

La décision de la Chambre de première instance n° I du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Nikolic*

*Rafaëlle Maison**

Pour la première fois, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ('le Tribunal') met en oeuvre la 'procédure en cas d'inexécution d'un mandat d'arrêt' prévue par l'article 61 de son Règlement de procédure et de preuve ('le Règlement'). L'invention par les Juges de cette procédure avait été saluée avec enthousiasme.¹ Elle constituait un recours inespéré contre l'impuissance attendue du Tribunal qui devait résulter de l'absence d'organisation expresse d'une procédure de contumace dans le Statut régissant sa compétence, tel qu'il avait été adopté par le Conseil de sécurité. La première application de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve ("le Règlement") ne peut dès lors que retenir notre attention.

C'est par une décision du 20 octobre 1995 (affaire IT-94-2-R61) que la Chambre de première instance n°I du Tribunal a confirmé, en vertu de cet article, l'acte d'accusation porté par le Procureur contre Dragan Nikolic pour crimes de guerre et crimes contre l'Humanité. Dragan Nikolic était accusé d'avoir commis une série de crimes graves dans le camp de détention de Susica, dont il était le commandant, aux alentours de la ville de Vlasenica, en Bosnie orientale. Quelques huit mille personnes, de religion musulmane, auraient été détenues dans ce camp sur plusieurs mois, en conséquence de la violente politique de purification ethnique pratiquée dans la région. L'acte d'accusation visant Dragan Nikolic avait été confirmé une première fois le 4 novembre 1994 par le Juge Odio-Benito, qui émettait ce même jour un mandat d'arrêt à l'encontre de l'accusé. C'est donc près d'un an après l'émission de ce premier mandat, et du fait de son inexécution, qu'est entamée la procédure d'examen collégial de l'acte d'accusation.

* Institut Universitaire Européen

1 La procédure a trouvé un prolongement dans le Règlement du Tribunal pour le Rwanda. Le projet de statut d'une cour criminelle internationale élaboré par la Commission du Droit International comporte également un article 37, "présence de l'accusé au procès" dont certaines dispositions sont directement inspirées de l'exemple Yougoslave. Voir le rapport de la Commission, doc A/49/10, 1994.

La décision prise par la Chambre présente un intérêt historique car elle permet d'apprécier les possibilités de fonctionnement de la juridiction pénale internationale ainsi que le rôle qu'elle entend jouer dans le traitement judiciaire de la crise yougoslave. Cette première affaire illustre la place essentielle que tient l'article 61 dans la procédure devant le Tribunal ; elle pose la question des conséquences juridiques externes emportées par la décision de reconfirmation et nous amène à mesurer l'originalité et l'importance de ses effets sanctionnateurs (I). La décision motivée résultant du nouvel examen de l'accusation, qu'elle conduise ou non à la confirmation de celle-ci, produit également des effets internes d'importance. Dans l'affaire *Nikolic*, la Chambre est amenée à se prononcer sur des questions primordiales de droit substantiel. Elle souligne ainsi la spécificité et la gravité de la criminalité dirigée contre l'Humanité, dont la répression, semble-t-elle conclure, est la tâche majeure de la juridiction internationale (II).

I. Les conséquences externes de la décision de reconfirmation

La procédure de mise en accusation devant le Tribunal est organisée par le Chapitre V du Règlement.² Lorsqu'il décide de poursuivre, le Procureur doit présenter un acte d'accusation à un Juge d'une Chambre de première instance. Celui-ci confirme ou rejette l'accusation. S'il confirme l'acte présenté par le Procureur, il émet généralement un mandat d'arrêt à l'intention 'des Etats sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel l'accusé réside ou a eu sa dernière résidence connue, ou est considéré par la Greffier comme susceptible de se trouver'.³

L'article 61, dont nous voyons ici la première application, a pour objet principal de réagir à l'inexécution de ce mandat, c'est à dire à l'absence de l'accusé.⁴ Sans

2 On trouve un commentaire de ce Règlement dans l'ouvrage de V. Morris et M. P. Scharf, *An Insider's Guide to the International Tribunal for the Former Yugoslavia* (1995).

3 Article 19 du Statut, 47 et 55 du Règlement.

4 L'article 61, 'procédure en cas d'inexécution d'un mandat d'arrêt' se lit comme suit :

(A) Si, au terme d'un délai raisonnable, le mandat d'arrêt n'a pas été exécuté et dès lors l'acte d'accusation n'a pas été signifié à l'accusé, le Juge de première instance qui a confirmé l'acte d'accusation invite le Procureur à rendre compte des mesures qu'il a prises. Dès lors qu'il est convaincu que :

(i) le Procureur a pris toutes les mesures nécessaires pour effectuer la signification à personne, notamment en ayant recours aux autorités compétentes de l'Etat sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel l'accusé réside ou avait sa dernière résidence connue, et

(ii) le procureur a essayé selon d'autres modalités d'informer l'accusé de l'existence de l'acte d'accusation en cherchant à publier des annonces appropriées dans les journaux dudit Etat conformément à l'article 60 ci-dessus,

le Juge ordonne que le Procureur saisisse la Chambre de première instance à laquelle il est affecté de l'acte d'accusation.

(B) Dès le prononcé d'une telle ordonnance, le Procureur soumet l'acte d'accusation à la Chambre de première instance en audience publique, en y joignant tous les éléments de preuve présentés au Juge qui a initialement confirmé l'acte d'accusation. Le procureur peut également citer à comparaître et interroger, devant la Chambre de première instance, tout témoin dont la déclaration a été soumise au juge ayant initialement confirmé l'acte d'accusation.

celui-ci, en l'état actuel du Règlement, le procès ne peut avoir lieu. Le Juge unique ayant confirmé l'acte d'accusation et le plus souvent émis le mandat d'arrêt, a l'initiative de la saisine de la Chambre à laquelle il est affecté.⁵ A l'issue d'un délai raisonnable, et après avoir contrôlé la diligence du Procureur dans la transmission et la signification du mandat d'arrêt, il déclenche un nouvel examen de celui-ci, qui se présente comme un substitut nécessaire au procès par contumace. La décision prise à l'issue de cet examen consiste dans une confirmation ou un rejet de l'acte. En cas de confirmation, la décision vise à provoquer l'arrestation de l'accusé. Ces fonctions diverses mais complémentaires sont parfaitement résumées par la décision de la Chambre de première instance dans l'affaire *Nikolic* : 'L'utilisation de l'article 61 permet au Tribunal qui ne dispose pas de moyens directs de coercition de ne pas se trouver désarmé face à la non-comparution de l'accusé et de relancer la procédure malgré cette carence.'⁶

