



Tribunal international chargé
de poursuivre les personnes
présumées responsables de violations graves
du droit international humanitaire commises
sur le territoire de l'ex-Yougoslavie
depuis 1991

Affaire n° IT-94-1-A
Date: 15 juillet 1999
Original: Français
Anglais

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le Juge Mohamed Shahabuddeen, Président
M. le Juge Antonio Cassese
M. le Juge Wang Tieya
M. le Juge Rafael Nieto-Navia
Mme le Juge Florence Ndepele Mwachande Mumba

Assistée de : Mme Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, Greffier

Arrêt du : 15 juillet 1999

LE PROCUREUR

C/

DUŠKO TADIĆ

ARRÊT

Le Bureau du Procureur :

**M. Upawansa Yapa
Mme Brenda J. Hollis
M. William Fenrick
M. Michael Keegan
Mme Ann Sutherland**

Le Conseil de l'Appelant :

**M. William Clegg
M. John Livingston**

I. Introduction	1
A. Rappel de la procédure.....	1
1. Les Appels	2
(a) Les actes d'appel.....	2
(b) Dépôt des mémoires.....	3
2. Requêtes aux fins d'admission de moyens de preuve supplémentaires aux termes de l'article 115 du Règlement	4
3. Procédure d'outrage au Tribunal.....	6
B. Motifs d'appel.....	7
1. L'appel principal	7
2. L'appel incident.....	7
3. L'appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence	8
C. Réparations demandées.....	9
1. L'appel principal	9
2. L'appel incident.....	10
3. L'appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence	11
D. Prononcé de la sentence	11
II. Le premier motif d'appel soulevé par la Défense : l'inégalité des armes a privé l'Appelant de son droit à un procès équitable.....	13
A. Les arguments des Parties	13
1. La thèse de la Défense	13
2. La thèse de l'Accusation	16
B. Examen.....	19
1. Applicabilité des articles 20 1) et 21 4) b) du Statut.....	19
C. Conclusion.....	26
III. Le troisième motif d'appel soulevé par la Défense : erreur de fait qui a entraîné un déni de justice	27
A. Les arguments des Parties	27
1. La thèse de la Défense	27
2. La thèse de l'Accusation	28
B. Examen.....	29
C. Conclusion.....	30
IV. Le premier motif d'appel incident soulevé par l'Accusation : la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle il n'a pas été établi que les victimes étaient des "personnes protégées" au sens de l'article 2 du Statut (infractions graves aux Conventions de Genève)	31
A. Les arguments des Parties	31
1. La thèse de l'Accusation	31
2. La thèse de la Défense	33
B. Examen.....	34
1. Les conditions d'applicabilité de l'article 2 du Statut.....	34
2. La nature du conflit.....	35
3. Les critères juridiques permettant d'établir quand, dans le cadre d'un conflit armé de prime abord interne, des forces armées peuvent être considérées comme agissant pour le compte d'une Puissance étrangère, conférant ainsi au conflit un caractère international	36
(a) Le droit international humanitaire.....	36

(b) La notion de contrôle : nécessité de compléter le droit international humanitaire par des règles de droit international général relatives aux critères permettant d'affirmer que des individus agissent <i>de fait</i> en qualité d'organes d'un État	40
(c) La notion de contrôle énoncée par la Cour internationale de justice dans l'affaire <i>Nicaragua</i>	41
4. La relation factuelle entre l'Armée des Serbes de Bosnie et l'Armée de la RFY	64
5. Le statut des victimes.....	74
(a) Dispositions pertinentes	75
(b) Conclusions factuelles.....	76
C. Conclusion.....	77
V. Le second motif d'appel incident soulevé par l'Accusation : le constat d'insuffisance de preuve en ce qui concerne la participation de l'accusé dans les massacres de Jaskići	78
A. Arguments des parties.....	78
1. La thèse de l'Accusation.....	78
2. La thèse de la Défense	80
B. Examen.....	80
1. Le groupe armé auquel appartenait l'Appelant a commis les meurtres en question	80
2. Responsabilité pénale individuelle de l'Appelant pour les meurtres commis	82
(a) L'article 7(1) du Statut et la notion de but commun	82
(b) La culpabilité de l'Appelant dans la présente espèce.....	109
3. Conclusion de la Chambre d'appel	111
C. Conclusion.....	111
VI. Le troisième motif d'appel incident soulevé par l'Accusation : la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle un crime contre l'humanité ne peut avoir des mobiles purement personnels.....	112
A. Arguments des Parties.....	112
1. La thèse de l'Accusation.....	112
2. La thèse de la Défense	114
B. Examen.....	114
1. L'article 5 du Statut	115
2. L'objet et le but du Statut	117
3. La jurisprudence comme reflet du droit international coutumier	118
C. Conclusion.....	125
VII. Le quatrième motif d'appel incident soulevé par l'Accusation : la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle une condition d'intention discriminatoire s'attache à tous les crimes contre l'humanité.....	126
A. Arguments des Parties.....	126
1. La thèse de l'Accusation.....	126
2. La thèse de la Défense	127
B. Examen.....	128
1. L'interprétation du texte de l'article 5 du Statut.....	129
2. L'article 5 et le droit international coutumier	131
3. Le Rapport du Secrétaire général.....	134
4. Les déclarations de certains États devant le Conseil de sécurité	136
C. Conclusion.....	139

VIII. Le cinquième motif d'appel incident soulevé par l'Accusation : rejet de la requête de l'Accusation aux fins de production de déclarations de témoins à décharge	140
A. Arguments des Parties.....	140
1. La thèse de l'Accusation	140
2. La thèse de la Défense	142
B. Examen.....	143
1. La raison qui commande l'examen de ce motif d'appel incident	143
2. Le pouvoir d'ordonner la communication de déclarations préalables de témoins à décharge	144
C. Conclusion.....	147
IX. Dispositif	148
X. Déclaration du Juge Nieto-Navia.....	150
XI. Opinion individuelle du Juge Shahabuddeen.....	154
ANNEXE A - Glossaire des termes utilisés.....	174

I. INTRODUCTION

A. Rappel de la procédure

1. La Chambre d'appel du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ("Tribunal international" ou "Tribunal") est saisie de trois appels interjetés contre le jugement rendu le 7 mai 1997 par la Chambre de première instance II¹ dans l'affaire *Le Procureur c/ Duško Tadić*, n° IT-94-1-T ("Jugement")², ainsi que contre le jugement relatif à la sentence ultérieurement rendu le 14 juillet 1997 ("Jugement relatif à la sentence")³. À l'exception de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel dans l'affaire *Le Procureur c/ Dražen Erdemović*⁴, dans laquelle l'accusé avait plaidé coupable, c'est la première fois que la Chambre d'appel tranche un recours introduit contre le jugement final d'une Chambre de première instance.

2. L'Acte d'accusation (dans sa forme modifiée) inculpe l'accusé, Duško Tadić, de 34 chefs de crimes relevant de la compétence du Tribunal international. Lors de sa comparution initiale devant la Chambre de première instance le 26 avril 1995, l'accusé a plaidé non coupable de tous les chefs d'accusation. Trois de ces chefs ont été ultérieurement retirés au cours de l'instance. La Chambre de première instance a déclaré l'accusé coupable de neuf chefs d'accusation sur les trente et un restants, partiellement coupable de deux et non coupable de vingt autres.

3. Duško Tadić ("Défense" ou "Appelant") et le Procureur ("Accusation" ou "Appelant de l'appel incident") introduisent le présent recours contre des volets distincts du Jugement ("Appel interjeté contre le jugement" et "Appel incident", respectivement)⁵. De plus, la

¹ Composée de Mme le Juge Gabrielle Kirk McDonald (Président), M. le Juge Ninian Stephen et M. le Juge Lal Chand Vohrah.

² "Jugement", *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance II, 7 Mai 1997. (On trouvera une liste des termes et abréviations utilisés dans le présent Arrêt à l'annexe A – Glossaire des termes utilisés).

³ "Jugement relatif à la sentence", *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance II, 14 juillet 1997.

⁴ "Arrêt", *Le Procureur c/ Dražen Erdemović*, affaire n° IT-96-22-A, Chambre d'appel, 7 octobre 1997.

⁵ Il convient de noter que dans la présente instance, Duško Tadić est à la fois appelant dans l'appel principal et intimé dans l'appel incident. Inversement, le Procureur est intimé dans l'appel principal et appelant dans l'appel incident. Cependant, dans un souci de clarté, le présent Arrêt désigne les Parties respectivement "Défense" ou "Appelant" et "Accusation" ou "Appelant de l'appel incident".

Défense fait appel du Jugement relatif à la sentence (“Appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence”). Lesdits appels sont regroupés sous la mention "les Appels".

4. Les 19, 20 et 21 avril 1999, la Chambre d'appel a entendu les conclusions orales relatives aux appels. Le 21 avril 1999, la Chambre d'appel a mis son arrêt en délibéré.

5. Après examen des arguments écrits et oraux de l'Accusation et de la Défense, la Chambre d'appel

REND SON ARRÊT.

1. Les Appels

(a) Les actes d'appel

6. Un acte d'appel du Jugement a été déposé au nom de Duško Tadić le 3 juin 1997. Par la suite, la Défense a déposé le 8 janvier 1999 un acte d'appel modifié (“Acte d'appel modifié interjeté contre le Jugement”)⁶. La Chambre d'appel, dans une ordonnance rendue oralement le 25 janvier 1999, a autorisé en partie la modification de l'acte d'appel⁷.

7. Le 6 juin 1997, l'Accusation a déposé un acte d'appel à l'encontre du jugement (“Acte d'appel incident”)⁸.

8. Après le dépôt des actes d'appel, l'instance relative à la sentence s'est poursuivie devant la Chambre de première instance, qui a rendu son Jugement relatif à la sentence le 14 juillet 1997. Des peines ont été infligées pour chacun des 11 chefs d'accusation dont l'Appelant a été déclaré coupable ou partiellement coupable, sous le régime de la confusion des peines. Le 11 août 1997, la Défense a déposé un acte d'appel du Jugement relatif à la sentence. L'Accusation n'a pas interjeté appel contre ledit jugement.

⁶ *Amended Notice of Appeal*, affaire n° IT-94-1-A, 8 janvier 1999.

⁷ Compte rendu d'audience dans l'affaire *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-A, 25 janvier 1999, p. 307 (“CR 307”, 25 janvier 1999). (Tous les numéros de pages du compte rendu d'audience mentionnés dans cet Arrêt font référence à la version en anglais non corrigée. Par conséquent, de petites différences pourraient

(b) Dépôt des mémoires

9. Comme nous le verrons plus précisément, la présente instance a été considérablement retardée par plusieurs demandes de prorogation de délai se rapportant à une requête aux fins d'admission de moyens de preuve supplémentaires initialement déposée par la Défense le 6 octobre 1997⁹. En janvier 1998, la Chambre d'appel a suspendu le calendrier de dépôt des mémoires d'appel dans l'attente de sa décision sur la requête de l'Appellant¹⁰. Cette décision a été rendue le 15 octobre 1998¹¹ et la procédure d'appel a alors repris son cours normal. Les mémoires d'Appel formant un ensemble assez complexe, il est utile de citer toutes les écritures des Parties.

10. La Défense a déposé deux mémoires distincts, concernant, d'une part, l'Appel interjeté contre le Jugement ("Mémoire relatif au Jugement") et, d'autre part, l'Appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence ("Mémoire relatif à la Sentence"). Ces mémoires ont été déposés le 12 janvier 1998¹². L'Accusation a répondu aux mémoires de l'Appellant les 16 et 17 novembre 1998 (respectivement, "Réponse de l'Accusation au mémoire relatif au Jugement" et "Réponse de l'Accusation au mémoire relatif à la Sentence")¹³.

11. La Défense ayant déposé un acte d'appel modifié du Jugement, elle a en conséquence déposé un nouveau mémoire (avec des annexes) le 8 janvier 1999 ("Nouveau mémoire relatif au Jugement")¹⁴, accueilli par l'ordonnance rendue le 25 janvier 1999 par la Chambre d'appel¹⁵.

exister entre la pagination mentionnée ici et celle de la version finale en anglais rendue publique. Il n'existe pas de version en français du compte rendu).

⁸ *Notice of Appeal*, affaire n° IT-94-1-A, 6 juin 1997.

⁹ *Motion for the Extension of the Time Limit*, affaire n° IT-94-1-A, 6 octobre 1997.

¹⁰ CR 105 (22 janvier 1998).

¹¹ Décision relative à la requête de l'Appellant aux fins de prorogation de délai et d'admission de moyens de preuve supplémentaires, affaire n° IT-94-1-A, 15 octobre 1998.

¹² *Appellant's Brief on Appeal Against Opinion and Judgement of 7 mai 1997*, affaire n° IT-94-1-A, 12 janvier 1998, accompagné des annexes déposées séparément ; *Appellant's Brief on Appeal Against Sentencing Judgement*, affaire n° IT-94-1-A, 12 janvier 1998.

¹³ *Cross-Appellant's Response to Appellant's Brief on Appeal against Opinion and Judgement of May 7, 1997, Filed on 12 January 1998*, affaire n° IT-94-1-A, 17 novembre 1998 ; *Response to Appellant's Brief on Appeal Against Sentencing Judgement filed on 12 January 1998*, affaire n° IT-94-1-A, 16 novembre 1998.

¹⁴ *Amended Brief of Argument on behalf of the Appellant*, affaire n° IT-94-1-A, 8 janvier 1999.

¹⁵ CR 308 (25 janvier 1999).

12. Parallèlement au dépôt des mémoires de l'Appelant relatifs au Jugement et à la Sentence, les deux Parties ont déposé des mémoires concernant l'appel incident interjeté par l'Accusation. L'Accusation a déposé son mémoire d'appel incident le 12 janvier 1998 ("Mémoire d'appel incident")¹⁶. La Défense a déposé sa réponse le 24 juillet 1998¹⁷. L'Accusation a déposé un mémoire en réplique le 1^{er} décembre 1998 ("Réplique de l'Accusation concernant l'appel incident")¹⁸. La Défense a ensuite déposé sa duplique ("Duplique de la Défense concernant l'appel incident")¹⁹. Par ordonnance datée du 4 mars 1999, la Chambre d'appel a accepté le dépôt de ce mémoire en duplique²⁰.

13. Le 19 mars 1999, les deux parties ont déposé les résumés de leurs arguments²¹, destinés à renforcer et clarifier leurs positions respectives dans les Appels.

2. Requêtes aux fins d'admission de moyens de preuve supplémentaires aux termes de l'article 115 du Règlement

14. Le 6 octobre 1997, la Défense a déposé une requête confidentielle aux fins d'admission d'un nombre important de moyens de preuve supplémentaires²². Par cette requête, complétée par des conclusions déposées ultérieurement, la Défense a invoqué l'article 115 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal international ("Règlement") pour demander l'autorisation de présenter des preuves documentaires

¹⁶ *Brief of Argument of the Prosecution (Cross-Appellant)*, affaire n° IT-94-1-A, 12 janvier 1998, auquel était joint un *Book of Authorities*, affaire n° IT-94-1-A, 22 janvier 1998. (Cf. également *Corrigendum to Prosecutor's Brief of Argument filed on 12 January 1998 and Book of Authorities filed on 22 January 1998* affaire n° IT-94-1-A, 9 septembre 1998).

¹⁷ *The Respondent's Brief of Argument on the Brief of Argument of the Prosecution (Cross-Appellant) of January 12, 1998*, affaire n° IT-94-1-A, 24 juillet 1998.

¹⁸ *Prosecution (Cross-Appellant) Brief in Reply*, affaire n° IT-94-1-A, 1 décembre 1998.

¹⁹ *The Respondent's Brief of Argument on the Brief of Argument of the Prosecution (Cross-Appellant) of January 19, 1999*, affaire n° IT-94-1-A, 19 janvier 1999.

²⁰ Ordonnance accédant au dépôt d'un mémoire de substitution, affaire n° IT-94-1-A, 4 mars 1999. (Cf. également *Opposition to the Appellant's 19 January 1999 filing entitled 'The Respondent's Brief of Argument on the Brief of Argument of the Prosecution (Cross-Appellant) of 19 January, 1999 (sic)'*, affaire n° IT-94-1-A, 21 janvier 1999; *Submission in relation to Appellant's 'Substitute Brief' filed on 19 January 1999*, affaire n° IT-94-1-A, 24 février 1999).

²¹ *Skeleton Argument – Appellant's Appeal Against Conviction*, affaire n° IT-94-1-A, 19 mars 1999 ; *Skeleton Argument – Appeal Against Sentence*, affaire n° IT-94-1-A, 19 mars 1999; *Skeleton Argument of the Prosecution*, affaire n° IT-94-1-A, 19 mars 1999 ("Résumé des moyens de l'Accusation"). Cf. également *Skeleton Argument – Prosecutor's Cross-Appeal*, affaire n° IT-94-1-A, déposé initialement par la Défense le 19 mars 1999 et ultérieurement déposé à nouveau le 20 avril 1999 ("Résumé des moyens de la Défense relatifs à l'appel incident").

²² *Motion for the Extension of the Time Limit*, affaire n° IT-94-1-A, 6 octobre 1997.

supplémentaires et de citer plus de 80 témoins à comparaître devant la Chambre d'appel²³. De plus, ou à titre subsidiaire, la Défense a demandé que la requête soit considérée comme une requête en révision du Jugement, fondée sur un “fait nouveau”, au sens de l'article 119 du Règlement²⁴.

15. Les débats relatifs à la requête se sont poursuivis pendant près de douze mois. Les deux Parties ont demandé un nombre considérable de prorogations de délais²⁵.

16. Par sa décision du 15 octobre 1998, la Chambre d'appel a, pour les raisons qui y sont exposées, rejeté la requête de la Défense aux fins d'admission de moyens de preuve supplémentaires (“Décision relative à l'admission de moyens de preuve supplémentaires”)²⁶. Examinant la requête au regard de l'article 115 du Règlement, la Chambre a estimé que l'on ne saurait, au stade de l'appel, admettre à la légère des moyens de preuve supplémentaires. Dans son interprétation du critère posé par cet article, elle a fait remarquer que les éléments de preuve supplémentaires ne sont pas admissibles à moins d'une explication fondée des raisons pour lesquelles ils n'étaient pas disponibles lors du procès en première instance.

²³ L'article 115 dispose :

“A) Une partie peut demander à pouvoir présenter devant la Chambre d'appel des moyens de preuve supplémentaires, dont elle ne disposait pas au moment du procès en première instance. Une telle requête doit être déposée auprès du Greffier et signifiée à l'autre partie au moins quinze jours avant la date fixée pour l'audience. (B) La Chambre d'appel autorise la présentation de ces moyens de preuve, si elle considère que l'intérêt de la justice le commande.”

²⁴ L'article 119 dispose :

“S'il est découvert un fait nouveau qui n'était pas connu de la partie intéressée lors de la procédure devant une Chambre de première instance ou la Chambre d'appel ou dont la découverte n'avait pu intervenir malgré toutes les diligences effectuées, la défense ou, dans l'année suivant le prononcé du jugement définitif, le Procureur peut soumettre à la même Chambre une requête en révision du jugement.”

²⁵ *Motion to Extend the Time Limit*, affaire n° IT-94-1-A, 10 septembre 1997 ; *Motion for the Extension of the Time Limit* (Confidentiel), affaire n° IT-94-1-A, 6 octobre 1997 ; *The Motion for the Extension of Time*, affaire n° IT-94-1-A, 17 mars 1998 ; *Application for Extension of Time to File Additional Evidence on Appeal*, affaire n° IT-94-1-A, 1^{er} mai 1998 ; *Motion for Extension of Time to File Reply to Cross-Appellant's Response to Appellant's Submissions since 9th March 1998 on the Motion for the Presentation of Additional Evidence under Rule 115*, affaire n° IT-94-1-A, 15 juin 1998 ; *Request for an Extension of Time to File a Reply to the Appellant's Motion Entitled Motion for the Extension of the Time Limit*, affaire n° IT-94-1-A, 9 octobre 1997 ; *Request for a Modification of the Appeals Chamber Order of 22 January 1998*, affaire n° IT-94-1-A, 13 février 1998 ; *Request for a Modification of the Appeals Chamber Order of 2 February 1998*, affaire n° IT-94-1-A, 7 mai 1998. Les ordonnances suivantes ont été rendues à propos de ces requêtes : Ordonnance portant calendrier, affaire n° IT-94-1-A, 24 novembre 1997 ; Ordonnance faisant droit à la requête aux fins de proroger le délai, affaire n° IT-94-1-A, 23 mars 1998 ; Ordonnance faisant droit aux demandes de prorogation des délais, affaire n° IT-94-1-A, 13 mai 1998 ; Ordonnance faisant droit à la demande de prorogation des délais, affaire n° IT-94-1-A, 10 juin 1998 ; Ordonnance accordant une prorogation de délai, affaire n° IT-94-1-A, 17 juin 1998 ; Ordonnance faisant droit à la requête aux fins de proroger le délai, affaire n° IT-94-1-A, 9 octobre 1997 ; Ordonnance faisant droit à une demande de prorogation de délai, affaire n° IT-94-1-A, 19 février 1998 ; Ordonnance faisant droit aux demandes de prorogation des délais, affaire n° IT-94-1-A, 13 mai 1998.

Selon elle, cette indisponibilité ne doit pas tenir au manque de diligence du Conseil chargé de défendre l'accusé devant la Chambre de première instance. S'agissant du second critère d'admissibilité aux termes de l'article 115, la Chambre a considéré qu'en l'espèce, l'intérêt de la justice commande uniquement l'admission des moyens de preuve a) portant sur un point important, b) crédibles et c) susceptibles de démontrer que la condamnation n'était pas justifiée. Appliquant ces critères aux nouveaux éléments de preuve proposés, la Chambre d'appel n'a pas été convaincue que l'intérêt de la justice commandait d'accueillir en appel les éléments qui n'étaient pas disponibles lors du procès.

17. Le 8 janvier et le 19 avril 1999, la Défense a présenté de nouvelles requêtes aux fins d'admission de moyens de preuve supplémentaires aux termes de l'article 115²⁷. La Chambre d'appel a rejeté oralement ces requêtes le 25 janvier et le 19 avril 1999, respectivement²⁸.

3. Procédure d'outrage au Tribunal

18. Au cours de l'instance en appel, la Chambre d'appel a engagé une procédure concernant des allégations d'outrage au Tribunal international à l'encontre de M. Milan Vujin, ancien conseil de l'Appelant²⁹. Ces allégations font l'objet d'une procédure distincte de celle des Appels.

19. Les débats relatifs à la procédure d'outrage au Tribunal ont débuté le 26 avril 1999. À la date de cet arrêt, la Chambre d'appel reste saisie de la question.

²⁶ Décision relative à la requête de l'Appelant aux fins de prorogation de délai et d'admission de moyens de preuve supplémentaires, affaire n° IT-94-1-A, 15 octobre 1998.

²⁷ *Appellant's Second Motion to Admit Additional Evidence on Appeal Pursuant to Rule 115 of the Tribunal's Rules*, affaire n° IT-94-1-A, 8 janvier 1999 ; *Motion (3) to Admit Additional Evidence on Appeal Pursuant to Rule 115 of the Rules of Procedure and Evidence*, affaire n° IT-94-1, 19 avril 1999.

²⁸ CR 307 et 308 (25 janvier 1999) ; CR 20 (19 avril 1999).

²⁹ Cf. Ordonnance portant calendrier relatif aux allégations à l'encontre d'un précédent conseil de la Défense, affaire n° IT-94-1-A, 10 février 1999. Au début de la procédure d'appel, M. Milan Vujin, assisté de M. R. J. Livingston, représentait la Défense en qualité de conseil principal. Par décision datée du 19 novembre 1998, le Greffier adjoint a révoqué M. Milan Vujin de la défense de l'accusé et l'a remplacé par M. William Clegg en qualité de conseil principal (Cf. *Decision of Deputy Registrar regarding the Assignment of Counsel and the Withdrawal of Lead Counsel for the Accused*, affaire n° IT-94-1-A, 19 novembre 1998).

B. Motifs d'appel

1. L'appel principal

20. Dans l'acte d'appel modifié interjeté contre le Jugement ainsi que dans son nouveau mémoire relatif au Jugement, la Défense avance les deux motifs d'appel suivants :

Motif 1) : Le droit de l'Appelant à un procès équitable a été lésé car "l'égalité des armes" entre l'Accusation et la Défense n'a pas été respectée en raison des circonstances dans lesquelles s'est déroulé le procès³⁰.

Motif 3) : Au paragraphe 397 du Jugement, la Chambre de première instance a eu tort de conclure qu'elle était convaincue au-delà de tout doute raisonnable que l'Appelant était coupable des meurtres d'Osman Didović et Edin Bešić³¹.

21. L'Appelant a demandé l'autorisation d'ajouter un motif à l'acte d'appel [le motif 2], alléguant que le comportement de M. Milan Vujin, son conseil précédent, a porté gravement atteinte à son droit à un procès équitable³². La Chambre d'appel a rejeté cette requête le 25 janvier 1999³³, limitant ainsi l'appel interjeté contre le Jugement aux seuls motifs 1) et 3).

2. L'appel incident

22. L'Accusation présente les motifs suivants à l'appui de l'appel qu'elle interjette contre le Jugement :

Motif 1) : La majorité de la Chambre de première instance a conclu à tort que les victimes des actes imputés à l'accusé au chapitre III du Jugement ne bénéficiaient pas de la protection

³⁰ *Appellant's Amended Notice of Appeal against Judgement*, par. 1.1 à 1.4 ; *Appellant's Amended Brief on Judgement*, par. 1.1 à 1.12.

³¹ *Appellant's Amended Notice of Appeal against Judgement*, par. 3.1 à 3.6; *Appellant's Amended Brief on Judgement*, par. 3.1 à 3.11.

³² *Amended Notice of Appeal*, par. 2.1 à 2.4.

³³ CR 307 (25 janvier 1999).

du régime des infractions graves instauré par les Conventions de Genève du 12 août 1949, et reconnu par l'article 2 du Statut du Tribunal international ("le Statut")³⁴.

Motif 2) : La Chambre de première instance a conclu à tort qu'elle ne saurait, sur la foi des éléments de preuve qui lui ont été présentés, être convaincue au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a joué un rôle dans le meurtre de l'un ou l'autre des cinq hommes du village de Jaskiçi, comme il est allégué aux chefs 29, 30 et 31 de l'acte d'accusation³⁵.

Motif 3) : La Chambre de première instance a versé dans l'erreur en concluant que pour que l'accusé soit déclaré coupable de crime contre l'humanité, l'Accusation doit prouver au-delà de tout doute raisonnable que non seulement il avait l'intention de commettre le crime de base, mais qu'il devait également avoir connaissance du contexte d'attaque généralisée ou systématique contre la population civile et que l'acte n'a pas été commis dans un dessein purement personnel, sans lien avec le conflit armé³⁶.

Motif 4) : La Chambre de première instance a conclu à tort que l'intention discriminatoire est un élément constitutif de tous les crimes contre l'humanité visés à l'article 5 du Statut du Tribunal international³⁷.

Motif 5) : Dans sa Décision du 27 novembre 1996, la majorité de la Chambre de première instance a rejeté à tort la requête de l'Accusation aux fins de production de déclarations préalables de témoins à décharge ("Décision relative aux déclarations préalables des témoins")³⁸.

3. L'appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence

23. La Défense interjette appel du Jugement relatif à la sentence pour les motifs suivants :

³⁴ *Notice of Cross-Appeal*, p. 2 ; *Cross-Appellant's Brief*, par. 2.1 à 2.88.

³⁵ *Notice of Cross-Appeal*, p. 2 ; *Cross-Appellant's Brief*, par. 3.1 à 3.33.

³⁶ *Notice of Cross-Appeal*, p. 3 ; *Cross-Appellant's Brief*, par. 4.1 à 4.23.

³⁷ *Notice of Cross-Appeal*, p. 3 ; *Cross-Appellant's Brief*, par. 5.1 à 5.28.

³⁸ *Notice of Cross-Appeal*, p. 3 ; *Cross-Appellant's Brief*, par. 6.1 à 6.32, faisant référence à la "Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de production de dépositions de témoins", affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance II, 27 novembre 1996.

Motif 1) : La peine totale de 20 ans infligée par la Chambre de première instance est injuste³⁹.

i) La peine est injuste car elle est d'une durée supérieure à ce que nécessitent ou exigent les faits de l'espèce⁴⁰.

ii) La Chambre de première instance a eu tort de ne pas prendre en compte la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux de l'ex-Yougoslavie, comme le prescrit l'article 24 du Statut du Tribunal international. Selon cette grille, 20 années d'emprisonnement correspondent à la peine la plus longue, laquelle ne peut être imposée que comme alternative à la peine de mort⁴¹.

iii) La Chambre de première instance n'a pas suffisamment pris en compte la situation personnelle de Duško Tadić⁴².

Motif 2) : La Chambre de première instance a recommandé à tort que la durée minimum de la peine soit déterminée à compter de la date du Jugement relatif à la sentence ou de la décision d'appel finale qui pourrait être rendue ultérieurement⁴³.

Motif 3) : La Chambre de première instance a eu tort de ne pas déduire de la durée de la peine le temps que l'Appelant a passé en détention en Allemagne avant que le Tribunal international ne soumette une requête aux fins de dessaisissement en l'espèce⁴⁴.

C. Réparations demandées

1. L'appel principal

24. Dans l'appel qu'elle a interjeté contre le Jugement, la Défense demande les réparations suivantes⁴⁵ :

³⁹ CR 306 (21 avril 1999).

⁴⁰ CR 303 (21 avril 1999).

⁴¹ *Appellant's Brief on Sentencing Judgement*, p. 4 à 6 ; CR 304 (21 avril 1999).

⁴² *Appellant's Brief on Sentencing Judgement*, p. 9 à 10 ; CR 305 (21 avril 1999).

⁴³ Jugement relatif à la sentence, par. 76. Cf. *Appellant's Brief on Sentencing Judgement*, p. 10.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁴⁵ *Appellant's Amended Notice of Appeal against Judgement*, p. 3.

- i) L'infirmerie de la décision de la Chambre de première instance qui conclut à la culpabilité de l'Appelant pour les crimes établis à son encontre.
- ii) Le renvoi de l'affaire pour un nouveau procès de l'Appelant.
- iii) Au titre de mesure subsidiaire à celles demandées aux points i) et ii) ci-dessus, l'infirmerie de la décision par laquelle la Chambre de première instance conclut, au paragraphe 397 du Jugement, que l'Appelant est coupable des meurtres d'Osman Didović et Edin Bešić.
- iv) Le réexamen de la peine imposée à l'Appelant à la lumière de la réparation demandée au point iii) ci-dessus.

2. L'appel incident

25. Dans son appel incident, l'Accusation demande les réparations suivantes :

- i) L'infirmerie de la conclusion de la majorité de la Chambre de première instance figurant au paragraphe 607, p. 229 du Jugement, selon laquelle les victimes des actes imputés à l'Appelant au chapitre III dudit Jugement ne bénéficient pas de la protection des interdictions prescrites par le régime des infractions graves applicable aux personnes civiles au pouvoir d'une partie à un conflit armé dont elles ne sont pas des ressortissantes (reconnu par l'article 2 du Statut du Tribunal)⁴⁶.
- ii) L'infirmerie de la conclusion de la Chambre de première instance figurant au paragraphe 373, p. 135 du Jugement, selon laquelle elle ne saurait, sur la foi des éléments de preuve qui lui ont été présentés, être convaincue au-delà de tout doute raisonnable, que l'Appelant a joué un rôle dans le meurtre de l'un ou l'autre des cinq hommes du village de Jaskići⁴⁷.
- iii) L'infirmerie de la conclusion de la Chambre de première instance, figurant au paragraphe 656, p. 255 du Jugement, selon laquelle pour pouvoir déclarer l'Appelant coupable de crime contre l'humanité, il faut que l'Accusation ait prouvé, au-delà de tout

⁴⁶ *Notice of Cross-Appeal*, p. 3.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 4.

doute raisonnable, non seulement qu'il avait l'intention de commettre le crime de base, mais aussi qu'il avait connaissance du contexte d'attaque généralisée ou systématique contre la population civile et qu'il n'a pas commis l'acte dans un dessein purement personnel, sans lien avec le conflit armé⁴⁸.

iv) L'infirmerie de la conclusion de la Chambre de première instance, figurant au paragraphe 652, p. 252 du Jugement, selon laquelle l'intention discriminatoire est un élément constitutif de tous les crimes contre l'humanité visés à l'article 5 du Statut⁴⁹.

v) La révision de la Décision relative aux déclarations préalables des témoins⁵⁰.

3. L'appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence

26. Il ressort de l'appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence que la Défense demande les réparations suivantes :

- i) que la peine infligée par la Chambre de première instance soit réduite ;
- ii) que le calcul de la peine minimum infligée par la Chambre de première instance soit modifié afin qu'elle courre à compter du début de la détention de l'Appelant ;
- iii) que soit déduite de la durée de la peine le temps que l'Appelant a passé en détention en Allemagne avant que le Tribunal international ne soumette une requête aux fins de dessaisissement en l'espèce.

D. Prononcé de la sentence

27. L'appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence a fait l'objet d'exposés présentés par les Parties. Cependant, de l'avis de la Chambre d'appel, il conviendrait d'examiner ce recours à la lumière de l'issue de l'appel présenté par l'Accusation concernant certains chefs d'accusation desquels l'accusé a été acquitté. L'Accusation et l'Appelant

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

conviennent que si l'Appelant est déclaré coupable de ces chefs, le prononcé de la peine qui s'y attache devra être rendu séparément. Comme nous le verrons ci-après, l'Appelant est déclaré coupable de ces chefs, ce qui implique la tenue d'une procédure distincte pour déterminer la sentence s'y rapportant. En conséquence, la Chambre d'appel considère qu'elle doit surseoir à statuer sur l'Appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence, dans l'attente de la procédure idoine.

