

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional



**LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR
L'EX-YOUGOSLAVIE**

Audrey Soussan

Volume 16, Number 1, 2003

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1069363ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1069363ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Soussan, A. (2003). LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 16(1), 199–221. <https://doi.org/10.7202/1069363ar>

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2003

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

LE TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

Par Audrey Soussan*

I. *Le Procureur c. Naletilic et Martinovic*¹

Mladen Naletilic a créé en 1991 un groupe militaire nommé le Bataillon disciplinaire ou « K.B. » qu'il a commandé. Vinko Martinovic a été le commandant du groupe antiterroriste appartenant au K.B., Vinko Skrobo ou « A.T.G. », durant les opérations militaires visées par l'acte d'accusation². Celui-ci porte sur le conflit opposant les Croates de Bosnie (ou « B.H. ») aux Musulmans d'avril 1993 à janvier 1994.

L'Acte d'accusation comporte 22 chefs d'accusation. L'Accusation reproche à l'accusé Mladen Naletilic des persécutions pour des motifs politiques, raciaux et religieux (chef 1). Les chefs 2 à 8 concernent les allégations de travail illégal de détenus et de leur utilisation comme boucliers humains. Les chefs 9 à 12 portent sur les allégations de torture, de traitements cruels et d'actes ayant causé intentionnellement de grandes souffrances. Le chef 18 a trait aux allégations de transfert illégal de civils et les chefs 19 à 22, aux allégations de pillage et de destruction de biens.

Vinko Martinovic est lui aussi accusé de persécutions (chef 1), ainsi que d'avoir imposé aux détenus un travail illégal et de les avoir utilisés comme boucliers humains (chefs 2 à 8). Les chefs 11 et 12 portent sur les allégations de traitements cruels et d'actes ayant causé intentionnellement de grandes souffrances. Les chefs 13 à 17 ont plus particulièrement trait aux allégations de meurtre, d'homicide intentionnel et au fait d'avoir causé intentionnellement de grandes souffrances, allégations liées au décès de Nenad Harmandzic. Le chef 18 porte sur les allégations de transfert illégal de civils et le chef 21 sur celles de pillage.

Au-delà de la déclaration de culpabilité des accusés et de l'identification du droit applicable, la Chambre de Première instance I³ précise la notion d'« occupation » en droit international humanitaire⁴.

* Chargée de Cours de Droit constitutionnel et Droit international public ; Doctorante et membre du CEDIN (Centre de droit international) de l'Université Paris X-Nanterre ; Maîtrise (Université Paris X-Nanterre) ; D.E.A. de Droit des relations économiques internationales et communautaires (Université Paris X-Nanterre).

¹ *Le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, affaire n° IT-98-34-T, jugement du 31 mars 2003 (Chambre de première instance I).

² *Le Procureur c. Naletilic et Martinovic*, 31 mars 2003, jugement, in <<http://www.un.org/icty/naletilic/trialc/jugement/index.htm>>, annexe I. [Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie - Chambre de Première instance I].

³ Composée de Liu Daqun, Maureen Clark et Fatoumata Diarra.

⁴ *Ibid* aux par. 210 à 224.

L'état d'occupation est indissociable des chefs d'accusation relatifs au travail illégal imposé à des civiles (chef 5), de transfert forcé » de civils (chef 18) et de destruction de biens (chef 19) fondés sur la IV^e Convention de Genève.

A. La notion d'occupation

La Chambre distingue dans sa décision l'existence de l'occupation, répondant au critère du contrôle, de l'application du régime d'occupation différenciée en fonction des destinataires de la protection.

1. L'EXISTENCE DE L'OCCUPATION

L'Accusation se fonde sur la jurisprudence du T.P.I.Y. afin d'affirmer qu'on entend par territoire occupé « tout territoire qui se trouve sous le contrôle global d'une partie au conflit »⁵. En effet d'après le paragraphe 149 du jugement *Blaskic* « la Croatie jouait le rôle de Puissance occupante, du fait du contrôle global qu'elle exerçait sur le H.V.O., du soutien qu'elle lui apportait et des liens étroits qu'elle entretenait avec lui ».

La Chambre estime qu'une analogie entre le conflit armé international et l'état d'occupation n'est pas pertinente dans le cadre de la détermination de leurs éléments constitutifs. Ainsi le critère du contrôle global, identifiant l'existence d'un conflit armé international, n'est pas concluant dans l'établissement de l'état d'occupation. La Chambre affirme ainsi qu'

[u]n degré supplémentaire de contrôle est requis pour établir l'occupation, qui se définit comme la période de transition entre l'invasion et la conclusion d'un accord sur la cessation des hostilités. En raison de cette différence, les obligations d'une puissance occupante sont bien plus lourdes que celles d'une partie à un conflit armé international.⁶

En relation avec la question de la destruction de biens sur une grande échelle, l'Accusation considère que la définition de la notion d'occupation de l'article 6 de la IV^e Convention de Genève est plus large que celle de l'article 42 du Règlement de la Haye. Or la Chambre de Première Instance contredit cette position en estimant que

bien que constituant une codification ultérieure des droits et obligations de la puissance occupante, la IV^e Convention de Genève n'a pas abrogé les dispositions du Règlement de La Haye en la matière. Ainsi, en l'absence d'une définition du terme 'occupation' dans les Conventions de Genève,

⁵ Mémoire en clôture de l'Accusation, à la p. 339, se fondant sur le Jugement *Blaskic*, 3 mars 2000, aux par. 149 et 150 [Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie - Chambre de Première instance I], et la Décision *Rajic.*, 13 décembre 1996 aux par. 40 à 42 [Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie - Chambre de Première instance I].

⁶ *Jugement Naletilic*, *supra* note 2 au par. 214.

elle renvoie à la définition qu'en donne le Règlement de La Haye, tout en rappelant le caractère coutumier dudit Règlement.⁷

La Chambre reprend ici le raisonnement tenu à dans le jugement *Kordic* du 26 février 2001⁸ alors que la question n'a pas encore été tranchée par la Chambre d'appel. La Chambre de Première instance se fonde sur le commentaire de la section III de la IV^e Convention de Genève par le C.I.C.R. déclarant que cette section :

forme, depuis la conclusion des Conventions de La Haye de 1899 et de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre, la première codification des règles du droit international concernant le régime de l'occupation. Cette codification 'complétera', en la précisant sur de nombreux points, les sections II et III du Règlement annexé aux susdits traités de La Haye.⁹

L'articulation de la IV^e Convention de Genève avec le droit de la Haye permet à la Chambre de se fonder sur l'article 42 du Règlement de la Haye afin de définir la notion d'occupation, définition absente de la IV^e Convention de Genève. Cet article pose que

Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve placé de fait sous l'autorité de l'armée ennemie. L'occupation ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en mesure de s'exercer.

La Chambre de Première instance identifie enfin les critères établissant l'existence d'une puissance occupante, en se fondant abondamment sur de la doctrine ainsi que sur l'article 43 du Règlement de la Haye :

- la puissance occupante doit être en mesure de substituer sa propre autorité à celle de la puissance occupée, désormais incapable de fonctionner publiquement;
- les forces ennemies se sont rendues, ont été vaincues ou se sont retirées. À cet égard, les zones de combat ne sont pas considérées comme des territoires occupés. Cela étant, le statut de territoire occupé n'est pas remis en cause par une résistance locale sporadique, même couronnée de succès;
- la puissance occupante dispose sur place de suffisamment de forces pour imposer son autorité, ou elle peut en envoyer dans un délai raisonnable;
- une administration provisoire a été établie sur le territoire;

⁷ *Ibid.* au par. 215.