A. Rendre publique et conforter l'accusation

La première des conséquences de la décision de reconfirmation est la publicité solennelle accordée à l'acte d'accusation. En vertu de l'article 61 (C), après avoir rendu sa décision, 'la Chambre prie le Procureur de donner lecture des parties pertinentes de l'acte d'accusation'. Les effets de cette lecture publique ont été accrus par un amendement du mois de janvier 1995, qui accorde au Procureur la possibilité de citer des témoins et des victimes à l'audience. La Chambre, dans sa décision du 20 octobre, note : 'au travers de l'article 61, elles (les victimes) trouveront le moyen grâce à l'audience publique de faire entendre leurs voix et de les faire passer à l'Histoire'.⁷

La procédure permet, en outre, de consolider l'accusation par une décision collégiale établissant qu'une présomption de responsabilité individuelle existe. Cette

(C) Si la Chambre de première instance considère, sur la base de ces éléments de preuve ainsi que de tous autres que le Procureur pourra produire, qu'il existe des raisons suffisantes de croire que l'accusé a commis une ou toutes les infractions mises à sa charge dans l'acte d'accusation, elle statue en conséquence. La Chambre prie le Procureur de donner lecture des parties pertinentes de l'acte d'accusation et de rendre compte des efforts déployés pour effectuer la signification tels que prévus au paragraphe (A) ci-dessus.

(D) En outre, la Chambre de première instance délivre contre l'accusé un mandat d'arrêt international qui est transmis à tous les Etats.

(E) Si le Procureur établit à l'audience devant la Chambre de première instance que le défaut de signification est imputable en tout ou en partie au défaut ou au refus de coopération d'un Etat avec le Tribunal contrairement à l'article 29 du Statut, la Chambre de première instance en dresse constat. Le Président en informe le Conseil de sécurité selon les modalités les plus opportunes, après consultation des deux Présidents de Chambre.

5 Le pouvoir du juge a été mis en lumière par les amendements du 19 janvier 1996. Rappelons que si le Procureur dispose d'une indépendance statutaire absolue, il est cependant nommé par le 'Conseil de sécurité sur proposition du Secrétaire général' (article 16 du Statut). Les garanties d'indépendance des Juges sont plus convaincantes : ils sont en effet 'élus par l'Assemblée générale sur une liste présentée par le Conseil de sécurité' (article 13 du Statut)

6 Par. 3 de la décision.

7 Par. 3.

autorité de la décision juridictionnelle peut aussi atteindre l'Etat qui a failli à son obligation de coopération, car la Chambre établit publiquement le manquement de celui-ci. La publicité et l'autorité accordée à l'accusation directe de l'individu, et indirecte de l'Etat, par delà leur impact historique d'accusation, peuvent provoquer certains effets juridiques spontanés.⁸ D'autres sont explicitement prévus par le Règlement : la reconfirmation doit en effet 'relancer la procédure'.

B. Provoquer l'arrestation

La publicité du nouvel examen de l'acte d'accusation garantit la mise en oeuvre de moyens coercitifs indirects dans le but d'obtenir l'arrestation de l'accusé. La décision de reconfirmation entraîne, tout d'abord, l'émission d'un mandat d'arrêt international; elle conduit, dans certains cas à une information du Conseil de sécurité. L'intérêt de la diffusion internationale du mandat d'arrêt est évident dans deux cas de figure principaux. Le premier est la situation de fuite internationale de l'accusé, qui se présente lorsque les Etats auxquels a initialement été transmis le mandat ont coopéré : l'accusé n'est pas localisé sur le territoire de ces Etats et doit être internationalement recherché. Le second, plus original, est celui où ces Etats, ou l'un d'entre eux, n'a pas coopéré. Le mandat d'arrêt à diffusion internationale sanctionne alors provisoirement l'individu qui ne s'est pas présenté devant le Tribunal, en l'empêchant de se déplacer. Le deuxième rapport annuel du Tribunal affirme précisément :

si l'accusé joue un rôle dirigeant, le mandat d'arrêt international l'empêchera de quitter le siège de son pouvoir sans risquer d'être arrêté, ce qui fait qu'il sera difficile pour lui de continuer à diriger.⁹

Le mandat d'arrêt international revêt cette efficacité inattendue et ne trouve une justification que lorsque l'accusé est en situation d'autorité en vertu de l'organisation d'un Etat qui ne coopère pas avec le Tribunal. En effet, l'accusé se trouvant sous le pouvoir d'autorités violant leur obligation de coopérer ne peut être présumé avoir refusé la juridiction du Tribunal : à son égard, les effets de l'article 61 sont problématiques. Ceci nous amène à penser que c'est précisément la personne en position d'autorité dans l'Etat délinquant que vise la procédure. L'examen des conditions et des conséquences de l'information du Conseil de sécurité conforte cette hypothèse.

Le président du Tribunal, dès lors que la Chambre a constaté que le défaut d'exécution du mandat d'arrêt initial était lié au manque de coopération d'un Etat, doit en informer le Conseil de sécurité.¹⁰ La procédure d'information paraît en réa-

8 · Voir, dans ce Journal, l'article de Jones, 'The implications of the Peace Agreement for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia'.

9 Doc A/50/365, par. 198.

10 Les articles 11, 13, 59 du Règlement organisent un renvoi au Conseil de sécurité. Ce n'est toutefois qu'au stade de l'article 61 que ce recours échappe à la discrétion de la Chambre ou du Prési-

lité conçue comme un recours à un organe exécutif, capable d'imposer des sanctions. Selon le Procureur dans l'affaire *Nikolic*,

the Rules of the Tribunal do not attempt to prescribe appropriate action by the Security Council in the event of a notification to it by the president under Rule 61. The Charter, however, gives a wide discretion to the Security Council in such an event and obviously the imposition of sanctions or at least the threat of sanctions is the kind of action that readily comes to mind.¹¹

Cette analyse des conséquences possibles de l'information du Conseil est également présente dans la lettre du président du Tribunal adressée le 31 octobre 1995, à l'issue de la décision *Nikolic*, au Conseil de sécurité. Conformément à la décision de la Chambre de première instance, le Président y fait état des manquements de l'administration de Pale. Quels ont été les effets juridiques réels de cette information? La réaction du Conseil de sécurité est prometteuse dans sa forme puisqu'elle s'exprime en une résolution. En revanche, son contenu peut décevoir à plusieurs titres.