28. L'ancienne procédure consistait à tenir une audience relative au prononcé de la peine après la déclaration de culpabilité ; en juillet 1998, cette procédure a été remplacée par l'article 87 C) du Règlement, lequel prévoit le prononcé simultané de la déclaration de culpabilité et de la peine. La procédure précédente a été appliquée lors de la fixation de la peine initialement imposée à l'Appelant et était en vigueur lorsque les appels ont été interjetés. S'agissant des modifications du Règlement, l'article 6 D) de ce dernier dispose comme suit :

Les modifications entrent en vigueur sept jours après leur publication sous forme de document officiel du Tribunal contenant les modifications, sans préjudice des droits de l'accusé dans les affaires en instance.

Dans les circonstances particulières de l'espèce, la Chambre d'appel considère que l'application de la nouvelle procédure au présent appel porterait préjudice aux droits de l'Appelant. La Chambre d'appel adopte donc l'ancienne procédure pour décider de la peine correspondante aux chefs d'accusation desquels l'Appelant avait été acquitté par la Chambre de première instance mais dont il est à présent reconnu coupable. En conséquence, elle statuera sur l'appel interjeté contre le Jugement relatif à la sentence à l'issue de la procédure distincte relative à la peine.

II. LE PREMIER MOTIF D'APPEL SOULEVÉ PAR LA DÉFENSE : L'INÉGALITÉ DES ARMES A PRIVÉ L'APPELANT DE SON DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

A. Les arguments des Parties

1. La thèse de la Défense

29. Dans le premier motif de l'appel qu'elle a interjeté contre le Jugement, la Défense allègue que le procès s'est déroulé dans des circonstances telles que le droit de l'Appelant à un procès équitable n'a pas été respecté. Plus précisément, elle affirme qu'elle n'a pas pu présenter correctement sa cause à l'instance, en raison du manque de coopération et de l'obstruction dont ont fait preuve certaines entités externes – les autorités de la *Republika Srpska* et les autorités municipales de Prijedor⁵¹. Selon la Défense, alors que la plupart des témoins à décharge étaient des Serbes qui vivaient encore en *Republika Srpska*, la majorité des témoins à charge étaient des Musulmans résidant dans des pays d'Europe de l'Ouest ou d'Amérique du Nord, dont les autorités ont pleinement coopéré. Elle affirme que le manque de coopération dont ont fait montre les autorités de la *Republika Srpska* a eu un effet démesuré sur la Défense. Elle soutient par conséquent que le principe “d'égalité des armes” entre l'Accusation et la Défense n'a pas été respecté au procès et que ce manque de coopération a été suffisamment grave pour priver l'Appelant de son droit à un procès équitable⁵². La Défense demande donc à la Chambre d'appel d'infirmier la déclaration de culpabilité prononcée par la Chambre de première instance et de renvoyer l'affaire pour un nouveau procès⁵³.

30. S'appuyant sur des affaires tranchées par la Commission européenne des Droits de l'Homme (“Com. Eur. D. H.”) et par la Cour européenne des Droits de l'Homme (“Cour Eur. D. H.”) en vertu de la disposition de la Convention européenne des droits de l'homme (“CEDH”) qui correspond à l'article 20 1) du Statut, la Défense soutient que la garantie d'un

⁵¹ *Appellant's Amended Brief on Judgement*, par. 1.1 à 1.3 ; CR p. 35 à 40 (19 avril 1999).

⁵² *Appellant's Amended Brief on Judgement*, par 1.11.

⁵³ *Appellant's Amended Notice of Appeal against Judgement*, p. 6.

procès équitable prévue au Statut comprend le principe d'égalité des armes⁵⁴. Elle concède à l'Accusation que rien dans la jurisprudence ne conforte l'idée que les questions qui échappent au contrôle de l'Accusation ou de la Chambre de première instance sont tout de même couvertes par le principe d'égalité des armes⁵⁵. Elle soutient cependant que, dans l'intérêt de l'équité du procès, ce principe devrait inclure non seulement l'égalité ou la parité procédurale entre les deux Parties devant le Tribunal, mais aussi une égalité de fond. Selon elle, la Cour d'appel doit s'inspirer du droit inaliénable de l'accusé à un procès équitable pour délimiter le champ d'application dudit principe⁵⁶.

31. Se fondant sur les mêmes affaires tranchées en application de la CEDH, la Défense déclare en outre que le principe d'égalité des armes comprend la garantie procédurale minimum, énoncée à l'article 21 4) b) du Statut, selon laquelle toute personne a droit à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. Elle soutient que les autorités de la *Republika Srpska* s'étant montrées peu coopératives, l'Appelant n'a pas pu bénéficier du temps et des facilités nécessaires à la préparation de son procès auxquels le Statut lui donne droit, ce qui a eu pour effet de le priver d'un procès équitable.

32. À l'appui de ses arguments, la Défense cite le paragraphe 530 du Jugement pour montrer que la Chambre de première instance avait conscience de ces difficultés que posait aux deux Parties l'accès limité aux éléments de preuve sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Elle reconnaît que la Chambre de première instance, prenant acte de ces difficultés a tenté d'y remédier de diverses manières, en exerçant les pouvoirs qui lui sont conférés par le Statut et le Règlement. Elle soutient cependant que la Chambre a admis que son assistance n'a pas résolu les difficultés mais n'a fait que les "atténuer". La Défense allègue que l'inégalité des armes a persisté malgré l'aide de la Chambre de première instance et en dépit de la diligence dont les Conseils de la Défense ont fait preuve : ils n'ont pas pu identifier ou retrouver des témoins à décharge pertinents et importants et les témoins potentiels qui avaient été identifiés ont eu peur de venir témoigner. La Défense soutient que le fait que la

⁵⁴ *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, Cour eur. D. H., arrêt du 25 octobre 1993, Série A, n° 274 ; *Neumeister c. Autriche*, Cour Eur. D. H., arrêt du 27 juin 1968, Série A, n° 8 ; *Delcourt c. Belgique*, Cour Eur. D. H., arrêt du 17 janvier 1970, Série A, n° 11 ; *Borgers c. Belgique*, Cour Eur. D. H., arrêt du 30 octobre 1991, Série A, n° 214 ; *Albert et Le Compte c. Belgique*, Cour Eur. D. H., arrêt du 10 février 1983, Série A, n° 58 ; *Bendenoun c. France*, Cour Eur. D. H., arrêt du 24 février 1994, Série A, n° 284 ; *Kaufman c. Belgique*, Requête n° 10938/84, 50 Décisions et rapports de la Com. Eur. D. H. ("DR") 98 ; *X et Y c. Autriche*, Requête n° 7909/74, 15 DR 160.

⁵⁵ CR 30 à 31 (19 avril 1999).

⁵⁶ CR 31 (19 avril 1999).

faute ne soit imputable ni la Chambre de première instance ni à l'Accusation ne corrige en rien l'inégalité des armes et que dans ces circonstances, un procès équitable était impossible⁵⁷.

33. Selon la Défense, la Chambre d'appel devrait adopter le double critère suivant pour déterminer si les faits établissent que le principe d'égalité des armes au sens large n'a pas été respecté :

1) La Défense a-t-elle prouvé que, selon toute probabilité, l'absence de coopération des autorités municipales de Prijedor et des autorités de la *Republika Srpska* avec le Tribunal a empêché les Conseils de la Défense de présenter, malgré la diligence dont ils ont fait preuve, des éléments de preuve pertinents et admissibles, dans la mesure où des témoins importants n'ont pas comparu ?

2) Dans l'affirmative, le déséquilibre ainsi créé entre les Parties a-t-il suffi à priver l'Appelant de son droit à un procès équitable ?

34. S'agissant de la première question, la Défense affirme que la Chambre d'appel, dans sa Décision relative à l'admission de moyens de preuve supplémentaires, a reconnu que certains témoins à décharge ont fait l'objet d'intimidations destinées à les décourager de comparaître devant la Chambre de première instance. Tout en concédant que la Chambre d'appel a refusé d'admettre les moyens de preuve en question au motif que le Conseil de la Défense n'avait pas agi avec la diligence voulue pour s'assurer de la présence de ces témoins au procès, la Défense soutient que ce qui importe, c'est que la Chambre d'appel a accueilli les allégations d'intimidation. Elle ajoute que la Chambre d'appel a admis en outre dans sa décision que certains témoins étaient inconnus de la Défense lors du procès, bien que cette dernière ait fait preuve de la diligence voulue lorsqu'elle a recherché lesdits témoins. La Défense conclut de ce qui précède qu'avec un tant soit peu de coopération, le Conseil de la Défense aurait pu citer au moins quelques-uns de ces témoins à comparaître. Ainsi, à en croire la Défense, des éléments de preuve pertinents, admissibles et utiles à sa cause n'auraient pas été présentés à la Chambre de première instance. La Défense affirme en outre

⁵⁷ *Appellant's Amended Brief on Judgement*, par. 1.4 à 1.6 ; CR 29 à 31, 40, 45 à 48 (19 avril 1999).

que la raison pour laquelle tant de témoins n'ont pu être localisés tient au manque de coopération des autorités de la *Republika Srpska*⁵⁸

35. S'agissant de la deuxième question, la Défense estime qu'il s'agit d'un problème de proportion et d'équilibre. Tout en admettant que l'équité du procès n'est pas automatiquement menacée chaque fois que ne sont pas produits des éléments de preuve, la Défense considère qu'en l'espèce, les moyens de preuve pertinents et admissibles mais non disponibles lors du procès sont d'une quantité et d'une teneur telles que l'inégalité des armes ainsi provoquée a rendu le procès inéquitable⁵⁹.

36. Enfin, selon la Défense, le fait que le Conseil de l'accusé en première instance n'ait pas déposé de requête aux fins de suspendre la procédure ne saurait l'empêcher de poser, en appel, la question de l'équité du procès. À cet égard, la Défense maintient que le Conseil de l'accusé en première instance pourrait n'avoir pas bien mesuré l'étendue de l'opposition des autorités serbes de Bosnie, qui faisaient obstacle à la découverte des témoins utiles à sa cause⁶⁰. Elle signale de surcroît que le Conseil principal en première instance a insisté, dans ses déclarations liminaires, sur le fait que la situation de l'époque pouvait nuire à l'équité du procès. Le Conseil de l'Appelant attribue la décision du Conseil en première instance de ne pas demander la suspension du procès au désir de ne pas prolonger davantage la période de détention préventive⁶¹.

2. La thèse de l'Accusation

37. L'Accusation soutient qu'égalité des armes est synonyme d'égalité au plan de la procédure. Selon elle, ce principe consacre l'égalité des deux Parties devant les tribunaux, en les faisant bénéficier d'un égal accès aux pouvoirs du tribunal et du même droit à présenter leur cause. Elle estime cependant que ce principe ne requiert pas que les circonstances matérielles et pratiques des deux Parties soient mises à égalité. Par conséquent, le fait que la Défense affirme qu'elle n'a pas pu assurer la présence de témoins importants au procès ne prouve pas l'inégalité des armes, à moins que l'absence de ces

⁵⁸ CR 38 à 41 (19 avril 1999).

⁵⁹ CR 52 à 53 (19 avril 1999).

⁶⁰ CR 50 à 51 (19 avril 1999).

⁶¹ CR 45 à 49 (19 avril 1999).

témoins ait été due à un désavantage de procédure qui a frappé la Défense. L'Accusation avance que si la Chambre de première instance est dans l'obligation de placer les Parties sur un pied d'égalité en ce qui concerne la présentation de leurs moyens, elle ne peut répondre de facteurs qui débordent ses attributions ou sa compétence⁶².

38. L'Accusation ne nie pas que, dans certaines circonstances, condamner un accusé qui n'a pas pu obtenir ni présenter au procès certains éléments de preuve importants constitue une violation du principe fondamental d'équité ou une "injustice manifeste". Elle estime cependant qu'il s'agit là d'une question qui va au-delà du concept "d'égalité des armes", au sens propre, et qui doit être examinée au cas par cas. Selon elle, les faits ne permettent pas d'affirmer que pareille injustice a été commise en l'espèce⁶³.

39. Selon l'Accusation, la question soulevée par ce motif d'appel consiste à déterminer si le manque de coopération et l'obstruction dont ont fait montre les autorités de la *Republika Srpska* étaient tels que l'Appelant a été privé d'un procès équitable⁶⁴. Elle considère que la Défense doit prouver que cette absence de coopération l'a empêchée de présenter correctement sa cause à l'instance et qu'elle n'a pas été en mesure de le faire. La Défense aurait raisonnablement pu défendre l'Appelant, dans les mêmes conditions et avec les mêmes droits au plan de la procédure que ceux dont a bénéficié l'Accusation, et elle a d'ailleurs choisi des moyens énergiques, comme la défense d'alibi et l'erreur sur la personne⁶⁵. De plus, l'Accusation fait remarquer que l'obligation de communication générale qui lui incombe aux termes du Règlement joue en faveur de la Défense, laquelle peut recevoir tout élément de preuve à décharge dont l'Accusation a connaissance. L'Accusation avance également que si la Défense a bénéficié d'une certaine coopération de la part des autorités de la *Republika Srpska*, elle ne peut quant à elle se prévaloir d'aucune forme de coopération⁶⁶. Enfin, l'Accusation estime que la Défense n'a pas expliqué en quoi le manque de coopération constaté l'a plus désavantagée que l'Accusation⁶⁷.

40. L'Accusation avance encore que le critère proposé par la Défense pour établir une violation du principe d'égalité des armes ou du droit à un procès équitable n'est pas assez

⁶² *Prosecution's Response to Appellant's Brief on Judgement*, par. 3.8 à 3.16 et 3.30.

⁶³ *Prosecution's Response to Appellant's Brief on Judgement*, par. 3.21 à 3.23 ; CR 88 à 89 (20 avril 1999).

⁶⁴ CR 90 à 91 (20 avril 1999).

⁶⁵ CR 97 (20 avril 1999).

⁶⁶ CR 90, 98 à 99 (20 avril 1999).

⁶⁷ *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 10 ; *Prosecution's Response to Appellant's Brief on Judgement*, par. 3.29 et 6.9.

exigeant. Elle affirme que la Défense ne peut prouver une violation dudit principe simplement en démontrant que des éléments de preuve pertinents n'ont pas été présentés au procès. De l'avis de l'Accusation, un critère plus rigoureux s'impose, aux termes duquel la Défense aurait la charge de prouver que la Chambre de première instance a commis un "abus de pouvoir discrétionnaire". L'Accusation soutient que la Défense ne s'est pas acquittée de cette charge, étant donné qu'elle n'a pas démontré que la Chambre de première instance avait commis un abus en laissant le procès se poursuivre⁶⁸.

41. Contrairement à la Défense, l'Accusation estime que la Décision relative à l'admission de moyens de preuve supplémentaires ne démontre pas que l'Appelant a été privé d'un procès équitable. Elle fait observer que la Chambre d'appel a conclu que la plupart des moyens de preuve supplémentaires proposés étaient déjà à la disposition de la Défense lors du procès. Par ailleurs, s'agissant des moyens de preuve supplémentaires dont il a été établi qu'ils n'étaient pas disponibles lors du procès, l'Accusation fait remarquer que la Chambre, après un examen minutieux, a conclu que l'intérêt de la justice ne commandait pas de leur admission en appel. Ainsi, selon l'Accusation, plutôt que de démontrer que le droit de l'Appelant à un procès équitable a été violé, cette décision s'accorde avec la thèse selon laquelle aucun préjudice de ce type n'a résulté pour l'Appelant d'un quelconque manque de coopération de la part des autorités de la *Republika Srpska*⁶⁹.

42. L'Accusation ajoute que le Conseil de la Défense n'a pas présenté de requête aux fins de classer l'affaire pour impossibilité de tenir un procès équitable en raison du manque de coopération des autorités de la *Republika Srpska*. Elle signale que la Défense, en s'abstenant de le faire, n'a pas donné à la Chambre de première instance l'occasion de prendre des mesures supplémentaires pour remédier aux difficultés rencontrées par la Défense. L'Accusation soutient que cette omission de la part de la Défense indique qu'elle ne pensait pas que le droit de l'Appelant à un procès équitable avait été violé⁷⁰.

⁶⁸ *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 6.

⁶⁹ Compte-rendu 96 (20 avril 1999).

⁷⁰ Compte-rendu 100 (20 avril 1999).

B. Examen

1. Applicabilité des articles 20 1) et 21 4) b) du Statut

43. L'article 20 1) du Statut dispose que “[l]a Chambre de première instance veille à ce que le procès soit équitable et rapide [...]”. Cette disposition reflète la garantie correspondante prévue dans les instruments internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) (“Pacte international”)⁷¹, la Convention européenne des Droits de l'Homme (1950)⁷² et la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (1969)⁷³. Le droit à un procès équitable est la pierre angulaire de la règle de droit : il est à la base des droits de la défense. La Défense soutient que ces droits exigent non seulement le respect des garanties formelles ou procédurales, mais aussi le respect des garanties substantielles⁷⁴.

44. Les Parties ne contestent pas que le droit à un procès équitable garanti par le Statut couvre le principe de l'égalité des armes. Cette interprétation s'accorde avec les conclusions prises par le Comité des droits de l'homme (“CDH”) en application du Pacte international. Le CDH a déclaré dans l'affaire *Moraël c. France*⁷⁵ qu'un procès équitable au sens de l'article 14 1) du Pacte international doit assurer, au minimum et entre autres, l'égalité des armes. De la même manière, dans les affaires *Robinson c. Jamaïque*⁷⁶ et *Wolf c. Panama*⁷⁷ le CDH a conclu à une inégalité des armes qui contrevenait au droit à un procès équitable prévu par l'article 14 1) du Pacte international. De même, il ressort de la jurisprudence fondée sur la CEDH et citée par la Défense, que le droit de l'accusé à un procès équitable inclut implicitement ce principe. Le principe d'égalité des armes entre le procureur et

⁷¹ L'article 14 1) du Pacte international dispose notamment : “Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...]”

⁷² L'article 6 1) de la CEDH dispose notamment : “Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.”

⁷³ L'article 8 1) de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme dispose notamment comme suit : “Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine.”

⁷⁴ CR 29 à 35 (19 avril 1999).

⁷⁵ *Moraël c. France*, Communication n° 207/1986, 28 juillet 1989, Doc. ONU CCPR/8/Add/1, 416.

⁷⁶ *Robinson c. Jamaïque*, Communication n° 223/1987, 30 mars 1989, Doc. ONU CCPR/8/Add.1, 426.

l'accusé au pénal est au cœur de la garantie d'un procès équitable. La Chambre d'appel estime que rien ne distingue la notion de procès équitable aux termes de l'article 20 1) du Statut des notions correspondantes prévues par la CEDH et le Pacte international, tels qu'interprétés par les organes judiciaires et de contrôle pertinents, en application de ces instruments conventionnels. La Chambre conclut par conséquent que le principe d'égalité des armes fait partie de la garantie d'un procès équitable prévue par le Statut.

45. C'est le champ d'application de ce principe que le présent appel doit définir. La Défense allègue qu'il devrait inclure non seulement l'égalité formelle, mais aussi l'égalité substantielle⁷⁷. À son avis, les questions qui échappent au contrôle de la Chambre de première instance peuvent nuire à l'égalité des armes si elles ont pour effet de désavantager une partie de manière disproportionnée. L'Accusation répond que l'égalité des armes fait référence à l'égalité des Parties devant la Chambre de première instance. Elle affirme que l'obligation qui incombe à la Chambre de première instance consiste à garantir que les Parties qui plaident devant elle bénéficient des mêmes droits procéduraux et que les mêmes conditions formelles s'appliquent à leur action. Selon l'Accusation, le manque de coopération des autorités de la *Republika Srpska* n'a pas pu compromettre l'égalité des armes dont a bénéficié la Défense au cours du procès, la Chambre de première instance n'ayant aucun contrôle sur les actions ou le défaut d'action de ces autorités.

46. La Défense soutient que la garantie minimum prévue à l'article 21 4) b) du Statut concernant le temps et les facilités nécessaires à la préparation de la défense au procès est un élément constitutif du principe d'égalité des armes qui est implicite à l'article 20 1). Elle avance que, les autorités de la *Republika Srpska* n'ayant pas coopéré avec elle, l'Appelant a été privé des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et n'a pu ainsi jouir pleinement de l'égalité des armes.

47. La Chambre d'appel accueille l'argument de la Défense selon lequel, sur ce point, l'article 20 1) et l'article 21 4) s'articulent du général vers le spécial. Elle convient également que, au minimum, un procès équitable doit accorder à l'accusé le temps et les facilités nécessaires à sa défense.

⁷⁷ *Wolf c. Panama*, Communication n° 289/1988, 26 mars 1992, Doc. ONU CCPR/11/Add.1, 399.

⁷⁸ CR 29 à 35 (19 avril 1999).

48. Pour déterminer le champ d'application du principe d'égalité des armes, il convient tout d'abord de prendre en compte la jurisprudence internationale. Dans l'affaire *Kaufman c. Belgique*⁷⁹, au civil, la Commission européenne des Droits de l'Homme a conclu que l'égalité des armes signifie que toute partie doit "avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantage[nt] pas d'une manière appréciable vis-à-vis de la partie adverse"⁸⁰. Dans l'affaire *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*⁸¹, également au civil, la Cour européenne a repris le point de vue exprimé par la Commission européenne des Droits de l'Homme à propos de l'égalité des armes, concluant que "dans les litiges opposant des intérêts privés, 'l'égalité des armes' implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris ses preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire"⁸². Dans une affaire pénale, *Delcourt c. Belgique*⁸³, la Cour a décidé que le principe accordait aux deux parties le droit à une complète égalité de traitement, affirmant que les conditions de l'instance ne sauraient "placer injustement un accusé dans une situation désavantageuse"⁸⁴. D'après la jurisprudence rendue en application de la CEDH citée par la Défense, on est fondé à conclure que l'égalité des armes oblige l'organe judiciaire à s'assurer qu'aucune partie n'est placée dans une situation désavantageuse lorsqu'elle présente sa cause.

49. Rien dans la jurisprudence fondée sur la CEDH ne laisse à penser que le principe s'applique aux circonstances qui ont empêché une partie d'assurer la présence de certains témoins, lorsqu'elles échappent au contrôle du tribunal. Toutes les affaires portaient sur des demandes auxquelles l'organe judiciaire était en mesure de répondre⁸⁵.

⁷⁹ *Kaufman c. Belgique*, 50 DR 98.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 115.ž

⁸¹ *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, Cour eur. D. H., arrêt du 27 octobre 1993, Série A, n° 274.

⁸² *Ibid.*, par. 32.

⁸³ *Delcourt c. Belgique*, Cour eur. D. H., arrêt du 17 janvier 1970, Série A, n° 11.

⁸⁴ *Ibid.*, par. 34.

⁸⁵ Dans l'affaire *Kaufman c. Belgique* (50 DR 98), la Commission européenne des Droits de l'Homme a estimé que l'égalité des armes ne donnait pas au demandeur le droit de déposer un contre-mémoire. Dans l'arrêt *Neumeister c. Autriche*, Cour eur. D. H., 27 juin 1968, Série A, n° 8, la Cour a décidé que le principe ne s'appliquait pas à l'examen de la requête du demandeur aux fins de mise en liberté provisoire, bien que le procureur ait été entendu *ex parte*. Dans l'arrêt *Bendenoun c. France*, Cour eur. D. H., 24 février 1994, Série A, n° 284, la Cour a déclaré qu'un demandeur qui n'avait pas reçu un dossier complet des services fiscaux n'y avait pas droit en vertu du principe d'égalité des armes car il avait connaissance de son contenu et n'a pas motivé sa requête. Dans l'arrêt *Dombo Beheer B.V. c. Pays-Bas*, Cour eur. D. H., 27 octobre 1993, Série A, n° 274, la Cour a considéré que le principe d'égalité des armes n'était pas respecté dès lors que l'on interdisait à l'unique témoin direct de la société demanderesse de comparaître alors que le témoin de la banque défenderesse était entendu.

50. Le CDH a interprété ce principe comme destiné à offrir aux Parties des droits et garanties *procéduraux* par nature. Le CDH a fait remarquer dans l'affaire *B.d.B. et consorts. c. Pays-Bas*⁸⁶, au civil, que l'article 14 du Pacte international garantit l'égalité procédurale afin d'assurer le déroulement équitable de la procédure judiciaire. S'agissant de demandeurs condamnés à de longues peines d'emprisonnement au terme de procédures judiciaires dans lesquelles les garanties procédurales faisaient défaut, le CDH a conclu à une violation du droit à un procès équitable au sens de l'article 14 1)⁸⁷. Les décisions rendues en vertu du Pacte international n'indiquent pas si le principe s'applique dans le cas où une partie ne peut assurer la présence au procès de certains témoins, lorsque cette absence est imputable non pas au tribunal mais à une entité externe indépendante.

51. La jurisprudence évoquée jusqu'ici concerne des affaires civiles ou pénales tranchées par des tribunaux internes. Ces juridictions sont en mesure, directement ou du moins par l'intermédiaire des pouvoirs d'exécution étendus de l'État, de régler les questions susceptibles d'influencer matériellement l'équité du procès. Il en va autrement pour le Tribunal international. Dans la conduite des procès, il est confronté au dilemme suivant : il doit compter sur la coopération des États mais n'a pas le pouvoir de les contraindre à coopérer à travers des mesures coercitives⁸⁸. Le Tribunal doit compter sur la coopération des États car ce sont souvent eux qui détiennent les éléments de preuve et ils peuvent faire obstacle aux efforts déployés par les conseils pour les localiser. De plus, en l'absence de force de police propre au Tribunal, les inculpés ne peuvent être arrêtés ou transférés au siège du Tribunal international qu'avec la coopération des États ou, aux termes de l'article 59 *bis* du Règlement, sur initiative du Procureur ou des institutions internationales compétentes. En cas de défaut de coopération d'un État en violation des obligations inscrites à l'article 29 du Statut, l'ultime recours dont dispose le Tribunal international, en l'absence de moyens de coercition indépendants, consiste à informer le Conseil de sécurité de ce non-respect⁸⁹.

⁸⁶ *B. d. B et consorts. c. Pays-Bas*, Communication n° 273/1989, 30 mars 1989, Doc. ONU A/44/40, 442.

⁸⁷ *Nqalula Mpandanjila et consorts. c. Zaire*, Communication n° 138/1983, 26 mars 1986, Doc. ONU A/41/40, 121.

⁸⁸ Cf. "Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la Décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997", *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, Affaire n° IT-95-14-AR108*bis*, Chambre d'appel, 29 octobre 1997, par. 26.

⁸⁹ *Ibid.*, par. 33.

52. À la lumière de ce qui précède, la Chambre d'appel estime que, aux termes du Statut du Tribunal international, il convient d'interpréter le principe d'égalité des armes plus largement qu'il ne l'est généralement dans le cadre des actions devant les juridictions internes. Ce principe signifie que l'Accusation et la Défense doivent être sur un pied d'égalité devant la Chambre de première instance. Il s'ensuit que cette dernière est tenue, lorsqu'une Partie lui demande de l'aider à présenter sa cause, d'accorder toutes les mesures qu'elle est à même de fournir aux termes du Règlement et du Statut. Les Chambres de première instance sont conscientes des difficultés auxquelles se heurtent les parties pour localiser les moyens de preuve et y accéder sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, où certains États ne sont pas disposés à respecter leur obligation légale de coopérer avec le Tribunal. Le Statut et le Règlement contiennent des dispositions destinées à pallier les difficultés rencontrées par les parties afin que chacune puisse avoir un égal accès aux témoins. Les Chambres sont investies du pouvoir de délivrer les ordonnances, assignations, citations, mandats et ordres de transferts nécessaires à l'enquête, à la préparation du procès ou à sa conduite. Cela inclut le pouvoir de :

- 1) prendre des mesures de protection des témoins qui vont d'une protection partielle à la protection totale,
- 2) recueillir des témoignages par voie de vidéoconférence ou de déposition,
- 3) citer des témoins à comparaître et ordonner leur présence,
- 4) délivrer des ordonnances enjoignant aux États, entre autres, de recueillir des témoignages et de produire des éléments de preuve et
- 5) délivrer des ordonnances enjoignant aux États d'apporter leur assistance à une partie ou de citer un témoin à comparaître et d'ordonner sa présence en conformité avec le Règlement.

Une autre mesure importante qui est disponible dans de telles circonstances est la suivante :

- 6) à la demande d'une Chambre de première instance, le Président du Tribunal peut demander aux autorités d'un État d'apporter leur assistance afin d'assurer la présence d'un témoin.

De plus, dans le cas où les mesures précitées n'ont pas été suivies d'effet, la Chambre peut, d'office ou à la demande d'une partie :

7) ordonner que l'instance soit reportée ou, si les circonstances l'exigent, qu'elle soit suspendue.

53. Se fondant sur le principe d'égalité des armes, la Défense soutient que l'Appelant a été privé d'un procès équitable parce que des éléments de preuve pertinents et admissibles n'ont pas été présentés en raison du manque de coopération des autorités de la *Republika Srpska* pour assurer la présence de certains témoins. La Défense ne reproche pas à la Chambre de première instance d'avoir fait preuve de négligence face à une demande d'assistance. La Chambre d'appel estime que la Défense n'a pas prouvé l'allégation selon laquelle l'Appelant n'a pas pu présenter sa cause dans des conditions correctes. Rien ne prouve que la Chambre de première instance ne l'a pas aidé quand il le lui demandait. La Défense concède d'ailleurs que la Chambre de première instance l'a aidée dans toute la mesure du possible quand elle le lui demandait et lui a même accordé un report considérable à l'issue de la présentation des moyens à charge, afin de l'aider à retrouver des témoins⁹⁰. L'Appelant reconnaît également que la Chambre de première instance n'a jamais refusé la comparution d'un témoin proposé par la Défense et qu'au contraire, elle a répondu à quasiment toutes les demandes en prenant les mesures nécessaires en son pouvoir, propres à aider l'Appelant à présenter des témoins à l'audience. Dans le Jugement de la Chambre de première instance, il apparaît que celle-ci a fait droit à nombre de requêtes de ce type, accordant des mesures de protection à certains témoins, autorisant d'autres à témoigner par vidéoconférence depuis Banja Luka en *Republika Srpska* et accordant des mesures de confidentialité et délivrant des sauf-conduits à plusieurs témoins à décharge⁹¹. De fait, la Décision relative à l'admission de moyens de preuve supplémentaires, qui a interdit à la Défense de présenter de nouveaux moyens de preuve, était fondée sur le fait que cette dernière n'avait pas démontré que l'intérêt de la justice commandait l'admission des témoignages en question. Cela indique que le fait qu'elle n'a pas pu présenter ces témoins n'a pas porté atteinte à l'équité du procès.

⁹⁰ CR 47 (19 avril 1999) ; Jugement, par. 32 ("Après la présentation des moyens de l'Accusation, les travaux ont été suspendus pendant trois semaines pour permettre à la Défense de terminer ses préparatifs. La Défense a commencé à présenter ses moyens le 10 septembre 1996 [...]").

⁹¹ Jugement, par. 29 à 35.

54. La Chambre de première instance a pris d'autres mesures pour permettre à la Défense de préparer et de présenter ses moyens ; par exemple, le Juge qui présidait la Chambre a attiré l'attention du Président du Tribunal international sur certaines difficultés concernant la présence potentielle de trois témoins cités par la Défense⁹². Il a demandé au Président du Tribunal international d'écrire à Mme B. Plavsić, Président en exercice de la *Republika Srpska*, afin de l'exhorter à aider la Défense à obtenir la présence et la coopération desdits témoins à décharge. À la suite de quoi, le 19 septembre 1996, le Président du Tribunal a adressé un courrier à Mme Plavsić dans lequel il faisait référence aux obstacles auxquels se heurtait la Défense pour obtenir la coopération desdits témoins. Lui rappelant, entre autres, le droit de l'accusé à un procès équitable, le Président du Tribunal a vivement encouragé Mme Plavsić à "prendre immédiatement toutes les dispositions nécessaires pour résoudre ce problème afin que la Défense puisse faire progresser sa cause"⁹³.

55. La Chambre d'appel conçoit que dans certains cas, il ne peut y avoir de procès équitable du fait de l'absence au procès de témoins cruciaux pour la Défense suite à l'obstruction d'un État. Dans pareilles circonstances, après avoir épuisé toutes les mesures évoquées ci-dessus, la Défense peut déposer une requête aux fins de suspension d'instance. La Défense a supposé à l'audience que ce type de requête n'avait pas été déposé en l'espèce parce que le Conseil en première instance se préoccupait surtout de la longueur de la détention préventive. La Chambre d'appel fait remarquer que le Règlement prévoit un remède à ces situations, nommément la mise en liberté provisoire, qui, en vertu de l'article 65 B) peut être accordée "dans des circonstances exceptionnelles". On peut aisément penser qu'une suspension de la procédure pour impossibilité de conduire un procès équitable dans les conditions de l'époque constituerait une circonstance exceptionnelle aux termes de cet article. C'est au requérant qu'il incombe d'attirer rapidement l'attention de la Chambre de première instance sur les obstacles, afin qu'elle puisse déterminer si le Règlement ou le Statut proposent des solutions à ces problèmes. Cette partie ne peut garder le silence sur la question pour, ensuite, demander en appel un nouveau procès, comme le fait la Défense en l'espèce.

