹⁸² *Ibid.*, para. 137.

¹⁸³ *Hadzihasanovic et Kubura* (2003), Affaire n° IT-01-47-AR72, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, (*Décision relative à l'exception d'incompétence (Responsabilité du supérieur hiérarchique)*).

¹⁸⁴ *Hadzihasanovic et consorts* (2002), Affaire n° IT-01-47-PT, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance II), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, (*Décision relative à l'exception conjointe d'incompétence*).

¹⁸⁵ *Ibid.*, para. 179.

¹⁸⁶ *Ibid.*, para. 202.

Responsabilité du supérieur hiérarchique dans les conflits armés internes:

le fait qu'un crime de guerre soit sur le point d'être commis ou l'ait été au cours d'un conflit armé interne importe peu au regard de la responsabilité du supérieur hiérarchique [...]. La responsabilité d'un supérieur hiérarchique dépend de ses obligations en tant que chef de troupes constituant une force militaire organisée placée sous son commandement, et non du contexte précis dans lequel un acte donné a été commis par l'un des membres de cette force militaire.¹⁸⁷

Responsabilité du supérieur hiérarchique du fait de crimes commis avant l'existence du lien de subordination:

[aucune pratique ne peut être invoquée, et] il n'existe pas davantage de preuve d'une *opinio juris* qui confirmerait qu'un supérieur hiérarchique peut être tenu responsable de crimes commis par un subordonné avant l'existence du lien de subordination.¹⁸⁸ Ainsi,

un supérieur ne peut être accusé, sur la base de l'article 7 (3) du *Statut*, de crimes commis par un subordonné avant qu'il l'ait sous son commandement.¹⁸⁹

A. Responsabilité du supérieur hiérarchique dans les conflits armés internes**1. LA RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE DANS LES CONFLITS ARMÉS INTERNES EST-ELLE PRÉVUE EN DROIT INTERNATIONAL COUTUMIER?**

La Chambre d'appel a tout d'abord indiqué que deux points de droit ne sont pas contestés : 1) les auteurs de violations graves du droit international humanitaire lors d'un conflit armé interne (y compris celles de l'article 3 commun aux quatre *Conventions de Genève*) sont tenus pénalement responsables à titre individuel au regard du droit international coutumier¹⁹⁰; 2) à l'époque des faits, le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique faisait partie intégrante du droit international coutumier relatif aux conflits armés internationaux¹⁹¹.

La Chambre d'appel a déduit de ces deux points que les violations de l'article 3 commises lors d'un conflit armé interne seraient sanctionnées en vertu du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique. Elle a ensuite conclu que

¹⁸⁷ *Supra* note 183, para. 20.

¹⁸⁸ *Ibid.*, para. 45.

¹⁸⁹ *Ibid.*, para. 51.

¹⁹⁰ *Tadic*, *supra* note 140, para. 134.

¹⁹¹ *Delalic et consorts* (2001), Affaire n° IT-96-21-A, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/org/icty/jugements-f.htm>>; *Affaire Celibici* (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre d'appel), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/indictindex-f.htm>>, para. 222 à 241; *Procureur c. Bagilishema* (2002), Affaire n° ICTR-95-1A-A, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie), para. 35 à 37, (*motifs de l'arrêt*).

l'« on vo[ya]it difficilement pourquoi cette notion ne serait pas également applicable dans le cas de violations des mêmes interdictions, intervenant dans le cadre d'un conflit armé interne »¹⁹².

La Chambre d'appel a analysé l'importance du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique au regard des principales dispositions relatives aux conflits armés internes. Elle a conclu que l'article 3 du *Statut* (Violations des lois ou coutumes de la guerre)

suppose l'existence d'une force militaire organisée, [qu'i] est évident qu'une telle force ne peut exister que sous la conduite d'un commandement responsable [et qu'i] est également raisonnable de conclure que le commandement responsable entraîne une responsabilité du supérieur hiérarchique [car] celle-ci constitue le moyen le plus efficace pour le droit pénal international d'imposer un commandement responsable.¹⁹³

La Chambre d'appel a toutefois reconnu que « la plupart des États n'ont pas adopté de disposition prévoyant une responsabilité pénale des supérieurs hiérarchiques faisant pendant au commandement responsable exercé dans le cadre d'un conflit interne »¹⁹⁴.