La résolution 1019 du 9 novembre 1995 a un triple objet. Elle condamne tout d'abord les violations du droit humanitaire international qui continuent d'être perpétrées, notamment par les Serbes de Bosnie et la République de Croatie et répète certaines des obligations de ces parties en la matière. Par ailleurs, le Secrétaire général des Nations Unies est chargé d'établir un rapport sur les graves violations imputées aux Serbes de Bosnie et de continuer à informer le Conseil des mesures prises par la Croatie pour se conformer à ses obligations. Le Conseil prend également acte, dans le préambule de la résolution, de la lettre du président du Tribunal et exprime 'its strong support for the work of the International Tribunal established pursuant to its resolution 827 (1993) of 25 may 1993'. Les paragraphes 8 et 9 de la résolution sont plus précisément consacrés au Tribunal. Le Conseil,

8. Demands that all States, in particular those in the region of the former Yugoslavia, and all parties to the conflict in the former Yugoslavia, comply fully and in good faith with the obligations contained in paragraph 4 of resolution 827 (1993) to cooperate fully with the International Tribunal (...) including by providing access to individuals and sites the Tribunal deems important for its investigations, and by complying with requests for assistance or orders issued by a Trial Chamber under article 29 of the Statute of the Tribunal, and calls upon them to allow the establishment of offices of the Tribunal;

9. Demands that all parties, and in particular the Bosnian Serb party, refrain from any action intended to destroy, alter, conceal, or damage any evidence of violations of international humanitarian law and that they preserve such evidence.

Le Conseil n'attache aucune sanction à la violation par l'administration de Pale, telle qu'elle a été constatée par le Tribunal, de ses obligations. Il se contente de réaffirmer une obligation générale de coopération avec le Tribunal. Les Serbes de Bosnie ne sont spécifiquement visés qu'en ce qui concerne la préservation des moyens de preuve : encore cette mention a-t-elle probablement trait aux graves violations con-

dent du Tribunal. Notons que la possibilité d'un tel recours n'était pas explicitement envisagée par le Statut.

11 Compte rendu de l'audience du 9/10/95, p 5.

damnées plus haut par le Conseil, qui ne constituaient pas l'objet de la lettre du Président du Tribunal. Dès lors, la détermination de l'illicite étatique à laquelle s'était attachée la Chambre dans l'affaire *Nikolic* est malheureusement effacée. Il convient de s'interroger, généralement, sur les pouvoirs de sanction de Conseil de sécurité.

L'Etat qui n'a pas exécuté le mandat d'arrêt initial a violé son obligation de coopérer avec le Tribunal clairement posée dans la résolution 827, adoptée en vertu du Chapitre VII. Le rapport du Secrétaire général approuvé par le Conseil dans cette même résolution précise que

le mandat d'amener ou ordonnance de transfert sous la garde du Tribunal émanant d'une Chambre de première instance seront considérés comme donnant effet à une mesure coercitive relevant du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.¹²

En conséquence, la non-exécution délibérée d'un tel mandat peut être analysée comme le refus de donner effet à une mesure coercitive du Chapitre VII, c'est à dire comme une violation de l'obligation d'appliquer une décision du Conseil de sécurité imposant une sanction. L'Etat refusant d'exécuter le mandat d'arrêt viole donc, en dernier lieu, les articles 25 et 48 de la Charte des Nations Unies¹³. Si le texte de la Charte n'organise pas explicitement les conséquences d'une telle violation, il est permis de penser que les sanctions du chapitre VII pourraient être utilisées dans la mesure où la situation de non coopération s'apparenterait à celle qui permettent au Conseil de sécurité d'utiliser les articles 41 puis 42.¹⁴ La non-coopération doit dès lors s'analyser comme une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression. Il serait souhaitable, pour des raisons de justice, que le Tribunal tempérât en amont la possibilité d'une utilisation déraisonnable du pouvoir discrétionnaire de qualification du Conseil.

La Chambre de première instance doit, tout d'abord, procéder à une analyse précise de l'existence de l'acte illicite et de son imputation. Le "constat" du manquement étatique, prévu par le paragraphe (E) de l'article 61, devrait faire l'objet d'une décision séparée, rendue après la décision de confirmation de l'acte d'accusation¹⁵. Par ailleurs, un amendement adopté le 19 janvier 1996 a introduit

¹² Commentaire de l'article 29, doc S/ 25704, par 126.

¹³ Qui peuvent être considérés comme redondants, v. sur ce point H. Kelsen, *The Law of the United Nations* (1950) 98. En réalité, l'affirmation par la résolution et le Statut de l'obligation de coopération des Etats est elle-même redondante. A partir du moment où le Statut du Tribunal permet d'analyser les décisions du Tribunal comme ayant une valeur obligatoire et non une valeur de recommandation, les Etats sont tenus de les appliquer en vertu des articles précités de la Charte. Sur ce point, v. notamment le rapport du comité de juristes français présenté au Conseil de sécurité, doc S/25266.

¹⁴ Voir H. Kelsen, *The Law of the United Nations* (1950) 97.

¹⁵ C'est ce que prévoit le texte de l'article. Dans l'affaire *Nikolic*, son application a pris une forme quelque peu différente. Le Procureur a affirmé que le défaut d'exécution était imputable aux autorités serbes bosniaques, sans mener à l'audience de démonstration précise. La Ve partie de la décision de confirmation présente un résumé des efforts déployés par le Procureur pour transmettre le mandat et signifier l'accusation; son dispositif une acceptation de l'affirmation du Procureur. Notons que le mandat n'a étonnamment pas été transmis aux autorités de Belgrade. Le Juge saisissant

plus de souplesse dans les modalités d'information du Conseil. En vertu du texte nouveau, l'information obligatoire du Conseil peut être effectuée "selon les modalités" que le président, "après consultation des deux présidents de Chambre" considère comme "les plus opportunes". Une pratique nouvelle pourrait se développer, en vertu de laquelle le président ne procèdera à l'information du Conseil de sécurité qu'à partir du moment où les décisions des Chambres révéleront la systématique et la régularité des conduites étatiques défailtantes.

Il faut constater que la procédure de l'article 61 est particulièrement adaptée à un certain type d'accusation. Les conséquences qu'emporte cette procédure, dans l'hypothèse fréquente où la non-exécution du mandat d'arrêt est due au manque de coopération d'un Etat, sont particulièrement justifiées et efficaces lorsque l'accusé occupe une position d'autorité dans cet Etat "délinquant" ou criminel. C'est au regard de cet Etat que l'information du Conseil de sécurité pourrait s'avérer utile. Il semble ainsi qu'en inventant l'article 61 les Juges l'aient adapté au type de criminalité dont ils pensaient devoir connaître. L'étude de la motivation de la décision de reconfirmation dans l'affaire *Nikolic* paraît elle aussi mettre en lumière, en ce qui concerne cette fois-ci le droit substantiel, la place et la fonction du Tribunal.

II. Les conséquences internes de la décision prise en vertu de l'article 61.

Les pouvoirs de la Chambre qui examine de nouveau l'acte d'accusation ne diffèrent pas fondamentalement de ceux qu'avait exercés le Juge de la confirmation initiale. La Chambre peut confirmer l'acte d'accusation dans son ensemble, ne confirmer que certains chefs, ou rejeter cet acte dans son ensemble. A cet effet, elle se prononce en principe sur les mêmes fondements que le Juge de la confirmation initiale.