⁸ *Le Procureur c. Dario Kordic et Mario Crekez*, 26 février 2001, au par. 338 [Tribunal Pénal International pour l'ex Yougoslavie - Chambre de Première instance I].

⁹ Commentaire du C.I.C.R. de la IV^e Convention de Genève, à la p. 293.

- la puissance occupante a donné des ordres à la population civile et a pu les faire exécuter.¹⁰

2. APPLICATION DU RÉGIME DE L'OCCUPATION

Malgré la détermination de ces indices, la Chambre estime que c'est au cas par cas que le degré de contrôle doit être établi. En effet, le régime de l'occupation ne s'applique que dans les secteurs effectivement contrôlés par la puissance occupante. Ainsi, afin de déterminer quels espaces relèvent de ce régime, une étude individualisée pour chaque espèce est indispensable. Malgré la complexité apparente du raisonnement de la Chambre, celui-ci est induit par une relation intéressante entre l'occupation et le territoire. La Chambre affirme ainsi qu'« [i] n'est pas nécessaire qu'un territoire tout entier soit occupé, pour autant que les zones isolées dans lesquelles l'autorité de la puissance occupée s'exerce encore soient 'effectivement coupées du reste du territoire occupé' »¹¹ ¹².

Enfin, la Chambre distingue les modalités d'application du régime d'occupation selon qu'il concerne les individus protégés ou les biens protégés. Le régime à appliquer aux individus pose des problèmes tels que la Chambre, afin d'éviter l'existence d'une période intermédiaire où les relations entre la population civile et les troupes de la puissance occupante ne seraient pas régies par la IV^e Convention de Genève, reconnaît que

l'application du régime de l'occupation à des 'individus', c'est-à-dire des civils protégés par la IV^e Convention de Genève, n'exige donc pas que la puissance occupante exerce une autorité effective. S'agissant des droits de ces individus, l'état d'occupation existe dès lors qu'ils se trouvent 'au pouvoir de la puissance occupante'. Si tel n'était pas le cas, les civils bénéficieraient provisoirement d'une protection moindre que celle à laquelle ils auraient droit une fois établie l'occupation.¹³

Malgré une affirmation du Commentaire de la IV^e Convention de Genève relative à l'existence d'une notion « d'occupation » plus large que celle contenue à l'article 42 du Règlement de la Haye, la Chambre ne fait qu'étendre le régime aux hostilités, ou à l'« invasion »¹⁴ ayant aboutie à l'état d'occupation tel que défini à l'article 42 susmentionné.

Au contraire, les biens protégés ne nécessitent pas la même extension du régime de protection, ainsi celui-ci ne leur est applicable que lorsque l'état

¹⁰ *Ibid.* note 2, §217.

¹¹ L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 2^{ème} éd., Manchester University Press, 2000, chap. 15 [traduction non officielle]. Voir également *Manual of Military Law of war on Land*, Royaume-Uni, IIIe partie, 1958, à la p. 502 et A. Roberts « What is Military Occupation? » (1984) 55 *Brit. Yb. Int'l L.* 249.

¹² *Jugement Naletilic*, *supra* note 2 au par. 218.

¹³ *Ibid.* au par. 221.

¹⁴ Commentaire de la IV^e Convention de Genève, à la p. 67

d'occupation est effectif. Cependant la Chambre ne suit pas avec cohérence son propre raisonnement puisqu'elle se dispense de l'identification d'un état d'occupation même postérieurement aux faits. Elle affirme en effet que

le transfert forcé (chef 18) et le travail illégal (chef 5) de civils étaient interdits dès lors que ceux-ci se trouvaient au pouvoir de la puissance ennemie, quel que soit le stade des hostilités. Il est donc inutile d'établir l'existence, sur les lieux et à l'époque des faits, d'un état d'occupation effectif tel que défini par l'article 42 du Règlement de La Haye. En revanche, cet état d'occupation est bel et bien nécessaire dès lors qu'il est question de destructions de biens (chef 19). Dans cette optique, la Chambre appliquera le critère de l'autorité effective tel que défini ci-dessus.¹⁵

B. Crimes liés à l'existence d'une occupation

Les chefs d'accusation 5 et 18 sont directement liés à l'existence d'une occupation : le travail illégal et le transfert illégal, sur la base respectivement de l'article 3 et de l'article 2 g) du Statut du T.P.I.Y.

1. LE TRAVAIL ILLÉGAL

Mladen Naletilic et Vinko Martinovic ont été jugés coupables du crime de travail illégal visé à l'article 3 du Statut du T.P.I.Y. visant les lois et coutumes de la guerre. L'accusation se fonde sur l'article 51 de la IV^e Convention de Genève ainsi que sur les articles 49, 50 et 52 de la III^e Convention de Genève, appartenant au droit coutumier, tel qu'elle le déclare¹⁶. L'article 51 régit le travail des civils protégés et se trouvant sur un territoire occupé, tel qu'il ressort du raisonnement précédent. Les prisonniers de guerre sont protégés par les articles invoqués de la III^e Convention de Genève.

La Chambre traite toutes les victimes comme des prisonniers de guerre devant l'incapacité de l'Accusation de distinguer les civils après un examen par la Chambre des antécédents de chaque témoin et la conclusion que la majorité d'entre eux étaient des prisonniers de guerre. Les normes les moins exigeantes sont donc appliquées¹⁷, c'est-à-dire la III^e Convention de Genève. La Chambre distingue trois types de travaux des prisonniers de guerre, après une étude des articles pertinents des Conventions de Genève et de leur Commentaire : ceux auxquels les prisonniers peuvent être contraints, ceux pour lesquels les prisonniers doivent être volontaires pour les effectuer et ceux que les prisonniers ne peuvent jamais effectuer.

L'article 50 de la III^e Convention de Genève autorise la Puissance détentrice à astreindre les prisonniers de guerre à certains travaux. Le travail au sein d'industries et de services publics n'est autorisé qu'à condition « que leurs travaux soient sans

¹⁵ *Jugement Naletilic, supra* note 2 au par. 222.

¹⁶ *Ibid* au par. 250.