⁹² CR 59 et 60 (20 avril 1999).

C. Conclusion

56. La Chambre d'appel conclut que l'Appelant n'a pas prouvé que la protection qui découle du principe d'égalité des armes ne lui a pas été accordée par la Chambre de première instance. En conséquence, ce motif d'appel est rejeté.

⁹³ Lettre du Président Cassese à Mme B. Plavsić du 19 septembre 1996, à laquelle M. le Juge Shahabuddeen a fait référence au cours de l'audience du 20 avril 1999 (*ibid.*).

III. LE TROISIÈME MOTIF D'APPEL SOULEVÉ PAR LA DÉFENSE : ERREUR DE FAIT QUI A ENTRAÎNÉ UN DÉNI DE JUSTICE

A. Les arguments des Parties

1. La thèse de la Défense

57. La Chambre de première instance est parvenue, sur la foi des déclarations d'un seul témoin, Nihad Seferović, à la conclusion factuelle suivante : l'Appelant est coupable du meurtre de deux policiers musulmans, Edin Besić et un homme identifié à l'instance sous le nom d'Osman. La Défense affirme que la Chambre de première instance a conclu à tort qu'elle était convaincue au-delà de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'Appelant dans les deux meurtres, parce qu'elle s'est fondée sur le témoignage non corroboré de M. Seferović. M. Seferović ne serait pas un témoin crédible parce qu'il a été présenté à l'Accusation par les autorités de Bosnie-Herzégovine. Or cette source, allègue la Défense, a été considérée comme douteuse par la Chambre de première instance, pour avoir proposé un autre témoin à charge, Dragan Opacić, dont il a été établi en audience qu'il ne disait pas la vérité ; l'Accusation avait par conséquent retiré son témoignage.

58. La Défense soutient que la Chambre de première instance a versé dans l'erreur en se fondant sur le témoignage de M. Seferović, parce qu'il est peu plausible. M. Seferović, un Musulman qui habitait une région bombardée par les forces paramilitaires serbes, s'était réfugié dans les montagnes. En audience, il a déclaré qu'il était si préoccupé du bien-être de ses pigeons domestiques qu'il est retourné en ville pour les nourrir, alors même que les paramilitaires serbes s'y trouvaient encore. À cette occasion, il aurait vu M. Tadić tuer deux policiers. Le Conseil de la Défense a soutenu à l'instance que le témoin ne se trouvait pas du tout dans la ville lorsque les meurtres ont été commis.

59. La Défense affirme que, pour examiner la conclusion factuelle de la Chambre de première instance, la Chambre d'appel est en droit de prendre en compte tous les éléments de preuve pertinents et qu'elle peut infirmer la décision rendue en première instance si elle est convaincue que l'on ne saurait raisonnablement conclure que le témoignage de M. Seferović prouve la responsabilité de l'Appelant pour les meurtres.

60. La Défense demande à la Chambre d'appel d'infirmier la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle l'Appelant est coupable des meurtres d'Edin Besić et de l'homme identifié sous le nom d'Osman⁹⁴.

2. La thèse de l'Accusation

61. L'Accusation soutient que la Chambre d'appel, juridiction du deuxième degré, ne peut infirmer les conclusions factuelles de la Chambre de première instance à moins de conclure que la Défense a prouvé que l'on ne saurait raisonnablement, sur la foi des éléments de preuve cités par la Chambre de première instance, parvenir à la même conclusion qu'elle⁹⁵.

62. L'Accusation déclare que la Défense a dénaturé les conclusions de la Chambre de première instance concernant Dragan Opacić, afin que M. Seferović lui soit associé comme témoin douteux et que sa crédibilité soit entachée. M. Opacić, qui avait menti à propos de sa situation familiale, avait de toute évidence éveillé les soupçons de l'Accusation quant à sa crédibilité. Par mesure de précaution, son témoignage a donc été retiré. La Chambre de première instance a demandé à l'Accusation d'enquêter sur ce point et, après examen, cette dernière a conclu que l'enquête ne permettait pas d'établir l'allégation de la Défense selon laquelle le témoignage de M. Opacić avait été proposé à travers une opération de manipulation effectuée par les autorités de Bosnie-Herzégovine.

63. Pour l'Accusation, la Défense ne peut entacher la crédibilité de M. Seferović en assimilant sa situation à celle de M. Opacić car la Chambre de première instance a conclu que les circonstances entourant le témoignage de ce dernier lui étaient propres. Le cas de M. Seferović diffère de celui de M. Opacić. La Chambre de première instance ayant conclu que M. Seferović était un témoin fiable, il n'était nullement nécessaire d'exiger que son témoignage soit corroboré.

⁹⁴ Dans ses conclusions, la Défense désigne par Osman Didović la victime que la Chambre de première instance a identifiée sous le seul nom "Osman". La Chambre d'appel n'a pas à déterminer ici si le nom ainsi avancé par la Défense est exact.

⁹⁵ *Prosecution's Response to Appellant's Brief on Judgment*, par. 2.14.

B. Examen

64. De l'avis des deux Parties, le critère propre à déterminer s'il convient de confirmer la conclusion factuelle de la Chambre de première instance est celui du caractère arbitraire qui caractérise une conclusion à laquelle aucune personne douée d'une capacité normale de raisonnement ne saurait parvenir. C'est aux juges siégeant en première instance que revient la charge d'entendre, évaluer et peser les moyens de preuve présentés à l'instance. De ce fait, la Chambre d'appel doit, dans une certaine mesure, s'incliner devant les conclusions factuelles de la Chambre de première instance. Ce n'est que dans le cas manifeste où aucune personne douée d'une capacité normale de raisonnement n'accueillerait les éléments de preuve sur lesquels s'est fondée la Chambre de première instance que la Chambre d'appel peut substituer sa propre conclusion à celle des juges du fond. Il est important de rappeler que deux juges, agissant tous deux avec discernement, peuvent conclure différemment sur la base des mêmes éléments de preuve.

65. La Chambre d'appel signale que la pratique de ce Tribunal ainsi que du Tribunal pénal international pour le Rwanda ("TPIR")⁹⁶ consiste à admettre au nombre des preuves, sans corroboration supplémentaire, les déclarations d'un seul témoin sur un fait matériel. La Défense ne conteste pas que la corroboration n'est pas exigée en droit. Comme nous l'avons vu, elle affirme qu'en fait, l'on ne saurait se fonder sur le témoignage non corroboré de M. Seferović parce que ce dernier a été présenté à l'Accusation par la même source, les autorités de Bosnie-Herzégovine, qui avait proposé à un autre témoin, M. Opacić, par la suite retiré par l'Accusation en raison de ses déclarations mensongères. La Chambre d'appel conclut que les rapports de M. Seferović avec les autorités bosniaques n'entachent pas sa crédibilité. La situation de M. Seferović est différente de celle de M. Opacić. L'Accusation a eu connaissance de l'existence de ce dernier alors qu'il était toujours détenu par les autorités bosniaques, tandis que M. Seferović lui a été présenté par l'intermédiaire de l'ambassade bosniaque à Bruxelles. Lors du procès, M. Seferović a été soumis à un contre-interrogatoire rigoureux par le Conseil de la Défense. Ce dernier ne l'a pas rappelé après avoir appris que le témoignage de M. Opacić avait été retiré. De plus, la Défense n'a jamais demandé en première instance que le témoignage de M. Seferović soit exclu au motif qu'il était, au

⁹⁶ Plus précisément, le Tribunal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, entre le 1 janvier 1994 et le 31 décembre 1994.

même titre que M. Opacić, un témoin douteux. La Chambre d'appel conclut donc que la Chambre de première instance n'a pas versé dans l'erreur en se fondant sur le témoignage non corroboré de M. Seferović.

66. La Défense allègue que la Chambre de première instance a eu tort de se fonder sur le témoignage de M. Seferović parce qu'il n'était pas plausible. Selon elle, la Chambre de première instance n'aurait pas raisonné avec discernement en concluant, sur la foi du témoignage de M. Seferović, que l'Appelant est responsable du meurtre des deux policiers. La Chambre d'appel ne considère pas comme intrinsèquement invraisemblable l'affirmation du témoin selon laquelle il serait retourné en ville pour nourrir ses pigeons, malgré l'attaque de la ville par les forces paramilitaires serbes auxquelles il avait réussi à échapper une première fois. Un tel comportement est concevable, bien que l'on puisse penser qu'il comporte une prise de risque irrationnelle. La Chambre de première instance, après avoir vu le témoin, entendu son témoignage et observé ledit témoin pendant son contre-interrogatoire, a choisi d'accueillir son témoignage comme moyen de preuve crédible. Rien ne justifie que la Chambre d'appel considère que la Chambre de première instance a manqué de discernement en se fondant sur ce témoignage pour conclure que l'Appelant avait tué les deux hommes.

C. Conclusion

67. L'Appelant n'a pas prouvé que la crédibilité du témoin Nihad Seferović était douteuse ou que son témoignage était intrinsèquement invraisemblable. L'Appelant n'ayant pas démontré que la Chambre de première instance a eu tort de fonder sur le témoignage de M. Seferović sa conclusion factuelle que l'Appelant a tué les deux hommes en question, la Chambre d'appel ne saurait infirmer ladite conclusion.

**IV. LE PREMIER MOTIF D'APPEL INCIDENT SOULEVÉ
PAR L'ACCUSATION : LA CONCLUSION DE LA CHAMBRE
DE PREMIÈRE INSTANCE SELON LAQUELLE IL N'A PAS ÉTÉ
ÉTABLI QUE LES VICTIMES ÉTAIENT DES “PERSONNES
PROTÉGÉES” AU SENS DE L'ARTICLE 2 DU STATUT
(INFRACTIONS GRAVES AUX CONVENTIONS DE GENÈVE)**

A. Les arguments des Parties

1. La thèse de l'Accusation

68. Par le premier motif d'appel incident, l'Accusation conteste l'acquittement de l'Appelant des chefs d'accusation 8, 9, 12, 15, 21 et 32 alléguant des infractions graves sanctionnées par l'article 2 du Statut. L'Appelant a été acquitté de ces chefs au motif qu'il n'a pas été prouvé que les victimes qui y sont mentionnées étaient des “personnes protégées” au sens des dispositions applicables de la IV^e Convention de Genève⁹⁷.

69. L'Accusation soutient que tous les critères pertinents énoncés par l'article 2 sont satisfaits. Par conséquent, la Chambre de première instance a eu tort d'apprécier l'applicabilité des dispositions relatives aux infractions graves de la Convention de Genève pertinente en se fondant exclusivement sur le critère de “contrôle effectif”, tiré de l'affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)⁹⁸. L'Accusation avance que la Chambre aurait plutôt dû appliquer les dispositions des Conventions de Genève, ainsi que les principes et sources de droit international humanitaire pertinents qui, à son avis, se fondent sur un critère de “lien démontrable”.

70. En faisant le départ entre la présente espèce et les faits de l'affaire *Nicaragua*, l'Accusation constate que cette dernière traitait davantage de la responsabilité internationale des États que de la responsabilité pénale individuelle. Elle affirme de plus que dans l'arrêt

⁹⁷ Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (“IV^e Convention de Genève” ou “IV^e Convention”).

Nicaragua, la Cour internationale de justice a délibérément évité de se demander quelle branche du droit conventionnel s'appliquait. Elle a préféré se concentrer sur les conditions minimum fixées par les normes énoncées à l'article 3 commun aux Conventions de Genève qui, à son avis, s'appliquent à l'ensemble des conflits au Nicaragua, évitant ainsi d'avoir à se prononcer sur le corps de règles applicables en l'espèce.

71. L'Accusation soutient que la Chambre a eu tort de ne pas se fonder sur les dispositions des Conventions de Genève ni sur les principes généraux du droit international humanitaire pour décider de la responsabilité pénale individuelle du fait d'infractions graves aux Conventions de Genève. Pour l'Accusation, ces sources exigent qu'il existe un "lien démontrable" entre l'auteur de l'infraction et une Partie à un conflit armé international dont la victime n'est pas un ressortissant.

72. L'Accusation fait valoir que les faits de l'espèce satisfont au critère de "lien démontrable". À son avis, il existait un "lien démontrable" entre l'armée de la République serbe de Bosnie-Herzégovine/*Republika Srpska* ("VRS") d'une part, et la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) ("RFY") et l'armée de la RFY ("VJ") d'autre part ; il ne s'agissait pas d'un simple soutien logistique apporté par la RFY à la VRS.

73. De plus, l'Accusation soutient que la Chambre de première instance a conclu à tort que l'unique critère retenu dans l'arrêt *Nicaragua* était celui du "contrôle effectif". Dans cette affaire, la Cour a également appliqué le critère de la "qualité d'agent", dont l'Accusation estime qu'il est mieux adapté à la question de l'applicabilité des dispositions relatives aux infractions graves.

74. Que la Chambre d'appel décide d'adopter le critère du "contrôle effectif" ou celui de la "qualité d'agent", l'Accusation précise qu'en toute hypothèse, les faits de l'espèce satisfont aux deux critères. À l'appui de cette thèse, l'Accusation se prévaut, entre autres, du fait qu'après le retrait officiel des troupes de l'Armée populaire yougoslave ("JNA") de la Bosnie-Herzégovine le 19 mai 1992, les soldats de la VRS ont continué de percevoir leurs soldes de l'administration de la RFY, qui finançait aussi les retraites des anciens soldats de la VJ servant dans la VRS. L'Accusation se fonde sur plusieurs autres éléments pour affirmer

⁹⁸ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Les États-Unis d'Amérique)* (fond), arrêt, C.I.J. recueil, 1986 ("arrêt *Nicaragua*").

qu'après le 19 mai 1992, la RFY apportait plus qu'un simple soutien logistique. Parmi ces éléments, on trouve l'identité des structures et des grades dans la VRS et dans la VJ, ainsi que la supervision de la VRS par la RFY après cette date. L'Accusation déduit de ces faits que la RFY exerçait un contrôle militaire effectif sur la VRS.

2. La thèse de la Défense

75. La Défense affirme que la Chambre de première instance était fondée à appliquer le critère de “contrôle effectif” tiré de l'affaire *Nicaragua* et que le critère de “lien démontrable” est erroné. La Défense énonce le critère que la Chambre d'appel devrait appliquer de la manière suivante : “les Serbes de Bosnie agissaient-ils en qualité d'organes d'un autre État ?”⁹⁹

76. La Défense estime qu'il est abusif d'écarter l'affaire *Nicaragua* au motif qu'il traite exclusivement de la responsabilité des États. De plus, elle soutient que dans cette affaire, la Cour avait traité la question plus large de savoir quelle branche du droit international humanitaire devait s'appliquer au comportement mis en cause.

77. Les faits de l'espèce ne permettent pas d'établir qu'après le 19 mai 1992, la VRS était sous le contrôle effectif de la RFY ou pouvait être considérée comme un agent de cet État. La thèse de la Défense est que le lien entre la RFY et la *Republika Srpska* se limitait exclusivement à une coordination entre alliés. De ce fait, la VRS n'était pas un organe de la RFY.

78. La Défense soutient que le critère du “lien démontrable” n'est pas adapté aux fins de l'article 2 du Statut. Elle affirme que ce critère n'est pas reconnu en droit international et qu'il devrait également être écarté pour des raisons de principe. Si la Chambre d'appel choisissait d'appliquer ce critère de “lien démontrable”, on pourrait arriver à la situation peu souhaitable où un État serait tenu responsable des actes d'un autre État ou d'une entité sur lequel ou laquelle il n'exerçait aucun contrôle effectif. De plus, pour la Défense, le degré du lien requis pour satisfaire au critère n'étant pas défini, ce dernier introduit un élément d'incertitude en droit international.

⁹⁹ Cf. *Defence's Substituted Response to Cross-Appellant's Brief*, par. 2.6.

79. La Défense concède que si effectivement le critère du “lien démontrable” était accueilli, les faits de l'espèce y satisferaient¹⁰⁰.

B. Examen

1. Les conditions d'applicabilité de l'article 2 du Statut

80. L'article 2 du Statut embrasse des catégories disparates d'infractions, avec leurs propres éléments constitutifs spécifiques. On peut toutefois classer les éléments constitutifs d'ordre général comme suit :

(i) *La nature du conflit*. Selon l'interprétation donnée par la Chambre d'appel dans son Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence¹⁰¹ rendu dans la présente affaire, le caractère international du conflit est une condition préalable à l'application de l'article 2.

(ii) *Le statut de la victime*. Les infractions graves doivent être perpétrées contre les personnes ou les biens “protégés” aux termes de l'une quelconque des quatre Conventions de Genève de 1949. Il faut se référer clairement aux dispositions pertinentes des conventions pour établir si une personne est ou non “protégée”.

81. L'espèce impose donc à la Chambre d'appel de déterminer d'abord i) quelles conditions *juridiques* permettent de conclure que des forces armées engagées dans un conflit armé, interne de prime abord, agissent au nom d'une Puissance étrangère, et ii) si *les faits* de l'espèce satisfont à ces conditions juridiques.

82. La Chambre d'appel ne répondra à la seconde question — celle du statut de “personnes protégées” des victimes —, que si elle conclut au caractère international du conflit à toutes les périodes pertinentes.

¹⁰⁰ Cf. *Defence's Substituted Response to Cross-Appellant's Brief*, par. 2.1 à 2.18 ; CR 219 à 220 (21 avril 1999).

¹⁰¹ Cf. “Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence”, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-AR72, Chambre d'appel, 2 octobre 1995 (“Arrêt *Tadić* relatif à la compétence”), par. 79 à 84 [*Tadić* (1995) I RJ du TPIY 353].

2. La nature du conflit

83. Les Parties ne contestent pas que l'application du régime des infractions graves prévu à l'article 2 du Statut est conditionnée par le caractère international du conflit.

84. Il est indéniable qu'un conflit armé est de caractère international s'il oppose deux ou plusieurs États. De plus, un conflit armé interne qui éclate sur le territoire d'un État peut devenir international (ou, selon les circonstances, présenter parallèlement un caractère international) si i) les troupes d'un autre État interviennent dans le conflit ou encore, si ii) certains participants au conflit armé interne agissent au nom de cet autre État.

85. En l'espèce, l'Accusation prétend que durant toutes les périodes pertinentes, il s'agissait d'un conflit armé international entre deux États, à savoir la Bosnie-Herzégovine ("BH"), d'une part et la RFY, d'autre part¹⁰². Dans son opinion dissidente, le Juge McDonald a également conclu au caractère international du conflit armé durant toutes les périodes pertinentes¹⁰³.

86. La Chambre de première instance a conclu qu'un conflit armé international opposait la BH et la RFY jusqu'au 19 mai 1992, date à laquelle la JNA a officiellement retiré ses troupes de Bosnie-Herzégovine¹⁰⁴. La Chambre de première instance n'a cependant pas explicitement qualifié la nature du conflit *après* le 19 mai 1992. Comme le fait remarquer

¹⁰² Cf. *Cross-Appellant's Brief*, par. 2.25 :

"[La] RFSY/RFY est Partie à un conflit armé international contre [...] la BH, la Chambre de première instance ayant estimé que jusqu'au 19 mai 1992, la JNA était engagée dans un conflit armé international contre la Bosnie-Herzégovine, et qu'après cette date, la VJ était directement engagée dans un conflit armé contre la Bosnie-Herzégovine. Par conséquent, *nous estimons que la seule conclusion que l'on peut en tirer est qu'il existait un conflit armé international entre la Bosnie-Herzégovine et la RFY en 1992.*" (non souligné dans le texte, traduction non officielle).

¹⁰³ Cf. par. 1 de l'Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald relative à l'applicabilité de l'article 2 du Statut, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance II, 7 mai 1997 ("Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald") dans laquelle elle a déclaré : "Nous estimons que, durant toutes les périodes pertinentes couvertes par l'Acte d'accusation, le conflit armé se déroulant dans l'opština Prijedor était de caractère international [...]".

¹⁰⁴ Cf. Jugement, par. 569 à 608 :

"569. [...] [i]l ressort clairement des témoignages devant la Chambre de première instance que, du début de 1992 jusqu'au 19 mai 1992, *un état de conflit armé international existait* au moins sur une partie du territoire de la Bosnie-Herzégovine. *Ce conflit armé opposait les forces de la République de Bosnie-Herzégovine, d'une part, à celles de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), la JNA (devenue plus tard la VJ) alliées à divers éléments paramilitaires et aux forces des Serbes de Bosnie, d'autre part.* [...].

570. On en voudra pour preuve qu'il suffit de se référer de façon générale aux témoignages relatifs au bombardement de Sarajevo, le siège du Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, en avril 1992 par les forces serbes, à leur attaque de villes le long de la frontière de la Bosnie-Herzégovine avec la Serbie sur la rivière Drina et du Monténégro [...]" (non souligné dans le texte).

l'Accusation, “[l]a Chambre de première instance ne s’est pas expressément prononcée sur la qualification du conflit armé qui opposait l’armée des Serbes de Bosnie (VRS) à la Bosnie-Herzégovine après la création de la VRS en mai 1992”¹⁰⁵. On pourrait néanmoins estimer que la Chambre de première instance a considéré, du moins implicitement, qu’après le 19 mai 1992, il s’agissait d’un conflit interne¹⁰⁶.

87. En l’espèce, les preuves sont suffisantes pour justifier la conclusion factuelle de la Chambre de première instance selon laquelle, avant le 19 mai 1992, le conflit présentait un caractère international¹⁰⁷. La question de savoir s’il s’agissait toujours d’un conflit international après le 19 mai 1992, ou bien s’il est devenu exclusivement interne, revient à déterminer si les forces des Serbes de Bosnie — au pouvoir desquelles se trouvaient les victimes bosniaques dans cette affaire — peuvent être considérées comme des organes *de droit* ou *de fait* d’une Puissance étrangère, nommément la RFY.

3. Les critères juridiques permettant d’établir quand, dans le cadre d’un conflit armé de prime abord interne, des forces armées peuvent être considérées comme agissant pour le compte d’une Puissance étrangère, conférant ainsi au conflit un caractère international

(a) Le droit international humanitaire

88. L’Accusation soutient que l’auteur présumé des crimes doit être “suffisamment lié à une Partie au conflit” pour tomber sous le coup de l’article 2 du Statut¹⁰⁸. Elle affirme de

¹⁰⁵ *Cross-Apellant’s Brief*, par. 2.5.

¹⁰⁶ *Cf.* Jugement, par. 607 et 608.

¹⁰⁷ En plus des éléments de preuve cités au paragraphe 570 du Jugement, on peut mentionner les faits évoqués par le Juge Li dans son Opinion individuelle jointe à l’Arrêt *Tadić* relatif à la compétence (par. 17 à 19), notamment la déclaration de la Bosnie-Herzégovine selon laquelle elle était en guerre avec la RFY, ainsi que les rapports établis par divers groupes d’experts indiquant qu’il s’agissait d’un conflit international. De plus, dans trois décisions relatives à l’examen d’actes d’accusation dans le cadre de l’article 61 du Règlement, qui concernaient le conflit entre les Serbes et le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine (*Nikolić, Hôpital de Vukovar et Karadžić et Mladić*), les Chambres de première instance ont qualifié le conflit de conflit armé international. (*Cf.* “Examen de l’acte d’accusation conformément à l’article 61 du Règlement de procédure et de preuve”, *Le Procureur c/ Dragan Nikolić*, affaire n° IT-94-2-R61, Chambre de première instance I, 20 octobre 1995, par. 30 (*Nikolić* (1995) II RJ du TPIY 738) ; “Examen de l’acte d’accusation conformément à l’article 61”, *Le Procureur c/ Mile Mrksić et consorts*, affaire n° IT-95-13-R61, Chambre de première instance I, 3 avril 1996, par. 25 ; “Examen de l’acte d’accusation conformément à l’article 61 du Règlement de procédure et de preuve”, *Le Procureur c/ Radovan Karadžić et Ratko Mladić*, affaire n° IT-95-18-R61, Chambre de première instance I, 11 juillet 1996, par. 88).

¹⁰⁸ *Cross-Apellant’s Brief*, par. 2.31.

plus qu'il suffit "d'établir un lien démontrable entre la VRS et la RFY ou la VJ"¹⁰⁹. À son avis, "[un] tel lien pourrait être démontré tout au plus par la mise en évidence d'un contrôle de caractère général. Ce critère juridique est étayé par les dispositions des Conventions de Genève, la jurisprudence des procès qui ont suivi la Deuxième Guerre mondiale, les décisions du Tribunal, les articles de publicistes de premier plan et d'autres sources"¹¹⁰.

89. L'Accusation affirme également que les conditions d'application de l'article 2 du Statut doivent être déterminées conformément aux dispositions des Conventions de Genève ainsi qu'aux principes pertinents du droit international humanitaire. En revanche, elle estime que le droit international de la responsabilité des États n'a aucune incidence sur les conditions posées par les Conventions de Genève pertinentes en matière d'infractions graves. Selon elle, "on aboutirait à des conclusions absurdes si on appliquait les règles relatives à la responsabilité des États pour résoudre pareille question" (c'est-à-dire celle de savoir si certaines forces armées sont suffisamment liées à une Haute partie contractante)¹¹¹.

90. Bien évidemment, la solution juridique de cette question se trouve vraisemblablement dans le corps de règles qui lui correspond le plus directement, à savoir le droit international humanitaire. Ce corps de règles et de principes peut effectivement contenir des critères juridiques permettant de déterminer quand des forces armées engagées dans un conflit armé de prime abord interne peuvent être considérées comme agissant au nom d'une Puissance étrangère, même si elles n'ont pas formellement le statut d'organes de cette Puissance. Ces critères peuvent différer de ceux prévus par le droit international général, c'est-à-dire le droit de la responsabilité des États, pour qualifier les actes commis par des individus n'ayant pas la qualité d'agents d'un État mais ayant agi pour son compte.

91. La Chambre d'appel examinera donc cette question d'abord au regard du droit international humanitaire. En particulier, elle examinera les conditions dans lesquelles des forces armées, engagées dans un conflit qui les oppose aux autorités centrales *du même État* que celui où elles sont basées et où elles opèrent, sont réputées agir pour le compte d'un autre État. Autrement dit, la Chambre d'appel va définir les conditions auxquelles ces forces peuvent être assimilées à des organes d'un État autre que celui où elles sont basées et où elles opèrent.

¹⁰⁹ *Ibid.*, par. 2.30.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, par. 2.21 à 2.23.

92. Le critère par lequel la III^e Convention de Genève de 1949¹¹² définit les combattants légitimes offre un point de départ. Aux termes de cette Convention, les milices ou les groupes ou unités paramilitaires peuvent être considérés comme des combattants légitimes s'ils "[font] partie des forces armées" d'une Partie au conflit [article 4 A) 1)] ou "appar[tiennent] à une Partie au conflit" [article 4 A) 2)] et s'ils satisfont aux quatre autres conditions prévues par l'article 4 A) 2)¹¹³. Clairement, cette disposition a pour principal objet de fixer les conditions qui s'attachent au statut de combattants légitimes. Il n'en demeure pas moins que l'une de ses conséquences logiques est que si, dans un conflit armé, des unités paramilitaires "appartiennent" à un État autre que celui contre lequel elles se battent, le conflit présente un caractère international et il s'ensuit que toute violation grave des Conventions de Genève peut être qualifiée d'"infraction grave".

93. On est loin ici de savoir ce que signifie précisément "l'appartenance à une Partie au conflit". Le Commentaire du CICR, qui fait autorité, n'apporte guère d'éclaircissements. Il reste également assez vague¹¹⁴. Les dispositions de l'article 4 s'expliquent par le fait qu'au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, tout le monde s'accordait pour admettre que les États doivent être juridiquement responsables du comportement des forces irrégulières

¹¹² Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949 ("III^e Convention de Genève" ou "III^e Convention").

¹¹³ Ces quatre conditions sont les suivantes :

- (a) avoir à leur tête une personne responsable pour ses subordonnés ;
- (b) avoir un signe distinctif fixe et reconnaissable à distance ;
- (c) porter ouvertement les armes ; et
- (d) se conformer, dans leurs opérations, aux lois et coutumes de la guerre.

On pourrait soutenir que ces conditions, indubitablement intégrées dans le droit international coutumier, peuvent aujourd'hui être considérées comme ayant été remplacées par les conditions énoncées aux articles 44 3) et 44 1) du I^{er} Protocole [Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 et relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux ("Protocole additionnel I"), 1977]. Cette affirmation part de l'hypothèse encore à démontrer que ces deux articles ont déjà rang de règles du droit international coutumier.

Quoi qu'il en soit, la condition énoncée à l'article 43 1) consistant à "[être] placés sous un commandement responsable de la conduite de ses subordonnés devant [une] Partie [au conflit]" n'a pas remplacé celle qui consiste à "apparten[ir] à une Partie au conflit", prévue à l'article 4 A) 2) de la III^e Convention de Genève. Cf. en général le Commentaire des Protocoles additionnels du Comité international de la Croix-Rouge ("CICR") [(Yves Sandoz *et al.* (directeurs de publication), Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Comité international de la Croix-Rouge, Genève 1986], p. 512 à 523, par. 1659 à 1681.

¹¹⁴ Jean Pictet (directeur de publication), Commentaire : III La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1958, p. 64 :

"Une *liaison de fait* entre l'organisation de résistance [ou la milice ou autre corps de volontaires] et le sujet de droit international se trouvant en état de guerre est indispensable. Mais elle est suffisante. Cette *liaison de fait* peut se manifester par un simple accord tacite, le caractère des opérations indiquant clairement au service de quelle Partie l'organisation de résistance [ou la milice ou autre corps de volontaires] exécute ses opérations."

qu'ils soutiennent. Comme l'a fait remarquer à juste titre le Tribunal militaire israélien siégeant à Ramallah dans le Jugement *Kassem et consorts* en date du 13 avril 1969 :

Tirant les leçons des deux guerres mondiales, les nations du monde ont jugé fondamentalement nécessaire d'exiger de surcroît que les États soient entièrement responsables des agissements des corps irréguliers, garantissant ainsi que quelqu'un réponde de leurs violations aux lois ou coutumes de la guerre¹¹⁵.

94. En d'autres termes, les États ont accepté en pratique que les belligérants puissent utiliser des unités paramilitaires et autres éléments irréguliers dans la conduite des hostilités, à condition qu'ils soient prêts à endosser la responsabilité de toute infraction commise par ces forces. Pour que les éléments irréguliers puissent être qualifiés de combattants légitimes, il semble que les règles internationales et la pratique des États exigent qu'une Partie à un conflit armé international exerce un contrôle sur eux et que, de même, ces irréguliers soient dépendants de cette Partie au conflit et lui aient prêté allégeance. Tels sont donc les éléments que l'on peut considérer comme constitutifs de la notion "d'appartenance à une Partie au conflit".

95. En conséquence, la Chambre d'appel estime que la III^e Convention de Genève se réfère implicitement à un critère de contrôle lorsqu'elle énonce à l'article 4 la condition "d'appartenance à une Partie au conflit".

96. Cette conclusion, fondée sur la lettre et l'esprit des Conventions de Genève, s'inscrit tout à fait dans la logique du droit international humanitaire. Cette branche du droit ne repose pas sur des postulats formalistes. Elle n'est pas fondée sur l'idée que seuls ceux qui ont le statut formel d'organes de l'État, c'est-à-dire les membres des forces armées d'un État, sont professionnellement tenus d'éviter de commettre des violations du droit international humanitaire et également – s'ils sont en position d'autorité – d'empêcher ou de punir la perpétration de tels crimes. Il s'agit plutôt d'une branche réaliste du droit, basée sur la notion d'efficacité et visant autant que possible à dissuader quiconque de contrevenir à ses règles. Il s'ensuit, entre autres, que le droit humanitaire tient pour responsables non seulement ceux

¹¹⁵ *Military Prosecutor v. Omar Mahmud Kassem et al.*, 42 *International Law Reports* 1971, p. 470 à 477 (traduction non officielle). Le Tribunal a ensuite affirmé que les accusés, membres de l'OLP capturés par les forces israéliennes dans les territoires occupés par Israël, n'appartenaient à aucune Partie au conflit. Comme il le fait observer (*ibid.*, p. 477 et 478) :

"En l'espèce, [...] aucun État avec lequel nous sommes en état de guerre n'accepte de répondre des actes du Front populaire pour la libération de la Palestine. Pour autant que nous le sachions, l'organisation elle-même n'est pas prête à prendre ses ordres auprès du Gouvernement jordanien, comme en témoigne le fait qu'elle est illégale en Jordanie et qu'elle a été en diverses occasions harcelée par les autorités de ce pays."

qui sont formellement investis d'une autorité mais aussi ceux qui exercent de fait un pouvoir ou un contrôle sur les auteurs de violations graves du droit international humanitaire. Dans les affaires du type de celle qui nous occupe, c'est donc le contrôle exercé sous quelque forme que ce soit par une Partie au conflit sur les auteurs des infractions qui engage la responsabilité pénale ¹¹⁶.

97. Il n'en est pas moins impératif de *préciser quel degré d'autorité ou de contrôle* un État étranger doit exercer sur des forces armées qui combattent en son nom pour conférer un caractère international à un conflit armé de prime abord interne. En effet, les conséquences juridiques de la qualification du conflit d'interne ou d'international sont extrêmement importantes. Si le conflit devait être qualifié d'international, il s'ensuivrait, entre autres, qu'un État étranger pourrait, dans certaines circonstances, être tenu responsable des violations du droit international commises par les groupes armés agissant en son nom.