L'interprétation de la Chambre d'appel est que « l'organisation militaire implique un commandement responsable, [...] que le commandement responsable [implique] à son tour une responsabilité du supérieur hiérarchique »¹⁹⁵, et que puisque « le droit international coutumier reconnaît qu[e certains] crime[s] de guerre peu[ven]t être commis par un membre d'une force militaire organisée »¹⁹⁶ au cours d'un conflit armé interne, il reconnaît également que la responsabilité du supérieur hiérarchique peut être engagée pour ces crimes¹⁹⁷.

2. CONFLIT ARMÉ INTERNATIONAL ET RÉCIPROCITÉ

La Chambre d'appel a ensuite examiné l'argument des appelants selon lequel

le droit international s'est développé pour régir les relations entre les États sur la base du principe de réciprocité et que la responsabilité du supérieur hiérarchique du fait d'actes commis au cours d'un conflit armé interne ne soulève aucune question de réciprocité.¹⁹⁸

La Chambre d'appel n'a pas considéré que « la question posée en l'espèce [av]ait un lien avec la notion de réciprocité »¹⁹⁹ et elle a conclu que, dans la mesure où

¹⁹² *Supra* note 183, para. 13.

¹⁹³ *Ibid.*, para. 16.

¹⁹⁴ *Ibid.*, para. 17.

¹⁹⁵ *Ibid.*

¹⁹⁶ *Ibid.*, para. 18.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ *Ibid.*, para. 19.

¹⁹⁹ *Ibid.*

les États en sont venus à considérer que leur intérêt commun était d'observer certaines règles de conduite minimales dans certains domaines²⁰⁰, [...] notamment [...] certains aspects de la conduite à observer dans le cadre d'un conflit armé interne [...], les conflits armés internes relèvent aujourd'hui du droit international, sans que la réciprocité soit mise en cause.²⁰¹

La Chambre d'appel en a induit que « le fait qu'un crime de guerre soit sur le point d'être commis ou l'ait été au cours d'un conflit armé interne importe peu au regard de la responsabilité du supérieur hiérarchique »²⁰². Pour la Chambre d'appel, c'est le principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique qui importe :

[L]a responsabilité d'un supérieur hiérarchique dépend de ses obligations en tant que chef de troupes constituant une force militaire organisée placée sous son commandement, et non du contexte précis dans lequel un acte donné a été commis par l'un des membres de cette force militaire.²⁰³

3. COMMANDEMENT RESPONSABLE ET RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE

Les appelants avaient soutenu qu'il faut également distinguer clairement le principe du commandement responsable de celui de la responsabilité du supérieur hiérarchique. La Chambre d'appel a reconnu qu'il existe bien une différence entre les notions de commandement responsable et de responsabilité du supérieur hiérarchique :

[C]ette différence tient à ce que la notion de commandement responsable s'intéresse aux obligations qui s'attachent à l'idée de commandement tandis que la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique envisage la responsabilité découlant d'un manquement à ces obligations.²⁰⁴

La Chambre d'appel a estimé que « les éléments constitutifs de la responsabilité du supérieur hiérarchique dérivent de ceux du commandement responsable »²⁰⁵. La Chambre d'appel a rappelé l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Yamashita v. Styer*, où il est dit que

le droit de la guerre présuppose que toute violation de ses dispositions doit être évitée grâce au contrôle des opérations de guerre par les commandants qui sont dans une certaine mesure responsables de leurs subordonnés²⁰⁶, et que les obligations qui s'attachent au commandement responsable sont

²⁰⁰ La Chambre d'appel s'est référée à l'avis rendu dans *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, [1951] C. I. J. rec., à la p. 23 et à l'arrêt rendu dans *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, [1986] C. I. J. rec., aux p. 112 et 114.

²⁰¹ *Supra* note 183, para. 19.