L'article 47 du Règlement, qui régit la première confirmation, fournit des indications quant aux exigences auxquelles doit satisfaire le Procureur. Le Juge contrôle qu'elles sont bien remplies. Ainsi, selon le paragraphe (A) de cet article :

Lorsque l'enquête permet au Procureur d'établir qu'il existe des éléments de preuve suffisants pour soutenir raisonnablement qu'un suspect a commis une infraction relevant de la compétence du Tribunal, le Procureur établit et transmet au Greffier pour confirmation par un Juge un acte d'accusation auquel il joint tous les éléments justificatifs.

En somme, le Juge vérifie que le Procureur a démontré 'qu'au vu des présomptions, il y a lieu d'engager des poursuites', selon le texte de l'article 19 du Statut, ou, en d'autres termes, ceux utilisés dans la version anglaise de ce même article, qu'il existe, *prima facie*, une affaire relevant de la compétence du Tribunal.¹⁶ Dans sa déci-

la Chambre aurait peut-être dû exercer un contrôle plus approfondi sur la rationalité des transmissions avant de saisir la Chambre.

16 Les Juges de confirmation se sont déjà posé la question de leur pouvoir au regard des textes. Ils ont vérifié qu'il n'existait pas de contradiction entre le Statut et le Règlement en ce qui concerne leur compétence de confirmation. Voir ainsi les décisions citées en note 17 et 18.

sion de confirmation du 29 août 1995, le Juge Sidhwa affirme qu'il suffit au stade de la confirmation que

l'on puisse clairement suspecter l'accusé d'avoir commis le crime qui lui est reproché sur la base d'un aperçu global des moyens de preuve recueillis par le Procureur et qui couvrent tous les éléments constitutifs de l'infraction, y compris les implications juridiques nécessaires.¹⁷

Dans sa décision de confirmation du 10 novembre 1995, le Juge McDonald précise:

L'examen de l'acte d'accusation par un Juge dans le cadre de nos procédures est constituée de deux éléments séparés et distincts. Premièrement, le Juge doit évaluer si l'acte d'accusation établit que, s'ils sont prouvés avec certitude, les actes présumés commis par l'accusé constituent les crimes qui lui sont reprochés et relèvent de la compétence *ratione materiae* du Tribunal international. (...) le deuxième élément de l'examen entraîne une analyse des pièces et documents justificatifs joints à l'acte d'accusation. Dans un certain sens, le juge remplit alors en quelque sorte une fonction proche de celle d'un juge d'instruction ou d'un jury décidant de la mise en accusation, visant à s'assurer que l'accusation n'intentera pas des poursuites abusives ou dénotant un parti pris.¹⁸

Ainsi, le Juge de confirmation contrôle que les preuves de l'élément matériel de l'infraction sont suffisantes. Les faits reprochés au suspect doivent également recevoir dans l'acte d'accusation une qualification pénale adéquate ; le Juge doit vérifier qu'ils relèvent de la compétence du Tribunal. Le Juge de confirmation se prononce dès lors de façon concomitante sur le caractère suffisant des charges pesant contre le suspect et sur sa propre compétence. C'est particulièrement au regard de cette compétence que la décision du 20 octobre présente un intérêt aigü. Le contrôle opéré par la Chambre sur l'acte d'accusation, et particulièrement sur l'élément légal des infractions dont Dragan Nikolic est accusé, ouvre la voie à une "jurisprudence" de la confirmation.

A. La persistance de l'alternative de qualification

L'acte d'accusation contre Dragan Nikolic contient vingt quatre chefs. Ces chefs se répartissent en une série de crimes commis sur quinze victimes identifiées. Dragan Nikolic est accusé d'avoir assassiné 8 personnes, infligé des actes inhumains à huit personnes, torturé trois personnes. Chacun de ces actes criminels fait l'objet d'une triple qualification au regard du Statut : violation de l'article 2 (infractions graves aux Conventions de Genève), de l'article 3 (violations des lois ou coutumes de la guerre) ou de l'article 5 (crimes contre l'Humanité). Dragan Nikolic est en outre accusé d'avoir commis cinq crimes sur, cette fois-ci, un ensemble de victimes dont la plupart ne sont pas identifiées. Il s'agit de la population du camp dans son ensemble. De nouveau, la plupart de ces crimes "collectifs", emprisonnement, pillage, transfert, persécutions, et actes inhumains sont qualifiés alternativement en vertu du Statut.

17 Affaire n° IT-95-12-I, Rajic.

18 Affaire n° IT-95-14-I, Kordic et autres.

L'acte d'accusation se présente dès lors sous un aspect assez complexe, que les Juges vont être amenés à dénouer partiellement lors de leur examen.¹⁹ La Chambre analyse les différentes qualifications pour retenir provisoirement celle qui lui semble la plus appropriée. Elle annonce qu'elle

prend note de la présentation alternative, dans l'acte d'accusation, de la qualification juridique des actes criminels. Certains éléments du dossier permettent de considérer comme envisageable la compétence du Tribunal en vertu des articles 2 ou 3 du Statut. Toutefois, la Chambre, sous réserve de l'appréciation souveraine des Juges du fond, considère qu'il existe des raisons suffisantes de croire que les actes criminels relèvent, plus évidemment, d'une qualification de crimes contre l'Humanité.²⁰

Afin de conforter la liberté de la juridiction de jugement, la Chambre vérifie la possibilité de qualifications différentes de celle qu'elle privilégie. Elle est alors amenée à constater l'existence des conditions d'application des articles 2 et 3 du Statut (crimes de guerre) en l'espèce. Elle utilise à cette fin les critères posés par la récente décision de la Chambre d'appel dans l'affaire *Tadic*.²¹ Si nous n'avons pas la place ici d'entrer dans le détail des implications de la décision d'appel, deux éléments doivent cependant retenir notre attention. La Chambre se prononce tout d'abord sur l'existence d'un conflit armé présentant un caractère international, qui semble être une condition d'application de l'article 2 du Statut relatif aux "infractions graves aux Conventions de Genève".

La Chambre d'appel, dans l'affaire *Tadic*, affirmait en effet '*in the present development of the law, article 2 of the Statute only applies to offences committed within the context of international armed conflicts*'.²² Elle semblait laisser le soin aux Chambres de première instance de déterminer au cas par cas le caractère du conflit. C'est à cette détermination *prima facie* que procède dès lors la Chambre dans l'affaire *Nikolic* : 'les éléments du dossier tendent à démontrer que les troupes de la JNA provenant de Novi Sad, et sous le contrôle du gouvernement de Belgrade, ont pris part à l'occupation de Vlasenica après que la Bosnie-Herzégovine ait été reconnue comme un Etat indépendant.'