(b) La notion de contrôle : nécessité de compléter le droit international humanitaire par des règles de droit international général relatives aux critères permettant d'affirmer que des individus agissent de fait en qualité d'organes d'un État

98. Le droit international humanitaire ne prévoit pas de critères qui lui soient spécifiques pour déterminer dans quels cas un groupe d'individus peut être considéré comme étant sous le contrôle d'un État, c'est-à-dire comme agissant en qualité d'agent de fait de l'État¹¹⁷. Il

¹¹⁶ Cf. aussi le Commentaire du CICR concernant l'article 29 de la IV^e Convention de Genève [Jean Pictet (directeur de publication), Commentaire : IV Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Comité International de la Croix-Rouge, Genève, 1958, p. 228] :

“Ce qui importe, ce n'est pas le fait que l'individu coupable d'un traitement contraire à la Convention soit un agent de la Puissance occupante ou un organe de l'État occupé, mais de savoir où la décision a été prise, où la volonté a été formée et l'ordre donné. Si l'acte illicite a été inspiré par la Puissance occupante, c'est elle qui est responsable ; si, au contraire, il résulte d'une décision vraiment autonome des autorités locales, la responsabilité de la Puissance occupante est dégagee.”

¹¹⁷ La Chambre d'appel a connaissance d'une autre approche de la question de l'imputabilité en droit international humanitaire. Elle fait ici allusion à la thèse selon laquelle, en vertu de l'article 3 de la IV^e Convention de La Haye de 1907 et de l'article 91 du Protocole additionnel I de 1977, le droit international humanitaire établit un régime spécial de responsabilité des États : aux termes de cette *lex specialis*, les États sont responsables de tous les actes commis par leurs “forces armées”, qu'elles aient agi en qualité ou à titre privé. En d'autres termes, que les individus agissent ou non à titre privé dans un conflit armé, leurs actes sont imputables à un État dès lors que ces individus font partie de ses forces armées. Cette thèse a été énoncée, avec l'autorité qui leur revient, par certains membres de la Commission du droit international (“CDI”). (Le Professeur Reuter a observé que “c'est maintenant un principe du droit international codifié que les États sont responsables de tous les actes de leurs forces armées” (Annuaire de la Commission du droit international, 1975, Vol. I, p. 7, par. 5). Le Professeur Ago a déclaré que la IV^e Convention de La Haye de 1907 “prévoit une véritable garantie qui s'étend à tous les dommages que peuvent causer les forces armées, qu'elles aient agi

convient, par conséquent, d'examiner la notion de contrôle exercé par un État sur des individus, par laquelle le droit international général juge si ces individus peuvent être considérés comme agissant en qualité d'agents de fait de l'État. Cette notion fait partie des règles internationales générales de la responsabilité des États qui énoncent les critères juridiques par lesquels on attribue à un État des actes commis par des individus n'ayant pas formellement la qualité d'agents de cet État.

(c) La notion de contrôle énoncée par la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua*

99. S'agissant des conditions juridiques exigées pour que des individus puissent être considérés comme agissant au nom d'un État, c'est-à-dire comme des agents de fait de cet État, la Cour internationale de justice, avec toute l'autorité qui lui est propre, a opté, dans l'arrêt *Nicaragua*, pour un critère de contrôle très étroit.

100. La question soumise à la Cour internationale de justice était la suivante : un État étranger, en l'occurrence les États-Unis, était-il responsable de violations du droit international humanitaire commises au Nicaragua par des groupes organisés militaires et paramilitaires de rebelles nicaraguayens (appelés *contras*), du fait qu'il les finançait, les organisait, les entraînait, les équipait et planifiait leurs opérations ? La Cour a estimé que pareille responsabilité ne naissait qu'en cas de contrôle très étroit. Elle a exigé non seulement que i) la Partie exerce un contrôle effectif sur le groupe militaire ou paramilitaire, mais aussi que ii) le contrôle s'exerce à l'occasion des opérations spécifiques au cours desquelles les infractions avaient pu être commises¹¹⁸. La Cour est allée jusqu'à dire que, pour engager la responsabilité des États-Unis à raison d'"actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire" prétendument perpétrés par les *contras* nicaraguayens, il

en tant qu'organes ou en tant que particuliers." (*ibid.*, p. 16, par. 4). Cette thèse a également trouvé d'ardents défenseurs dans la littérature juridique.

Il ressort clairement du raisonnement exposé par la Chambre d'appel dans le présent arrêt que même si l'on adopte cette approche, le critère de contrôle, telle qu'elle l'a décrit, reste indispensable pour déterminer dans quels cas des individus qui ne sont pas à proprement parler des responsables militaires d'un État sont néanmoins susceptibles d'être considérés comme faisant partie des forces armées dudit État.

¹¹⁸ Arrêt *Nicaragua*, par. 115. Comme la Cour l'a fait observer, il devrait être établi qu'ils avaient "le contrôle effectif des opérations militaires ou paramilitaires au cours desquelles les violations [des droits de l'homme et du droit international humanitaire] se seraient produites."

était nécessaire de prouver que les États-Unis avaient spécifiquement “ordonné ou imposé” la perpétration de ces actes¹¹⁹.

101. Un point est clair, comme l'a d'ailleurs souligné à juste titre la Chambre de première instance II dans l'affaire *Rajić*¹²⁰ et comme l'Accusation l'a réaffirmé en l'espèce¹²¹ : la question soumise à la Cour internationale de justice tournait autour de la *responsabilité des États*. Ce n'était pas la responsabilité pénale des *contras* du fait de graves violations du droit international humanitaire qui était en cause, mais bien le fait qu'ils aient agi ou non comme des organes de fait des États-Unis à la demande de ces derniers, engageant ainsi la responsabilité internationale de cet État.

(i) Deux questions préliminaires

102. Avant de déterminer si le critère dégagé dans l'arrêt *Nicaragua* est convaincant, la Chambre d'appel doit régler deux questions liminaires importantes pour la présente discussion.

103. Tout d'abord, afin de limiter le champ du critère en question, l'Accusation a soutenu que le critère permettant d'établir la *responsabilité de l'État* est différent de celui permettant d'établir la *responsabilité pénale individuelle*. Il s'agit, dans le premier cas, de décider si des violations graves du droit international humanitaire commises par des particuliers peuvent être imputées à un État parce que ces individus ont agi comme des agents de fait de l'État. En revanche, dans le deuxième cas, il s'agit de décider si un particulier peut être tenu pénalement responsable de graves violations du droit humanitaire international qui constituent des “infractions graves”¹²². Par conséquent, on a affirmé que le critère retenu dans l'affaire *Nicaragua*, tout en permettant valablement d'établir la responsabilité des États,

¹¹⁹ *Ibid.*, par. 115 :

“Toutes les modalités de participation des États-Unis qui viennent d'être mentionnées et même le contrôle général exercé par eux sur une force extrêmement dépendante à leur égard ne signifieraient pas par eux-mêmes, sans preuve complémentaire, que les États-Unis aient ordonné ou imposé la perpétration des actes contraires aux droits de l'homme et au droit humanitaire allégués par l'État demandeur.”

¹²⁰ Cf. Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, *Le Procureur c/ Ivica Rajić*, affaire n° IT-95-12-R61, Chambre de première instance II, 13 septembre 1996, par. 25.

¹²¹ *Cross-Appellant's Brief*, par. 2.14 à 2.17.

¹²² *Cross-Appellant's Brief*, par. 2.16 et 2.17 ; *Cross-Appellant's Brief in Reply*, par. 2.19.

n'est d'aucun secours pour la question de la responsabilité pénale individuelle du fait "d'infractions graves". La Chambre d'appel ne partage pas ce point de vue.

104. Ce n'est pas la distinction entre deux catégories de responsabilité qui est en cause, mais plutôt la *question préliminaire de savoir à quelles conditions, en droit international, on peut considérer qu'un particulier a agi comme un organe de fait d'un État*. Logiquement, les conditions doivent être les mêmes, que le tribunal ait pour tâche de déterminer i) si l'acte accompli par un particulier est imputable à un État, engageant ainsi la responsabilité internationale de ce dernier ou ii) si des individus agissent en qualité d'agents de fait d'un État, conférant ainsi au conflit le caractère international et satisfaisant par là même à la condition préalable nécessaire à l'application du régime des "infractions graves". Dans les deux cas, le problème n'est pas de distinguer entre la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle. La question consiste plutôt à définir les critères permettant d'imputer juridiquement à un État des actes commis par des individus n'ayant pas la qualité d'agents de cet État. Dans le premier cas, ces actes, si l'on démontre qu'ils sont imputables à l'État, vont engager la responsabilité internationale de ce dernier ; dans l'autre, ils vont conférer au conflit la qualification de conflit international.

105. Nous l'avons vu, le droit international humanitaire ne prévoit pas de critères juridiques d'imputabilité qui lui soient propres. On doit donc recourir aux critères prévus par les règles générales de la responsabilité des États.

106. La deuxième question préliminaire concerne l'*interprétation* de l'arrêt *Nicaragua* rendu par la Cour internationale de justice. Selon l'Accusation, dans cette affaire, la Cour a appliqué "à la fois le critère de la 'qualité d'agent' et celui du 'contrôle effectif'"¹²³. L'Accusation affirme que la Cour a d'abord appliqué le critère de la "qualité d'agent" pour établir si les *contras* pouvaient être juridiquement assimilés à des agents des États-Unis et ainsi déterminer si leurs actes pouvaient engager de manière générale la responsabilité des États-Unis. Pour l'Accusation, il s'agissait d'un critère fondé sur une double relation de dépendance, d'une part, et d'autorité, d'autre part¹²⁴. L'Accusation est d'avis que la Cour a

¹²³ *Cross-Appellant's Brief*, par. 2.56.

¹²⁴ L'Accusation estime (*Cross-Appellant's Brief*, par. 2.58) que la Cour a appliqué le critère de la "qualité d'agent" pour déterminer si les *contras* avaient engagé la responsabilité des États-Unis. À cet égard, l'Accusation a fait remarquer que la Cour "ne faisait pas référence à la nécessité d'un contrôle effectif mais se demandait plutôt" — pour citer les propos de la Cour repris par l'Accusation — "si la relation [...] était à tel point marquée par la dépendance d'une part et l'autorité d'autre part qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler

ensuite appliqué le critère du “contrôle effectif” pour déterminer si les États-Unis pouvaient être tenus responsables de certains des actes spécifiques commis par les *contras* en violation du droit international humanitaire. Ce critère reposait sur l'émission de directives ou d'instructions spécifiques relatives aux infractions que les *contras* avaient prétendument commises¹²⁵.

107. La Chambre d'appel estime que l'Accusation s'appuie sur une lecture erronée de l'arrêt de la Cour internationale de justice et qu'elle s'est méprise sur la doctrine de la responsabilité des États sur laquelle se fonde l'arrêt.

108. De toute évidence, la Cour a utilisé deux critères mais, en tout état de cause, leur élaboration ne correspond en rien à ce qu'en dit l'Accusation et, de plus, ils ont été dans une large mesure formulés conformément au droit international coutumier. Certes, dans son arrêt, la Cour n'a pas toujours suivi un raisonnement linéaire (tandis que l'approche théorique adoptée par le Juge Ago dans son opinion individuelle semble davantage conforme au droit international coutumier)¹²⁶. Cependant, en substance, la Cour a d'abord évalué ceux des actes qui, “d'après le Nicaragua, entraîn[ai]ent de façon plus directe la responsabilité des États-Unis”¹²⁷. À cette fin, elle a examiné deux catégories d'individus et leurs actes ou opérations respectifs. Elle a d'abord recherché si les individus concernés étaient des agents des États-Unis, auquel cas leurs actes étaient incontestablement imputables à cet État. Elle a enchaîné en examinant la question distincte de savoir si les personnes n'ayant pas la qualité d'agents des États-Unis, mais prétendument rétribués par eux et agissant sur les instructions de leurs organes, pouvaient engager juridiquement la responsabilité de cet État. Ces personnes étaient des exécutants latino-américains, appelés “UCLAs” (*Unilaterally Controlled Latino Assets*). La Cour s'est ensuite demandée si la responsabilité des États-Unis pouvait être engagée “de façon moins directe” (pour emprunter sa formulation). Elle s'est donc proposée de déterminer si d'autres individus, appelés *contras*, ont agi de manière telle et ont entretenu des liens si étroits avec les États-Unis que leurs actes pouvaient être juridiquement imputés à cet État, alors même qu'ils n'avaient pas formellement la qualité d'agents de cet État.

les *contras* à un organe du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce Gouvernement (arrêt *Nicaragua*, par. 109).

¹²⁵ *Cross-Appellant's Brief*, par. 2.57 et 2.58.

¹²⁶ Cf. affaire *Nicaragua*, p. 187 à 190.

¹²⁷ Cf. affaire *Nicaragua*, par. 75.

109. Il semblerait donc que, dans l'arrêt *Nicaragua*, la Cour a distingué trois catégories d'individus. La première recouvrait ceux qui avaient la qualité d'agents : les membres de l'administration publique ou des forces armées des États-Unis. S'agissant de ces individus, la Cour est clairement partie de l'hypothèse, qu'elle a récemment qualifiée de "règle bien établie du droit international"¹²⁸, selon laquelle un État est responsable des actes contraires au droit international commis par des individus qui jouissent du statut d'organes en vertu de son droit interne¹²⁹ ou qui, à tout le moins, appartiennent à des entités publiques habilitées par l'ordre juridique interne à exercer certaines prérogatives de la puissance publique¹³⁰. Les deux autres catégories recouvraient des individus qui, par contre, n'étaient formellement ni des organes ni des agents de l'État. Il s'agissait, d'abord, d'individus n'ayant pas la nationalité américaine (les UCLAs) qui, rétribués par les États-Unis, recevant directement leurs instructions du personnel militaire et des services de renseignement américains et

¹²⁸ Cf. l'avis consultatif rendu par la C.I.J. le 29 avril 1999 dans l'affaire du Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme, par. 62.

¹²⁹ La position du droit international coutumier sur cette question est correctement réaffirmée dans l'article 5 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États adopté en première lecture par la Commission du droit international des Nations Unies : "Aux fins des présents articles [du chapitre II : Le "fait de l'État" selon le droit international], est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de l'État ayant ce statut d'après le droit interne de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité." (Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), Doc. ONU A/51/10, p. 149).

L'article 5, tel qu'il a été provisoirement adopté en 1998 par le Comité de rédaction de la CDI est encore plus clair. Il prévoit (Commission du droit international, cinquantième session, 1998, Doc. ONU A/CN.4/L.569, p. 2):

"1. Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de cet État agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité publique territoriale.

2. Aux fins du paragraphe 1, *un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.*" (non souligné dans le texte).

¹³⁰ Cf. article 7 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États adopté en première lecture par la Commission du droit international des Nations Unies. Il dispose :

"1. Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une collectivité publique territoriale de cet État, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

2. Est également considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'État ou d'une collectivité publique territoriale, mais qui est habilitée par le droit interne de cet État à exercer des prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité".

Cf. le *Premier rapport sur la responsabilité des États présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial* (22 juillet 1998), Doc. ONU A/CN.4/490/ Add.5, p. 12 à 16. Cf. aussi le texte de la même disposition telle qu'elle a été provisoirement adoptée en 1998 par le Comité de rédaction de la CDI (Doc. ONU A/CN.4/L.569, p. 2). Le texte de l'article 7, tel que provisoirement adopté en 1998 par le Comité de rédaction de la CDI, dispose :

"Le comportement d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 5, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer les prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international". (*ibid.*)

placés sous leur supervision, accomplissaient des tâches spécifiques telles que la pose de mines dans des ports ou des installations pétrolières nicaraguayens. La Cour a conclu que leurs actes étaient imputables aux États-Unis soit au motif que les agents ou les responsables américains les avaient non seulement rétribués mais leur avaient également donné des instructions spécifiques et supervisaient leurs agissements¹³¹ soit parce que des “agents des États-Unis” avaient “participé à la préparation, au commandement, au soutien et à l'exécution” d'opérations précises (telles que le minage des pipelines sous-marins ou les attaques contre des installations pétrolières ou de stockage, etc.)¹³². L'autre catégorie d'individus qui n'avaient pas la qualité d'agents des États-Unis était les *contras*. C'est essentiellement à leur égard que la Cour s'est demandée à quelles conditions des individus, bien que n'ayant pas la qualité d'agents des États-Unis, pouvaient engager la responsabilité de ces derniers pour avoir agi comme organes de fait de cet État. C'est à propos des *contras* que la Cour a énoncé la doctrine du “contrôle effectif”.

110. Dans cet arrêt, la Cour a semblé énoncer un critère “de dépendance et d'autorité”, alors qu'elle traitait des *contras* :

La Cour doit déterminer si les liens entre les *contras* et le Gouvernement des États-Unis étaient à tel point marqués par la *dépendance d'une part et l'autorité de l'autre* qu'il serait juridiquement fondé d'assimiler les *contras* à un organe du Gouvernement des États-Unis ou de les considérer comme agissant au nom de ce Gouvernement¹³³.

111. L'Accusation, ainsi que le Juge McDonald dans son Opinion individuelle et dissidente, affirment qu'en s'exprimant ainsi, la Cour a proposé un critère fondé sur la “qualité d'agent”. À leur avis, la Cour n'a eu recours au critère de “contrôle effectif” qu'après avoir conclu que les *contras n'avaient pas la qualité d'agents* des États-Unis et qu'ils ne pouvaient donc pas être qualifiés d'organes des États-Unis. Toujours selon cette interprétation, la Cour aurait alors recherché si *certaines des opérations* accomplies par les *contras* pouvaient être imputées aux États-Unis et pour ce faire, elle a eu recours au critère de “contrôle effectif”.

112. La Chambre d'appel ne souscrit pas à cette interprétation. Il est vrai qu'au paragraphe 115 de l'arrêt *Nicaragua*, où est mentionnée la notion de “contrôle effectif”, on ne sait pas très bien si la Cour propose le “contrôle effectif” comme une alternative au

¹³¹ Cf. arrêt *Nicaragua*, par. 75 à 80.

¹³² *Ibid.*, par. 86.

¹³³ *Ibid.*, par. 109 (non souligné dans le texte).

critère “de dépendance et d'autorité” exposé au paragraphe 109, ou bien si elle précise les conditions du même critère. La Chambre d'appel penche pour la seconde interprétation. Dans l'arrêt *Nicaragua*, en plus du critère de la “qualité d'agent” (correctement interprété comme visant à déterminer si un individu bénéficie ou non formellement de la qualité d'agent de l'État, comme nous le verrons au paragraphe suivant), la Cour n'a proposé que le critère de “contrôle effectif”. Cette conclusion est étayée par l'application manifestement stricte du critère de “contrôle effectif” qui a permis à la Cour de conclure que les actes des *contras* n'étaient pas imputables aux États-Unis.

113. Par opposition à ce que l'Accusation a qualifié de critère de la “qualité d'agent”, suivant en cela l'Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald, le critère du même ordre appliqué par la Cour consiste plutôt à déterminer si un individu a qualité d'organe ou d'agent d'un État (ou encore de membre d'une entité publique exerçant certaines prérogatives de la puissance publique) dans l'ordre juridique dudit État. À cet égard, il semblerait que l'opinion individuelle du Juge Ago, sur laquelle se fondent le Juge McDonald¹³⁴ et l'Accusation¹³⁵, ne vient pas réellement étayer leur interprétation¹³⁶.

114. À y regarder de plus près, et bien que les distinctions établies par la Cour puissent sembler quelque peu confuses au premier abord, on est justifié à affirmer qu'en l'occurrence, la Cour a établi *deux critères de responsabilité des États* : i) la responsabilité engagée par les actes illégaux des *agents de l'État* et ii) la responsabilité naissant des actes accomplis *par des particuliers agissant de fait comme des organes de l'État*. Pour que la responsabilité d'un État soit engagée dans le deuxième cas de figure, la Cour a posé comme conditions que les particuliers soient non seulement rétribués ou financés par cet État et que leurs actions soient supervisées par cet État, mais également que l'État délivre des instructions précises relatives à la commission des actes illégaux en question. La Cour a estimé que, dans les circonstances de l'affaire, ce critère était satisfait pour le cas des

¹³⁴ Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald, par. 25.

¹³⁵ *Cross-Appellant's Brief*, par. 2.58.

¹³⁶ Cf. Opinion individuelle du Juge Ago jointe à l'arrêt *Nicaragua*, par. 14 à 17. Le Juge Ago a affirmé à bon droit qu'il revenait à la Cour d'établir tout d'abord si les individus en question avaient le statut de responsables nationaux ou d'agents de l'État appartenant à des entités publiques nationales et ensuite, le cas échéant, de déterminer si, en l'absence d'un tel statut, ces individus avaient agi en qualité d'agents de fait de l'État, engageant par là même sa responsabilité. Il a donc défini deux grandes catégories d'individus pour déterminer la responsabilité internationale d'un État : ceux qui ont le statut d'agents de l'État ou de ses organes autonomes et ceux qui n'ont pas ce statut. Clairement, le Juge Ago a considéré que la question de savoir si un individu a agi en qualité d'organe de fait de l'État ne se posait que pour la deuxième catégorie d'individus. De plus, la qualification par le Juge Ago de la CIA et des UCLAs se démarquait de celle de la Cour (cf. par. 15).

UCLAs (qui étaient rétribués et supervisés par les États-Unis et qui, de plus, avaient agi sur leurs instructions spécifiques). Par contre, le critère n'était pas satisfait pour ce qui était des *contras* : les États-Unis ne leur avaient en effet délivré aucune instruction spécifique concernant les violations du droit international humanitaire dont ils étaient les auteurs présumés.

(ii) Les raisons pour lesquelles le critère dégagé dans l'arrêt *Nicaragua* ne semble pas convaincant

115. La Chambre de première instance II, estimant que le critère du “contrôle effectif” énoncé par la Cour internationale de justice était correct, l'a retenu dans son Jugement¹³⁷. Avec tout le respect dû, la Chambre d'appel considère que le critère tiré de l'affaire *Nicaragua* n'est pas convaincant et ce, pour deux raisons.

a. Le critère dégagé dans l'arrêt *Nicaragua* ne semble pas s'accorder avec la logique du droit de la responsabilité des États

116. Premièrement, le critère dégagé dans l'arrêt *Nicaragua* paraît peu convaincant au regard de la logique même de l'ensemble du système de la responsabilité des États en droit international.

117. Les principes du droit international relatifs à l'imputation aux États d'actes accomplis par des particuliers ne reposent pas sur des critères rigides et uniformes. Ces principes figurent à l'article 8 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États adopté en première lecture par la Commission du droit international des Nations Unies. Ils sont encore plus nettement exprimés dans le texte de la même disposition adopté à titre provisoire en 1998 par le Comité de rédaction de la CDI¹³⁸. Selon cet article, s'il est établi que des

¹³⁷ Jugement, par. 584 à 588.

¹³⁸ L'article 8 du projet dispose :

“Est aussi considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si :

- a) il est établi que cette personne ou ce groupe de personnes agissait en fait pour le compte de l'État ; ou
- b) cette personne ou ce groupe de personnes se trouvait exercer en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives” [Doc. ONU A/35/10, par. 34, *in* Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol. II (2)].

individus, que la législation interne d'un État ne considère pas comme des organes dudit État, agissent néanmoins dans les faits pour son compte, leurs actes peuvent lui être imputés. Cette règle s'explique par la volonté d'empêcher les États de se soustraire à leur responsabilité internationale en faisant appel à des particuliers pour accomplir des tâches que leurs agents ne pourraient pas ou ne devraient pas accomplir, ou encore en faisant valoir que des individus participant en fait à l'exercice du pouvoir ne constituent pas des organes de l'État au regard du droit interne et n'engagent donc pas la responsabilité de celui-ci par leurs actions. En d'autres termes, les États ne peuvent d'un côté agir dans les faits par l'intermédiaire d'individus et de l'autre se désolidariser d'eux quand ils contreviennent au droit international. Pour imputer à l'État des actes accomplis par des particuliers, le droit international exige qu'il exerce son contrôle sur eux. Le *degré de contrôle* requis peut cependant varier selon les circonstances factuelles propres à chaque affaire. La Chambre d'appel estime que le droit international ne saurait exiger dans tous les cas un contrôle très étroit. Il convient plutôt de distinguer plusieurs cas de figure.

118. Un premier cas est celui d'un particulier engagé par un État pour accomplir certains actes illégaux sur le territoire d'un autre État (par exemple, pour enlever un responsable officiel de l'État, assassiner un dignitaire ou une personnalité, faire sauter une centrale électrique ou, particulièrement en temps de guerre, accomplir des actes de sabotage). Dans cette hypothèse, pour démontrer que le particulier a agi en tant qu'agent de fait de l'État, il faudrait prouver, ne serait-ce que par déduction nécessaire, que l'État lui a donné des instructions spécifiques pour commettre l'infraction. À défaut, il conviendrait d'établir que l'État a, *a posteriori*, publiquement approuvé l'action de cet individu. L'exercice d'une autorité générale sur l'individu ne suffirait pas à engager la responsabilité internationale de l'État. Une situation similaire peut se présenter lorsqu'un groupe non organisé d'individus commet des actes contraires au droit international. Pour imputer ces actes à l'État, il paraît nécessaire de prouver non seulement que l'État a exercé un certain degré d'autorité sur ces

Cf. aussi le Premier rapport sur la responsabilité des États présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial (Doc. ONU A/CN.4/490/Add.5, p. 16 à 24).

Le texte de l'article 8 tel qu'il a été provisoirement adopté en 1998 par le Comité de rédaction de la CDI dispose :

“Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si la personne ou le groupe de personnes agissait en fait sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international” (A/CN.4/ L.569, p. 2).

individus, mais également qu'il leur a donné des instructions précises pour commettre les actes en question, ou qu'il a *a posteriori* publiquement avalisé ces actes.

119. À ces situations, on pourrait ajouter celle qui survient lorsqu'un État confie à un particulier (ou à un groupe d'individus) la tâche spécifique d'accomplir pour son compte des actes *licites* mais que ces individus, en s'acquittant de cette tâche, contreviennent à une obligation internationale de l'État (par exemple, les autorités d'un État demandent à un détective privé de protéger un diplomate étranger de haut rang mais il le maltraite gravement au cours de la mission). Dans ce cas, par analogie avec les règles relatives à la responsabilité des États pour les actes accomplis *ultra vires* par les responsables officiels de l'État, on peut considérer que ceui-ci est responsable du fait qu'il a spécifiquement demandé au(x) particulier(s) d'accomplir une mission en son nom.

120. Il convient de distinguer entre le cas des individus agissant au nom d'un État sans instructions spécifiques de celui des individus constituant *un groupe organisé et structuré hiérarchiquement*, comme une unité militaire ou, en temps de guerre ou de troubles internes, des bandes d'éléments irréguliers ou de rebelles armés. Un groupe organisé diffère manifestement d'un individu du fait qu'il est doté d'une structure, d'une chaîne de commandement, d'un ensemble de règles ainsi que de symboles extérieurs d'autorité. En principe, les membres du groupe n'agissent pas de manière indépendante mais se conforment aux règles en vigueur dans le groupe et sont soumis à l'autorité du chef. Il suffit donc, pour imputer à l'État les actes d'un groupe, que ce dernier soit, dans son ensemble, sous le contrôle global de l'État.

121. Ce type de contrôle exercé par un État sur un groupe militaire et le fait que l'État soit réputé responsable des actes commis par ce groupe même en l'absence d'instructions, voire en violation des instructions données, conduit dans une certaine mesure à assimiler le groupe à un véritable organe de l'État. Selon les règles consacrées par l'article 10 du Projet sur la responsabilité des États, adopté à titre provisoire par la Commission du droit international¹³⁹, un État est responsable au regard du droit international du fait des actes ou

¹³⁹ L'article 10, tel qu'adopté en première lecture par la Commission du droit international, dispose :
 “Le comportement d'un organe de l'État, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité”.
 (*Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-deuxième session* (5 mai–25 juillet 1980), Doc. ONU A/35/10, p.31).

transactions accomplis *ultra vires* par ses organes. En d'autres termes, sa responsabilité est engagée même pour des actes commis par ses responsables officiels en dehors de leurs attributions ou contrairement à ses instructions. Cette règle s'explique par le fait qu'un État doit être tenu responsable des actes de ses organes, que ceux-ci se soient ou non conformés à d'éventuelles instructions émanant d'autorités supérieures. D'une manière générale, on peut dire que l'ensemble des règles du droit international régissant la responsabilité des États est basé sur une conception réaliste de la responsabilité, qui ignore le formalisme juridique et vise à garantir que les États qui confient des fonctions à des individus ou des groupes d'individus répondent de leurs actions, même quand ces derniers ne suivent pas leurs instructions¹⁴⁰.

122. La situation qui nous occupe devrait s'analyser selon la même logique. Comme nous l'avons vu, le cas d'un groupe organisé diffère de celui d'un particulier isolé accomplissant un acte spécifique pour le compte d'un État. Un groupe organisé se livre normalement à toute une série d'activités. S'il est sous le contrôle global de l'État, celui-ci est forcément responsable de ses actes, *qu'il ait ou non imposé, demandé ou ordonné chacun d'eux*. Dans une large mesure, il conviendrait d'appliquer aux groupes organisés globalement contrôlés par un État les sages paroles de la Commission générale des différends américano-mexicains dans l'affaire *Youmans* concernant la responsabilité des États du fait des membres de leurs forces armées¹⁴¹.

Cf. aussi le Premier rapport sur la responsabilité des États présenté par M. James Crawford, Rapporteur spécial, Doc. ONU A/CN.4/490/Add.5, p. 31 à 34. Le texte de l'article 10, tel que provisoirement adopté en 1998 par le Comité de rédaction de la CDI, dispose :

“Le comportement d'un organe de l'État ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ou ladite entité ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé son pouvoir ou a contrevenu aux instructions concernant son exercice” (Doc. ONU A/CN.4/L.569, p. 3).

¹⁴⁰ Ce type de responsabilité “objective” des États existe également dans une autre situation. En vertu des règles pertinentes prévues par l'article 7 du Projet de la Commission du droit international, un État est responsable du fait des organes de ses collectivités territoriales (régions, *Länder*, provinces, États fédérés, etc.), même si la Constitution leur accorde une large indépendance ou une autonomie complète. (*Cf. note 130 ci-dessus*).

¹⁴¹ Les États-Unis alléguaient que le Mexique était responsable des assassinats d'Américains tombés aux mains d'une foule dans laquelle se trouvaient des soldats mexicains. Le Mexique a objecté que, même à supposer que ces soldats étaient coupables d'une telle participation, l'État mexicain ne saurait être tenu responsable des infractions commises par les soldats, au motif que leur plus haut supérieur hiérarchique local leur avait ordonné de protéger les citoyens américains. Cependant, au lieu d'exécuter cet ordre, ils avaient désobéi, en conséquence de quoi les Américains avaient été assassinés. La Commission générale des différends américano-mexicains a rejeté l'objection du Mexique et a conclu à sa responsabilité. Elle a déclaré que si le droit international n'imputait pas à un État les actes répréhensibles commis par ses agents hors de leur mandat

123. L'analyse qui précède ne saurait occulter la distinction nécessaire entre les différentes situations juridiques décrites. Dans le cas envisagé par l'article 10 du projet d'articles relatifs à la responsabilité des États (ainsi que dans celui envisagé par l'article 7 du même projet), l'État est objectivement responsable parce que les individus qui se sont rendus coupables d'actes internationalement répréhensibles ont le statut d'agents de l'État ou d'une entité publique de l'État au regard du droit interne. Dans la présente espèce, c'est-à-dire dans le cas de groupes organisés, la responsabilité de l'État est, au contraire, le corollaire du contrôle global exercé par l'État sur le groupe. Malgré ces différences juridiques, il n'en demeure pas moins que le droit international rend tout État responsable des actes contraires au droit international accomplis i) par des individus qui ont formellement le statut d'organes de l'État (même quand ces organes agissent *ultra vires* ou *contra legem*) ou ii) par des individus qui constituent des groupes organisés soumis au contrôle de l'État. En droit international, l'État est ainsi déclaré responsable, qu'il ait ou non donné des *instructions spécifiques* à ces individus. De toute évidence, cette règle existe pour éviter que l'État puisse se prévaloir de son ordre juridique interne ou de l'absence d'instructions spécifiques pour se soustraire à sa responsabilité internationale.

b. Le critère dégagé dans l'arrêt *Nicaragua* ne s'accorde pas avec la pratique judiciaire et étatique

124. Le critère retenu dans l'arrêt *Nicaragua* n'est pas convaincant pour une deuxième raison, de caractère aussi général que la première. Cette deuxième raison s'avère décisive. En effet, la notion de "contrôle effectif", proposée par la C.I.J. comme critère unique et exclusif, ne s'accorde pas avec la pratique internationale judiciaire et étatique : cette dernière a conclu à la responsabilité de l'État dans des circonstances où le degré de contrôle exercé était inférieur à celui exigé dans l'arrêt *Nicaragua*. En bref, comme nous le verrons, elle a retenu le critère *Nicaragua* lorsqu'il s'agissait d'individus ou de groupes non

ou contrairement aux instructions, "il s'ensuivrait qu'aucun acte répréhensible commis par un responsable ne pourrait être réputé engager la responsabilité de son Gouvernement". Elle a ensuite ajouté que :

"Des soldats qui se rendent coupables de voies de fait, de destructions arbitraires ou de pillage agissent toujours en violation d'une quelconque règle énoncée par une autorité. Il n'existerait aucune responsabilité [internationale de l'État] à raison de tels forfaits si l'on devait considérer que tous les actes commis par des soldats en violation des instructions participent toujours de la catégorie des actes personnels" (*Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States*, Sentence arbitrale du 23 novembre 1926, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV, p. 116, traduction non officielle).

organisés composés d'*individus* agissant au nom des États, mais a appliqué un autre critère dans le cas de *groupes militaires ou paramilitaires*.