²⁰² *Ibid.*, para. 20.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ *Ibid.*, para. 22.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Yamashita v. Styer*, 327 U.S. 14 (1946).

généralement imposées par le truchement de la responsabilité du supérieur hiérarchique, celle-ci découlant de celui-là.²⁰⁷

4. COMMANDEMENT RESPONSABLE DEVANT D'AUTRES TRIBUNAUX

La Chambre d'appel a ensuite rappelé, à l'appui de sa position, que l'article 7 (3) du *Statut* envisage la responsabilité du supérieur hiérarchique pour des actes commis par ses subordonnés et constituant des violations, notamment des violations de l'article 3 du *Statut*. Les appelants avaient toutefois soutenu que, dans la mesure où il s'applique ainsi, « l'article 7 (3) outrepassé les limites du pouvoir du Tribunal »²⁰⁸. La Chambre d'appel est d'un tout autre avis et, pour étayer sa conclusion, elle a rappelé que

l'applicabilité du principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique à un conflit armé interne n'est pas contestée dans les affaires portées devant les tribunaux internationaux établis pour le Rwanda, la Sierra Leone et le Timor oriental.²⁰⁹

De l'avis de la Chambre d'appel,

la création de ces instances confirmait qu'à l'époque, le droit international coutumier incluait le principe selon lequel la responsabilité du supérieur hiérarchique s'appliquait dans le cas d'un conflit armé interne.²¹⁰

5. LE FAIT QUE LE PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ DU SUPÉRIEUR HIÉRARCHIQUE N'EST PAS ENVISAGÉ DANS LE *PROTOCOLE ADDITIONNEL II AUX CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949*

Les appelants avaient par ailleurs fait valoir qu'il est fait référence au principe de la responsabilité du supérieur hiérarchique dans le *Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève de 1949*²¹¹, qui concerne les conflits armés internationaux, et non dans le *Protocole II*²¹², qui porte sur les conflits armés internes. Les appelants avaient soutenu que

cette différence entre les deux instruments semble confirmer que la pratique des États [ne considérait pas] la responsabilité du supérieur hiérarchique [...] comme partie intégrante du droit international coutumier relatif aux conflits armés internes.²¹³

La Chambre d'appel a conclu que

²⁰⁷ *Supra* note 183, para. 23.

²⁰⁸ *Ibid.*, para. 24.

²⁰⁹ *Ibid.*, para. 26.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Supra* note 124.

²¹² *Supra* note 152.

²¹³ *Supra* note 183, para. 28.

l'absence, dans le Protocole II, de référence à la responsabilité du supérieur hiérarchique envisagée dans le cadre d'un conflit armé interne n'a pas nécessairement d'incidence sur la question de savoir si cette notion faisait ou non déjà partie intégrante du droit international coutumier relatif aux conflits armés internes.²¹⁴

La Chambre d'appel a estimé qu'il existait « certains facteurs expliquant le silence qui accompagne parfois, pour une raison ou pour une autre, la codification d'un principe reconnu lors de la rédaction d'un instrument international »²¹⁵. La Chambre d'appel a conclu que

[s]'il en était autrement, la Chambre d'appel devrait confirmer que, 'comme l'a soutenu la défense, il n'est pas criminel qu'un supérieur hiérarchique, pendant un conflit interne, n'empêche pas que des meurtres soient commis par ses subordonnés ni ne les en punisse'²¹⁶, c'est-à-dire même s'il a connaissance ou a des raisons d'avoir connaissance de ces meurtres.²¹⁷

La Chambre d'appel n'a pas considéré

qu'il y a lieu de soutenir une opinion aussi improbable au regard du droit international contemporain; elle [a] conclu en particulier qu'une telle opinion s'écarte de son raisonnement dans l'arrêt Tadic relatif à la compétence²¹⁸ et dans l'arrêt Celebici²¹⁹, ainsi que du raisonnement de la Chambre de première instance dans le jugement Aleksovski^{220 221}.