Elle ajoute :

19 En réalité, la présentation de l'acte d'accusation ne met pas clairement en évidence le caractère alternatif des qualifications. Cette complexité est probablement liée au fait que la compétence du Tribunal n'était pas, au moment où l'acte d'accusation a été confirmé, clairement fixée : en effet, pour trouver à s'appliquer de manière cohérente le Statut doit être interprété par les Juges. Sur la compétence du Tribunal, il convient de se rapporter à la doctrine abondante que nous ne pouvons citer de manière complète ici. Mentionnons les articles de David, 'Le Tribunal International Pénal pour l'ex-Yougoslavie', *RBDI* (1992) 565-598, Greenwood, 'The International Tribunal for the former Yugoslavia', *International affairs* (1993), 652, Hollweg, 'Le nouveau Tribunal international de l'ONU et le conflit en ex-Yougoslavie : un défi pour le droit humanitaire dans le nouvel ordre mondial', *Revue du droit Public et de la science politique* (1994) 1357-1397, O'Brien, 'The international Tribunal for violations of International Humanitarian Law in the former Yugoslavia', *AJIL* (1993) 639-659, Pellet, 'Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie : poudre aux yeux ou avancée décisive', *RGDIP* (1994) 7_59, Weckel, 'L'institution d'un Tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie', *AFDI* (1993) 232-261.

20 Par. 25.

21 *Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction*, 2 octobre 1995.

22 Par 84.

les éléments fournis par le témoin expert, M. James Gow, permettent de penser en outre, que le conflit armé sur le territoire de l'ex-Yougoslavie pourrait être considéré, dans son ensemble comme "un conflit armé majeur". Il aurait débuté à l'automne 1991, son objectif étant "d'établir un nouvel Etat", et impliqué plusieurs Etats. La Chambre considère au regard de ce qui précède que le conflit armé revêtait un caractère international et que l'article 2 pourrait s'appliquer.²³

La détermination du caractère du conflit est effectuée "au regard de ce qui précède": la Chambre se réfère-t-elle aux circonstances de l'espèce en retenant une appréciation au cas par cas ou envisage-t-elle, comme ces dernières phrases semblent l'indiquer, le conflit Yougoslave dans son ensemble? Les deux approches ne sont pas contradictoires. On peut penser que la jurisprudence des deux Chambres permettra de mettre en relief l'unité du conflit armé dans l'ex-Yougoslavie²⁴ et de découvrir, dans la grande majorité des cas, son caractère international. En ce qui concerne la qualité de 'personnes protégées' des victimes, dont on peut penser qu'elle devra également être établie dans chaque espèce²⁵, la Chambre de première instance affirme de façon quelque peu ambiguë :

la population musulmane de Vlasenica a été systématiquement désarmée et il ne semble pas qu'il y ait eu de mouvements de résistance dans la région. La Chambre considère que tous les détenus du camp de Susica étaient des personnes civiles et par conséquent des "personnes protégées" au sens de l'article 4 de la quatrième Convention de Genève de 1949.²⁶

Par cette considération, la Chambre semble privilégier une interprétation large de la IVe Convention. En effet, selon l'article 4 de celle-ci, 'sont protégées par la Convention les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent, en cas de conflit ou d'occupation, au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes'. Au sens strict du texte, les civils ne sont protégés que s'ils relèvent d'une nationalité différente de celle de leurs bourreaux. La Chambre paraît refuser de se considérer comme tenue par une telle limitation. La référence directe au texte de l'article 4 tendrait-elle à signifier que la distinction entre ressortissants et non-ressortissants est obsolète ou inopérante au regard du mandat? Cette hypothèse remettrait en question la décision d'appel et rendrait inutile la détermination du caractère du conflit. On peut aussi comprendre la décision comme signifiant que le débat sur la qualité de ressortissant relève du fond et devra être examiné par la Chambre qui connaîtra du procès. Dans ce second cas de figure, cette Chambre pourrait être amenée à déterminer si Dragan

23 Par. 30.

24 Le Juge Li affirmait, dans l'opinion individuelle qu'il a jointe à la décision, 'I am of the opinion that the submission of the Prosecution to view the conflict in the former Yugoslavia in its entirety and to consider it international in character is correct'.

25 Le texte de l'article 2 se lit :

'Le Tribunal international est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir les actes suivants dirigés contre des personnes ou des biens protégés aux termes des dispositions de la Convention de Genève pertinente : (suit la liste des actes)'

26 Par. 30.

Nikolic, formellement ressortissant bosniaque, n'agissait pas comme agent de la République Fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro). Dans ce cas, ses victimes pourraient sans doute être considérées comme protégées en vertu des Conventions.

La Chambre se prononce également sur l'interprétation de l'article 3 du Statut relatif aux violations des lois ou coutumes de la guerre posée par la Chambre d'appel. Cette dernière considérait ce texte comme une disposition résiduelle.²⁷ Lorsque, par exemple, la qualité de personne protégée de la victime requise pour que l'article 2 du Statut trouve à s'appliquer ne peut être démontrée, le crime pourra continuer de relever de la compétence du Tribunal en vertu de son article 3. La Chambre de première instance, conformément à la décision d'appel, accepte que les normes contenues dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève, relatives aux conflits internes, soient un fondement justifié pour retenir la compétence du Tribunal. L'opinion individuelle du Juge Abi-Saab, qui faisait valoir que cette disposition conventionnelle aurait dû être réintégrée sous l'article 2 du Statut concernant spécifiquement le droit de Genève, par opposition au droit de La Haye qui semble être l'objet principal de l'article 3 du Statut, ne trouve donc par pour le moment de reconnaissance jurisprudentielle.²⁸ Au stade de l'accusation, les faits suffisent à établir la compétence du Tribunal en vertu des articles 2 ou 3. Toutefois, ils mettent plus clairement en évidence, selon la Chambre, la commission d'un crime contre l'Humanité que celle de crimes de guerre.

B. La préférence pour la qualification la plus appropriée

Il semble que ce soit l'examen des circonstances de l'espèce qui ait conduit la Chambre à préciser la définition du crime contre l'Humanité figurant dans le Statut du Tribunal²⁹. C'est grâce à cette précision conceptuelle que la Chambre peut justifier la préférence qu'elle montre dans le choix des qualifications. En vertu de la

27 Selon la Chambre, 'it can be held that article 3 is a general clause covering all violations of humanitarian law not falling under article 2 or covered by articles 4 or 5.', décision préc., par 89.

28 Selon ce Juge, 'Instead of reaching, as the decision does, for the actes expressly mentioned in article 2 via article 3 when they are committed in the course of an internal armed conflict, I consider, on the basis of the material presented in the decision itself, that a strong case can be made for the application of article 2, even when the incriminated act takes place in an internal conflict'.