125. Dans des affaires concernant des membres de *groupes militaires ou paramilitaires*, les tribunaux ont clairement rejeté le critère de “contrôle effectif” dégagé par la Cour internationale de justice (c’est-à-dire un contrôle qui va jusqu’à la délivrance d’instructions précises pour les diverses activités des individus en question). Ainsi, dans l’affaire *Stephens*, la Commission générale des différends américano-mexicains a imputé au Mexique les actes commis pendant une guerre civile par un membre des “unités auxiliaires irrégulières” de l’Armée mexicaine, qui, entre autres, ne portait ni uniforme ni insigne¹⁴². Dans cette affaire, la Commission n’a pas cherché à savoir si des instructions précises avaient été données ou non à ce garde pour qu’il tue un ressortissant des États-Unis.

126. De même, dans l’affaire *Kenneth P. Yeager*¹⁴³, le Tribunal des différends irano-américains (“Tribunal des différends”) a imputé à l’Iran les actes répréhensibles commis entre le 13 et le 17 février 1979 par les “gardiens de la Révolution” ou les “Komitehs révolutionnaires” iraniens à l’encontre de ressortissants américains (le Tribunal des différends faisait en particulier référence au fait que des Américains avaient été forcés par deux “gardiens” d’abandonner leur maison en attendant de quitter l’Iran, qu’ils avaient été détenus pendant trois jours à l’Hôtel Hilton dont les issues étaient gardées et qu’ils avaient été fouillés à l’aéroport par d’autres “gardiens”, qui leur avaient pris leur argent). L’Iran, État défendeur, avait soutenu que le comportement de ces “gardiens” ne pouvait lui être imputé. Tout en admettant que les “gardiens de la Révolution et les membres des Komitehs avaient participé au maintien de l’ordre de janvier 1979 jusqu’à des mois après février 1979, parce que les forces de police gouvernementales avaient rapidement perdu le contrôle de la situation”, l’Iran affirmait que “ces révolutionnaires n’opéraient pas sous le nom de ‘Komitehs révolutionnaires’ ou de ‘gardiens de la Révolution’ et n’étaient pas inféodés au Gouvernement provisoire”¹⁴⁴. En d’autres termes, les “gardiens” en question n’étant pas “d’authentiques” gardiens de la Révolution¹⁴⁵, leur comportement ne devait pas être imputé à l’Iran. Le Tribunal des différends a toutefois estimé que ces actes étaient imputables à

¹⁴² Cf. *United States v. Mexico* (affaire *Stephens*), Recueil des sentences arbitrales, Vol. IV, p. 266 et 267.

¹⁴³ Cf. *Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 17 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1987, vol. IV, p. 92, traduction non officielle.

¹⁴⁴ *Ibid.*, par. 23.

¹⁴⁵ *Ibid.*, par. 37.

l’Iran parce que les “gardiens” ou les “Komitehs” avaient agi comme des organes de fait de cet État. À cet égard, le Tribunal a noté que :

[n]ombre des partisans de l’ayatollah Khomeini s’étaient organisés en comités révolutionnaires locaux, appelés Komitehs, souvent issus des “comités de quartier” formés avant la victoire de la Révolution. Ces Komitehs exerçaient les fonctions de forces de sécurité locales aux lendemains immédiats de la révolution. D’après certaines sources, ils procédaient à des arrestations, confiscations de biens et mises en détention de personnes. [...]

Les principes du droit international font que l’Iran ne peut tolérer l’exercice de certaines prérogatives du pouvoir par les ‘Komitehs révolutionnaires’ ou ‘gardiens de la Révolution’, tout en se défaussant de sa responsabilité pour leurs actes répréhensibles.¹⁴⁶

127. S’agissant en particulier des actes des “gardiens” impliqués dans l’affaire dont il est question, le Tribunal des différends a souligné que les deux gardiens qui avaient forcé les Américains à quitter leur domicile “portaient des vêtements civils mais [arboraient] des brassards distinctifs suggérant leur association avec le nouveau Gouvernement et [étaient] armés de fusils”¹⁴⁷. Quant à ceux qui avaient fouillé les Américains à l’aéroport, le Tribunal des différends a souligné qu’ils “exerçaient des fonctions de fonctionnaires des douanes, de l’immigration et de la sécurité”¹⁴⁸. Manifestement, ces “gardiens” formaient des *groupes armés organisés* exerçant de fait des fonctions officielles. Ils différaient donc des militants iraniens qui avaient fait irruption dans l’Ambassade des États-Unis à Téhéran le 4 novembre 1979, et dont la Cour internationale de justice avait déclaré qu’après l’invasion de l’ambassade, ils “[s’étaient] qualifiés eux-mêmes [...] d’étudiants musulmans partisans de la politique de l’Imam”¹⁴⁹. En tout état de cause, il convient de remarquer que le Tribunal des différends n’a pas cherché à savoir si des *instructions précises* avaient été données aux “gardiens” pour expulser des Américains par la force¹⁵⁰. Ce Tribunal a adopté la même position dans d’autres affaires¹⁵¹.

¹⁴⁶ *Ibid.*, par. 39 et 45. Le Tribunal des différends a ajouté :

“Même s’il y a eu des plaintes concernant le manque de discipline au sein des nombreux Komitehs, l’ayatollah Khomeini les a soutenus et les Komitehs, en général, ont été d’une loyauté sans faille envers lui et les dignitaires religieux. Peu après la victoire de la Révolution, les Komitehs, à l’inverse des autres groupes, ont réussi à asseoir leur position au sein de la structure du pouvoir et se sont finalement vus attribuer une ligne permanente au budget de l’État” (*ibid.*, par. 39, non souligné dans le texte).

¹⁴⁷ *Ibid.*, par. 12 et 41.

¹⁴⁸ *Ibid.*, par. 61.

¹⁴⁹ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (Fond), Arrêt : C.I.J., Recueil 1980, p. 13, par. 17.

¹⁵⁰ Le Tribunal des différends a déclaré :

“Le Tribunal considère que le dossier contient suffisamment de preuves pour présumer qu’en fait, les ‘Komitehs révolutionnaires’ ou ‘gardiens de la Révolution’ agissaient, après le 11 février 1979, pour le compte du nouveau Gouvernement, ou exerçaient, à tout le moins, en l’absence d’autorités officielles,

128. Une approche similaire a été retenue par la Cour européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Loizidou*¹⁵² (quoique cette affaire touche au contrôle potentiel d'un État souverain sur une entité étatique, plutôt que sur des forces armées opérant sur le territoire d'un autre État). La Cour devait déterminer la responsabilité de la Turquie dans le fait que la plaignante s'était vu systématiquement refuser l'accès à sa propriété située dans le nord de Chypre et en avait ainsi perdu le contrôle. La Turquie, État défendeur, a contesté la compétence de la Cour, soutenant que l'acte en question n'était pas le fait de l'une de ses autorités mais plutôt de celles de la République turque de Chypre du Nord ("RTCN"). La Cour a rejeté cet argument et a conclu à la responsabilité de la Turquie. Pour parvenir à la conclusion que les restrictions au droit de propriété dont avait été victime la plaignante étaient imputables à la Turquie, la Cour n'a pas jugé nécessaire d'établir si les autorités

certaines prérogatives du pouvoir dans le cadre d'opérations dont le nouveau Gouvernement avait certainement connaissance et auxquelles il ne s'est pas spécifiquement opposé. Dans ces circonstances, et s'agissant du type de mesures en question, il incombe au Défendeur de faire la preuve que les 'Komitehs' ou 'gardiens de la Révolution' n'agissaient pas en son nom ou n'exerçaient pas des prérogatives du pouvoir ou encore qu'il ne pouvait les contrôler." (*Kenneth P. Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 17 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1987, vol. IV, p. 92, par. 43).

Le Tribunal a ajouté :

"[...] Les éléments de preuve suggèrent plutôt que le nouveau Gouvernement les a soutenus [les Komitehs], malgré d'occasionnelles plaintes concernant leur manque de discipline. Le Tribunal est par conséquent convaincu que les 'Komitehs révolutionnaires' ou 'gardiens de la Révolution' impliqués en l'espèce agissaient 'pour le compte' de l'Iran." (par. 44),

pour conclure ensuite :

"Le Défendeur n'a pas non plus fait la preuve que dans le cadre de cette opération [à savoir le fait de forcer des étrangers à quitter le pays], il ne pouvait contrôler les 'Komitehs révolutionnaires' ou 'gardiens de la Révolution'. Parce que le nouveau Gouvernement a accepté, en principe, leurs activités et leur rôle dans le maintien de l'ordre public, des appels à un surcroît de discipline, formulés dans des termes généraux plutôt que spécifiques, ne correspondent pas au degré de contrôle qui aurait permis d'empêcher effectivement ces groupes de commettre des actes répréhensibles contre des ressortissants des États-Unis. Les principes du droit international font que l'Iran ne peut tolérer l'exercice de certaines prérogatives du pouvoir par les 'Komitehs révolutionnaires' ou 'gardiens de la Révolution', tout en se défaussant de sa responsabilité pour leurs actes répréhensibles" (par. 45).

¹⁵¹ Cf. *William L. Pereira Associates Iran v. Islamic Republic of Iran*, Sentence arbitrale n° 116-1-3, 5 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* 1984, p. 198, par. 226. Cf. aussi *Arthur Young and Company v. Islamic Republic of Iran, Telecommunications Company of Iran, Social Security Organisation of Iran*, Sentence arbitrale n° 338-484-1, 17 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1987, p. 245. Le Tribunal a conclu que dans cette dernière affaire, l'Iran n'était pas responsable parce qu'il n'y avait pas de lien de causalité entre l'action des gardiens de la Révolution et la présumée infraction au droit international. Le Tribunal des différends a toutefois précisé que si un tel lien avait été établi, la responsabilité internationale de l'Iran aurait été engagée à raison des actes "d'hommes armés portant sur leur poche des insignes les identifiant comme des membres de la Garde révolutionnaire" (par. 53, traduction non officielle). Le Tribunal est parvenu à une conclusion similaire dans l'affaire *Schott v. Islamic Republic of Iran*, Sentence arbitrale n° 474-268-1, 24 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1990, p. 203, par. 59.

À l'inverse, dans l'affaire *Daley*, le Tribunal des différends a jugé l'Iran responsable de l'expropriation d'une voiture parce que les cinq "gardiens de la Révolution" iraniens qui l'avaient prise étaient à l'entrée d'un hôtel tombé depuis quelques jours sous le contrôle des "gardiens de la Révolution" et portaient "des uniformes de type militaire" (*Daley v. Islamic Republic of Iran*, Sentence arbitrale n° 360-1-514-1, 18 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1988, p. 232, par. 19 et 20).

turques avaient contrôlé “dans le détail [...] les politiques et les actions” spécifiques des autorités de la “RTCN”. Elle a considéré comme suffisante la démonstration que la Turquie exerçait “en pratique un contrôle global” sur les autorités locales¹⁵³.

129. Une position très proche a été adoptée récemment par la Cour d’appel (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf dans l’affaire *Jorgić*, dans un arrêt du 26 septembre 1997¹⁵⁴. S’agissant de crimes commis en Bosnie-Herzégovine par des Serbes de Bosnie, la Cour a conclu que les Serbes de Bosnie combattant contre les autorités centrales de Sarajevo avaient agi pour le compte de la RFY. À l’appui de sa conclusion, la Cour a rappelé que Belgrade finançait, organisait et équipait l’armée et les unités paramilitaires des Serbes de Bosnie et qu’il existait, entre la JNA et les Serbes de Bosnie, “des liens étroits (*Verflechtung*) entre les personnes et en matière d’organisation et de logistique”, ce qui suffisait pour considérer que le conflit était international¹⁵⁵. La Cour n’a pas cherché à

¹⁵² *Loizidou c. Turquie* (Fond), Cour Eur. D. H., Arrêt du 18 décembre 1996 (40/1993/435/514).

¹⁵³ Dans son Arrêt, la Cour a déclaré sur le point qui nous intéresse ici :

Il ne s’impose pas de déterminer si, comme la requérante et le gouvernement cypriste l’avancent, la Turquie exerce en réalité dans le détail un contrôle sur la politique et les actions des autorités de la “RTCN”. Le grand nombre de soldats participant à des missions actives dans le nord de Chypre [...] atteste que l’armée turque exerce en pratique un contrôle global sur cette partie de l’île. D’après le critère pertinent et dans les circonstances de la cause, ce contrôle engage sa responsabilité à raison de la politique et des actions de la “RTCN [...]” (*ibid.*, par. 56).

¹⁵⁴ 2 StE 8/96 (Texte non publié, gracieusement fourni à la bibliothèque du Tribunal par l’Ambassade d’Allemagne aux Pays-Bas).

¹⁵⁵ La Cour a déclaré :

“Le conflit en Bosnie-Herzégovine était un conflit international au sens de l’article 2 de la IV^e Convention de Genève. En vertu de sa déclaration d’indépendance, du référendum des 29 février et 1^{er} mars 1992 et de sa reconnaissance par la communauté internationale le 6 avril 1992, la Bosnie-Herzégovine était devenue un État autonome, indépendant de la Yougoslavie.

Le conflit armé qui s’est déroulé sur son territoire pendant la période qui a suivi n’était pas un affrontement (conflit) interne, dans le cadre duquel un groupe ethnique essayait de rompre avec l’État existant de Bosnie-Herzégovine et qui, [par conséquent], n’aurait eu aucun caractère international. Le témoin expert Fisher a souligné qu’en parlant de droit international humanitaire applicable à ce conflit, le Conseil de sécurité de l’Organisation des Nations Unies avait eu recours à une terminologie internationale qui fait habituellement référence au droit applicable aux conflits armés internationaux. [De l’avis du témoin expert,] ceci démontrait que le Conseil de sécurité considérait le conflit comme international. Pour le témoin expert Fisher, les circonstances suivantes constituaient, du point de vue des thèses communément admises en droit international, des indices du caractère international du conflit armé : participation des organes d’un État à un conflit se déroulant sur le territoire d’un autre, par exemple, participation d’officiers à des affrontements ou financement et livraison de matériel par un autre État à une des parties au conflit, cette deuxième condition valant lorsqu’elle est au moins couplée avec l’existence des liens étroits (*Verflechtung*) susmentionnés entre les personnels. La présente Chambre conclut que les circonstances de la cause satisfont à ces critères. La Chambre a établi qu’au début du mois de mai, des officiers de la JNA, qui, à l’époque, était exclusivement composée de Serbes, ont commencé à prendre Doboj et les villages avoisinants. Par conséquent, il ne fait aucun doute qu’il s’agissait à l’époque d’un conflit armé international. Par ailleurs, la présente Chambre a également établi qu’après le 19 mai 1992, date à laquelle la JNA s’est officiellement retirée du territoire de la Bosnie-Herzégovine, certains officiers de la JNA y ont maintenu leurs activités et ont continué d’être rémunérés par Belgrade. Elle a aussi établi qu’à la fin du

savoir si les actes spécifiques commis par l'accusé ou d'autres Serbes de Bosnie l'avaient été sur ordre des autorités de la RFY¹⁵⁶.

130. En droit international, quel est exactement le degré de contrôle qu'un État doit exercer sur les groupes militaires organisés qu'il contrôle ? Au vu de la jurisprudence internationale et de la pratique des États, il semblerait que pour que pareil contrôle soit avéré, il ne suffit pas que l'État assiste le groupe sur le plan financier ou même militaire. Cette thèse est confirmée par la pratique internationale concernant les mouvements de libération nationale. Bien que certains États aient procuré à des mouvements comme l'OLP, la SWAPO ou l'ANC des bases sur leur territoire ou une assistance économique et militaire (sans aller jusqu'à envoyer leurs propres troupes les aider), d'autres États, y compris ceux contre lesquels combattaient ces mouvements, n'ont pas imputé la responsabilité internationale des actes de ces derniers aux États qui les assistaient¹⁵⁷. L'arrêt *Nicaragua* va lui aussi dans le sens de cette thèse, puisque les États-Unis n'ont pas été tenus responsables des actes des *contras*, bien qu'ils leur aient fourni une aide, financière entre autres. En revanche, et à raison de cette même assistance financière et autre, les États-Unis ont été jugés coupables de violation du principe de non-intervention ainsi que de "l'obligation [...]"

mois de mai, du matériel, des armes et des véhicules étaient encore acheminés de Belgrade vers la Bosnie-Herzégovine. En conséquence, il s'était maintenu, entre d'une part, l'armée et les unités paramilitaires des Serbes de Bosnie et, d'autre part, la JNA, des liens étroits (*Verflechtung*) entre les personnes et en matière d'organisation et de logistique. Le quartier général de l'armée des Serbes de Bosnie avait d'ailleurs une antenne à Belgrade". (*ibid.* p. 158 à 160 du texte non publié, traduction non officielle).

¹⁵⁶ L'arrêt de la Cour d'appel de Düsseldorf a été confirmé par la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) dans un arrêt en date du 30 avril 1999 (non publié). Le recours avait été formé au motif, entre autres, d'une application erronée des dispositions légales de fond. Ce motif touchait également à la question de l'internationalité du conflit. La *Bundesgerichtshof* n'a pas spécifiquement abordé cette question, confirmant implicitement la position de la Cour de Düsseldorf (*cf.*, en particulier, p. 19, 20 et 23 du texte en allemand (3 StR 215/98), disponible à la bibliothèque du Tribunal international).

¹⁵⁷ *Cf.*, par exemple, les débats du Conseil de sécurité en 1976 sur les raids de l'Afrique du Sud en Zambie pour y détruire des bases de la SWAPO [en particulier les déclarations de la Zambie (Documents officiels du Conseil de sécurité ("DOCS") 1944^e session du 27 juillet 1976, par. 10 à 45) et de l'Afrique du Sud (*ibid.*, par. 47 à 69) ; *cf.*, également, la résolution 393 (1976) du Conseil de sécurité en date du 30 juillet 1976] ; *cf.* aussi les débats relatifs aux raids israéliens sur le Liban en juin 1982 [en particulier les déclarations de l'Irlande (DOCS 2374^e session du 5 juin 1982, par. 35 et 36) et d'Israël (*ibid.*, par. 74 à 78 et DOCS 2375^e session du 6 juin 1982, par. 22 à 67)] et en juillet-août 1982 [déclaration d'Israël (DOCS 2385^e session du 29 juillet 1982, par. 144 à 169) ; *cf.* aussi les débats relatifs aux raids sud-africains au Lesotho en décembre 1982 [en particulier les déclarations de la France (DOCS 2407^e session du 15 décembre 1982, par. 69 à 80), du Japon (*ibid.*, par. 98 à 107), de l'Afrique du Sud (DOCS 2409^e session du 16 décembre 1982, par. 126 à 160) et du Lesotho (*ibid.*, par. 219 à 227)].

Bien qu'il ne semble exister aucune pratique internationale en la matière, il peut arriver qu'un État qui se limite en principe à fournir une assistance économique et militaire à un groupe militaire (et n'exerçant donc pas nécessairement de contrôle effectif sur ce groupe) puisse spécifiquement ordonner au groupe ou à l'un de ses membres de commettre un acte répréhensible en droit international, comme un crime international du type

de ne pas recourir à la force contre un autre État”¹⁵⁸. C’était clairement là un cas de responsabilité d’un État à raison des actes de ses propres organes.

131. Pour imputer la responsabilité d’actes commis par des groupes militaires ou paramilitaires à un État, il faut établir que ce dernier exerce un contrôle global sur le groupe, non seulement en l’équipant et le finançant, mais également en coordonnant ou en prêtant son concours à la planification d’ensemble de ses activités militaires. Ce n’est qu’à cette condition que la responsabilité internationale de l’État pourra être engagée à raison des agissements illégaux du groupe. Il n’est cependant pas nécessaire d’exiger de plus que l’État ait donné, soit au chef du groupe soit à ses membres, des instructions ou directives pour commettre certains actes spécifiques contraires au droit international.

132. Il convient d’ajouter que les tribunaux ont adopté des approches différentes dans les affaires concernant des *individus ou des groupes qui ne sont pas organisés en structure militaire*. Pour pareils groupes ou individus, un contrôle global ou général n’a pas été jugé suffisant et on a exigé la preuve d’instructions ou de directives spécifiques pour commettre des actes précis ou d’une approbation publique de ces actes après leur perpétration.

133. La Chambre d’appel mentionnera tout d’abord l’affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*¹⁵⁹. La Cour internationale de justice a conclu à juste titre qu’en l’espèce, les étudiants iraniens – dont on ne pouvait pas dire qu’ils formaient un groupe armé organisé – qui avaient envahi l’ambassade des États-Unis et pris en otage 52 ressortissants américains n’avaient pas agi, au départ, pour le compte de l’Iran, puisque les autorités iraniennes ne leur avaient pas spécifiquement ordonné de commettre ces actes¹⁶⁰. La responsabilité internationale de l’Iran a tout de même été jugée engagée parce

du génocide. Dans ce cas, on se trouve confronté à une situation similaire à celle décrite plus haut dans le corps du texte, lorsqu’il était question d’un État qui donnait des instructions spécifiques à un individu.

¹⁵⁸ Cf. arrêt *Nicaragua*, par. 239 à 249, 292 3) et 292 4).

¹⁵⁹ *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* (Fond), Arrêt : C.I.J., Recueil 1980, p. 3 et suivantes.

¹⁶⁰ La Cour a déclaré :

“Il n’a pas été soutenu qu’au moment où ils attaquaient l’ambassade les militants aient eu un statut officiel quelconque en tant qu’“agents” ou organes de l’État iranien. Leur comportement, lorsqu’ils ont organisé l’attaque, envahi l’ambassade et pris ses occupants en otages, ne saurait donc être considéré comme imputable à l’État iranien sur cette base. Il ne pourrait être considéré en lui-même comme directement imputable à cet État que *s’il était avéré que les militants agissaient alors effectivement pour son compte, parce qu’un organe compétent dudit État les aurait chargés d’une opération déterminée*. Les éléments d’information dont la Cour dispose ne permettent pas d’établir, avec le degré de certitude nécessaire,

qu'il n'avait pas prévenu l'attaque contre les installations diplomatiques des États-Unis et qu'il n'y avait pas mis un terme par la suite¹⁶¹. Les autorités iraniennes ont ultérieurement approuvé et avalisé formellement l'occupation de l'ambassade et la détention de ressortissants américains par les militants, allant même jusqu'à leur ordonner de ne pas mettre fin à cette occupation. De l'avis de la Cour, c'est à ce moment-là que les militants sont devenus des agents de fait de l'État iranien et que la responsabilité internationale de ce dernier a été engagée à raison de leurs actes¹⁶².

134. La Cour internationale de justice a repris cette approche en 1986 dans l'affaire *Nicaragua*, lorsqu'il était question des UCLAs (qu'elle a définis comme "des ressortissants de pays latino-américains non identifiés")¹⁶³. Elle a estimé que pour que les actes contraires au droit international commis par ces "personnes" soient imputables aux États-Unis, il était nécessaire qu'elles aient été non seulement rétribuées par un organisme gouvernemental des États-Unis mais également qu'elles aient agi "sur ses instructions" (en plus d'être sous sa supervision et de bénéficier de son appui logistique)¹⁶⁴.

135. Le Tribunal des différends irano-américains a formulé une opinion similaire en 1987, dans l'affaire *Short*¹⁶⁵. La responsabilité internationale de l'Iran n'a pas été jugée engagée à raison de la prétendue expulsion illégale du plaignant : le Tribunal a conclu que les "révolutionnaires" iraniens – armés mais ne formant pas un groupe militaire – qui lui ont ordonné de quitter l'Iran n'étaient pas des organes de l'État et que par ses déclarations,

l'existence à ce moment d'un tel lien entre les militants et un organe compétent de l'État." (*ibid.*, p. 30, par. 58, non souligné dans le texte).

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 30 à 33 (par. 60 à 68).

¹⁶² La Cour a déclaré :

"La politique ainsi annoncée par l'ayatollah Khomeini, consistant à maintenir l'occupation de l'ambassade et la détention des otages afin de faire pression sur le Gouvernement des États-Unis, a été appliquée par d'autres autorités iraniennes et appuyée par elles de façon réitérée dans des déclarations faites à diverses occasions. Cette politique a eu pour effet de transformer radicalement la nature juridique de la situation créée par l'occupation de l'ambassade et la détention de membres de son personnel diplomatique et consulaire en otages. L'ayatollah Khomeini et d'autres organes de l'État iranien ayant *approuvé* ces faits et décidé de les perpétuer, l'occupation continue de l'ambassade et la détention persistante des otages ont pris le caractère d'actes dudit État. Les militants, auteurs de l'invasion et geôliers des otages, sont alors devenus des agents de l'État iranien dont les actes engagent sa responsabilité internationale." (*ibid.*, p. 35, par. 74, non souligné dans le texte).

¹⁶³ Arrêt *Nicaragua*, par. 75.

¹⁶⁴ *Ibid.*, par. 80.

¹⁶⁵ *Alfred W. Short v. Islamic Republic of Iran*, Sentence arbitrale n° 312-11135-3, 16 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* 1987, p. 76.

l'ayatollah Khomeini n'avait pas spécifiquement incité les "révolutionnaires" à expulser les étrangers¹⁶⁶.

136. Il convient de préciser que la pratique des États semble également clairement étayer l'approche en question¹⁶⁷.

137. En somme, lorsqu'il s'agit de déterminer si un individu auquel la législation interne ne confère pas le statut d'agent de l'État peut être considéré comme un organe de fait de cet État, la Chambre d'appel est d'avis que les règles de droit international n'exigent pas toujours le même degré de contrôle sur cet individu que sur des membres de groupes armés. Le degré de contrôle requis peut, en effet, varier. Lorsque se pose la question de savoir si un *particulier isolé* ou un *groupe qui n'est pas militairement organisé* a commis un acte en qualité d'organe de fait d'un État, il est nécessaire de déterminer si ce dernier lui a donné des instructions spécifiques pour commettre ledit acte. À défaut, il convient d'établir si l'acte illicite a été *a posteriori* publiquement avalisé ou approuvé par l'État en question. En revanche, le contrôle exercé par un État sur des *forces armées, des milices ou des unités*

¹⁶⁶ Après avoir conclu que les actes des révolutionnaires n'étaient pas imputables à l'Iran, le Tribunal des différends a observé :

"L'invocation par le Plaignant des déclarations du Guide de la Révolution, l'ayatollah Khomeini, et de celles d'autres porte-parole du mouvement révolutionnaire, pêche également par l'absence d'un nécessaire lien de causalité entre les déclarations et son départ de l'Iran dans des circonstances assimilables à une expulsion. Bien que ces déclarations partent d'un sentiment hostile aux étrangers et, en particulier, aux Américains, le Tribunal note qu'elles étaient d'une nature générale et ne précisaient pas que les Américains dussent être expulsés en masse." (*ibid.*, par. 35, traduction non officielle).

¹⁶⁷ Pour des exemples d'États ayant dans la pratique adopté cette approche de l'imputation de la responsabilité, *cf.* par exemple les documents pertinents de l'affaire *Cesare Rossi* (antifasciste italien résidant en Suisse que deux autres Italiens agissant pour le compte des autorités italiennes ont incité par la ruse à franchir la frontière avec l'Italie, où il a été arrêté : *cf.* 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1929, p. 280 à 294) et de l'affaire *Jacob Salomon* (ressortissant allemand enlevé en Suisse par un autre ressortissant allemand qui l'a emmené en Allemagne : les documents pertinents sont mentionnés dans 29 *American Journal of International Law*, 1935, p. 502 à 507, ainsi que dans 36 *American Journal of International Law* 1936, p. 123 et 124). Voir également les affaires de sabotage tranchées par la Commission mixte des différends américano-allemands [*Lehigh Valley Railroad Co., Agency of Canadian Can and Foundry, Ltd, and various underwriters (United States) v. Germany*, Recueil des sentences arbitrales internationales, vol. VIII., p. 84 et suivantes (en particulier les pages 84 à 87) et p. 225 et suivantes (en particulier les pages 457 à 460)] : en juillet 1916, certains individus ont mis le feu à un terminal du port de New York et à une usine d'une entreprise du New Jersey, à la demande des autorités allemandes qui entendaient faire perpétrer des actes de sabotage aux États-Unis.

On peut également mentionner ici l'affaire *Eichmann (Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann)*, 36 *International Law Reports* 1968, p. 277 à 344) : *cf.* par exemple les débats du Conseil de sécurité et sa résolution 4349 en date du 23 juin 1960 ; *cf.*, en particulier, les déclarations de l'Argentine (DOCS 865^e session du 22 juin 1960, par. 25 à 27), d'Israël (DOCS 866^e session du 22 juin 1960, par. 41), de l'Italie (DOCS 867^e session du 23 juin 1960, par. 32 à 34), de l'Équateur (*ibid.*, par. 47 à 49), de la Tunisie (*ibid.*, par. 73) et de Ceylan (DOCS 868^e session du 23 juin 1960, par. 12 et 13).

Dans nombre de ces affaires, on peut déduire des circonstances de l'espèce qu'est satisfaite l'exigence que l'État concerné a donné des instructions précises pour que soient commis les actes dont l'individu devait répondre ou que les autorités ont, *a posteriori*, publiquement approuvé ces actes.

paramilitaires subordonnées peut revêtir un caractère global (mais doit aller au delà de la simple aide financière, fourniture d'équipements militaires ou formation). Cette condition ne va toutefois pas jusqu'à inclure l'émission d'ordres spécifiques par l'État ou sa direction de chaque opération. Le droit international n'exige nullement que les autorités exerçant le contrôle planifient toutes les opérations des unités qui dépendent d'elles, qu'elles choisissent leurs cibles ou leur donnent des instructions spécifiques concernant la conduite d'opérations militaires ou toutes violations présumées du droit international humanitaire. Le degré de contrôle requis en droit international peut être considéré comme avéré lorsqu'un État (ou, dans le contexte d'un conflit armé, une Partie au conflit) *joue un rôle dans l'organisation, la coordination ou la planification des actions militaires* du groupe militaire, en plus de le financer, l'entraîner, l'équiper ou lui apporter son soutien opérationnel. Les actes commis par ce groupe ou par ses membres peuvent dès lors être assimilés à des actes d'organes de fait de l'État, que ce dernier ait ou non donné des instructions particulières pour la perpétration de chacun d'eux.

138. Bien évidemment, si, comme dans l'affaire *Nicaragua*, l'État exerçant le contrôle *n'est pas* celui sur le territoire duquel les affrontements armés se produisent ou, en tout état de cause, celui où les unités armées commettent leurs actes, il faut davantage de preuves incontestables pour démontrer que l'État contrôle réellement les unités ou les groupes, dans la mesure où, non content de les financer et de les équiper, il dirige également leurs actions ou les aide à les planifier en général.

139. On se montre tout aussi exigeant en matière de preuves lorsque l'État en question, même s'il est celui sur le territoire duquel les affrontements armés se déroulent, est en proie à des troubles et à une guerre civile et souffre d'une déliquescence du pouvoir.

140. Lorsque l'État exerçant le contrôle se trouve être voisin de l'État où se déroule le conflit et qu'il vise à satisfaire ses visées expansionnistes à travers les forces armées qu'il contrôle, le degré de contrôle requis peut être plus facilement établi.

141. Il convient d'ajouter que le droit international ne prévoit pas seulement un *critère de contrôle global* (pour les groupes armés) et *l'exigence d'instructions particulières ou d'une approbation publique a posteriori* (pour les individus isolés ou les groupes qui ne sont pas organisés en structure militaire). La Chambre d'appel est d'avis qu'il existe en droit international un *troisième critère* : il s'agit (même en l'absence d'instructions données par

un État) de l'assimilation d'individus à des organes de l'État en conséquence de leur comportement dans les faits au sein de la structure dudit État. Pareil critère est mieux illustré par un bref rappel de certaines affaires¹⁶⁸.

142. Commençons par l'affaire *Joseph Kramer et consorts* (également dite affaire *Belsen*), jugée par un Tribunal militaire britannique siégeant à Lunebourg (Allemagne)¹⁶⁹. Parmi les accusés se trouvaient non seulement des membres allemands du personnel des camps de concentration de Belsen et d'Auschwitz, mais également un certain nombre de détenus de nationalité polonaise et un Juif autrichien, "promus par les administrateurs des camps à des postes leur conférant du pouvoir sur les autres prisonniers". Ils étaient accusés, entre autres, de meurtres et autres infractions commises à l'encontre des détenus des camps. On lit, dans le rapport officiel relatif à cette affaire :

Répondant à l'argument selon lequel aucun crime de guerre ne peut être commis par des Polonais contre les ressortissants d'autres Alliés, le Procureur a déclaré qu'en s'identifiant aux autorités, les accusés polonais s'étaient rendus aussi responsables que les S.S. eux-mêmes. On pourrait peut-être soutenir que par cette même attitude, ils s'étaient approchés du statut de membres des forces armées de l'Allemagne.¹⁷⁰

143. La deuxième affaire est plus récente. Il s'agit de l'arrêt rendu le 29 mai 1978 par la Cour de cassation néerlandaise dans l'affaire *Menten*¹⁷¹. Menten, un ressortissant néerlandais qui n'était pas officiellement membre des forces allemandes, a dû répondre de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité pour avoir tué en Pologne un certain nombre de civils, principalement des Juifs, pour le compte des Forces spéciales allemandes (SD ou *Einsatzkommandos*). La Cour a conclu que Menten s'était, dans les faits, comporté

¹⁶⁸ Ces affaires, bien qu'elles concernent des crimes de guerre (la notion "d'infractions graves" n'existait pas encore à l'époque), gardent cependant toute leur pertinence. Elles donnent en effet d'utiles éclaircissements sur les conditions dans lesquelles des civils peuvent être assimilés à des agents de l'État.