¹⁷ *Ibid* au par. 252.

caractère ni destination militaire »¹⁸. La Chambre reprend l'interprétation du Commentaire affirmant que

Les prisonniers peuvent donc être utilisés à tous les travaux qui [...] *concourent normalement au maintien de la vie civile, même si le pouvoir militaire en tire un certain bénéfice*. Toute participation des prisonniers de guerre à de tels travaux devient interdite dès le moment où ceux-ci ne sont plus exécutés qu'au bénéfice exclusif ou essentiel des militaires, à l'exclusion des civils.¹⁹

[Nos soulignements]

La deuxième et la troisième catégories de travaux sont distinctes car les travaux que les prisonniers de guerre ne peuvent effectuer sont ceux pour lesquels un consentement des prisonniers est impossible :

Si la possibilité que les prisonniers consentent est expressément envisagée à l'article 52 de la III^e Convention de Genève, l'article 50, lui, ne prévoit pas clairement que les prisonniers de guerre puissent accepter d'effectuer des travaux à caractère militaire.²⁰

Pour ce qui est des travaux nécessitant un consentement des prisonniers, la Chambre procède au cas par cas dans la détermination de la contrainte dont les prisonniers ont pu faire l'objet. Conformément à la jurisprudence *Krnjelac*, les critères retenus sont :

- a) l'absence, pour l'essentiel, de rémunération pour les travaux effectués ;
- b) la situation de vulnérabilité des détenus ; c) les allégations selon lesquelles les détenus incapables ou refusant de travailler y étaient contraints ou envoyés au cachot ; d) les conséquences à long terme du travail ; e) la réalité de la détention et les conditions de celle-ci et f) les conséquences du travail sur la santé physique des détenus.²¹

La Chambre conclut enfin que « le crime de travail illégal commis à l'encontre de prisonniers de guerre se définit comme un acte ou une omission intentionnel par lequel un prisonnier de guerre est astreint à des travaux interdits aux termes des articles 49, 50, 51 ou 52 de la III^e Convention de Genève »²².

En l'espèce la Chambre est persuadée que

les prisonniers employés aux différents travaux décrits plus haut n'ont jamais eu l'occasion de se porter volontaires pour ceux-ci et qu'ils ont été forcés de les effectuer. Premièrement, il est clair que, hormis les

¹⁸ *Ibid* au par. 256.

¹⁹ *Ibid*

²⁰ *Ibid* au par. 258.

²¹ *Ibid* au par. 259.

²² *Ibid* au par. 261.

prisonniers qui bénéficiaient d'un régime de faveur, les détenus de l'Heliodrom ne se portaient pas volontaires mais étaient sélectionnés par le membre de l'unité qui venait les chercher.²³

Ainsi, le consentement est recherché dans le fait pour un prisonnier de se porter volontaire, alors même que cela peut être le produit d'une contrainte, principalement due aux conditions de détentions. En l'espèce les prisonniers n'ont pas eu cette occasion, cependant, la référence appuyée à la jurisprudence *Krnjelac*, discutable de ce point de vue, laisse septique quant au critère retenu pour l'appréciation du consentement. Cette interprétation du consentement est en contradiction avec l'arrêt de la Chambre d'appel dans l'affaire *Kunarac* : « la Chambre d'appel juge que des circonstances qui excluent la possibilité d'exprimer le consentement peuvent être suffisantes pour présumer l'absence de consentement »²⁴.

2. LE TRANSFERT ILLÉGAL EN TANT QU'INFRACTION GRAVE AUX CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949

C'est la première fois que le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie est appelé à statuer sur cette accusation précise, constituant l'intérêt principal de cette décision. En effet, le tribunal a déjà eu l'occasion de traiter du transfert forcé en tant que crime contre l'humanité, mais sur la base de l'article 5 du Statut, dans les jugements *Blaskic*, *Krnjelac* et *Krstic* comme la Chambre le note²⁵.

La Chambre rappelle donc le contenu de l'article 49 de la IV^e Convention de Genève, puis l'article 147 de cette même Convention, qui consacrent la déportation et le transfert illégal comme « infraction grave »²⁶. L'article 49, applicable en l'espèce, ne traite que des transferts hors des territoires occupés. De même il s'applique aux particuliers dans la mesure où ils sont soumis à la Puissance occupante. La Chambre rappelle que

L'article 49 de la IV^e Convention de Genève interdit les transferts hors du territoire occupé, ainsi qu'à l'intérieur de celui-ci. La IV^e Convention de Genève ne prohibe cependant pas les évacuations motivées par la sécurité de la population ou d'impérieuses raisons militaires.²⁷

Toutefois, certains transferts sont possibles, comme le note la Chambre : « [I]es transferts qui répondent au désir réel d'un individu de partir sont licites »²⁸. Le Tribunal rappelle les motivations d'une telle possibilité dans l'affaire *Krstic* :

²³ *Ibid* au par. 270.

²⁴ *Le Procureur c. Kunarac et consorts*, 12 juin 2002, IT-96-23-A et IT-96-23/1-T, Arrêt au par. 120 [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie].

²⁵ *Jugement Naletilic*, *supra* note 2 au par. 513.

²⁶ *Ibid* au par. 516.

²⁷ *Ibid* au par. 518.

²⁸ *Ibid* au par. 519.

Le Commentaire de l'article 49 de la IV^e Convention de Genève donne à penser que les départs motivés par la peur de la discrimination ne sont pas nécessairement illicites :

[L]a Conférence diplomatique a préféré ne pas interdire de manière absolue toute espèce de transferts, certains de ceux-ci lui paraissant pouvoir, jusqu'à un certain point, rencontrer l'adhésion de ceux qui en sont l'objet. Elle pensait notamment au cas de personnes protégées qui, en raison de leur appartenance à des minorités ethniques ou politiques, auraient fait l'objet de mesures discriminatoires ou de persécutions et qui souhaiteraient pour cette raison quitter le pays. C'est pour tenir compte de ce désir légitime que la Conférence a décidé d'autoriser les transferts volontaires, prohibant seulement les transferts 'forcés'.²⁹

Afin de déterminer ce « désir réel » d'un individu la Chambre se fonde que l'article 31 de la IV^e Convention de Genève qui dispose qu'« [a]ucune contrainte d'ordre physique ou moral ne peut être exercée à l'égard des personnes protégées, notamment pour obtenir d'elles, ou de tiers, des renseignements ». La Chambre l'interprète comme une interdiction générale de la contrainte physique ou morale entendue comme « des pressions tant directes qu'indirectes, tant apparentes que déguisées »³⁰.

La Chambre définit enfin le transfert forcé comme « tout déplacement sous la contrainte de civils hors de leur lieu de résidence vers un lieu qu'ils n'ont pas choisi »³¹.

Finalement, la Chambre de Première Instance détermine quels sont les éléments dont la preuve est nécessaire à l'application de l'article 2 g) du Statut du Tribunal :

- i) les conditions générales d'application de l'article 2 sont réunies ;
- ii) il y a eu un acte ou une omission qui n'était pas motivé par la sécurité de la population ni par d'impérieuses raisons militaires et qui a abouti au transfert d'une personne hors du territoire occupé ou vers un lieu se trouvant à l'intérieur dudit territoire ;
- iii) l'auteur a eu l'intention de transférer une personne.³²

II. *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*³³

Le 29 novembre 2002, la Défense du général Dragoljub Ojdanic a déposé une exception préjudicielle d'incompétence relative au Kosovo. La Chambre de

²⁹ *Le Procureur c. Krstic*, 2 août 2001, Jugement, au par. 528 [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie].

³⁰ *Jugement Naletilic*, *supra* note 2 au par. 519.

³¹ *Ibid* au par. 519.

³² *Ibid* au par. 521.

³³ *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*, affaire n° IT-99-37-PT, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence du 6 mai 2003 (Chambre de Première Instance III).

première instance³⁴ a rejeté l'exception préjudicielle de la Défense. Les arguments soulevés par la Défense relèvent de deux thèmes importants : la non appartenance de la R.F.Y. à l'Organisation des Nations Unies au moment de l'adoption du Statut du Tribunal et des faits allégués dans le Troisième acte d'accusation modifié du 5 septembre 2002 relatif à la situation au Kosovo ; l'absence d'habilitation de l'O.N.U. en général et du Conseil de sécurité en particulier à imposer des mesures en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations Unies à la R.F.Y.