29 La doctrine a pu noter les insuffisances de la définition du crime telle qu'elle figure à l'article 5. Ainsi, selon David, 'l'article 5 du présent Statut conduit à une forte dilution du concept de crime contre l'humanité...', 'Le Tribunal Pénal International', 580. En ce qui concerne la condition relative à l'existence du conflit armé, la Chambre de première instance n° I continue de déplorer cette limite à sa compétence, tout comme l'avaient fait la Chambre de première instance n° II dans l'affaire *Tadic* (IT-94-I-T, *decision on the defence motion on jurisdiction*, 10 août 1995) et la Chambre d'appel dans la décision précitée. Cette condition n'est en effet pas constitutive au regard du droit international contemporain, du crime contre l'Humanité. Contrairement à l'opinion de M. David qui semble considérer que la limitation n'aurait pas d'incidence pratique, il nous semble qu'elle pourrait être un obstacle malheureux à la répression des crimes commis au Kosovo, où un état d'apartheid a été instauré bien avant le début des hostilités.

décision, pour constituer des crimes contre l'Humanité, les actes criminels listés dans l'article 5 du Statut

doivent avoir pour objet une population civile spécifiquement identifiée comme un groupe par les auteurs de ces actes. En second lieu, les actes criminels doivent s'inscrire dans une certaine organisation et s'insérer dans un contexte systématique. S'il n'est pas nécessaire qu'ils soient liés à une politique instituée à un niveau étatique au sens classique du terme, ils ne peuvent être le seul fait d'individus isolés. Enfin, la perpétration des actes criminels, considérés dans leur ensemble, doit présenter une certaine ampleur et une certaine gravité.³⁰

La décision paraît mettre en évidence trois critères du crime contre l'Humanité : la sélection discriminatoire des victimes, l'organisation criminelle, enfin l'ampleur et la gravité. Ces trois critères semblent en réalité se ramener à deux exigences principales. La définition posée ici généralise d'une part la condition de 'discrimination' qui ne figurait que dans le (h) de l'article 5, relatif aux persécutions.³¹ La discrimination peut être mise en oeuvre selon des critères variés, qui ne sont en effet pas clairement désignés : ils peuvent être, et sont le plus souvent, des critères qui n'ont de réalité que dans l'esprit des criminels.³² Dans l'affaire *Nikolic*, la Chambre note que

la population civile faisant l'objet des mesures discriminatoires précédemment visées était identifiée, par les auteurs des actes discriminatoires, principalement par ses caractéristiques religieuses. Les témoignages concordent tous sur ce point : la population musulmane était particulièrement, sinon exclusivement, visée. (...) Au regard de l'ensemble des témoignages, au mois de septembre 1992, il ne reste que peu de traces de la population de religion musulmane de l'Opstia de Vlasenica, qui, selon le recensement de 1991, le dernier avant les événements relatés, s'élevait à 55,3 % de la population totale.³³

La Chambre affirme plus loin que cette politique discriminatoire couramment appelée 'nettoyage ethnique' a pris la forme

d'actes discriminatoires d'un gravité extrême, qui tendrait à mettre en évidence son caractère génocidaire. (...) Plus précisément, l'intention constitutive du crime de génocide peut être déduite de la gravité même de ces actes discriminatoires.³⁴

30 Par. 26.

31 Selon une opinion doctrinale fort convaincante, le caractère discriminatoire des actes criminels est essentiel pour que ceux-ci puissent être qualifiés de crimes contre l'Humanité. Voir, par exemple, C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law* (1992) 251. Les travaux de la CDI sont revenus à ce critère de discrimination. Ainsi, dans le projet de Statut de la Cour criminelle internationale présenté en 1994, la Commission affirme que l'expression 'dirigés contre une population civile' de l'article 5 du Statut du Tribunal 'doit être considérée comme recouvrant les actes commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique contre une population civile pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux', doc A/49/10, p 82.

32 Cependant, la Chambre ne remet pas en question le fait que le groupe discriminé doit être une "population civile", selon le Statut. Les combattants réguliers ou irréguliers semblent dès lors exclus, ce qui est regrettable. En vertu du nouveau code pénal français, par exemple, peuvent être victimes d'un crime contre l'Humanité en temps de guerre 'ceux qui combattent le système idéologique au nom duquel sont perpétrés des crimes contre l'Humanité' (Article 212-2). Sur cette question, voir Francillon, 'Crimes de guerre, crimes contre l'Humanité', *Juris-Classeurs* (1993) 410. La Chambre pourrait-elle procéder à une interprétation de sa compétence qui étendrait celle-ci par rapport au texte même du Statut?

33 Par. 27.

34 Par 34. En l'espèce, l'intention avait été directement exprimée par l'accusé. Mais l'affirmation de la Chambre est d'importance car elle permet d'entrevoir le type de preuve qui pourrait être utilisé

Si la Chambre ne procède pas ici à une requalification de génocide, c'est peut-être parce que l'accusation ne visait pas ce crime.³⁵ Elle laisse au Procureur le soin d'examiner les faits afin qu'il comble lui-même ce qui pourrait apparaître comme une lacune de qualification et formule à son intention une 'invitation à compléter l'acte d'accusation'.³⁶ D'autre part, et ceci constitue l'aspect le plus frappant de la décision, la notion de criminalité 'systématique' est introduite.

Ainsi, pour la Chambre, le crime contre l'Humanité doit avoir été défini à un certain niveau d'organisation politique.³⁷ Il semble que l'on doive comprendre le troisième critère utilisé, l'ampleur et à la gravité de la "péripétration des actes criminels" dans ce contexte précis. Le crime n'est constitué que si un certain nombre d'actes criminels sont perpétrés : comme le précise la décision, cette ampleur exclut l'action 'd'individus isolés'. C'est en réalité à partir de ce critère d'ampleur qu'est mise en évidence l'organisation. Ainsi, selon la Chambre, 'si la mise en oeuvre de la (...) politique de nettoyage ethnique, sur la seule région de Vlasenica, semble présenter une ampleur qui permettrait à elle seule de retenir la compétence du Tribunal en vertu de l'article 5, (cette politique) s'étendait sur d'autres régions de la Bosnie dès le printemps 1992'.³⁸ La Chambre cite alors le témoin expert, M. James Gow,

le déroulement des attaques au printemps 1992, y compris la matière dont la JNA et les groupes para-militaires se déploient et traitent la population non-serbe, est homogène dans toute la Bosnie.(...)La rapidité et le degré élevé de coordination qu'ont exigés ces attaques sont la preuve de leur coordination centrale et de leur planification.³⁹

Ainsi, c'est avant tout l'analyse des circonstances, qui pourrait permettre la démonstration du caractère 'systématique' ou organisé de l'opération criminelle. La définition et l'insistance de la Chambre sur le 'contexte dans lequel doivent s'inscrire les actes criminels pour être qualifiés de crimes contre l'humanité' est, nous semble-t-il,

pour démontrer l'intention spécifique du crime de génocide. L'intention n'a pas à être expresse, elle est révélée par l'ampleur de la politique et par ses moyens radicaux. Sur cette question, v. Verhoeven, 'Le crime de génocide, originalité et ambiguïté', *RBDI* 1991 16-20 et L. Caviccholi, 'Sull'elemento soggettivo nei crimini contro la pace e la sicurezza dell'umanità', *Rivista di diritto internazionale* 1993, 1045-1097. Ce dernier auteur constatait l'apparition, notamment lors des débats à la CDI, d'une tendance à l'objectivation du but criminel qui permet de le déduire du caractère massif, répétitif et systématique des actes commis', 1071.