¹⁶⁹ *Trial of Joseph Kramer and 44 Others*, British Military Court, Luneberg, 17 septembre-17 novembre 1945, *Law Reports of Trials of War Criminals, Selected and Prepared by the United Nations War Crimes Commission, Published for the United Nations War Crimes Commission by His Majesty's Stationery Office, London 1947* ("Law Reports"), vol. II, p. 1

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 152 (non souligné dans le texte). Le civil autrichien, Schlomowicz, a été acquitté. Cf. aussi *ibid.* p. 109. La plupart des civils accusés ont été jugés coupables et condamnés à des peines d'emprisonnement. Il ressort clairement de cette affaire que le tribunal a estimé que les civils polonais pouvaient être assimilés à des agents de l'État allemand parce qu'ils s'étaient comportés dans les faits comme des membres du personnel allemand dirigeant le camp de Belsen.

¹⁷¹ *Public Prosecutor v. Menten*, 75 *International Law Reports* 1987, p. 331 et suivantes.

comme un membre des forces allemandes¹⁷² et était en conséquence pénalement responsable de ces crimes¹⁷³.

144. D'autres affaires établissent de la même manière que des individus agissant à titre privé mais de concert avec des forces armées ou de connivence avec les autorités d'un État peuvent être considérés comme des organes de fait de l'État¹⁷⁴, ce qui a pour conséquence que leurs actes, qui peuvent engager leur responsabilité pénale individuelle, sont imputés à l'État et engagent la responsabilité de ce dernier¹⁷⁵.

¹⁷² Elle a affirmé ce qui suit :

“Puisqu'à l'époque où il était *dem Einsatzkommando als Dolmetscher zugeteilt* [affecté aux Forces spéciales en tant qu'interprète], Menten portait, en vertu des ordres du *Befehlshaber* de la *Sicherheitspolizei* de Pologne, l'uniforme des sous-officiers de cette section de la police [allemande], la Cour [de district d'Amsterdam, dans son arrêt du 14 décembre 1977] était fondée à présumer que son poste et ses activités au sein de l'*Einsatzkommando* revêtaient un caractère plus ou moins officiel. Ainsi, Menten rendait-il à l'ennemi des services accessoires dans le cadre de relations d'une nature telle qu'il pouvait être considéré comme un fonctionnaire de l'ennemi.” [*ibid.*, p. 347. Par souci de fidélité à l'original en néerlandais (publié dans *Nederlandse Jurisprudentie*, 1978, n° 358, p. 1236), la Chambre d'appel donne une traduction légèrement différente de celle publiée dans les *International Law Reports*].

La Cour a conclu que :

“Les preuves susmentionnées, examinées à la lumière des autres preuves, selon lesquelles, en juillet 1941, Menten, vêtu d'un uniforme allemand et accompagné d'un certain nombre d'autres personnes pareillement vêtues, est arrivé à Podhorodce [...] et était présent lors des exécutions, [permettent de conclure] qu'il était là en compagnie de membres de l'état-major allemand et qu'il a rendu des services à cet état-major, au moment des exécutions et en rapport avec elles.” (*ibid.*, p. 348).

¹⁷³ Menten a été condamné à dix ans de prison par la Cour de district de Rotterdam, arrêt du 9 juillet 1980 (*ibid.*, p. 361). Il est intéressant de souligner que la Cour de cassation néerlandaise a dû rechercher si Menten était “au service de l'armée, de l'État ou de l'administration de l'ennemi ou aux côtés de ce dernier”, puisque c'était là l'un des critères fixés par les dispositions néerlandaises applicables (*ibid.*, p. 346). La Chambre d'appel considère toutefois que l'arrêt *Menten* est conforme aux règles du droit international général en matière d'assimilation des particuliers à des agents d'État.

¹⁷⁴ *Cf.*, par exemple, l'affaire *Daley*, dans laquelle le Tribunal des différends irano-américains a imputé à l'Iran la responsabilité internationale des actes de cinq “gardiens de la Révolution” iraniens vêtus “d'uniformes de type militaire” (18 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports*, 1988, p. 238, par. 19).

¹⁷⁵ Dans cet ordre d'idées, on peut mentionner l'affaire *Stocké*, portée devant la Commission européenne des Droits de l'Homme. Afin d'éviter d'être arrêté pour fraude présumée à la loi fiscale, un citoyen allemand a fui son pays pour la Suisse, puis la France. Un indicateur de la police l'a amené, par la ruse, à retourner en Allemagne, où il a été arrêté. Il a, par la suite, soutenu devant la Commission européenne des Droits de l'Homme, que son arrestation constituait une violation de l'article 5 1) de la CEDH. La Commission a conclu que :

“En cas de collusion entre autorités étatiques, c'est-à-dire tout fonctionnaire, quelle que soit sa position hiérarchique, et un particulier, collusion dont l'objectif est de ramener contre sa volonté une personne vivant à l'étranger, sans le consentement de l'État où elle réside, sur le territoire de l'État où elle est poursuivie, la Haute Partie Contractante en cause encourt une responsabilité pour les actes du particulier qui agit *de facto* pour son compte. De l'avis de la Commission, de telles circonstances peuvent rendre l'arrestation et la détention de la personne illégales au sens de l'article 5 § 1 de la Convention.” [*Stocké c. République fédérale allemande*, Cour Eur. D. H., Arrêt du 19 mars 1991, série A, n° 199, par. 168 (Avis de la Commission)].

Bien que ces affaires aient trait à la responsabilité des États, elles n'en touchent pas moins la question de la responsabilité pénale individuelle qu'encourent les auteurs d'infractions graves aux Conventions de Genève, dans la mesure où elles fixent les conditions nécessaires pour que ces individus puissent être assimilés à des organes de fait d'un État.

145. L'examen qui précède nous mène raisonnablement à la conclusion suivante. En l'espèce qui nous intéresse, les forces armées des Serbes de Bosnie étaient constituées en "organisation militaire"; le droit international exige donc, pour qualifier le conflit armé d'international, que la RFY ait exercé sur ces forces un *contrôle global* allant au-delà de leur simple financement et équipement et impliquant également une participation à la planification et à la supervision de leurs opérations militaires. Par contre, le droit international ne requiert pas que ce contrôle s'étende à l'émission d'ordres ou d'instructions spécifiques concernant des actions militaires précises, que ces dernières aient été ou non contraires au droit international humanitaire.

4. La relation factuelle entre l'Armée des Serbes de Bosnie et l'Armée de la RFY

146. La Chambre d'appel a conclu qu'en droit international général, trois critères peuvent être appliqués pour déterminer si un individu agit en qualité d'organe de fait d'un État. Pour les individus faisant partie de forces armées ou d'unités militaires, comme pour tout groupe organisé selon une hiérarchie, le critère à retenir est celui du contrôle global exercé par l'État.

147. Reste maintenant à la Chambre d'appel à établir si, en l'espèce, l'Armée yougoslave exerçait en 1992 le degré de contrôle requis sur l'Armée des Serbes de Bosnie. La réponse à cette question est affirmative.

148. La Chambre d'appel ne voit aucun motif de rejeter les conclusions factuelles de la Chambre de première instance en l'espèce et elle va donc s'appuyer sur les faits tels qu'ils sont exposés dans le Jugement. La majorité et le Juge McDonald ne semblent pas en désaccord sur les faits. Le Juge McDonald les accepte¹⁷⁶, mais en donne une autre interprétation juridique.

149. Cependant, la Chambre d'appel estime que la Chambre de première instance a appliqué un critère erroné pour évaluer les conséquences juridiques de la relation entre la

¹⁷⁶ Cf. Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald, par. 1 : "Nous acceptons et partageons entièrement le Jugement à l'exception de la détermination que l'article 2 du Statut est inapplicable aux accusations mises à la charge de l'accusé."

RFY et les forces des Serbes de Bosnie. Elle se doit donc maintenant d'appliquer aux faits la grille d'analyse exposée plus haut et d'en tirer les conclusions juridiques nécessaires.

150. La Chambre de première instance a clairement conclu que, même après le 19 mai 1992, la structure de commandement de la JNA n'avait pas changé, malgré la redésignation de cette dernière en VJ. De surcroît, et plus significativement, il ressort de la décision de la Chambre de première instance et plus précisément de l'évaluation des éléments de preuve par le Juge McDonald dans son Opinion individuelle et dissidente, que, même après cette date, la VJ a continué de contrôler l'Armée des Serbes de Bosnie en Bosnie-Herzégovine, c'est-à-dire la VRS. La VJ contrôlait les objectifs politiques et militaires, ainsi que les opérations militaires de la VRS. Deux "facteurs", mis en avant dans le Jugement, méritent d'être rappelés : premièrement, "le transfert au 1^{er} Corps de la Krajina, comme dans le cas d'autres unités de la VRS, d'anciens officiers de la JNA qui n'étaient pas d'origine serbe de Bosnie, à des postes équivalents dans les unités pertinentes de la VRS"¹⁷⁷ et, deuxièmement, "la continuation du paiement des soldes [des membres de la VRS], tant aux officiers serbes de Bosnie que non serbes de Bosnie, par le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)"¹⁷⁸. La Chambre de première instance a estimé que ces deux facteurs ne démontraient pas ou n'indiquaient pas que Belgrade exerçait un contrôle effectif sur les forces serbes de Bosnie¹⁷⁹. La Chambre d'appel partage pour sa part l'interprétation exposée par le Juge McDonald dans son Opinion individuelle et dissidente, à savoir que ces deux facteurs, ajoutés à d'autres éléments produits par l'Accusation, révélaient effectivement l'existence d'un contrôle¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Jugement, par. 601.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ *Ibid.*, par. 601 et 602.

¹⁸⁰ Comme l'a noté le Juge McDonald :

"la création de la VRS [après le 19 mai 1992] était une fiction juridique. Les seuls changements intervenus après la résolution du Conseil de sécurité en date du 15 mai 1992 ont été le transfert de troupes, l'établissement d'un état-major général de la VRS, un changement de dénomination de l'organisation militaire et des diverses unités ainsi qu'un changement d'insignes. Restaient les mêmes armes, le même matériel, les mêmes officiers, les mêmes commandants, en grande partie les mêmes troupes, les mêmes centres de logistique, les mêmes fournisseurs, la même infrastructure, la même source de paiements, les mêmes buts et missions, les mêmes tactiques et les mêmes opérations. Plus important encore, l'objectif demeurerait le même. [...] la VRS a clairement continué d'opérer en tant qu'élément intégré et décisif de l'effort de guerre serbe. [...] L'état-major général de la VRS, dont les membres avaient tous été des généraux de la JNA et dont bon nombre avaient été nommés à leur poste par l'état-major général de la JNA, entretenait des communications directes avec l'état-major général de la VJ par l'intermédiaire d'une liaison de communication émanant de Belgrade. [...] De surcroît, la VRS a continué de recevoir des approvisionnements des mêmes fournisseurs en République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) qui avaient conclu des marchés avec la JNA, bien que les demandes après le 19 mai 1992

151. Concernant la structure de commandement et de contrôle qui a perduré après la redésignation en VRS et la continuation du paiement par la RFY des soldes des officiers de l'Armée des serbes de Bosnie, il ressort des faits admis par la Chambre de première instance et mentionnés par le Juge McDonald qu'après mai 1992, la VRS et la VJ ne constituaient pas deux armées authentiquement distinctes. Les éléments suivants confortent davantage cette thèse :

- i) La réorganisation de la JNA et le changement de dénomination ne révélaient pas de changement des objectifs et stratégies militaires. La structure de commandement de la JNA et la redésignation d'une partie de cette dernière en VRS, entreprise pour obtempérer en apparence aux exigences de la communauté internationale, visaient en fait à maintenir en Bosnie-Herzégovine un grand nombre de troupes armées d'appartenance ethnique serbe¹⁸¹.
- ii) Plus encore que l'importante assistance financière, logistique et autre et le soutien effectivement prêtés par la VJ à la VRS, la Chambre de première instance a également admis sans contestation qu'en tant que création de la RFY/VJ, la VRS avait des structures et des grades identiques à ceux de la VJ et que la RFY/VJ dirigeait et supervisait les activités et les opérations de la VRS¹⁸². En conséquence,

soient passées par le chef d'état-major de la VRS, qui les envoyait ensuite à Belgrade." (Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald, par. 7 et 8).

¹⁸¹ À la lumière de l'exigence du Conseil de sécurité en date du 15 mai 1992 que cessent immédiatement toutes les formes d'ingérence extérieure par des unités de la JNA en Bosnie-Herzégovine, la Chambre de première instance a ainsi décrit le dilemme auquel l'attention croissante de la communauté internationale confrontait la JNA à partir de 1991 :

"Comment la JNA pouvait-elle être transformée en une armée de ce qui restait de la Yougoslavie, à savoir la Serbie et le Monténégro, et continuer néanmoins à garder entre des mains serbes le contrôle de larges portions de la Bosnie-Herzégovine, tout en semblant faire droit aux exigences de la communauté internationale, qui voulait la voir quitter la Bosnie-Herzégovine ? [...] Pour la Serbie, la solution trouvée consista à transférer en Bosnie-Herzégovine tous les soldats serbes de Bosnie qui servaient ailleurs dans des unités de la JNA et à faire sortir de Bosnie-Herzégovine les soldats non serbes. Ainsi, la JNA semblait obtempérer aux exigences internationales tout en maintenant de fait d'importantes forces ethniquement serbes en Bosnie-Herzégovine". (Jugement, par. 113 et 114).

De surcroît, le Secrétaire général de l'ONU, commentant le prétendu retrait de Bosnie-Herzégovine, concluait dans son rapport en date du 3 décembre 1992, que "[b]ien que l'armée nationale yougoslave se soit complètement retirée de la Bosnie-Herzégovine, d'anciens membres de cette armée, des Serbes d'origine bosniaque, sont restés sur place avec leur équipement, constituant l'armée de la 'République serbe'". (Rapport du Secrétaire général concernant la situation en Bosnie-Herzégovine, Doc. ONU A/47/747, par. 10).

¹⁸² Jugement, par. 115 :

"[I]a VRS était le produit de la dissolution de la JNA et du repli en Serbie de ses éléments non bosniaques. Cependant, la plupart, sinon tous les officiers à la tête des unités de l'ancienne JNA qui se trouvèrent stationnés avec leur unité en Bosnie-Herzégovine le 18 mai 1992 – presque exclusivement des Serbes – gardèrent le commandement de leur unité en 1992 et 1993 [...]".

les stratégies et les tactiques de la VRS reflétaient celles conçues par la RFY/JNA/VJ.

iii) Des éléments de la RFY/VJ ont continué, après le 19 mai 1992, d'intervenir directement dans le conflit en Bosnie-Herzégovine, combattant aux côtés de la VRS et lui apportant un support crucial lors des combats. Bien qu'elle ait estimé que le conflit armé n'avait un caractère international que jusqu'au 19 mai 1992, la Chambre de première instance a néanmoins accepté qu'après cette date, des "éléments actifs" des forces armées de la RFY, c'est-à-dire l'Armée yougoslave (VJ), aient continué de participer à un conflit armé en Bosnie-Herzégovine¹⁸³. Dans les faits, le déroulement des hostilités semble s'être caractérisé par une certaine continuité¹⁸⁴, et il semble que les faits n'étayent guère la conclusion de la Chambre de première instance, selon laquelle, à partir du 19 mai 1992, la RFY/VJ ne contrôlait plus la VRS¹⁸⁵.

iv) Les opérations militaires de la JNA soumises au commandement de Belgrade, qui avaient déjà commencé au 19 mai 1992, n'ont pas immédiatement cessé et, d'un

Cf., de plus, *ibid.*, par. 590 : "L'attaque contre Kozarac a été exécutée par des éléments d'un corps d'armée basé à Banja Luka. Cette unité, auparavant un corps de l'ancienne JNA, est devenue partie de la VRS et a été rebaptisée "Corps de Banja Luka" ou "1^{er} Corps de la Krajina" après le 19 mai 1992 mais elle a conservé le même commandant". *Cf.* aussi *ibid.* par. 114 à 116, 118 à 121 et 594.

¹⁸³ *Ibid.*, par. 118 ("Malgré le retrait de la JNA de Bosnie-Herzégovine annoncé en mai 1992, des éléments actifs de l'ex-JNA, devenue la VJ, [...] restèrent en Bosnie-Herzégovine après le retrait du mois de mai et travaillèrent avec la VRS tout au long de 1992 et 1993") et par. 569 ("[...] les forces de la VJ continuaient de participer au conflit armé après cette date").

¹⁸⁴ *Cf.*, en particulier, *ibid.* par. 566 :

"Les conflits en cours avant, durant et après la date de l'attaque contre Kozarac le 24 mai 1992, se sont déroulés et ont continué de se dérouler sur tout le territoire de Bosnie-Herzégovine entre le Gouvernement de la République de Bosnie-Herzégovine, d'une part, et, d'autre part, les forces des Serbes de Bosnie, des éléments de la VJ opérant de temps en temps sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine et divers groupes paramilitaires, qui avaient tous occupé ou se préparaient à occuper une partie significative du territoire de cet État".

Cf. aussi par. 579 : "la prise de l'opština de Prijedor avait commencé avant le retrait de la JNA le 19 mai 1992 et n'a été achevée qu'après cette date".

Cf. également l'Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald, où est évoquée "[l]a continuité entre la JNA et la VRS, en particulier en ce qu'elle se rapporte aux opérations militaires dans la région de l'opština de Prijedor ..." (Opinion individuelle et dissidente du Juge McDonald, par. 15).

¹⁸⁵ De surcroît, il est intéressant de relever que, tout en concluant qu'à partir du 19 mai 1992, la JNA/VJ n'exerçait plus de contrôle effectif sur la VRS, la Chambre de première instance a noté que les autorités bosniaques ne semblaient pas non plus détenir pareil contrôle. La Chambre a établi en particulier que "le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine [...] se trouva confronté à [de] gros problèmes [de] défense, ce qui impliquait de s'occuper de la mobilisation et de l'administration des forces armées" (Jugement, par. 124, non souligné dans le texte).

point de vue purement tactique, il est fort peu probable qu'elles aient pu, en tout état de cause, s'interrompre du jour au lendemain¹⁸⁶.

En conséquence, la création de la VRS par la RFY/VJ n'indiquait pas l'intention de Belgrade de renoncer au contrôle détenu sur l'armée des Serbes de Bosnie. Bien au contraire, l'établissement de la VRS a été en fait entrepris pour assurer la continuité de la mise en œuvre des visées politiques et militaires de la RFY, et les éléments de preuve démontrent que ces objectifs ont été poursuivis à travers des opérations militaires et politiques contrôlées par Belgrade et la JNA/VJ. Rien dans le dossier des preuves n'indique que ces objectifs aient changé à partir du 19 mai 1992¹⁸⁷.

152. Conjugués, ces facteurs suggèrent qu'on ne peut qualifier la relation entre la VJ et la VRS de simple coordination des activités politiques et militaires. Même si des formes moins explicites de commandement des opérations militaires ont été pratiquées et adoptées en réponse à l'attention croissante de la communauté internationale, le lien entre la VJ et la VRS allait très nettement au-delà de la simple coordination ou coopération entre alliés et, en fait, l'armée des Serbes de Bosnie rebaptisée était toujours une armée placée sous le commandement de l'état-major général de la VJ à Belgrade¹⁸⁸. Il était évident que même après le 19 mai 1992, l'armée des Serbes de Bosnie continuait de poursuivre les buts

¹⁸⁶ En elles-mêmes, les difficultés logistiques qu'impliquent le désengagement du conflit et le retrait de forces si importantes semblent considérables. Pour le degré et la profondeur de l'engagement des nombreuses forces de la JNA en Bosnie-Herzégovine, et la continuité de leurs activités au delà du 19 mai 1992, cf. *ibid.* par. 124 et 125 : "Au début de 1992, près de 100 000 soldats de la JNA se trouvaient sur le sol de la Bosnie-Herzégovine, ainsi que plus de 700 chars, 1 000 véhicules blindés de transport de troupes, de nombreuses armes lourdes, 100 avions et 500 hélicoptères, qui dépendaient tous de l'état-major suprême de la JNA à Belgrade. [...] Le 19 mai 1992, le retrait de la JNA de Bosnie-Herzégovine fut annoncé, mais les attaques de la VRS se poursuivirent".

¹⁸⁷ Cf. en particulier *ibid.* par. 116 [citant un ouvrage publié en 1993 par le Général Veljko Kadijević, ex-Secrétaire fédéral yougoslave à la défense, intitulé *My View of the Break-up : an Army without a State* (Pièce à conviction 30 versée par l'Accusation, traduction non officielle)] :

"Les unités et quartiers généraux de la JNA formèrent l'ossature de l'armée de la République serbe (*Republika Srpska*), y compris les armements et les équipements ; [...] d'abord la JNA, puis l'armée de la *Republika Srpska*, que la JNA avait mise sur pied, aidèrent à libérer le territoire serbe, défendre la nation serbe et créer des conditions militaires favorables à la protection par des moyens politiques des intérêts et des droits de la nation serbe en Bosnie-Herzégovine ...".

Cf. aussi par. 590 :

"L'occupation de Kozarac et des villages voisins faisait partie d'une opération militaire et politique, commencée avant le 19 mai 1992 avec la prise de la ville de Prijedor le 29 avril 1992, visant à s'emparer du contrôle de l'opština, qui faisait partie du corridor terrestre reliant, en territoire bosniaque, la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) à la soi-disant République de la Krajina serbe en Croatie".

¹⁸⁸ Bien que la relation entre la JNA et la VRS ait pu comprendre des activités de coordination et de coopération, on ne saurait la limiter à cela. Comme l'a noté la Chambre de première instance elle-même : "En 1991 et jusqu'en 1992, les forces paramilitaires des Serbes de Bosnie et des Serbes de Croatie ont coopéré et agi sous le commandement et dans le cadre de la JNA" (*ibid.*, par. 593, non souligné dans le texte).

militaires formulés à Belgrade. À cet égard, la Chambre de première instance a reçu des preuves démontrant clairement l'existence d'une chaîne de commandement militaire entre Belgrade et Pale et elle a admis que l'état-major général de la VRS avait des liens et des communications régulières avec Belgrade¹⁸⁹. En dépit de cela, et bien qu'elle ait admis la possibilité que certains membres de la VRS aient été spécifiquement chargés par les autorités de la RFY de commettre un acte particulier ou de remplir une tâche ponctuellement déterminée, la Chambre de première instance a conclu que "sans la preuve qu'avaient été reçus de Belgrade des ordres qui tournaient ou supplantaient l'autorité du commandant du corps, [ces opérations] ne peuvent être considérées comme ayant été exécutées 'pour le compte' de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)"¹⁹⁰.

153. La Chambre d'appel estime qu'exiger la preuve d'ordres spécifiques tournant ou supplantant les ordres d'un supérieur est un critère non seulement erroné mais également douteux dans ce contexte. L'une des caractéristiques marquantes du lien entre la VJ et la VRS est qu'elles *partageaient* des objectifs militaires. En conséquence, il est intrinsèquement improbable que Belgrade ait eu à émettre des ordres tournant ou supplantant l'autorité des commandants de corps locaux, puisque ces forces avaient des vues identiques, un point que la Chambre de première instance semble du reste presque concéder¹⁹¹.

¹⁸⁹ *Ibid.* par. 598 :

"La Chambre de première instance a déjà examiné l'importance considérable du soutien logistique fourni par la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) à la VRS. [...] en plus du passage de toutes les communications à l'échelon supérieur de la VRS par des dispositifs de protection contre le décodage à Belgrade, une liaison pour les communications quotidiennes était établie et maintenue entre le quartier général de la VRS et l'état-major général de la VJ à Belgrade."

¹⁹⁰ *Ibid.* par. 601.

¹⁹¹ La Chambre de première instance a noté que :

"Il ressort à l'évidence des éléments de preuve que les objectifs militaires et politiques de la *Republika Srpska* et de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) étaient en grande partie complémentaires. [...] Les dirigeants politiques [...] de la *Republika Srpska* et leurs officiers militaires supérieurs considéraient indéniablement le succès de l'effort de guerre global serbe comme un préalable à leur objectif politique déclaré de se joindre à la Serbie et au Monténégro dans le cadre d'une Grande Serbie. [...] En ce sens, il n'était guère nécessaire pour la VJ et le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) d'essayer d'exercer sur la VRS un quelconque degré réel de contrôle, plutôt que de coordination. Aussi longtemps que la *Republika Srpska* et la VRS demeuraient engagées en faveur des objectifs stratégiques partagés de la guerre, et que les états-majors généraux des deux armées pouvaient coordonner leurs activités aux échelons les plus élevés, il suffisait que la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) et la VJ procurent à la VRS les moyens logistiques et, le cas échéant, complètent les éléments bosniaques du corps des officiers de la VRS avec des officiers non bosniaques de la VJ ou d'anciens officiers de la JNA, pour assurer la continuation de ce processus". (*ibid.* par. 603 et 604).

154. De plus, la Chambre de première instance, notant que Belgrade a continué, après le 19 mai 1992, de payer la solde de tous les officiers du 1^{er} Corps de Krajina et vraisemblablement de tous les officiers supérieurs de la VRS, en tant qu'anciens officiers de la JNA, a reconnu que "dans la plupart des circonstances relatives à des personnes, rémunération vaut contrôle"¹⁹². La Chambre de première instance a néanmoins rejeté pareille continuité au plan des structures de commandement, de l'organisation logistique, de la stratégie et des tactiques, estimant qu'elle était "autant une question de facilité que de nécessité militaire" et elle a noté que "ces éléments de preuve [...] n'établissent rien de plus que le potentiel d'un contrôle inhérent au lien de dépendance créé par ce financement"¹⁹³. La Chambre d'appel considère cependant que bien qu'il soit possible que les éléments de preuve ne reflètent pas exactement dans le détail les rapports entre la VRS et le commandement suprême de Belgrade, il n'en importe pas moins de garder à l'esprit la volonté évidente de la RFY d'occulter son rôle de commandement, volonté amplement prouvée par l'Accusation¹⁹⁴. De l'avis de la Chambre d'appel, l'interprétation de la Chambre de première instance, selon laquelle la relation entre la RFY/VJ et la VRS était une relation de coordination et de coopération plutôt que de contrôle global, pêche pour avoir largement pris pour argent comptant les éléments intentionnellement placés par Belgrade pour faire croire que ses liens avec Pale étaient ceux de partenaires se limitant à coopérer l'un avec l'autre. Cette approche est non seulement erronée dans les circonstances précises de l'espèce, mais elle pourrait, de surcroît, s'avérer un précédent dangereux. Si l'on s'appuie indûment sur les structures apparentes et les propos ostensiblement tenus par les belligérants, au lieu de procéder à une analyse nuancée de la réalité de leurs relations, on suggère implicitement à des groupes qui contrôlent dans les faits des forces militaires qu'ils peuvent se soustraire à leur responsabilité pour les actes de ces forces en les restructurant superficiellement ou en déclarant que les forces ainsi reconstituées sont dorénavant indépendantes de leurs ex-commanditaires.

¹⁹² *Ibid.* par. 602. Sur ce point, la Chambre de première instance a remarqué, de plus, que :

"étant donné que la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) avait assumé la responsabilité du financement de la VRS, qui se composait pour l'essentiel d'anciens soldats et officiers de la JNA, il n'y a rien d'étonnant à ce que ce financement ne comprenne pas seulement le paiement de la solde des soldats et des officiers mais que les mécanismes administratifs en place pour la rémunération de ces soldats et le financement de leurs opérations aient continué d'être utilisés après le 19 mai [...]". (*ibid.*).

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Cf.* à cet égard la déposition du témoin expert James Gow, *Le Procureur c/ Duško Tadić*, affaire n° IT-94-1-T, CR 308 et 309 (10 mai 1996), CR 330 à 338 (13 mai 1996).

155. Enfin, il convient de noter que la Chambre de première instance a conclu que les diverses formes d'assistance apportées aux forces armées de la *Republika Srpska* par les autorités de la RFY étaient “cruciales pour la poursuite de leurs activités” et que “ces forces dépendaient presque entièrement du ravitaillement de la VJ pour exécuter leurs opérations offensives”¹⁹⁵. En dépit de ce constat, la Chambre de première instance s'est abstenue de conclure à l'existence d'un contrôle global. Elle a fait grand cas de l'absence d'éléments concrets prouvant que des instructions spécifiques avaient été données. La preuve de l'existence d'un “contrôle effectif” a aussi été jugée insuffisante¹⁹⁶, au motif, une fois encore, que la Chambre n'avait pas reçu d'éléments démontrant explicitement que Belgrade avait donné des instructions directes¹⁹⁷. Cette conclusion provenait toutefois du fait que la Chambre de première instance avait appliqué le mauvais critère.

156. Comme nous l'avons déjà souligné, nul n'est besoin en droit international que des forces armées aient commis leurs actes suite à des instructions ou directives spécifiques d'un État étranger pour qu'elles soient réputées agir en tant qu'organes de fait dudit État. Il s'ensuit qu'en l'espèce, il n'était pas nécessaire de démontrer que les opérations menées par les forces serbes de Bosnie (notamment les attaques contre Kozarac et plus généralement dans l'opština de Prijedor), objets du procès, avaient été spécifiquement ordonnées ou planifiées par l'Armée yougoslave. Il suffisait de démontrer que cette dernière exerçait un contrôle global sur les forces serbes de Bosnie, ce que l'Accusation a prouvé à la Chambre de première instance. Ce contrôle revêtait la forme d'assistance et de soutien financier, logistique et autre, mais également, et plus significativement, la forme d'une participation à la direction, la coordination et la supervision générales des activités et opérations de la VRS. Ce type de contrôle est jugé suffisant aux fins des critères juridiques requis en droit international.

¹⁹⁵ Jugement, par. 605.

¹⁹⁶ La Chambre de première instance a estimé qu'il ne suffisait pas que la VJ ait donné “dans certaines circonstances un soutien militaire direct ou utilisé le potentiel de contrôle inhérent dans cette dépendance” (*ibid.*, non souligné dans le texte).

¹⁹⁷ La Chambre de première instance a noté que :

“la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), par l'intermédiaire de la dépendance de la VRS à l'égard du ravitaillement en matériel par la VJ, avait la capacité d'exercer une influence considérable et peut-être même un contrôle sur la VRS [...]. [Cependant,] aucun élément de preuve ne permet à cette Chambre de conclure que la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) et la VJ ont jamais dirigé ou, pour cette raison, jamais ressenti la nécessité d'essayer de diriger les opérations militaires effectives de la VRS” (*ibid.*).

157. On trouve, dans le processus de négociation et de conclusion de l'Accord de Dayton-Paris de 1995, une confirmation *a posteriori* du fait qu'au fil des années (et, en tout état de cause entre 1992 et 1995), la RFY exerçait, en matière politique et militaire, un contrôle général sur la *Republika Srpska*. Bien évidemment, la conclusion de l'Accord de Dayton-Paris en 1995 ne saurait constituer une preuve directe de la nature du lien entre l'armée des Serbes de Bosnie et celle de la RFY, après mai 1992, et elle n'est donc en aucun cas décisive pour trancher la question du contrôle pendant cette période. On peut néanmoins voir en l'Accord de Dayton-Paris le point culminant d'un long processus, qui a nécessité un dialogue avec toutes les forces politiques et militaires exerçant (de fait ou de droit) un pouvoir réel sur le terrain, ainsi que des ajustements continus aux changements de fortune politique ou militaire de ces forces. Le processus politique qui a abouti à Dayton s'est enclenché peu après l'ouverture des hostilités et s'est poursuivi pendant la période clé qui nous intéresse en l'espèce. Dans la mesure où sa forme résulte des structures réelles de pouvoir qui se sont maintenues en Bosnie-Herzégovine tout au long du conflit et en constitue donc le reflet, l'Accord de Dayton-Paris offre une perspective particulière sur les réalités politiques, stratégiques et militaires qui prévalaient en Bosnie-Herzégovine jusqu'en 1995, et donc en mai 1992. Le fait qu'à partir du 4 août 1994, les dirigeants de la RFY aient paru interrompre leur soutien à la *Republika Srpska* parce qu'ils se méfiaient des autorités de cette dernière n'est pas dépourvu de signification¹⁹⁸. De fait, cette "déconnexion" a eu pour effet de souligner l'importance du contrôle global exercé par la RFY sur la *Republika Srpska*, dans la mesure où cette dernière a très vite réalisé qu'elle n'avait pas d'autre option que de céder aux exigences des autorités de la RFY¹⁹⁹. Aussi peut-on considérer que

¹⁹⁸ Cf. *Rapport des coprésidents du comité directeur de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie concernant l'institution et la mise en place d'une mission de la Conférence internationale en République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)*, S/1994/1074, 19 septembre 1996, p. 3, où il est noté que le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) a, à partir du 4 août 1994, ordonné, entre autres, la rupture des relations politiques et économiques avec la *Republika Srpska* et la fermeture de la frontière entre cette dernière et la RFY à tous les transports vers la *Republika Srpska*, sauf pour les produits alimentaires, les vêtements et les médicaments. Des observateurs internationaux ont été déployés pour surveiller l'application de ces mesures, et les coprésidents du Comité ont conclu que le Gouvernement de la RFY semblait "honorer l'engagement qu'il a pris de fermer la frontière entre la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) et les zones de la Bosnie-Herzégovine tenues par les forces serbes de Bosnie". (*Rapport des coprésidents du comité directeur de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie concernant les activités de la Mission de la Conférence internationale en République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro)*, S/1994/1124, 3 octobre 1994, p. 2 et 3).