A. Appartenance de la R.F.Y. à l'Organisation des Nations Unies

Afin de statuer sur les exceptions soulevées par la Défense, la Chambre de première instance récapitule les événements liés à la question de l'appartenance de la R.F.Y. à l'Organisation des Nations Unies. La R.F.Y. a vu le jour le 27 avril 1992 et le 27 octobre 2000, le Président Kostunica a sollicité à l'O.N.U. l'admission de la R.F.Y. comme membre de l'organisation. Le Conseil de sécurité a recommandé son admission le 31 octobre 2000³⁵ et l'Assemblée générale l'a admise comme membre de l'O.N.U. par la résolution 55/12 du 1^{er} novembre 2000. Qu'en est-il de la situation de la R.F.Y. à l'égard des Nations Unies entre 1992 et 2000, malgré une apparente non appartenance ?

1. RECHERCHE D'UNE DÉTERMINATION ANTÉRIEURE DU STATUT DE LA R.F.Y. À L'ÉGARD DES NATIONS UNIES

La Chambre de première instance recherche dans la pratique des Nations Unies l'identification du statut de la R.F.Y. La résolution 777 (1992) du 19 septembre 1992 du Conseil de sécurité rappelle :

Rappelant en particulier sa résolution 757 qui note que 'l'affirmation de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), selon laquelle elle assure automatiquement la continuité de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie comme membre de l'Organisation des Nations Unies n'a pas été généralement acceptée',

1. *Considère* que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peut pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie aux Nations Unies et par conséquent *recommande* à l'Assemblée générale de décider que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'adhésion aux Nations Unies et qu'elle ne participera pas aux travaux de l'Assemblée générale.

³⁴ Composée de Richard May, président ; Patrick Robinson et O-Gon Kwon.

³⁵ Résolution n° 1326 (2000), sur le site des Nations Unies, <<http://www.un.org>>.

Par ailleurs, l'avis juridique relatif à la résolution 47/1 de l'Assemblée générale du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques de l'O.N.U. du 29 septembre 1992 affirme que

Si l'Assemblée générale a déclaré sans équivoque que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne pouvait pas assurer automatiquement la continuité de la qualité de membre de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie aux Nations Unies et que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) devrait présenter une demande d'admission à l'Organisation, l'unique conséquence pratique de cette résolution est que la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne *participera* pas aux travaux de l'Assemblée générale. Il est donc clair que les représentants de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ne peuvent plus *participer* aux travaux de l'Assemblée générale et de ses organes subsidiaires, ni aux conférences et réunions organisées par celle-ci.³⁶

La Chambre rappelle enfin l'articulation complexe de ces éléments divergents même si la justification reste obscure :

Au chapitre XII du Précis de la pratique intitulé 'Succession en matière de traités' le Bureau des affaires juridiques de l'Organisation des Nations Unies a conclu que les conséquences juridiques de la résolution 47/1 de l'Assemblée générale se limitaient au cadre des Nations Unies et au contexte de la Charte et n'influaient pas sur la question de la continuité ou de l'extinction de la Yougoslavie.³⁷

Les juges font ensuite un inventaire des décisions de la Cour internationale de Justice à l'occasion desquelles la Cour est susceptible de s'être prononcée sur la question du statut de la R.F.Y. entre 1992 et 2000, à l'égard des Nations Unies.

Lors des procédures ayant mené à l'adoption, par la Cour, de l'ordonnance sur la *Licéité de l'emploi de la force*³⁸ du 2 juin 1999, la Belgique a avancé, dans le cadre de la détermination de la compétence *prima facie* de la Cour, que la R.F.Y. n'était pas l'État successeur de la R.S.F.Y. et ne pouvait donc être considérée comme partie au Statut de la C.I.J. La Chambre de première instance note que

[I]a Cour a conclu qu'au regard du paragraphe 2 de l'article 36 de son Statut, elle 'n'avait compétence *prima facie* pour connaître de la requête de la Yougoslavie', mais n'a toutefois pas examiné la question de l'appartenance de cette dernière à l'Organisation des Nations Unies.³⁹

³⁶ Cité par la Décision, *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*, 6 mai 2003, Affaire n° IT-99-37-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence, au par. 11 [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie - Chambre de Première Instance III].

³⁷ *Ibid* au par.15.

³⁸ *Licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Belgique)*, Ordonnance en indication de mesures conservatoires du 2 juin 1999, [1999] C.I.J. Rec. .124.

³⁹ *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*, supra note 36 au par. 25.

Dans l'affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁴⁰ la Cour ne tranche pas la question de l'appartenance de la R.F.Y. à l'O.N.U. au stade des mesures conservatoires⁴¹. L'arrêt de la Cour relatif aux exceptions préliminaires, aborde la question de sa compétence *rationae personae*. La Cour affirme que

L'intention ainsi exprimée par la Yougoslavie de demeurer liée par les traités internationaux auxquels était partie l'ex-Yougoslavie a été confirmée dans une note officielle du 27 avril 1992 adressée au Secrétaire général par la mission permanente de la Yougoslavie auprès des Nations Unies. La Cour observe en outre qu'il n'a pas été contesté que la Yougoslavie soit partie à la convention sur le génocide. Ainsi, la Yougoslavie était liée par les dispositions de la convention à la date du dépôt de la requête en la présente affaire, le 20 mars 1999.⁴²

La Cour ne tranche toujours pas la question en ne se focalisant que sur la Convention sur le Génocide. Enfin, une demande en révision de l'arrêt relatif aux exceptions préliminaires a été déposée par la R.F.Y. La Cour a statué sur cette demande le 3 février 2003⁴³ et affirmé que l'admission de la R.F.Y. à l'O.N.U. le 1^{er} novembre 2000 « ne [pouvait] avoir rétroactivement modifié la situation *sui generis* dans laquelle se trouvait la RFY vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies pendant la période 1992–2000, ni sa situation à l'égard du Statut de la Cour et de la convention sur le génocide »⁴⁴.

La Cour internationale de Justice ne statue sur la question de la qualité de la R.F.Y. au sein de l'O.N.U. que dans le cadre de la recherche d'un fait nouveau susceptible de justifier une révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 et évite ainsi de trancher la question épineuse du statut de la R.F.Y. entre 1992 et 2000.

⁴⁰ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, Exceptions préliminaires, [1996] C.I.J. Rec. 595.

⁴¹ *Le Procureur c. Mlutinovic et consorts*, supra note 36 au par. 26.

⁴² *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, supra note 40 au par. 17.

⁴³ Voir le commentaire de cette décision dans cette chronique : Antoine Ollivier, « *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, (*Serbie et Monténégro c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt du 3 février 2003 » dans Julien Fouret et Mario Prost, « Chronique de règlement pacifique des différends internationaux ».

⁴⁴ *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie)*, exceptions préliminaires, (*Serbie et Monténégro c. Bosnie-Herzégovine*), arrêt du 3 février 2003, au par. 71, en ligne : site Internet de la Cour, <<http://212.153.43.18/cijwww/cdoocket/cybh/cybhframe.htm>>.