35 On pourrait analyser ce silence comme l'illustration de la timidité de l'accusation, timidité qui se répète dans un certain nombre d'actes ultérieurs. La CIJ elle-même n'avait pas hésité, dans l'affaire portée devant elle par la Bosnie-Herzégovine contre la RFY (Serbie et Monténégro), à se déclarer compétente en vertu de la Convention sur le génocide. Elle considérait qu'il existait un 'risque' de génocide. Voir les ordonnances du 8 avril et du 13 septembre 1993.

36 Invitation qui vise également des faits de violences sexuelles, qui ne font l'objet d'aucun chef d'accusation. La Chambre assimile maladroitement le viol à la torture, dans un but qui reste à nos yeux incertain, puisque ce crime est clairement visé à l'article 5 du Statut.

37 Ici encore, la Chambre ne fait que revenir à une conception généralement acceptée du crime contre l'Humanité. Voir à cet égard C. Bassiouni, *Crimes against Humanity*, 248. La définition du code pénal français se réfère à l'exécution d'un 'plan concerté'. Voir les commentaires de J. Francillon, 'Crimes de guerre, crimes contre l'Humanité', et d'E. Zoller, 'La définition des crimes contre l'Humanité', *RDI* (1993) 549-568.

38 Par. 27.

39 Par. 28.

indicative de l'idée qu'elle se fait du mandat du Tribunal. A cet égard, les commentaires de la Chambre sur le type de responsabilité encourue par Dragan Nikolic, sont également éclairants.

Certains actes reprochés à l'accusé avaient été commis systématiquement contre l'ensemble de la population du camp : emprisonnement de civils, persécution pour des raisons religieuses, appropriation de biens et pillage, transfert illégal de civils. Pour ce type de crimes, le Procureur entendait engager la responsabilité de Nikolic pour actes de ses subordonnés, en utilisant exclusivement l'article 7 (3) du Statut.⁴⁰ La Chambre conteste cette référence unique dans les termes suivants :

en ce qui concerne les chefs d'accusation visant des crimes commis contre un groupe de personnes (...), il convient de noter que la référence à l'article 7 (3) est moins pertinente. De la position d'autorité de Dragan Nikolic au camp de Susica découlerait, pour les faits d'emprisonnement, d'appropriation, de persécution et pour les actes inhumains liés aux conditions même de détention, non pas sa responsabilité du fait de ses subordonnés mais celle de son propre fait.⁴¹

Comme l'indique en termes implicites la Chambre, les actes criminels visant une pluralité de victimes ne sont pas exceptionnels; ils constituent la raison d'être du camp d'emprisonnement. Ils relèvent dès lors d'une criminalité de système : le commandant du camp en est, en réalité, plus évidemment responsable que ses subordonnés, qui ne sont que les moyens de cette criminalité. Chez lui, l'intention coupable est plus marquée. En ce qui concerne les crimes d'emprisonnement, les persécutions et les transferts, Nikolic lui-même semble n'avoir été qu'un agent. Ces crimes ont été en effet décidés en dehors du camp. La décision de reconfirmation n'emporte, on le voit, pas que des effets externes.

Par la préférence affirmée pour la qualification de crime contre l'Humanité, par l'invitation faite au Procureur de compléter son acte d'accusation pour y inclure le génocide, par la référence implicite à la possibilité de recherche de la responsabilité des supérieurs de Dragan Nikolic, la Chambre contraint le bureau du Procureur à orienter ses poursuites. La voie pour une jurisprudence de la confirmation, est ainsi ouverte qui ne se limite plus au stade procédural de l'article 61⁴². Son intérêt majeur

40 Cet article permet de poursuivre le supérieur qui n'a pas ordonné le crime et dont la faute consiste dans le fait qu'il ne l'a pas prévenu ou puni. Voir par exemple, Burnett, 'Command responsibility and a case study of the criminal responsibility of Israeli military commanders for the pogrom at Shtetla and Sabra', *Military Law Review* (1985) 71-116.

41 Par. 24.

42 Ainsi, par sa décision du 7 novembre 1995, le Juge Riad confirmait, en vertu de l'article 47 du Règlement, l'acte d'accusation présenté contre trois membres de la JNA dans l'affaire du charnier de Vukovar (Affaire N° IT-95-13-I). L'idée d'une échelle de gravité entre les différentes qualifications proposées affleure dans cette décision. Elle semble considérer que l'élément de systématisme et de discrimination propre au crime contre l'Humanité aggrave, en quelque sorte, le crime de guerre plus classique. Le 16 novembre 1995, l'affaire de Srebrenica donne lieu à une confirmation encore plus claire (Affaire n° IT-95-13-I). En confirmant l'acte d'accusation porté contre R. Mladic et R. Karadzic, le Juge Riad, face à la présentation d'une qualification alternative affirme : 'la politique de "purification ethnique" mentionnée ci-dessus présente, dans sa manifestation ultime, des caractéristiques de génocide. De surcroît, dans la présente affaire, l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, qui est spécifique au génocide, peut clairement être déduite de la gravité de la "purification ethnique" pratiquée à Sre-

réside dans la précision de la définition des infractions relevant de la compétence du Tribunal. Elle dessine une échelle de gravité des infractions du Statut : la discrimination et la systématique aggravent les crimes de guerre, qui, s'ils présentent ces caractéristiques, doivent relever d'une qualification de crimes contre l'Humanité. De même, l'intention de détruire en tout ou en partie le groupe qui fait l'objet de la discrimination aggrave le crime contre l'Humanité, qui relève alors plus évidemment d'une qualification de génocide. Au stade du procès, le Procureur, suivant les instructions de la Chambre dans l'affaire *Nikolic* pourrait se fonder sur une présentation organisée des qualifications. Ainsi, l'accusation de génocide pourrait être retenue à titre principal; les qualifications de crimes contre l'Humanité ou de crimes de guerre seraient présentées à titre subsidiaire. Une telle construction permettrait à la juridiction de jugement de mieux définir un régime de peines.⁴³ Au stade de l'accusation, le contrôle des Juges facilite l'appréhension la plus juste des crimes par l'identification d'une stratégie de poursuite prioritaire.