De l'avis de la Chambre d'appel,

c'est à bon droit que la Chambre de première instance a conclu [...] que la responsabilité du supérieur hiérarchique faisait partie intégrante, à l'époque des faits, du droit international coutumier dans la mesure où elle s'applique à des crimes de guerre commis dans le cadre d'un conflit armé interne.²²²

B. La responsabilité du supérieur hiérarchique du fait de crimes commis avant l'existence du lien de subordination

Dans l'acte d'accusation, le Procureur avait avancé qu'Amir Kubura était responsable des actes de ses subordonnés avant d'occuper la fonction de commandant de la 7^e brigade musulmane de montagne du 3^e corps de l'ABiH car « l'élément essentiel à déterminer n'est [...] pas qui exerçait le commandement au moment du

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*, para. 29.

²¹⁶ *Interlocutory Appeal on Decision on Joint Challenge to Jurisdiction*, 27 novembre 2002, para. 20 a).

²¹⁷ *Supra* note 183, para. 30.

²¹⁸ *Supra* note 140, para. 77.

²¹⁹ *Supra* note 191, para. 116 à 181.

²²⁰ *Procureur c. Aleksovski*, (1999), Affaire n° IT-95-14/1-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-f.htm>>, para. 228, (*Jugement*).

²²¹ *Supra* note 183, para. 30.

²²² *Ibid.*, para. 31.

crime, mais plutôt à quel moment le supérieur a eu connaissance du crime et n'a pourtant pas pris les 'mesures raisonnables et nécessaires' pour punir la violation »²²³. L'accusation avait cité le jugement *Kordic*, dans lequel il est dit que « [l]e devoir de punir intervient bien évidemment après la commission du crime » et que « [l]es personnes qui prennent le commandement après la commission du crime ont la même obligation de punir »²²⁴. Les appelants avaient affirmé que

rien dans le droit conventionnel ou coutumier ne permet de retenir la responsabilité pénale d'un supérieur hiérarchique du fait d'actes commis par des personnes qui n'étaient pas ses subordonnés au moment où elles ont commis les faits incriminés.²²⁵

La Chambre d'appel a conclu

qu'aucune pratique ne peut être invoquée, et [qu']il n'existe pas davantage de preuve d'une *opinio juris* qui confirmerait qu'un supérieur hiérarchique peut être tenu responsable de crimes commis par un subordonné avant l'existence du lien de subordination.²²⁶

Elle a conclu qu'« il existe des indications militent contre l'existence d'une règle coutumière établissant cette forme de responsabilité pénale »²²⁷ : l'article 28 du *Statut de Rome* de la Cour pénale internationale²²⁸, l'article 86 (2) du *Protocole additionnel I aux Conventions de Genève*²²⁹ et l'article 6 du *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*²³⁰, adopté par la Commission du droit international à sa quarante-huitième session, envisagent le cas où une infraction est en train d'être commise ou sur le point de l'être et non celui où l'infraction a déjà été commise²³¹.

La Chambre d'appel a conclu qu'« un supérieur ne peut être accusé, sur la base de l'article 7 (3) du Statut, de crimes commis par un subordonné avant qu'il l'ait sous son commandement »²³².

²²³ *Prosecution's Response to Defence Written Submissions on Joint Challenge to Jurisdiction Arising from the Amended Indictment*, 24 mai 2002, para. 17.

²²⁴ *Procureur c. Kordic & Cerkez* (2001), Affaire n° IT-95-14/2-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance III), en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/cases/jugemindex-f.htm>>, para. 446, (*Jugement*).

²²⁵ *Supra* note 183, para. 41.

²²⁶ *Ibid.*, para. 45.

²²⁷ *Ibid.*, para. 46.

²²⁸ *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*, 17 juillet 1998, 2187 R.T.N.U. 3.

²²⁹ *Supra* note 124. Dans l'arrêt *Celebici*, *supra* note 191, para. 237, la Chambre d'appel a déclaré que « le crime fondé sur la responsabilité du supérieur n'est défini que par l'article 86(2) du *Protocole* ».

²³⁰ Doc. off. Commission de droit international, 48e sess., Doc. NU A/48/10 (1996).

²³¹ *Supra* note 183, para. 46-49.

²³² *Ibid.*, para. 51.