¹⁹⁹ Comme nous le soulignons plus bas, le point culminant du processus a été atteint lorsque la *Republika Srpska* a accepté d'être représentée à la conférence de Dayton par la RFY (cf. *infra*, par. 159), malgré l'intense opposition en son sein contre les règlements de paix proposés par la communauté internationale, comme en témoigne le rejet écrasant du plan de la communauté internationale pour la paix en Bosnie-Herzégovine à la suite d'un référendum qui s'est déroulé en territoire contrôlé par les Serbes de Bosnie les 27 et 28 août 1994

l'Accord de Dayton-Paris éclaire *indirectement* les réalités de la structure de commandement et de contrôle de l'Armée des Serbes de Bosnie au moment de sa "déconnexion" apparente avec la VJ et qu'il peut également aider à déterminer si oui ou non la RFY a continué par la suite d'exercer un contrôle sur l'Armée des Serbes de Bosnie.

158. La Chambre d'appel en vient maintenant à l'examen des caractéristiques particulières de l'Accord de Dayton qui pourraient être utiles à cette analyse.

159. Un accord signé le 29 août 1995 entre la RFY et la *Republika Srpska* et mentionné dans le préambule de l'Accord de Dayton-Paris prévoyait qu'une délégation unifiée négocierait à Dayton. Elle devait être composée de six personnes, trois originaires de la RFY et trois de la *Republika Srpska*. Cette délégation devait avoir à sa tête le Président Milošević, dont le vote serait prépondérant en cas de partage égal des voix²⁰⁰. Par la suite, lors de la signature des divers accords conclus à Dayton, il est de nouveau paru clair que la RFY se comportait à de nombreux égards comme le sujet de droit international détenant l'autorité sur la *Republika Srpska*. C'est le Président Milošević qui a signé l'Accord-cadre général, par lequel la Bosnie-Herzégovine, la Croatie et la RFY ont entériné les divers accords annexés et se sont engagées à en respecter et promouvoir les dispositions. Cette signature avait pour effet de garantir que la *Republika Srpska* respecterait ces engagements. De surcroît, dans une lettre adressée le 21 novembre 1995 à plusieurs États (États-Unis, Russie, Allemagne, France et Royaume-Uni), la RFY s'est engagée à "prendre, en accord avec la souveraineté, l'intégrité territoriale et l'indépendance politique de la Bosnie-Herzégovine, toutes les mesures nécessaires propres à assurer le respect plein et entier par la *Republika Srpska* des dispositions" de l'Accord relatif aux aspects militaires du règlement de paix (Annexe 1A à l'Accord de Dayton-Paris)²⁰¹. Au surplus, la lettre par laquelle la *Republika Srpska* s'engageait à respecter l'accord susmentionné a été signée le

(cf. *Rapport du Secrétaire général sur les activités de l'Organisation*, 2 septembre 1994, Document officiels de l'Assemblée générale des Nations Unies, 49^e session, supplément n° 1 (A/49/1), p. 95).

²⁰⁰ Cet accord stipulait que la délégation de la *Republika Srpska* "serait présidée par le Président de la République de Serbie, M. Slobodan Milošević" (article 2). En application de cet accord, les dirigeants de la *Republika Srpska* ont accepté "d'adopter en session plénière et à la majorité simple les décisions impératives de la délégation concernant le Plan de paix. En cas de partage égal des voix, le vote du Président, M. Slobodan Milošević, sera décisif" (article 3). M. Milošević lui-même a confirmé qu'il était à la tête de la délégation conjointe dans la lettre qu'il a adressée le 21 novembre 1995 au Président Izetbegović au sujet de l'Annexe 9 à l'Accord de Dayton-Paris (texte de l'Accord disponible à la bibliothèque du Tribunal).

²⁰¹ Cette lettre avait été signée par M. Milutinović, Ministre des affaires étrangères de la RFY, suite à une demande présentée le 20 novembre 1995 à M. Milošević par les trois membres de la "Délégation de la *Republika Srpska*".

21 novembre 1995 par le Ministre des affaires étrangères de la RFY, M. Milutinović, au nom de la *Republika Srpska*²⁰².

160. Tout ceci semble étayer la proposition selon laquelle dans les faits, au moins entre 1992 et 1995, la RFY exerçait sur la *Republika Srpska* une autorité politique et militaire globale (dans ce contexte, le contrôle comprenait la participation à la planification et à la supervision des opérations militaires en cours). Le fait que la RFY ait pris, en dernier ressort, des engagements internationaux pour la *Republika Srpska* et se soit de surcroît engagée, à l'issue du conflit, à garantir le respect desdits engagements par la *Republika Srpska*, confirme effectivement que i) pendant le conflit armé la RFY exerçait un contrôle sur cette entité et que ii) ce contrôle perdurait à l'issue du conflit.

161. Ceci constituerait donc encore une autre indication (quoique indirecte) du rôle subordonné que jouaient la *Republika Srpska* et ses responsables vis-à-vis de la RFY pendant la période susmentionnée, y compris en 1992.

162. La Chambre d'appel conclut en conséquence que, pour ce qui est de la période visée en l'espèce (1992), les forces armées de la *Republika Srpska* doivent être considérées comme agissant sous le contrôle global et au nom de la RFY. Il s'ensuit que, même après le 19 mai 1992, le conflit armé en Bosnie-Herzégovine entre les Serbes de Bosnie et les autorités centrales de Bosnie-Herzégovine doit être qualifié de conflit armé *international*.

5. Statut des victimes

163. Ayant établi que les circonstances de l'espèce vérifiaient la première des deux conditions d'application des dispositions de l'article 2 du Statut relatives aux infractions graves, à savoir l'internationalité du conflit, la Chambre d'appel en vient maintenant à la seconde condition, à savoir le statut de "personnes protégées" des victimes des actes incriminés.

²⁰² Voir le texte de l'Accord de Dayton-Paris (Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine, Doc. ONU, A/50/790, S/1995/999, 30 novembre 1995).

(a) Dispositions pertinentes

164. L'article 4 1) de la IV^e Convention de Genève (protection des civils), applicable en l'espèce, définit les "personnes protégées" – donc les victimes potentielles d'infractions graves – comme celles qui se trouvent "au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes". En d'autres termes, et sous réserve des dispositions de l'article 4 2)²⁰³, la Convention vise à protéger – en territoire ennemi ou occupé ou en zone de combats – les civils qui ne sont pas ressortissants de l'État belligérant au pouvoir duquel ils se trouvent ou qui sont apatrides. De plus, il ressort des travaux préparatoires²⁰⁴ que la Convention vise également à protéger, en territoire occupé, les civils qui, tout en étant ressortissants de la Partie au conflit au pouvoir de laquelle ils se trouvent, sont des réfugiés, ne doivent donc plus allégeance à ladite Partie et ne jouissent plus de sa protection diplomatique (à l'instar, par exemple, des Juifs allemands qui ont fui vers la France avant 1940 et qui se sont retrouvés par la suite au pouvoir des forces d'occupation allemandes en France).

165. Ainsi, dès 1949, le critère du lien juridique de nationalité n'était pas considéré comme déterminant et des exceptions étaient prévues. Dans le cas susmentionné des réfugiés, l'absence d'allégeance à un État et de protection diplomatique par cet État a été considérée comme plus importante que le lien formel de nationalité²⁰⁵. Dans les cas prévus par l'article 4 2), outre la nationalité, il a été tenu compte de l'existence ou de l'absence de

²⁰³ L'article 4 2) de la IV^e Convention de Genève dispose ce qui suit :

"Les ressortissants d'un État qui n'est pas lié par la Convention ne sont pas protégés par elle. Les ressortissants d'un État neutre se trouvant sur le territoire d'un État belligérant et les ressortissants d'un État co-belligérant ne seront pas considérés comme des personnes protégées aussi longtemps que l'État dont ils sont ressortissants aura une représentation diplomatique normale auprès de l'État au pouvoir duquel ils se trouvent."

²⁰⁴ Les travaux préparatoires semblent suggérer que les rédacteurs de la Convention entendaient étendre son champ d'application entre autres aux personnes ressortissantes d'une Partie au conflit mais qui ont été expulsées par cette Partie ou qui ont fui à l'étranger et ont obtenu le statut de réfugiés. Si, par la suite, ces personnes se retrouvent sur le territoire de l'autre Partie au conflit occupé par leur État d'origine, elles n'en conservent pas moins leur statut de "personnes protégées" (cf. Actes de la Conférence diplomatique de Genève de 1949, vol. II, p. 561 et 562, 793 à 796, 813 et 814.).

²⁰⁵ Cf. aussi l'article 44 de la IV^e Convention de Genève :

"En prenant les mesures de contrôle prévues par la présente Convention, la Puissance détentrice ne traitera pas comme étrangers ennemis, exclusivement sur la base de leur appartenance juridique à un État ennemi, les réfugiés qui ne jouissent en fait de la protection d'aucun gouvernement."

Cf. également l'article 70 2) :

"Les ressortissants de la Puissance occupante qui, avant le début du conflit, auraient cherché refuge sur le territoire occupé ne pourront être arrêtés, poursuivis, condamnés ou déportés hors du territoire occupé, que pour des infractions commises depuis le début des hostilités ou pour des délits de droit commun commis avant le début des hostilités qui, selon le droit de l'État dont le territoire est occupé, auraient justifié l'extradition en temps de paix."

protection diplomatique : les ressortissants d'un État neutre ou cobelligérant ne sont pas considérés comme des "personnes protégées" à moins qu'ils n'aient été privés de la protection diplomatique ou n'en jouissent pas. En d'autres termes, ces ressortissants ne sont pas des "personnes protégées" tant qu'ils jouissent de la protection diplomatique normale de leur État. Sitôt qu'ils la perdent ou n'en jouissent plus dans les faits, la Convention leur accorde automatiquement le statut de "personnes protégées".

166. Cette approche juridique, qui s'articule davantage autour des relations de fait que des liens formels, revêt encore plus d'importance dans les conflits armés internationaux contemporains. Alors que les guerres du passé opposaient principalement des États bien établis, les conflits armés interethniques modernes, comme en ex-Yougoslavie, se caractérisent par l'émergence de nouveaux États pendant le conflit et de ce fait, les allégeances peuvent tenir plus à l'appartenance ethnique qu'à la nationalité. Autrement dit, l'appartenance ethnique peut déterminer l'allégeance à une nation. Dans ces circonstances, la condition de nationalité s'avère encore moins adaptée à la détermination du statut de "personne protégée". S'agissant de pareils conflits, non seulement le texte de la Convention et les travaux qui ont abouti à sa rédaction, mais également, et plus significativement, l'objet et le but de la Convention, suggèrent que le critère déterminant est celui de l'allégeance à une Partie au conflit et, partant, du contrôle exercé par ladite Partie sur les personnes qui se trouvent sur un territoire donné.

(b) Conclusions factuelles

167. En l'espèce, d'aucuns soutiennent que les Serbes de Bosnie, et parmi eux l'Appelant, auraient eu la même nationalité que les victimes, c'est-à-dire qu'ils étaient ressortissants de Bosnie-Herzégovine. Cependant, il a été démontré plus haut que les Serbes de Bosnie agissaient en tant qu'organes de fait d'un autre État, nommément la RFY. Aussi les conditions fixées à l'article 4 de la IV^e Convention de Genève sont-elles remplies : les victimes étaient des "personnes protégées" parce qu'elles se sont trouvées au pouvoir des forces armées d'un État dont elles n'étaient pas ressortissantes.

168. On pourrait faire valoir qu'avant le 6 octobre 1992, date d'adoption de la "Loi sur la nationalité" en Bosnie-Herzégovine, les ressortissants de la RFY avaient la même nationalité que les citoyens de Bosnie-Herzégovine, à savoir celle de la République

socialiste fédérative de Yougoslavie. Même à supposer que cela soit exact, la conclusion ne changerait pas du point de vue juridique. Comme l'a affirmé plus haut la Chambre d'appel, l'article 4 de la IV^e Convention de Genève, interprété à la lumière de son objet et de son but, vise à assurer la protection maximale possible aux civils. En conséquence, son applicabilité ne dépend pas de liens formels et de relations purement juridiques. Son but primordial est d'offrir les protections assurées par la Convention aux civils qui ne jouissent pas d'une protection diplomatique, ne doivent en conséquence pas allégeance à l'État au pouvoir duquel ils pourraient se trouver, et ne subissent pas son contrôle. Pour accorder sa protection, l'article 4 entend se fonder sur la substance des relations plutôt que sur leur caractérisation juridique en tant que telle.

169. En conséquence, même si les auteurs des crimes et leurs victimes pouvaient être considérés en l'espèce comme étant de même nationalité, l'article 4 demeurerait applicable. En effet, les victimes ne devaient pas allégeance à l'État (la RFY) au nom duquel les forces des Serbes de Bosnie combattaient et elles ne jouissaient pas de la protection diplomatique de cet État.

C. Conclusion

170. Il s'ensuit que la Chambre de première instance a eu tort d'acquitter l'Appelant au seul motif de défaut d'applicabilité du régime des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949.

171. La Chambre d'appel déclare en conséquence l'Appelant coupable d'infractions graves aux Conventions de Genève sous les chefs 8, 9, 12, 15, 21 et 32 de l'Acte d'accusation.

**V. LE SECOND MOTIF D'APPEL INCIDENT SOULEVÉ
PAR L'ACCUSATION : LE CONSTAT D'INSUFFISANCE DE PREUVE
EN CE QUI CONCERNE LA PARTICIPATION DE L'ACCUSÉ
DANS LES MASSACRES DE JASKIĆI**

A. Arguments des parties

1. La thèse de l'Accusation

172. Le second motif de l'appel incident présenté par l'Accusation est le suivant :

La Chambre de première instance, au paragraphe 373, page 132 [du Jugement] a eu tort lorsqu'elle a jugé que, sur la foi des éléments de preuve qui lui ont été présentés, elle ne pouvait être convaincue au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé avait joué un rôle dans le meurtre de l'un ou l'autre des cinq hommes du village de Jaskići²⁰⁶.

173. L'Accusation approuve pleinement les conclusions factuelles de la Chambre de première instance²⁰⁷, mais soumet deux arguments. Premièrement, elle estime que sur la base des faits mentionnés, la Chambre de première instance n'a pas correctement appliqué les normes régissant l'administration de la preuve au-delà de tout doute raisonnable. Deuxièmement, elle estime que la Chambre de première instance, lorsqu'elle a jugé que l'Accusation ne s'était pas acquittée de la charge de la preuve, n'a pas correctement appliqué la doctrine du but commun²⁰⁸.

174. S'agissant du premier argument, l'Accusation estime que la seule conclusion raisonnable que l'on peut tirer des faits établis par la Chambre de première instance est la culpabilité²⁰⁹. Il faut, pour prouver les faits au-delà de tout doute raisonnable, que "les éléments de preuve soient tels qu'ils n'excluent pas nécessairement toute hypothèse ou toute possibilité que l'accusé soit innocent, mais toute hypothèse objective ou rationnelle pouvant être formulée au vu des éléments de preuve, à l'exception de celle de la culpabilité"²¹⁰. Selon l'Accusation, l'hypothèse de la Chambre de première instance selon laquelle "il est

²⁰⁶ *Cross-Appellant's Brief*, par. 3.6.

²⁰⁷ CR 169 (20 avril 1999).

²⁰⁸ CR 170 (20 avril 1999).

²⁰⁹ CR 176 (20 avril 1999).

²¹⁰ *Cross-Appellant's Brief*, par. 3.12.

parfaitement possible que la mort des cinq victimes ait été causée par l'action d'un groupe entièrement distinct d'hommes en armes²¹¹ n'est ni objective ni rationnelle²¹². L'emploi de termes tels que "simple éventualité"²¹³ et "pourrait indiquer"²¹⁴ montre que le critère de la preuve administrée au-delà de tout doute raisonnable n'a pas été dûment appliqué²¹⁵.

175. S'agissant du second argument, l'Accusation fait valoir que le principe essentiel de la doctrine du but commun est que si une personne a sciemment participé à un acte criminel en compagnie d'autres personnes, elle sera tenue responsable de tous les actes illicites qui se trouveraient être la conséquence naturelle et probable de ce but commun²¹⁶. La Chambre de première instance a conclu que l'Appelant avait participé à l'attaque de Sivci et de Jaskići dans le cadre d'un conflit armé sur le territoire de la municipalité de Prijedor entre mai et décembre 1992. Un aspect essentiel de l'attaque était que celle-ci procédait d'une politique visant à éliminer la population non-serbe de la région en commettant à son encontre des actes inhumains et violents afin de parvenir à la création de la Grande Serbie. Selon l'Accusation, la seule conclusion raisonnable qui s'impose au vu de l'ensemble des éléments de preuve est que le meurtre des cinq victimes était entièrement prévisible et était une conséquence naturelle et probable de l'attaque des villages de Sivci et de Jaskići le 14 juin 1992²¹⁷. De l'avis de l'Accusation, cette politique de nettoyage ethnique a été menée dans l'ensemble de l'opština de Prijedor à l'encontre des non-Serbes par divers moyens illicites, y compris le meurtre²¹⁸. À cet égard, les actes commis par l'Appelant et sa présence sur les lieux ont contribué de façon directe et significative à la réalisation de cette politique. Par conséquent, quel(s) que soi(en)t le ou les membres des forces serbes qui ont effectivement tué les cinq victimes, l'Appelant aurait dû être déclaré coupable en application de l'article 7 1) du Statut²¹⁹.

²¹¹ Jugement, par. 373

²¹² *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 42.

²¹³ Jugement, par. 373 : "La simple éventualité que ces habitants de Jaskići aient été tués parce qu'ils ont rencontré une partie de ce fort contingent suffit [...] pour que la Chambre ne puisse être convaincue au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a participé à leur meurtre."

²¹⁴ *Ibid.*, par. 373 : "Le fait que nul n'a été tué à Sivci pourrait indiquer que le meurtre des cinq hommes n'était pas un élément prémédité de cet épisode particulier de nettoyage ethnique des deux villages, auquel l'accusé a pris part [...]."

²¹⁵ CR 172 (20 avril 1999).

²¹⁶ *Cross-Appellant's Brief*, par. 3.19.

²¹⁷ *Ibid.*, par. 3.24 et 3.27.

²¹⁸ *Cross-Appellant's Brief*, par. 3.27 à 3.29 ; CR 179 et 180 (20 avril 1999).

²¹⁹ *Cross-Appellant's Brief*, par. 3.29.

2. La thèse de la Défense

176. La Défense soutient que la Chambre de première instance ayant conclu que personne n'avait été tué à Sivci le 14 juin 1992, elle a eu raison d'estimer qu'il était possible que les cinq victimes de Jaskiçi aient été tuées par un groupe distinct d'hommes en armes, d'autant plus que l'on ignore qui a pu tuer ces personnes et dans quelles circonstances²²⁰. Par conséquent, le critère de la preuve au-delà de tout doute raisonnable a été correctement appliqué²²¹.

177. S'agissant de l'argument du but commun présenté par l'Accusation, la Défense estime qu'il faut établir que le but commun auquel l'Appelant aurait été partie prenante envisageait le meurtre (alors que le nettoyage ethnique aurait pu être réalisé par d'autres moyens)²²². Se fondant sur la distinction entre l'opération menée à Jaskiçi et celle menée à Sivci, où personne n'a été tué, la Chambre de première instance a eu raison de conclure qu'il n'était pas possible d'établir au-delà de tout doute raisonnable que l'Appelant participait à une entreprise criminelle dont le dessein était de tuer²²³.

B. Examen

1. Le groupe armé auquel appartenait l'Appelant a commis les meurtres en question

178. La Chambre de première instance a établi, entre autres faits, que le 14 juin 1992, l'Appelant, en compagnie d'autres hommes armés, avait participé au transfert des hommes qui, après avoir été séparés des femmes et des enfants, avaient été emmenés du village de Sivci au camp de Keraterm, et qu'il avait aussi participé à l'incident durant lequel les habitants du village de Jaskiçi ont été appelés et les femmes et les enfants séparés des

²²⁰ *Defence's Substituted Response to Cross-Appellant's Brief*, par. 3.8 à 3.10 ; *Defence's Skeleton Argument on the Cross-Appeal*, par. 2 c).

²²¹ CR 251 (21 avril 1999).

²²² *Defence's Substituted Response to Cross-Appellant's Brief*, par. 3.19 ; *Defence's Skeleton Argument on the Cross-Appeal*, par. 2 d).

²²³ *Defence's Substituted Response to Cross-Appellant's Brief*, par. 3.9 et 3.10 ; *Defence's Skeleton Argument on the Cross-Appeal*, par. 2 d)

hommes, qui ont été battus et emmenés²²⁴. Elle a aussi établi que cinq hommes ont été tués dans ce village²²⁵.

179. Pour étayer sa conclusion qu'il n'a pas été établi au-delà de tout doute raisonnable que l'Appelant a joué un rôle dans le meurtre des cinq hommes, la Chambre de première instance a déclaré:

Le fait que nul n'ait été tué à Sivci pourrait indiquer que le meurtre des cinq hommes n'était pas un élément prémédité de cet épisode particulier de nettoyage ethnique des deux villages, auquel l'accusé a pris part ; il est donc parfaitement possible que leur mort ait été causée par l'action d'un groupe entièrement distinct d'hommes en armes, ou par un acte spontané et non autorisé du contingent qui a investi Sivci, ce dont l'accusé ne peut être tenu responsable²²⁶.

180. En ce qui concerne la possibilité que les meurtres aient été commis par un autre groupe armé, la Chambre de première instance a établi les faits suivants : un groupe d'hommes en armes, parmi lesquels se trouvait l'Appelant, est entré dans le village de Jaskiçi. Le groupe a séparé la plupart des hommes du reste des habitants du village et les a battus avant de les emmener de force vers une destination inconnue. L'Appelant a pris une part active aux actes de violence commis par ce groupe. Les membres du groupe ont tiré des coups de feu alors qu'ils approchaient du village ainsi qu'à leur départ.

181. On l'a vu, la Chambre de première instance avait aussi établi que cinq personnes avaient été retrouvées mortes après le départ du groupe armé ; quatre d'entre elles avaient été tuées d'une balle dans la tête. On n'en sait pas plus sur les auteurs ou les circonstances de ce meurtre. La Chambre de première instance a toutefois mentionné un fort contingent de soldats serbes, dont l'Appelant faisait partie, qui avait, le même jour, investi le village de Sivci, situé à proximité, sans qu'aucun des habitants de ce village ne soit tué. Elle a ensuite déclaré que :

La simple éventualité que ces habitants de Jaskiçi aient été tués parce qu'ils ont rencontré une partie de ce fort contingent [de soldats serbes investissant Sivci] suffit, en l'état de la preuve – ou plutôt de l'absence de preuve – quant à leur mort, pour que la Chambre ne puisse être convaincue au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé a participé à leur meurtre.²²⁷

²²⁴ Jugement, par. 369 et 373.

²²⁵ *Ibid.*, par. 370 à 373.

²²⁶ *Ibid.*, par. 373.

²²⁷ *Ibid.*, par. 373.

182. La Chambre de première instance n'a fait allusion à la connaissance d'aucun témoignage suggérant qu'un autre groupe d'hommes en armes puisse être responsable du meurtre des cinq hommes. De fait, aucun témoin n'a fait de déclarations allant dans ce sens.

183. Au regard des faits établis par la Chambre de première instance, la Chambre d'Appel estime que, s'agissant de la possibilité qu'un autre groupe armé ait tué les cinq hommes, la Chambre de première instance n'a pas correctement appliqué le critère de la preuve administrée au-delà de tout doute raisonnable. D'après les faits établis, la seule conclusion raisonnable qui aurait pu être tirée par la Chambre de première instance est que le groupe armé auquel appartenait l'Appelant a tué les cinq hommes à Jaskići.

184. Compte tenu de cette conclusion, la Chambre d'appel n'a pas à examiner la seconde éventualité avancée par la Chambre de première instance, à savoir que le meurtre des cinq hommes à Jaskići serait "un acte spontané et non autorisé du contingent qui a investi Sivić".

2. Responsabilité pénale individuelle de l'Appelant pour les meurtres commis

(a) L'article 7 1) du Statut et la notion de but commun

185. La question qui se pose est par conséquent de savoir si, en droit pénal international, l'Appelant peut être tenu pénalement responsable du meurtre des cinq hommes à Jaskići, bien que rien ne prouve qu'il a personnellement tué l'un ou l'autre d'entre eux. Les deux questions essentielles sont de savoir :

- i) si les actes commis par une personne peuvent engager la responsabilité pénale d'une autre personne quand elles ont toutes deux participé à l'exécution d'un projet criminel commun, et
- ii) quel est le degré d'élément moral (*mens rea*) requis dans ce cas.

186. Le postulat est qu'en droit international comme dans les systèmes juridiques internes, la responsabilité pénale repose sur le principe de la culpabilité individuelle : nul ne peut être tenu pénalement responsable pour des actes ou des transactions dans lesquels il n'a pas été personnellement impliqué ou auxquels il n'a pas participé de toute autre manière

(*nulla poena sine culpa*). En droit interne, ce principe est consacré dans la constitution²²⁸, la législation²²⁹ ou la jurisprudence²³⁰. En droit international, il est énoncé, entre autres, à l'article 7 1) du Statut du Tribunal international, qui stipule que :

Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent statut est *individuellement responsable* dudit crime (non souligné dans le texte).

Ce principe est clairement expliqué dans le rapport du Secrétaire général sur la création du Tribunal international, qui indique que :

Un élément important du point de vue de la compétence *ratione personae* (compétence relative aux personnes) du Tribunal international est le principe de la *responsabilité pénale individuelle*. Comme on l'a indiqué plus haut, le Conseil de sécurité a réaffirmé dans plusieurs résolutions que les personnes qui commettent de graves violations du droit international humanitaire en ex-Yougoslavie sont individuellement responsables de ces violations.²³¹

L'article 7 1) définit aussi les critères de la responsabilité pénale individuelle au sens des dispositions du Statut. Tout acte relevant de l'une des cinq catégories visées par cette disposition peut engager la responsabilité pénale individuelle de l'auteur ou de quiconque ayant participé au crime d'une des manières décrites dans ladite disposition.

187. À la lumière des principes généraux qui précèdent, il convient de déterminer si la responsabilité pénale pour avoir participé à un but criminel commun relève de l'article 7 1) du Statut.

188. Cette disposition couvre d'abord et avant tout la perpétration physique d'un crime par l'auteur lui-même, ou l'omission coupable d'un acte requis en vertu d'une règle de droit pénal. Toutefois, on considère que la perpétration de l'un des crimes visés aux articles 2, 3, 4 ou 5 du Statut peut aussi revêtir la forme d'une participation à la réalisation d'un dessein ou d'un but commun.

²²⁸ On en trouve un exemple à l'article 27, par. 1 de la Constitution italienne ("*La responsabilità penale è personale.*" ["La responsabilité pénale est individuelle" (traduction non officielle)].

²²⁹ Cf. par exemple l'article 121-1 du Code pénal français ("Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait") et le paragraphe 4 du *Strafgesetzbuch* autrichien ["*Strafbar ist nur, wer schuldhaft handelt*" : "seul le coupable sera puni" (traduction non officielle)].

²³⁰ Ce principe au demeurant fondamental est généralement exprimé sous une forme plutôt tacite qu'explicite. Toutefois, on trouvera un exemple où il est expressément spécifié, s'agissant de la Grande-Bretagne, dans l'affaire *R. v. Dalloway* (1847) 3 Cox CC 273. Cf. aussi les diverses décisions de la Cour constitutionnelle allemande, notamment BverfGE 6, 389 (439) et 50, 125 (133), ainsi que les décisions de la Cour fédérale de justice allemande [notamment BGHSt 2, 194 (200)].

²³¹ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de Sécurité, (S/25704), 3 mai 1993 ("rapport du Secrétaire général"), par. 53 (non souligné dans le texte).

189. Une interprétation du Statut sur la base de son objet et de son but mène à la conclusion qu'il vise à étendre la compétence du Tribunal à *toutes* les "personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire" commises en ex-Yougoslavie (article premier). Comme il ressort tant du libellé de l'article 7 1) que des dispositions énonçant les crimes qui relèvent de la compétence du Tribunal international (articles 2 à 5), cette responsabilité pour des violations graves du droit international humanitaire ne se limite pas à ceux qui ont effectivement commis l'élément matériel des crimes énoncés (*actus reus*), mais semble aussi s'étendre à d'autres auteurs (voir en particulier l'article 2, qui vise les personnes qui commettent ou *donnent l'ordre* de commettre des infractions graves aux Conventions de Genève, et l'article 4, qui énumère les différents actes relevant du génocide, y compris *l'entente* en vue de commettre un tel acte, *l'incitation, la tentative* et la *complicité*).

190. Il convient de remarquer que cette notion est exposée dans le rapport du Secrétaire général, selon lequel :

Le Secrétaire général est d'avis que *toutes* les personnes qui *participent* à la planification, à la préparation ou à l'exécution de violations graves du droit international humanitaire dans l'ex-Yougoslavie contribuent à commettre la violation et sont donc individuellement responsables.²³²

En conséquence, toutes les personnes impliquées dans des violations graves du droit international humanitaire doivent être traduites en justice, quelle que soit la manière dont elles ont commis ces violations ou y ont participé. S'il en est ainsi, on peut en conclure que le Statut ne se contente pas de conférer compétence à l'encontre des personnes qui planifient, incitent à commettre, ordonnent, commettent physiquement ou de toute autre manière aident et encouragent à planifier, préparer ou exécuter un crime. Le Statut ne s'arrête pas là. Il n'exclut pas les cas où plusieurs personnes poursuivant un but commun entreprennent de commettre un acte criminel qui est ensuite exécuté soit de concert par ces personnes, soit par quelques membres de ce groupe de personnes. Quiconque contribue à la perpétration d'un crime par le groupe de personnes visé ou par certains de ses membres, en poursuivant un but criminel commun, peut être tenu pénalement responsable sous certaines conditions, qui sont exposées ci-dessous.

²³² *Ibid.*, par 54 (non souligné dans le texte).

191. Cette interprétation n'est pas uniquement dictée par l'objet et le but du Statut mais est aussi justifiée par la nature même de nombreux crimes internationaux fréquemment commis en temps de guerre. La plupart de ces crimes ne sont pas le fait de la propension d'individus isolés à commettre des actes criminels mais sont des manifestations d'un comportement criminel collectif : ils sont souvent exécutés par des groupes d'individus agissant de concert aux fins de la réalisation d'un dessein criminel commun. Bien que le crime puisse être physiquement commis par certains membres du groupe (meurtre, extermination, destruction arbitraire de villes et villages, etc.), la participation et la contribution des autres membres du groupe est souvent essentielle pour favoriser la perpétration des crimes en question. Il s'ensuit que sur le plan de l'élément moral, la gravité d'une telle participation est rarement moindre – ou différente – de celle des personnes ayant effectivement exécuté les actes visés.

192. Dans ces circonstances, le fait de tenir pénalement responsable en tant qu'auteur d'un crime uniquement la personne qui a matériellement exécuté l'acte criminel revient à négliger le rôle de coauteur joué par tous ceux qui, d'une manière ou d'une autre, ont permis à l'auteur principal d'exécuter physiquement cet acte criminel. De même, selon les circonstances, les tenir responsables uniquement en tant que complices (*aiders and abettors*) peut minimiser leur degré de responsabilité pénale.

193. Cette interprétation, qui repose sur le Statut et sur les caractéristiques propres à maints crimes perpétrés en temps de guerre, justifie la conclusion selon laquelle la responsabilité pénale internationale s'applique à des actes perpétrés par un groupe d'individus agissant de concert en vue d'atteindre un but criminel commun. Il convient également de remarquer – comme on le verra plus loin – qu'en droit pénal international, les règles relatives au but commun s'accordent avec la position adoptée dans de nombreux systèmes juridiques nationaux et la reprennent dans une large mesure.

194. Toutefois, le Statut du Tribunal ne spécifie pas (ni explicitement ni implicitement) les éléments objectifs et subjectifs (*actus reus* et *mens rea*) de cette catégorie de comportements criminels collectifs. Il convient, pour les identifier, de se tourner vers le droit international coutumier. Les règles de droit coutumier dans ce domaine se dégagent de différentes sources, principalement de la jurisprudence et de quelques dispositions juridiques internationales.

195. De nombreuses affaires de crimes de guerre jugées après la Deuxième Guerre mondiale ont été réglées en partant du principe que lorsque deux personnes ou plus agissent de concert dans un but criminel commun, les crimes commis par l'une d'entre elles peuvent engager la responsabilité pénale de tous les autres membres du groupe. Un examen attentif de la jurisprudence pertinente montre que, généralement parlant, la notion de but commun recouvre trois catégories distinctes d'actes de criminalité collective.