Enfin la Chambre de première instance recherche dans l'arrêt *Tadic* relatif à la compétence⁴⁵ une réponse, pour conclure que

Dans l'affaire *Tadic*, il s'agissait donc uniquement de savoir si le Conseil de sécurité était habilité à instituer le Tribunal, et l'on n'y a pas posé la question principale soulevée par l'Exception qui nous intéresse, relative au pouvoir du Conseil de sécurité de créer un tribunal ayant compétence pour connaître d'un crime commis dans un État par l'un de ses ressortissants alors que cet État n'était membre de l'Organisation des Nations Unies ni à la date de l'adoption du Statut ni à celle de la perpétration du crime présumé. C'est pourquoi la Chambre considère que, même si l'arrêt *Tadic* est pertinent pour certaines questions de compétence soulevées dans l'Exception, il ne s'applique pas totalement à la présente espèce.⁴⁶

La jurisprudence internationale est donc insuffisante pour identifier le statut précis de la R.F.Y. avant son admission formelle à l'Organisation des Nations Unies. La Chambre de première instance doit donc procéder à une recherche directe du statut de la R.F.Y. par un raisonnement déductif.

2. DÉTERMINATION DU STATUT DE LA R.F.Y. PAR LA RECONNAISSANCE TACITE DE LA QUALITÉ DE MEMBRE DES NATIONS UNIES

Aux fins de l'identification du lien existant entre la R.F.Y. et l'O.N.U. avant le 1^{er} novembre 2000 la Chambre établit quelle a été la pratique internationale à l'égard de la R.F.Y. à cette époque. La Chambre recherche des éléments de reconnaissance de la qualité de membre par l'Organisation des Nations Unies elle-même. Elle remarque ainsi que

dans les faits, la RFY était traitée comme un membre de l'Organisation des Nations Unies à certaines fins :

- (i) son siège et sa plaque nominative sont restés, même si, dans les réunions de l'Assemblée générale, les représentants de la RFY ne pouvaient occuper la place réservée à la 'Yougoslavie' ;
- (ii) les missions de la Yougoslavie auprès du Siège de l'Organisation des Nations Unies ont pu poursuivre leurs activités, et ont pu recevoir et distribuer des documents ;
- (iii) le Secrétariat a continué de hisser le drapeau de l'ancienne Yougoslavie ;
- (iv) la Yougoslavie a conservé le droit de participer aux travaux d'instances autres que l'Assemblée générale et ses organes, y compris, dans la mesure autorisée, à ceux du Conseil de sécurité ;
- (v) la Yougoslavie a continué à figurer dans le barème des quotes-parts des États Membres au budget de l'Organisation.⁴⁷

⁴⁵ *Le Procureur c. Dusko Tadic*, 2 octobre 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie]. (ci-après « l'Arrêt *Tadic* relatif à la compétence »).

⁴⁶ *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*, supra note 36 au par. 35.

⁴⁷ *Ibid* au par. 37.

La Chambre en conclut que la R.F.Y. conservait son statut de membre dans certains domaines, alors que dans d'autres, comme ceux visés par la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, elle le perdait. Elle considère ainsi que la R.F.Y.

conservait suffisamment de marques d'appartenance à l'Organisation des Nations Unies pour que les résolutions du Conseil de sécurité relevant du Chapitre VII des Nations Unies, adoptées pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, lui soient applicables.⁴⁸

L'approche au cas par cas est donc retenue par la Chambre afin d'établir la qualité de la R.F.Y. à l'égard des Nations Unies. La Chambre traite la question de l'opposabilité de certaines décisions d'organes des Nations Unies, tels que le Conseil de sécurité, en passant par le prisme du statut de la R.F.Y. Elle affirme, ainsi, « en ce qui concerne l'application de la résolution du Conseil de sécurité portant adoption du Statut du Tribunal international, la RFY était de fait un membre de l'Organisation des Nations Unies, tant à la date de l'adoption du Statut, en 1993, qu'à celle de la commission des infractions alléguées, en 1999 »⁴⁹ puis ajoute qu'« [i]l reste à examiner l'incidence que pourraient avoir sur cette conclusion le fait que la RFY ait été officiellement admise à l'Organisation des Nations Unies en 2000, ainsi que la décision prise par la CIJ dans l'affaire relative au *Génocide* »⁵⁰.

La rigueur semble absente du raisonnement de la Chambre. Elle évite de traiter directement de la succession de la R.F.S.Y. afin de fixer la situation, mais examine au cas par cas le statut de fait de la R.F.Y. au sein de l'Organisation des Nations Unies. De même elle établit son statut de membre pour nuancer aussitôt cette conclusion par l'existence d'une résolution de l'Assemblée générale datant du 22 septembre 1992 (47/1). La Chambre sort de ce raisonnement confus par une pirouette en affirmant que

[l]a situation quelque peu confuse dans laquelle la RFY était empêchée de participer aux travaux de l'Assemblée générale, sans qu'il ait été mis fin à son appartenance à l'Organisation, et sans que celle-ci ait été suspendue, pouvait uniquement être résolue par son admission officielle aux Nations Unies.⁵¹

La résolution 47/1 de l'A.G. n'a donc pas d'incidence sur la qualité de membre de la R.F.Y., laquelle est établie par une reconnaissance tacite au sein de l'O.N.U.

La Chambre de première instance examine enfin les détails du raisonnement tenu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Génocide*, demande de

⁴⁸ *Ibid* au par. 38.

⁴⁹ *Ibid* au par. 39.

⁵⁰ *Ibid* au par. 40.

⁵¹ *Ibid* au par. 42.

révision⁵², dans le but de confirmer sa propre analyse. La Chambre remarque ainsi, à propos de l'absence de modification de la situation de la R.F.Y. à l'égard des Nations Unies par son admission par la résolution 55/12 de l'Assemblée générale, que :

Ici encore, ceci cadre avec la conviction de la Chambre selon laquelle l'admission officielle de la RFY à l'Organisation en 2000 n'infirmes en rien la conclusion selon laquelle il subsistait suffisamment de marques de son appartenance à l'Organisation pendant la période concernée pour que les résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu de la Charte des Nations Unies dans le but de maintenir la paix et la sécurité internationales lui soient applicables.⁵³

La R.F.Y. ne peut alléguer d'une absence de la qualité de membre des Nations Unies afin d'établir une inopposabilité à son égard des résolutions du Conseil de sécurité concernant le T.P.I.Y. La Chambre examine ensuite logiquement l'exception d'incompétence relative aux pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

B. Pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies

1. COMPÉTENCE DU CONSEIL DE SÉCURITÉ

Les résolutions du Conseil de sécurité applicables à la R.F.Y. sont relatives au conflit en ex-Yougoslavie. Ces résolutions ont donc un lien direct avec le territoire de l'ex-Yougoslavie, quel que soit le statut à l'égard des Nations Unies des États qui en sont issus. En effet, le critère de rattachement est l'État de Yougoslavie. L'éclatement de cet État impose comme critère de rattachement le territoire et non les États issus de la Yougoslavie. La Chambre de première instance remarque donc que

Les résolutions du Conseil de sécurité 808 (1993) du 22 février 1993 et 827 (1993) du 25 mai 1993 créant le Tribunal étaient donc une réponse à un conflit qui avait lieu sur le territoire de l'ancienne RSFY, et c'est ce conflit, lié essentiellement à ce territoire, dont le Conseil de sécurité voulait s'occuper, et non d'un conflit à l'intérieur des différentes républiques.⁵⁴

La Chambre ajoute ensuite que

[I]e Conseil de sécurité, dans l'exercice de ses responsabilités en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, avait indiscutablement compétence en 1993 pour s'occuper du conflit qui avait débuté en 1991 sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie, au sujet duquel

⁵² *Demande en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996, supra* note 44 .