En développant une longue motivation explicitant sa décision, la Chambre, dans cette première affaire, semble prolonger l'idée exprimée dans les spécificités procédurales de l'article 61 : le Tribunal ne doit connaître que d'un certain type de criminalité. Le développement d'une jurisprudence de la reconfirmation pourrait engager le Tribunal dans la voie de la définition de priorités pour les poursuites. S'il est vrai que le Statut du Tribunal semble permettre la répression de tout crime de guerre, son article premier spécifie qu'il n'est compétent que pour connaître des violations 'graves' du droit humanitaire international.⁴⁴ Cet adjectif doit inspirer une application de ce texte qui se fonderait sur la raison d'être et le mandat du Tribunal, tels qu'ils ont été évoqués par le Conseil de sécurité et tels qu'ils sont justifiés au regard des principes du droit pénal international. Dans sa résolution 808, décidant de la création du Tribunal, le Conseil de sécurité qualifiait de menace à la paix et à la sécurité internationale la situation résultant de 'violations généralisées du droit humanitaire international' et notamment les 'tueries massives' et 'la pratique du nettoyage ethnique'. La résolution 827 qui instaurait le Tribunal et approuvait son Statut constatait de nouveau l'existence de la menace à la paix en se référant aux 'violations flagrantes et généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et spécialement dans la République de Bosnie-

brenica et dans la région avoisinante, c'est à dire essentiellement les exécutions massives de musulmans commises après la chute de Srebrenica en juillet 1995, dans des circonstances démontrant une cruauté presque sans pareille. L'accusation de génocide est ainsi tout à fait appropriée'.

43 Ce régime doit rester souple, car les critères purement juridictionnels du Statut empêchent la construction d'une échelle absolue. Ainsi certains crimes de guerre relevant d'une criminalité de système ne pourront tomber sous la qualification de crime contre l'Humanité, en vertu de l'exclusion de victimes ne faisant pas partie de la 'population civile', voir la note 32.

44 Le Rapport du comité de juristes français proposait de limiter expressément, dans la tradition de Nüremberg, la compétence du Tribunal 'aux crimes les plus révoltants' c'est à dire, en ce qui concerne les crimes de guerre à 'ceux qui présentent un caractère massif et systématique, qui révoltent tout particulièrement les consciences et appellent une réaction internationale'. Le Comité ajoutait : 'cette limitation n'a pas lieu d'être s'agissant des crimes contre l'Humanité (...) qui, par nature, présentent un caractère collectif et s'inscrivent dans le cadre d'une politique criminelle délibérée', doc. S/25266.

Herzégovine' et plus particulièrement aux 'tueries massives', à la 'détention' et au 'viols massifs, organisés et systématiques des femmes', enfin à la 'poursuite de la pratique du nettoyage ethnique, notamment pour acquérir et conserver un territoire'.⁴⁵ Ce sont donc les violations massives, flagrantes, systématiques, les pratiques généralisées telles que celle du 'nettoyage ethnique', qui doivent relever de la compétence du Tribunal. Il ne peut s'agir que d'une criminalité organisée au niveau étatique ou quasi-étatique : c'est bien, en l'état actuel de l'organisation mondiale, le crime de l'Etat qui menace l'ordre public international.⁴⁶ Le Tribunal, dans la tradition de Nüremberg, doit sans doute s'attacher à la répression des principaux agents de l'Etat criminel.⁴⁷ La jurisprudence résultant du nouvel examen de l'acte d'accusation, si elle continue de s'affiner, devrait appréhender la question de la compétence *ratione materiae* et *personae* dans cette optique.⁴⁸ Elle conduirait peut-être, alors, au rejet d'un certain nombre d'actes d'accusation déjà confirmés, qui relèvent plus évidemment de la compétence universelle des tribunaux internes.

- 45 C'est très exactement l'idée de l'"agression génocidaire" que la Bosnie a tenté de faire valoir devant la CIJ, voir les ordonnances du 8 avril et 13 septembre 1993. Le mandat du Tribunal ne peut être qu'en contradiction avec le plan de paix de Dayton, qui, en reconnaissant une existence légale à la République Serbe, valide d'une certaine façon les effets du 'nettoyage ethnique'. Voir, sur ce point, les nouvelles dispositions constitutionnelles de la Bosnie-Herzégovine commentées par Yee, 'The new constitution of Bosnia and Herzegovina', dans ce Journal.
- 46 Le crime contre la paix est malheureusement exclu du Statut, ce qui a permis à certains de considérer le Tribunal comme un 'alibi judiciaire'. Voir notamment l'article de Zaoui, 'De Nüremberg à la Haye, une promesse non tenue?', *Le Monde* 24-25 décembre 1995. En réalité, les responsabilités dans le développement et la conduite du conflit peuvent être établies en vertu de ce même Statut, par la poursuite prioritaire du crime contre l'Humanité. En effet, la planification, l'incitation à commettre, l'aide ou l'encouragement à planifier, préparer ou exécuter un crime contre l'Humanité relèvent de la compétence du Tribunal (article 7 (1)). Les propos attribués au Procureur Goldstone dans *Le Monde* du 2 février 1996, doivent à cet égard être pris avec réserve. Il n'est pas vrai que 'pour le droit international, mener une guerre d'agression n'est pas un crime'. Il est également contestable d'affirmer que le Tribunal n'a 'pas le pouvoir d'inculper les gens pour avoir fait la guerre'. Tout dépend évidemment du type de guerre menée : il apparaît assez clairement, dans le cas Yougoslave, que la guerre a emprunté le plus souvent le moyen de la purification ethnique de la population civile et pris la forme d'un crime contre l'Humanité.
- 47 Les travaux de la CDI sur les conséquences de la criminalité étatique, dont il convient ici de souligner l'extrême importance et actualité, renouent avec la réflexion sur la responsabilité pénale de l'agent de l'Etat. Voir ainsi les cinquième et septième rapports sur la responsabilité des Etats présentés par G. Arangio-Ruiz, docs A/CN.4/453/Add. 2 et A/CN.4/469.
- 48 Dans sa demande de dessaisissement adressée aux autorités de la Bosnie-Herzégovine, (affaire Karadzic et Mladic n° IT 95-5-D) la Chambre de première instance n° 1 affirmait, le 15 mai 1995 : "Attendu (...) que la qualité officielle d'un individu se trouvant, même *de facto*, en situation d'autorité- qu'il soit chef militaire, dirigeant ou gouvernant-ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et tendrait même à l'aggraver (...); Attendu de ce fait que, plus que de simples exécutants, (les accusés) porteraient ainsi atteinte à l'ordre public international; et qu'à ce titre, le Tribunal, institué par la Communauté internationale pour répondre à cette atteinte est particulièrement fondé à faire jouer la primauté sur les juridictions internes (...);