⁵³ *Le Procureur c. Milutinovic et consorts, supra* note 36 au par. 44.

⁵⁴ *Ibid* au par. 46.

il avait déjà pris un certain nombre de mesures entre 1991 et 1993, et qui se déroulait sur ce territoire au moment de l'adoption du Statut et semblait, selon toutes probabilités, devoir se poursuivre.⁵⁵

Il serait en effet absurde que l'éclatement d'un État membre des Nations Unies par l'effet d'un conflit armé pour lequel le Conseil de sécurité était compétent en matière de rétablissement et de maintien de la paix, rende le Conseil incompétent. La Chambre se fonde naturellement sur le principe de l'effet utile des institutions, dégagé par la Cour internationale de Justice :

[I]e principe de l'effet utile des institutions, énoncé par la CIJ dans ses avis consultatifs sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* et sur *Certaines dépenses des Nations Unies*, corrobore également une interprétation du Chapitre VII de la Charte habilitant le Conseil de sécurité à adopter des mesures en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales dans les circonstances de la présente espèce : une situation qui, à ses débuts, concernait un État membre des Nations Unies lequel, lors de la création du Tribunal par le Conseil de sécurité, s'était divisé en un certain nombre d'États dont tous, à l'exception de la RFY (Serbie et Monténégro), avaient adhéré aux Nations Unies. On peut donner du Chapitre VII de la Charte une interprétation téléologique selon laquelle le Conseil de sécurité serait autorisé à continuer de remédier à une situation qu'il a analysée comme constituant une menace à la paix et la sécurité internationales, même si l'État concerné par ladite situation a cessé d'être membre des Nations Unies.⁵⁶

La Chambre se fonde ensuite sur le caractère universel de l'O.N.U. ainsi que sur les principes qui l'animent, concernant principalement le maintien de la paix et de la sécurité internationales. La Chambre note que l'article 2§6 de la Charte des Nations Unies dispose que « L'Organisation fait en sorte que les États qui ne sont pas membres des Nations Unies agissent conformément à ces principes dans la mesure nécessaire au maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

Puis, sans se prononcer directement sur l'opposabilité des résolutions du Conseil de sécurité à des États non membres des Nations Unies, la Chambre affirme que :

Il suffit à la Chambre de dire que, dans les conditions particulières en l'espèce, rien n'empêche d'interpréter le Chapitre VII comme permettant au Conseil d'adopter des mesures en application de l'article 41 de la Charte relativement à un conflit qui, selon lui, constitue une menace pour la paix et la sécurité internationales et qui a débuté dans un État membre des Nations Unies, même si, lorsque les mesures ont été prises, cet État n'en faisait plus partie. Une telle interprétation est étayée par le caractère essentiel de l'objectif de maintien de la paix et de la sécurité

⁵⁵ *Ibid* au par. 47.

⁵⁶ *Ibid* au par. 48.

internationales dans le cadre du système mondial mis en place par la Charte.⁵⁷

La Chambre conclut donc que

Le caractère constitutionnel de la Charte, le fait que quasiment tous les États y sont parties, l'importance cruciale que revêt pour la communauté internationale le maintien de la paix et de la sécurité internationales, sont autant de facteurs qui font que la résolution créant le Tribunal, prise dans le cadre du chapitre VII de la Charte, est applicable à tout État qui faisait partie de l'ancienne RSFY, qu'il ait été ou non membre des Nations Unies au moment de l'adoption de ladite résolution ou à l'époque de la perpétration des crimes.⁵⁸

B. COMPÉTENCE UNIVERSELLE

Malgré l'intérêt de cette question relativement aux exceptions préliminaires soulevées par la Défense, la Chambre n'estime pas nécessaire de trancher ces points compte tenu des conclusions précédentes. Sur ce point l'opinion individuelle du juge Patrick Robinson est très intéressante car il traite de manière extensive de la pertinence de la compétence universelle dans le cadre de l'exception préliminaire⁵⁹.

III. *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*⁶⁰

Le 29 novembre 2002, Ojdanic a déposé devant la Chambre de première instance III une exception d'incompétence relative au rejet de l'acte d'accusation concernant les accusations fondées sur sa responsabilité en tant que participant à une entreprise criminelle commune. Dans une décision du 13 février 2003 la Chambre de première instance III a rejeté cette exception préjudicielle. Le 28 février 2003 Ojdanic forme donc un recours contre cette décision. La Chambre d'appel⁶¹ rejette cet appel en se fondant sur des motifs relatifs au Statut du Tribunal et en distinguant l'entreprise criminelle commune d'autres formes de responsabilités.

⁵⁷ *Ibid* au par. 56.

⁵⁸ *Ibid* au par. 62.

⁵⁹ Cette opinion se trouve, elle aussi, sur le site Internet susmentionné du TPIY, *supra* note 2.

⁶⁰ Le Procureur c. Milutinovic et consorts, affaire n°IT-00-37-AR72, décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic – « Entreprise criminelle commune » du 21 mai 2003 (Chambre d'appel).

⁶¹ Chambre composée de Mohamed Shahabuddeen, président ; Fausto Pocar, Claude Jorda, David Hunt et Asoka de Zoysa Gunawardana.

A. L'entreprise criminelle commune et le Statut du T.P.I.Y.

La Chambre d'appel examine successivement les motifs relatifs à la compétence *rationae personae* du Tribunal et ceux relatifs à l'article 7§1 base de la responsabilité pénale individuelle.

1. NATURE DE L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE

L'acte d'accusation traite de l'entreprise criminelle commune comme une forme de « commission » des crimes et non simplement une forme de complicité. L'Accusation n'entend pas par-là indiquer que les accusés ont physiquement perpétré les actes constitutifs des crimes reprochés mais qu'ils ont participé à une entreprise criminelle commune. La Chambre d'appel justifie cette qualification de l'entreprise criminelle commune en affirmant 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.⁶²

Cette qualification est motivée par la nature des crimes relevant de la compétence du Tribunal. En effet, ces crimes sont notamment caractérisés par une certaine planification qui ne peut admettre de considérer comme simples complices les décideurs. Ainsi, le critère du « partage du dessein de l'entreprise criminelle commune » est particulièrement pertinent.

2. RATTACHEMENT DE L'ENTREPRISE CRIMINELLE COMMUNE À L'ARTICLE 7§1 DU STATUT DU T.P.I.Y.

La Chambre déclare que l'entreprise criminelle commune est considérée comme une forme de « commission » au sens de l'article 7§1 du Statut. Elle répond en effet à trois conditions rappelées par la Chambre d'appel :

pour relever de la compétence *rationae personae* du Tribunal, toute forme de responsabilité doit satisfaire à trois conditions préalables : i) elle doit être, explicitement ou implicitement prévue dans le Statut ; ii) elle devait être établie en droit coutumier à l'époque des faits ; iii) la législation prévoyant cette forme de responsabilité doit, à l'époque des faits, avoir été suffisamment accessible à quiconque agissait de la sorte ; et iv) l'intéressé doit avoir été en mesure de prévoir qu'il pourrait être tenu pénalement responsable de ses actes s'il venait à être appréhendé.⁶³

⁶² *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*, 21 mai 2003, Affaire n° IT-00-37-AR72, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par Dragoljub Ojdanic – « Entreprise criminelle commune », au par. 20 [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie - Chambre d'appel].

⁶³ *Ibid* au par. 21.

Ainsi, l'absence de référence explicite à cette forme de responsabilité dans le Statut du Tribunal est sans effet. La Chambre évoque le contenu de son arrêt dans l'affaire *Tadic*⁶⁴, à l'occasion duquel la Chambre a établi l'existence de cette forme de responsabilité dans le Statut et dans le droit international coutumier à l'époque des faits. La référence à cette forme de responsabilité peut être implicite, notamment en raison de la nature du T.P.I.Y. Comme la Chambre d'appel le rappelle,

[à] l'inverse, par exemple, du Statut de la Cour pénale internationale, le Statut du Tribunal n'est pas, et ne prétend pas être, un code minutieusement détaillé, décrivant expressément tous les cas de figure possibles et toutes les mesures y afférentes. Le Statut expose en termes généraux le domaine de compétence conféré au Tribunal.⁶⁵

La liste de l'article 7§1 n'est donc pas exhaustive.

B. Spécificité de l'entreprise criminelle commune

La Défense a soulevé la question de la distinction de l'entreprise criminelle commune avec d'autres formes de responsabilité telles que l'association de malfaiteurs et l'appartenance à une organisation criminelle.

1. DISTINCTION AVEC L'ASSOCIATION DE MALFAITEURS

La Chambre d'appel se réfère aux *Law Reports of Trials of War Criminals* (vol. XV) dans lesquels la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a déclaré que

l'inculpation de participation à une association de malfaiteurs diffère de l'inculpation de participation à la réalisation d'un but commun en ce que la première supposerait l'existence d'une entente en vue de commettre les infractions tandis que la seconde impliquerait non seulement la conclusion d'une entente mais également la commission d'actes conformément à celle-ci.⁶⁶

Ainsi, dans le cadre d'une accusation d'entreprise criminelle, la preuve que les parties à cette entreprise ont contribué par leurs actions à réaliser l'objectif de cette entreprise est indispensable⁶⁷. De ce fait, le simple accord n'est pas suffisant pour établir la responsabilité individuelle, et la perpétration d'actes criminels en vue d'atteindre l'objectif défini par l'accord est nécessaire⁶⁸.

⁶⁴ *Le Procureur c. Tadic*, 15 juillet 1999, IT-94-1-A, Arrêt d'Appel, au par. 220 [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie].

⁶⁵ *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*, *supra* note 62 au par. 18.

⁶⁶ *Law Reports of Trials of War Criminals* (vol. XV) aux p. 97-98.

⁶⁷ *Le Procureur c. Milutinovic et consorts*, *supra* note 62 au par. 23.

⁶⁸ *Ibid* au par. 23.

2. DISTINCTION AVEC L'APPARTENANCE À UNE ORGANISATION CRIMINELLE

La Chambre observe, dans le cadre de la précision de l'entreprise criminelle commune par rapport à une organisation criminelle, que

l'appartenance à une entreprise criminelle commune se distingue de l'appartenance à une organisation criminelle, laquelle a été considérée comme un crime distinct par le Tribunal de Nuremberg et dans des affaires ultérieures jugées en vertu de la Loi n°10 du Conseil de contrôle.⁶⁹

Le T.P.I.Y. n'est compétent qu'à l'égard de personnes physiques, en effet, les personnes morales ne sont pas pénalement responsables devant le Tribunal. Ainsi, la simple appartenance à une organisation criminelle ne suffit pas à établir la responsabilité individuelle au sens de l'article 7§1 du Statut. La Chambre d'appel rappelle donc ainsi que la participation à la perpétration d'un crime est spécifique à l'entreprise criminelle commune⁷⁰.

IV. *Le Procureur c. Dragan Nikolic*⁷¹

La Chambre de première instance II a rendu une décision sur la légalité de l'arrestation de Dragan Nikolic le 9 octobre 2002. La Défense a interjeté appel le 27 janvier 2003. La Chambre d'appel⁷² a rejeté l'appel. Dragan Nikolic a été enlevé illégalement par des inconnus sur le territoire de la R.F.Y. avant d'être transféré sur le territoire de Bosnie-Herzégovine. Comme le rappelle la Chambre d'appel, la Chambre de première instance a estimé que :

l'enlèvement de l'Accusé ne s'était accompagné ni d'une violation de la souveraineté de la Serbie – et – Monténégro imputable à la SFOR ou au Bureau du Procureur, ni d'une violation des droits de l'homme reconnus à l'Accusé ou de son droit fondamental à une procédure régulière. Pour toutes ces raisons, elle a conclu qu'il n'existait 'aucun obstacle juridique à l'exercice par le Tribunal international de sa compétence sur l'Accusé'.⁷³

⁶⁹ *Ibid* au par. 25. Voir les article sur le sujet Q.Wright, « Editorial Comment : International Law and Guilt by Association » (1949) 43 A.J.I.L. 746 et H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international » (1947) 70 RCADI 481.

⁷⁰ *Ibid* au par. 26.

⁷¹ Le Procureur c. Dragan Nikolic, affaire n°IT-94-2-AR73, décision relative à l'appel interlocutoire concernant la légalité de l'arrestation du 5 juin 2003 (Chambre d'appel).

⁷² Composée de Theodor Meron, président ; Fausto Pocar, Mohamed Shahabuddeen, Mehmet Güney et Amin el Mahdi.

⁷³ *Le Procureur c. Dragan Nikolic*, 5 juin 2003, Affaire n° IT-94-2-AR73, Décision relative à l'appel interlocutoire concernant la légalité de l'arrestation, au par. 2 [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie - Chambre d'appel].

La question soulevée devant la Chambre d'appel est celle de l'incidence de la violation de la souveraineté de la R.F.Y. et de la violation des droits fondamentaux de l'accusé. En effet, la Défense considère que le Tribunal doit se déclarer incompétent en raison de l'illicéité de l'arrestation de Dragan Nikolic. La Chambre d'appel s'interroge sur la pertinence d'un tel remède car

si la déclaration d'incompétence ne constitue pas le remède approprié pour de telles violations, alors, même en présumant que celles-ci ont eu lieu et que la Défense a raison d'affirmer que la responsabilité de l'enlèvement de l'Accusé est imputable à la SFOR, le Tribunal n'est pas tenu de décliner sa compétence.⁷⁴

L'incidence de la violation de la souveraineté d'un État ou des droits fondamentaux de l'accusé sur la compétence du Tribunal n'est pas automatique, elle est fonction de certains critères.

A. Incidence de la violation de la souveraineté d'un État sur l'exercice de la compétence du Tribunal

La question de l'incidence de l'atteinte à la souveraineté, territoriale en l'espèce, est une question nouvelle devant le Tribunal. En effet, ni le Statut ni le Règlement ne traitent de ce problème. Seul l'article 29 du Statut du Tribunal impose une obligation de coopération des États à l'égard du T.P.I.Y. La Chambre d'appel affirme ainsi que « [l]e Statut, le Règlement et la jurisprudence du Tribunal n'étant pas clairs à ce sujet, la Chambre d'appel se tournera vers le droit interne, qui a souvent à traiter de la question qui nous intéresse, afin de définir la pratique des États en la matière »⁷⁵.

Dans le cadre de ce renvoi à la jurisprudence interne, la Chambre d'appel ne fait pas référence aux principes généraux de droit, source du droit international public. En effet, la jurisprudence recherchée ne répond pas à une logique telle qu'un principe général de droit puisse être identifié. Il semblerait que la Chambre d'appel tente d'identifier un droit coutumier relatif aux effets de la violation de la souveraineté d'un État à l'occasion d'une arrestation, sur la compétence de tribunaux en matière de « grands crimes ».

La Chambre d'appel examine certaines décisions des jurisprudences internes relatives aux effets d'une violation du droit international à l'occasion de l'arrestation de l'accusé. On voit mal comment de telles décisions peuvent être pertinentes pour le Tribunal. En effet, dans le cas des juridictions internes le problème posé est celui de l'articulation du droit interne avec le droit international. Au contraire le T.P.I.Y. n'est pas rattaché à un ordre interne particulier mais à l'ordre international. Ainsi, la violation de normes de droit international devrait avoir un effet différent sur le

⁷⁴ *Ibid* au par. 18.

⁷⁵ *Ibid* au par. 20.

T.P.I.Y. que sur des juridictions internes souvent indirectement soumises au droit international.

De même, cette méthode de recherche d'une norme coutumière, même si elle n'est pas clairement identifiée, semble assez hasardeuse. On peut se demander quelle est la justification d'une telle référence, d'autant plus que c'est l'unique fondement de la décision de la Chambre d'appel.

La Chambre d'appel recherche ensuite dans la jurisprudence relative aux « grands crimes » une spécificité – seules les décisions *Eichmann*⁷⁶ et *Barbie*⁷⁷ sont examinées – pour conclure que :

[b]ien qu'il soit difficile de dégager une tendance claire de cette jurisprudence, et que l'on ne puisse généraliser qu'avec la plus grande circonspection, deux principes semblent étayés par la pratique des États, comme l'illustre la jurisprudence de leurs tribunaux. Premièrement, dans des affaires portant sur des crimes tels que le génocide, le crime contre l'humanité et les crimes de guerre, qui sont universellement reconnus et condamnés en tant que tels (les 'crimes universellement reconnus'), les tribunaux semblent voir en la nature particulière de ces crimes et, sans doute, en leur gravité, une bonne raison pour ne pas se déclarer incompétents. Deuxièmement, il est plus aisé aux juridictions de se déclarer incompétentes si l'État dont la souveraineté a été violée n'a exercé aucune voie de droit ou si une solution diplomatique a été trouvée. Le vice initial a été en quelque sorte purgé, et le risque de devoir rendre l'accusé au pays d'origine n'existe plus.⁷⁸

Le remède approprié à la violation de la souveraineté d'un État au cours de l'arrestation d'un accusé n'est donc pas la déclaration d'incompétence des juridictions. De plus, la Chambre met en balance les intérêts divergents de la justice internationale et de la souveraineté des États :

La Chambre d'appel estime que le tort qui serait causé à la justice internationale si les personnes en fuite accusées de violations graves du droit international humanitaire n'étaient pas appréhendées est comparativement plus important que l'atteinte éventuelle portée à la souveraineté d'un État par une intrusion limitée sur son territoire, tout particulièrement lorsque cette intrusion survient à défaut de coopération de l'État considéré.⁷⁹

Cette conclusion est d'autant plus juste dans le cas de Dragan Nikolic « où l'État dont la souveraineté aurait été violée n'a pas émis de réclamation et, de ce fait, a accepté l'exercice par le Tribunal international de sa compétence »⁸⁰.

⁷⁶ *Ibid* au par. 23.

⁷⁷ *Ibid*.

⁷⁸ *Ibid* au par. 24.

⁷⁹ *Ibid* au par. 26.

⁸⁰ *Ibid*.

La Chambre reprend ici la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Ocalan c. Turquie*⁸¹.

C'est pourquoi la Chambre ne décline pas sa compétence, même à supposer que la violation de la souveraineté de la Serbie et Monténégro soit imputable à la SFOR.

B. Incidence de la violation des droits fondamentaux de l'accusé sur l'exercice de la compétence du Tribunal

La Chambre d'appel rappelle la décision de la Chambre de première instance pour laquelle la Défense a interjeté appel, afin de déterminer les conditions d'une déclaration d'incompétence du Tribunal en raison de violations des droits fondamentaux de l'accusé :

le fait qu'un accusé fasse l'objet de mauvais traitements graves, voire même inhumains, cruels ou dégradants, ou d'actes de torture avant d'être livré au Tribunal, peut constituer un obstacle juridique à l'exercice de sa compétence sur un tel accusé. Cela serait certainement le cas si des personnes agissant au service de la SFOR ou de l'Accusation participaient à des mauvais traitements d'une telle gravité.⁸²

La Chambre d'appel appuie ce raisonnement de la Chambre de première instance en renvoyant à la jurisprudence du T.P.I.Y. et du T.P.I.R., respectivement dans les affaires *Dokmanovic*⁸³ et *Barayagwiza*⁸⁴ à l'occasion desquels le Tribunal s'est déclaré incompétent.

La Chambre affirme toutefois que

mis à part ces cas exceptionnels, la solution consistant pour la juridiction saisie à se déclarer incompétente est, de manière générale, disproportionnée. Il convient donc de maintenir un juste équilibre entre les droits fondamentaux de l'accusé et l'intérêt primordial de la communauté internationale qui s'attache à la poursuite de personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire.⁸⁵

⁸¹ *Affaire Ocalan c. Turquie*, arrêt du 12 mars 2003, au par. 97, en ligne : site de la C.E.D.H. <<http://www.echr.coe.int/Fr/Judgments.htm>> [Cour Européenne des Droits de l'Homme].

⁸² *Le Procureur c. Dragan Nikolic*, 9 octobre 2002, décision relative à l'exception d'incompétence du Tribunal soulevée par la Défense, au par. 114[Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie].

⁸³ *Le Procureur c. Slavko Dokmanovic*, 22 octobre 1997, affaire n° IT-95-13a-PT, Décision relative à la requête aux fins de mise en liberté déposée par l'accusé Slavko Dokmanovic, aux par. 70-75. [Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie - Chambre de première instance I].

⁸⁴ *Le Procureur c. Jean-Bosco Barayagwiza*, 3 novembre 1999, affaire n° ICTR-97-19-AR72, Décision, au par. 74 [Tribunal Pénal International pour le Rwanda].

⁸⁵ *Le Procureur c. Dragan Nikolic*, *supra* note 73 au par. 30.

La Chambre examine donc les faits de l'espèce afin de conclure que les preuves présentées ne permettent pas d'établir que les droits fondamentaux de l'accusé aient été violés de manière flagrante. La Chambre rejette donc ce moyen soulevé par la Défense de Dragan Nikolic.