196. La première de ces catégories concerne les affaires où tous les coaccusés, agissant de concert dans un but criminel commun, ont la même intention criminelle : par exemple, dans le cas de la formulation par les coauteurs d'un projet visant à tuer, en réalisant cet objectif commun (même si chacun des coauteurs joue un rôle différent dans l'affaire) tous sont animés de l'intention de tuer. Les éléments objectifs et subjectifs permettant d'établir la responsabilité pénale d'un coauteur qui n'a pas commis les meurtres ou dont il n'a pas été prouvé qu'il l'ait fait sont les suivants : i) l'accusé doit participer de son propre chef à l'un des aspects du but commun (par exemple, en infligeant des violences non mortelles à la victime, en apportant une aide matérielle ou en facilitant les actes des coauteurs), et ii) l'accusé, même s'il n'a pas personnellement commis le meurtre, doit toutefois avoir eu l'intention d'atteindre ce résultat.

197. S'agissant de cette catégorie, il convient de se reporter à l'affaire *Georg Otto Sandrock et consorts* (dite "le procès d'Almelo")²³³. En l'occurrence, un tribunal britannique a invoqué la doctrine de "l'entreprise commune" pour déclarer trois allemands coupables du meurtre d'un prisonnier de guerre britannique. Il était clair qu'ils avaient tous l'intention de tuer le soldat britannique, bien que chacun d'eux ait joué un rôle différent dans l'affaire. Ils se sont ainsi tous trouvés coauteurs du meurtre²³⁴. De même, dans l'affaire

²³³ *Trial of Otto Sandrock and three others, British Military Court for the Trial of War Criminals*, procès entendu au Tribunal d'Almelo, Pays-Bas, du 24 au 26 novembre 1945, *Law Reports*, vol. I, p. 35).

²³⁴ Les accusés étaient des sous-officiers allemands qui avaient exécuté un prisonnier de guerre britannique et un civil néerlandais dans la maison duquel se cachait l'aviateur britannique. Pour chacun des deux meurtres, l'un des Allemands avait tiré le coup mortel, un autre avait donné l'ordre et le troisième était resté près de la voiture qu'ils avaient utilisée pour se rendre dans un bois aux alentours de la ville d'Almelo (Pays-Bas), afin d'empêcher quiconque de s'approcher du lieu de l'exécution. Le Procureur a déclaré qu'il lui semblait qu'il y avait "une analogie entre ce crime et l'association de malfaiteurs, chacun des membres du groupe portant la même responsabilité que la personne ayant effectivement tiré les coups de feu" (*ibid.*, p. 37, traduction non officielle). Dans ses conclusions, l'assesseur a déclaré :

"Il était indiscutable, à mon sens, que les trois [Allemands] savaient ce qu'ils faisaient et s'étaient rendus là dans le seul but de tuer cet officier ; vous n'êtes pas sans savoir que si des personnes sont toutes présentes ensemble au même moment, participant à une entreprise illicite commune, contribuant chacune à sa façon à l'objectif commun, elles sont toutes également coupables en droit" (voir la transcription officielle, Public Record Office, London, WO 235/8, p. 70 ; copie dans les archives de la

Hoelzer et consorts, portée devant un tribunal militaire canadien, l'assesseur (*Judge Advocate*), a parlé dans ses conclusions d'une "entreprise commune" s'agissant du meurtre d'un prisonnier de guerre canadien par trois allemands et a souligné que ces trois personnes savaient qu'elles emmenaient la victime en un endroit précis dans l'intention de la tuer²³⁵.

198. L'affaire *Jepsen et consorts*²³⁶ constitue un autre exemple de cette forme de participation à la perpétration d'un crime. Un tribunal britannique avait à se prononcer sur la responsabilité de Jepsen (un des accusés) dans la mort de personnes internées dans un camp de concentration durant les quelques semaines qui avaient précédé la capitulation de l'Allemagne en 1945, dans l'attente de leur transfert à un autre camp. À cet égard, le Procureur a fait valoir (sans que l'assesseur ne le réfute) que :

Si Jepsen a pris part à ce massacre délibéré de quelque 80 personnes, aidant les autres en faisant sa part de la besogne, l'ensemble des quelque 80 meurtres peuvent lui être imputés ainsi qu'à chacun des hommes qui ont d'une quelconque manière aidé à commettre cet acte.²³⁷

De façon similaire, l'assesseur avait observé dans l'affaire *Schonfeld* que:

Si plusieurs personnes s'associent dans un but illicite, ou dans un but licite en ayant recours à des moyens illicites, et que l'une d'elles réalise cet objectif et tue quelqu'un, ce meurtre est imputable à toutes les personnes présentes [...] à condition qu'il ait été commis par un membre du groupe tandis qu'il s'employait à mener à bien l'objectif commun du groupe.²³⁸

199. On remarquera que certaines affaires semblent, d'un point de vue général, associer les notions de but commun et de causalité. On peut citer à cet égard l'affaire *Ponzano*²³⁹, qui

Bibliothèque du Tribunal international ; le rapport figurant au volume I, p. 40 des *Law Reports* est légèrement différent).

Tous les accusés ont été reconnus coupables ; toutefois, ceux qui avaient ordonné l'exécution ou tiré les coups de feu ont été condamnés à la peine capitale, tandis que les autres ont été condamnés à 15 années de réclusion (*ibid.*, p. 41).

²³⁵ *Hoelzer et al.*, Canadian Military Court, Aurich, Germany, Compte rendu des débats du 25 mars au 6 avril 1946, vol. I, p. 341, 347 et 349 (RCAF Binder 181.009 (D2474) ; copie disponible auprès de la bibliothèque du Tribunal international).

²³⁶ *Trial of Gustav Alfred Jepsen and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Luneberg, Germany* (du 13 au 23 Août, 1946), jugement rendu le 24 août 1946 (transcriptions originales conservées auprès du Public Record Office, Kew, Richmond ; copie disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international).

²³⁷ *Ibid.*, p. 241, traduction non officielle.

²³⁸ *Trial of Franz Schonfeld and others*, British Military Court, Essen, tenu du 11 au 26 juin 1946, *Law Reports*, vol. XI, p. 68 (conclusions de l'assesseur, traduction non officielle).

²³⁹ *Trial of Feurstein and others, Proceedings of a War Crimes Trial held at Hamburg, Germany*, (du 4 au 24 août 1948), jugement rendu le 24 août 1948 (transcriptions originales conservées auprès du Public Record Office, Kew, Richmond ; copie disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international).

concernait le meurtre de quatre prisonniers de guerre britannique en violation des règles de la guerre. Dans ce cas, l'assesseur a souscrit à l'opinion du Procureur²⁴⁰, et souligné que :

[...] il importe qu'un accusé, avant d'être reconnu coupable, ait été impliqué dans le crime. Être impliqué dans la perpétration d'un crime [...] ne signifie pas seulement que l'intéressé soit la personne qui a infligé le coup mortel et causé directement la mort de la victime, que ce soit par un coup de feu ou par tout autre moyen violent, mais suppose également un degré de participation indirecte [...]. En d'autres termes, il doit être le rouage dans la succession des événements qui a conduit au résultat qui s'est effectivement produit. Il peut parvenir à ces fins non seulement en donnant l'ordre de commettre un crime, mais aussi par divers autres moyens [...].²⁴¹

De plus, l'assesseur a fait valoir que si l'implication de l'accusé dans les actes reprochés doit faire apparaître un lien de causalité, sa participation n'est pas une condition *sine qua non*. Il n'est pas non plus nécessaire que la commission du crime tienne uniquement à sa participation²⁴². Gardant à l'esprit les deux éléments constitutifs de la responsabilité pénale dans cette catégorie d'affaires, l'assesseur a toutefois souligné qu'il était nécessaire que l'accusé ait eu connaissance du but envisagé de l'entreprise criminelle²⁴³.

²⁴⁰ Le Procureur a déclaré ce qui suit :

“Un principe fondamental en droit anglais et, en fait, dans tous les systèmes de droit, est qu'une personne est responsable de ses actes et est supposée en prévoir les conséquences naturelles et normales, et si ces hommes [...] ont déclenché les événements ayant entraîné la mort des quatre victimes, ils sont alors coupables du meurtre de celles-ci. Il ne faut pas nécessairement que l'un ou l'autre de ces hommes ait emmené eux-mêmes ces soldats à l'extérieur et les aient personnellement exécutés ou abattus. Cela n'est absolument pas nécessaire ; tout ce qu'il faut pour qu'ils soient considérés responsables, c'est qu'ils aient déclenché les événements qui ont conduit aux coups de feu ayant provoqué la mort des quatre hommes en question” (*ibid.*, p. 4, traduction non officielle).

²⁴¹ *Ibid.*, conclusions de l'assesseur, p. 7.

²⁴² À cet égard, l'assesseur a noté que : “[...] bien entendu, il est tout à fait possible que le crime ait eu lieu en l'absence de l'un des accusés ici présents, mais cela ne revient pas à dire [...] que les accusés ne sont pas un maillon de la chaîne [...]” (*ibid.*, p. 7 et 8).

²⁴³ En particulier, on a fait valoir que pour qu'une personne soit “impliquée dans la perpétration d'un crime”, il est nécessaire de prouver :

“Que lorsqu'elle a pris part au crime, elle en connaissait le but envisagé. S'il était établi qu'un accusé, quel qu'il soit, avait donné l'ordre de procéder à cette exécution, pensant qu'il s'agissait d'une exécution parfaitement légale, que ces quatre soldats avaient été condamnés à mort par une cour établie dans les règles et que, par conséquent, donner l'ordre de les exécuter revenait ni plus ni moins à appliquer la décision rendue par la cour, alors l'accusé ne serait pas déclaré coupable puisqu'il n'avait pas connaissance de sa faute. Par contre, lorsque [...] une personne est effectivement impliquée et [...] qu'elle connaissait le but envisagé de ces actes, cette personne est reconnue coupable du crime qui lui est reproché”. (*ibid.* p. 8).

Le fait qu'il faut qu'il y ait connaissance de cause de chaque participant, même si celle-ci peut être uniquement déduite des circonstances, a été également souligné dans l'affaire *Stalag Luft III, Trial of Max Ernst Friedrich Gustav Wielen and Others, Proceedings of the Military Court at Hamburg*, du 1^{er} au 3 juillet 1947) (transcriptions originales déposées au Public Record Office, Kew, Richmond ; disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international). Cette affaire concernait le meurtre de cinquante officiers des forces aériennes alliées qui s'étaient évadés du camp *Stalag Luft III* en Silésie. Dans ses déclarations liminaires, le Procureur avait souligné que :

“tous, en particulier tous les policiers, quelles que soient leurs fonctions, savaient pertinemment qu'un grand nombre de prisonniers de guerre s'étaient évadés le 25 mars 1944 [...], de sorte que chaque

200. Une dernière affaire qui mérite d'être mentionnée en ce qui concerne cette première catégorie est celle des *Einsatzgruppen*²⁴⁴. S'agissant du but commun, un tribunal des États-Unis siégeant à Nuremberg a observé que :

Il convient de garder à l'esprit le principe élémentaire selon lequel ni en vertu de la Loi n°10 du Conseil de contrôle ni en vertu de quelque système de droit pénal que ce soit, la culpabilité en cas de meurtre ne se limite à l'individu qui appuie sur la détente ou qui enterre le cadavre. Conformément aux principes reconnus dans tous les systèmes juridiques civilisés, le paragraphe 2 de l'article II de la Loi n°10 du Conseil de contrôle spécifie un certain nombre d'éléments connexes qui suffisent à établir la culpabilité des intéressés dans un meurtre. Ainsi, sont coupables non seulement les auteurs principaux mais aussi les complices, ceux qui consentent à prendre part à la perpétration d'un crime ou qui sont mêlés à des projets ou entreprises liés à une telle perpétration, ceux qui ordonnent ou encouragent le crime, et ceux qui appartiennent à une organisation ou à un groupe cherchant à commettre un crime. Ces dispositions n'entérinent aucun principe rigoureux ou innovateur en matière de responsabilité pénale [...].²⁴⁵

policier savait que des prisonniers de guerre couraient toujours. Il me semble qu'il importe de s'en souvenir, en particulier en ce qui concerne certains des membres subalternes de la Gestapo qui comparaissent devant ce tribunal ; il importe de s'en souvenir parce qu'ils pourraient déclarer qu'ils ne savaient pas qui étaient ces personnes. Ils pourraient dire qu'ils ne savaient pas qu'il s'agissait de prisonniers de guerre mais, en réalité, ils le savaient tous [...]" (*ibid.*, p. 276, traduction non officielle). De plus, dans deux affaires concernant la participation d'un accusé dans les émeutes de la Nuit de cristal, la Cour suprême pour la Zone britannique a souligné qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé ait su que des émeutes avaient lieu dans le *Reich* tout entier. Il suffisait qu'il ait connaissance de l'action locale, qu'il l'ait approuvée et voulue "en tant que sienne". Le fait que l'accusé ait délibérément participé aux actions consistant à prendre des mesures arbitraires à l'encontre des Juifs suffisait pour le déclarer coupable d'un crime contre l'humanité (affaire n° 66, *Strafsenat.Urteil vom 8 Februar 1949 gegen S. StS 120/48*, p. 284 à 290, à la page 286, vol. II) Cf. aussi l'affaire n° 17, vol. I, p. 94 à 98, p. 96, dans laquelle la Cour suprême a jugé qu'il était sans objet que les mauvais traitements, les déportations et les destructions survenus cette nuit là dans d'autres régions du pays n'avaient pas atteint les mêmes proportions dans ce village. Il suffisait que l'accusé ait sciemment participé aux actions et "qu'il ne fût pas sans savoir que l'action locale était une mesure visant à instaurer la terreur et s'inscrivait dans la perspective de la persécution des Juifs dans tout le pays" (traductions non officielles).

²⁴⁴ *The United States of America v. Otto Ohlenforf et al., Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, United States Government Printing Office, Washington, 1951, vol. IV, p. 3.

²⁴⁵ Le tribunal a ajouté :

"Même si ces hommes (Radetsky, Ruchl, Schubert et Graf) n'exerçaient pas de fonctions de commandement, ils ne peuvent nier qu'ils étaient membres des *Einsatzgruppen*, dont la mission, comme le savaient tous les membres, était d'exécuter un programme de meurtres à grande échelle. Tout membre qui a contribué à permettre à ces unités de fonctionner, sachant ce qui se préparait, est coupable des crimes commis par ces unités. Le cuisinier dans la cambuse d'un bateau pirate n'échappe pas à la pendaison simplement parce qu'il est dépourvu de sabre d'abordage. L'individu qui se tient devant la porte d'une banque et surveille les environs peut passer pour un citoyen tout à fait inoffensif, mais si son but est d'avertir ses acolytes en train de dévaliser la banque de l'arrivée de la police, sa culpabilité ne fait aucun doute. Et si l'on suppose, pour les besoins de l'argumentation, que des accusés tels que Schubert et Graf parviennent à faire valoir qu'ils n'ont joué qu'un rôle accessoire en l'espèce, ils ne sont toujours pas mieux lotis que le cuisinier ou que le guetteur." (*ibid.*, p. 373, non souligné dans le texte, traduction non officielle).

À cet égard, le tribunal s'est aussi penché sur l'allégation selon laquelle certains des commandants n'avaient pas directement participé aux crimes perpétrés, et a observé que :

"[...] s'agissant d'accusés tels que Jost et Naumann, [...] il est [...] tout à fait probable qu'ils n'aient pas, ou du moins rarement, participé personnellement aux exécutions. Et il eut été en effet étrange qu'ils le

201. Il convient de remarquer qu'à l'occasion de nombreux procès tenus dans d'autres pays après la Deuxième Guerre mondiale, les tribunaux ont adopté la même approche dans le cas de crimes impliquant la participation – à des degrés divers – de deux personnes ou davantage. Toutefois, ils ne se sont pas fondés sur la notion de but commun ou de dessein commun, leur préférant celle de coaction. C'est notamment le cas des affaires jugées par les instances italiennes²⁴⁶ et allemandes²⁴⁷.

202. La deuxième catégorie d'affaires est à de nombreux égards similaire à celle décrite ci-dessus et englobe ce qu'il est convenu d'appeler les affaires des camps de concentration. La notion de but commun a été appliquée dans les cas où les faits reprochés étaient supposés avoir été commis par des membres des unités militaires ou administratives chargées des camps de concentration, c'est-à-dire par des personnes agissant en application d'un plan concerté. Les affaires les plus représentatives de cette catégorie sont celles du Camp de concentration de Dachau²⁴⁸, jugée par un tribunal des États-Unis siégeant en Allemagne et de Belsen²⁴⁹, jugée par un tribunal militaire britannique siégeant également en Allemagne. Dans ces deux affaires, les accusés occupaient un poste d'un échelon relativement élevé dans la hiérarchie des camps de concentration. D'un point de vue général, ils étaient accusés d'avoir agi conformément à un but commun visant à tuer des prisonniers ou leur faire subir des mauvais traitements, commettant ainsi des crimes de

fassent [en tant que personnes en position d'autorité]. Loin d'être un moyen de défense ou même une circonstance atténuante, le fait que [ces accusés] n'ont pas personnellement exécuté un grand nombre de personnes, mais qu'ils se sont davantage préoccupés de diriger l'ensemble des opérations des *Einsatzgruppen*, ne fait qu'aggraver leur responsabilité dans les crimes commis par les hommes placés sous leur commandement" (*ibid.*).

²⁴⁶ Cf. par exemple les décisions de la Cour de cassation italienne relatives aux crimes commis par des miliciens ou des forces de la *Repubblica Sociale Italiana* à l'encontre des partisans italiens ou des forces armées : *Annalberti et al.*, 18 juin 1949, dans *Giustizia penale* 1949, titre II, col. 732, n° 440 ; l'affaire *Rigardo et al.*, 6 juillet 1949, *ibid.*, col. 733 et 735, n° 443 ; *P.M. c. Castoldi*, 11 juillet 1949, *ibid.*, n° 444 ; *Imolesi et al.*, 5 mai 1949, *ibid.*, col. 734, n° 445. Cf. aussi *Ballestra*, 6 juillet 1949, *ibid.*, col. 732 et 733, n° 442.

²⁴⁷ Cf. par exemple l'arrêt rendu le 10 août 1948 par la Cour suprême allemande pour la Zone britannique dans l'affaire *K. et A.*, dans *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen*, vol. I, p. 53 à 56 ; l'arrêt du 22 février 1949 dans l'affaire *J. et A.*, *ibid.*, p. 310 à 315 ; la décision du Tribunal de district (*Landgericht*) de Cologne en date des 22 et 23 janvier 1946 dans l'affaire *Hessmer et al.*, dans *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. I, p. 13 à 23, aux pages 13 et 20 ; la décision du 21 décembre 1946 du Tribunal de district (*Landgericht*) de Francfort-sur-le-Main dans l'affaire *M. et al.* (*ibid.*, p. 135 à 165, à la page 154) et l'arrêt de la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) du 12 août 1947 dans la même affaire (*ibid.*, p. 166 à 186 et à la page 180) ; ainsi que la décision du Tribunal de district de Braunschweig en date du 7 mai 1947 dans l'affaire *Affeldt*, *ibid.*, p. 383 à 391, à la page 389.

²⁴⁸ *Trial of Martin Gottfried Weiss and thirty-nine others*, General Military Government Court of the United States Zone, Dachau, Allemagne, 15 novembre au 13 décembre 1945, *Law Reports*, vol. XI, p. 5.

²⁴⁹ *Trial of Josef Kramer and 44 others*, British Military Court, Luneberg, 17 septembre au 17 novembre 1945, *Law Reports*, vol. II, p. 1.

guerre²⁵⁰. Dans sa récapitulation de l'affaire de *Belsen*, l'assesseur a retenu les trois critères jugés nécessaires par l'Accusation pour établir la culpabilité des accusés : i) l'existence d'un système organisé visant à maltraiter les détenus et à commettre les divers crimes reprochés ; ii) le fait que les accusés avaient connaissance de la nature dudit système ; iii) le fait que les accusés aient d'une certaine manière directement participé à la mise en œuvre du système, c'est-à-dire qu'ils aient encouragé ou aidé ou de toute autre manière participé à la réalisation d'un but criminel commun²⁵¹. Il semble que plusieurs des accusés aient été explicitement condamnés sur la base de ces critères²⁵².

203. Cette catégorie d'affaires (qui ne s'applique manifestement pas aux faits en l'espèce) est en réalité une variante de la première catégorie examinée ci-dessus. Les accusés reconnus coupables ont été considérés comme les coauteurs de mauvais traitements, compte tenu de la "position d'autorité" qu'ils occupaient objectivement dans le système concentrationnaire et du fait qu'ils avaient "le pouvoir de veiller sur les détenus et de leur permettre de vivre dans des conditions satisfaisantes"²⁵³, mais qu'ils ne l'avaient pas fait²⁵⁴.

²⁵⁰ Cf. l'affaire du *Camp de concentration de Dachau*, *Law Reports*, vol. XI, p. 14, traduction non officielle : "Il semble par conséquent, que ce qui ressort tout au long de l'affaire, tel un fil conducteur, c'est qu'il existait au sein du camp un système généralisé consistant à infliger des traitements cruels aux détenus ou à les exécuter (la plupart d'entre eux étant des ressortissants des Alliés), que les accusés, qui faisaient partie du personnel du camp, avaient connaissance du fonctionnement de ce système, et qu'ils y prenaient une part active. Le tribunal saisi de l'affaire a considéré qu'une telle attitude revenait à agir en obéissant à un dessein commun en violation des lois et usages de la guerre. Tous ceux qui ont pris une part quelconque dans la réalisation de ce dessein commun ont été reconnus coupables de crime de guerre, bien que la nature et le degré de leur participation pouvait varier."

²⁵¹ L'assesseur a résumé et approuvé l'argument juridique du Procureur dans les termes suivants :

"L'argument de l'Accusation est que tous les accusés qui faisaient partie du personnel à Auschwitz savaient qu'un certain système y était appliqué et qu'un certain état d'esprit y régnait. En contribuant d'une manière ou d'une autre d'un commun accord à administrer le camp de manière brutale, toutes ces personnes ont adhéré à cet état d'esprit. Elles ont demandé à la cour de ne pas considérer les actes individuels qui pouvaient être prouvés comme étant simplement des crimes commis par elles-mêmes, mais également comme des éléments de preuve indiquant clairement que chacun des auteurs agissait délibérément en tant que partie contribuant à ce système. Elles ont suggéré que si la cour était convaincue que tel était le cas, chacune d'elles assumerait la responsabilité des faits". (affaire *Belsen*, *Law Reports*, vol. II, p. 121, traduction non officielle).

²⁵² Il semble que c'est sur cette base, que l'accusé Kramer, en particulier, a été condamné. Cf. *ibid.*, p. 121 : "L'assesseur a rappelé à la cour que si l'on examinait la question de la culpabilité et de la responsabilité, c'était certainement Kramer qui était le plus gravement impliqué, suivi des autres accusés *selon la hiérarchie des postes qu'ils occupaient*." (non souligné dans le texte)

²⁵³ *Ibid.*, p. 121.

²⁵⁴ On peut également mentionner à ce propos l'affaire *R. Mulka et al.* (affaire du *Camp de concentration d'Auschwitz*). Bien que le cour soit arrivée aux mêmes conclusions, elle n'a toutefois pas appliqué la doctrine du but commun mais a plutôt considéré les accusés comme des complices tant qu'ils avaient agi dans le cadre des ordres qui leur avaient été donnés, et comme auteurs principaux ceux qui avaient agi en dehors de ce cadre. Cela signifie que s'il n'était pas possible de prouver que l'accusé s'identifiait effectivement aux objectifs du régime nazi, la cour le considérait comme un complice étant donné qu'il n'avait pas l'intention spécifique de "commettre le crime de son propre chef" (Cf. en particulier *Bundesgerichtshof* dans *Justiz und*

Il semble que dans ces affaires, l'élément matériel (*actus reus*) requis était une participation active dans la mise en œuvre d'un système répressif, comme on pouvait le déduire du pouvoir que détenait chacun des accusés et des fonctions qu'il exerçait. L'élément moral (*mens rea*) comprenait les critères suivants : i) les accusés avaient connaissance de la nature du système et ii) ils avaient l'intention de contribuer à l'objectif commun concerté consistant à maltraiter les détenus. Il importe de remarquer que dans ces affaires, l'intention requise pouvait aussi être déduite de la position d'autorité que détenait le personnel du camp. En effet, il n'était pas réellement nécessaire de prouver l'intention requise lorsque le rang occupé par l'accusé ou l'autorité qu'il exerçait était en soi une indication qu'il avait connaissance du but commun et qu'il avait l'intention d'y contribuer. Tous les accusés ont été reconnus coupables de crimes de guerre pour les mauvais traitements infligés, bien que, naturellement, les peines prononcées à leur égard aient varié en fonction du degré de leur participation respective dans lesdits crimes.

204. La troisième catégorie concerne les affaires de but commun dans lesquelles l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une conséquence naturelle et prévisible de sa mise en œuvre. Il peut s'agir par exemple d'une intention commune et partagée par un groupe d'expulser par la force les membres d'un groupe ethnique de leur ville, village ou région (en d'autres termes, de procéder à un "nettoyage ethnique"), avec pour conséquence qu'une ou plusieurs personnes soient tuées dans l'opération. Alors que le meurtre peut n'avoir pas été explicitement envisagé dans le cadre du but commun, il était néanmoins prévisible que l'expulsion de civils sous la menace des armes pouvait très bien se solder par la mort de l'un ou de plusieurs de ces civils. La responsabilité pénale de tous les participants à l'entreprise commune est susceptible d'être engagée quand le risque que des meurtres soient commis était à la fois une conséquence prévisible de la réalisation du but commun et du fait que l'accusé était soit imprudent, soit

NS-Verbrechen, vol. XXI, p. 838 et suivantes et, plus particulièrement p. 881 et suivantes. La *Bundesgerichtshof* indique à la p. 882 :

"Il n'est pas juste de considérer que toute personne ayant été impliquée dans le programme d'extermination mené à Auschwitz [KZ] et ayant commis un acte quel qu'il soit en rapport avec ce programme, est réputée avoir participé aux meurtres et est, à ce titre, responsable de tout ce qui s'est passé. Cela reviendrait à dire que même les actes qui n'auraient pas contribué de manière concrète à la perpétration du crime principal seraient punissables. Ainsi, même le médecin chargé de soigner les gardiens, qui s'est uniquement contenté d'exercer ces fonctions, serait coupable de complicité de meurtre. Il en serait de même pour le médecin qui a soigné les prisonniers du camp et leur a sauvé la vie. Même ceux qui, dans la limite des pouvoirs que leur conféraient leurs fonctions, se sont efforcés,

indifférent à ce risque. Un autre exemple est celui d'un projet commun visant à expulser par la force des civils appartenant à un groupe ethnique donné en incendiant leurs habitations : si durant l'opération certains des participants à ce projet tuent des civils en mettant le feu à leur habitation, toutes les personnes ayant pris part au projet sont pénalement responsables de la mort de ces personnes, si cette fin était prévisible.

205. La jurisprudence relative à cette catégorie concerne avant tout les affaires de violence collective, c'est-à-dire des situations où, le désordre aidant, plusieurs personnes commettent des actes dans un but commun, et où chacune d'elles commet des violences à l'encontre de la victime, sans que l'on puisse attribuer de façon claire tel acte à telle personne, ou établir un lien de cause à effet entre un acte donné et le préjudice éventuel subi par les victimes. Les exemples les plus représentatifs à cet égard sont les affaires des *lynchages d'Essen* et de *l'île de Borkum*.

206. Comme on le verra plus en détail, les critères établis par ces instances sont de deux ordres : il faut qu'il y ait eu une intention délictueuse de poursuivre en commun un dessein criminel et qu'il ait été prévisible que des actes criminels autres que ceux envisagés dans le cadre du dessein criminel soient commis par d'autres participants à ce dessein commun.

207. L'affaire *des lynchages d'Essen* (également dite affaire *Essen-Ouest*) a été portée devant un tribunal militaire britannique bien que, comme l'a indiqué celui-ci, "il ne s'agissait pas d'un procès relevant du droit anglais"²⁵⁵. Compte tenu de l'importance de l'affaire, il convient de l'examiner en détail. Trois prisonniers de guerre britanniques avaient été lynchés par la foule allemande dans la ville d'Essen-Ouest le 13 décembre 1944. Sept personnes (deux militaires et cinq civils) ont été accusées de crime de guerre, compte tenu de leur implication dans le meurtre des trois prisonniers de guerre. Au nombre des accusés, il y avait un capitaine de l'armée allemande, Heyer, qui avait confié les trois aviateurs britanniques à un soldat allemand chargé de les escorter jusqu'à une unité de la *Luftwaffe* afin d'être interrogés. Alors que les prisonniers s'éloignaient sous escorte, le capitaine avait ordonné à l'escorte de ne pas intervenir si des civils allemands s'en prenaient aux prisonniers et ajouté qu'ils devaient être tués ou allaient l'être. Cet ordre avait été lancé

quoique vainement, de faire obstacle au programme d'extermination, malgré leur position de subordonné, n'échapperaient pas à la sanction. Cela n'est pas acceptable." (traduction non officielle)

à voix haute depuis les escaliers situés à l'entrée de la caserne, de sorte que la foule rassemblée sur les lieux a pu entendre et comprendre exactement ce qui allait se passer. D'après le résumé des faits par la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre :

[...] Lorsque les prisonniers de guerre ont été escortés à travers l'une des principales rues d'Essen, la foule s'est faite plus nombreuse et a commencé à les frapper, à leur jeter des bâtons et des pierres. Un caporal allemand qui n'a pas été identifié a tiré un coup de revolver en direction de l'un des aviateurs, le blessant à la tête. Lorsqu'ils ont atteint le pont, les aviateurs ont été précipités par-dessus le parapet ; l'un a fait une chute mortelle, tandis que les autres, qui étaient encore vivants, ont été tués par les coups de feu tirés depuis le pont ou par les membres de la foule qui les ont frappés, notamment à coups de pieds, jusqu'à ce que mort s'ensuive.²⁵⁶

208. La défense a souligné qu'il était nécessaire de prouver que chacun des accusés avait l'intention de tuer. L'accusation a adopté un point de vue opposé. Le procureur, le major Tayleur, a déclaré ce qui suit :

Mon confrère [de la défense] vous a parlé de l'intention nécessaire et a fait valoir qu'aucune preuve de l'intention de tuer ne vous avait été présentée. Ma thèse est étayée par un nombre considérable d'éléments de preuve témoignant de l'intention de tuer ; toutefois, quand bien même pareils éléments n'existeraient pas, mon point de vue est qu'il n'est *pas nécessaire pour prouver les accusations de prouver l'intention de tuer*. Si l'on prouve qu'il existait une intention de tuer, on peut prouver le meurtre, mais il peut y avoir exécution illicite, en l'occurrence un homicide, *alors qu'il n'y a pas intention de tuer mais simplement perpétration d'un acte de violence illicite*. Si une personne en gifle une autre sans intention de la tuer et que, par pure malchance, il se trouve par exemple que la victime a le crâne particulièrement fragile et en meurt, mon point de vue est que la personne qui porte le coup est responsable d'homicide, qualification appropriée pour le décès faisant l'objet des poursuites. De mon point de vue, il faut par conséquent que la Cour soit convaincue (et c'est bien entendu à l'Accusation qu'il incombe de le prouver) que *chacun des accusés, pour pouvoir être condamné, doit avoir été impliqué dans l'exécution* de ces trois aviateurs non identifiés dans des circonstances qui, en droit anglais, auraient été qualifiées de meurtre ou d'homicide.²⁵⁷

Il a ensuite ajouté :

L'Accusation estime que toutes les personnes qui, après que la foule avait été incitée à tuer ces hommes, ont délibérément agressé un des trois aviateurs sont *coupables dans la mesure où elles ont été impliquées dans l'exécution*. On ne peut les distinguer les unes des autres ; elles ont toutes contribué au lynchage. De mon point de vue, à partir du moment où les prisonniers ont quitté la caserne, ces hommes étaient voués à mourir et la foule le savait, et *chaque membre de la foule ayant porté un coup est tant moralement que pénalement responsable de la mort de ces trois hommes*.²⁵⁸

²⁵⁵ *Trial of Erich Heyer and six others, British Military Court for the Trial of War Criminals, Essen, 18, 19, 21 et 22 décembre 1945, Law Reports, vol. I, p. 88, p. 91 (traduction non officielle).*

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 89.

²⁵⁷ Cf. la transcription conservée au Public Record Office, London, WO 235/58, p. 65 (non souligné dans le texte ; copie disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international)

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 66 (non souligné dans le texte).

Puisque Heyer a été déclaré coupable, on peut supposer que la cour a accepté la thèse de l'accusation quant à sa responsabilité pénale (on n'avait pas désigné d'assesseur). S'agissant du soldat chargé d'escorter les aviateurs, son devoir était non seulement d'empêcher les prisonniers de s'échapper, mais aussi de veiller à ce qu'ils ne soient pas pris à partie ; il a été condamné à une peine de cinq années de réclusion (bien que le procureur ait laissé entendre qu'il n'était pas pénalement responsable). D'après le rapport de la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre, les trois civils "ont été reconnus coupables [de meurtre] parce que chacun d'entre eux avait d'une manière ou d'une autre pris part aux mauvais traitements qui avaient entraîné la mort des victimes, bien qu'il n'ait pas été prouvé avec certitude lequel des accusés avait individuellement tiré les coups de feu ou porté les coups qui avaient entraîné leur mort"²⁵⁹.

209. Il semble justifié de déduire des arguments des parties et du verdict rendu par la cour que celle-ci a retenu la thèse selon laquelle tous les accusés reconnus coupables avaient pris part, à des degrés divers, à l'exécution ; ils n'avaient pas tous l'intention de tuer mais tous avaient l'intention de participer aux mauvais traitements infligés aux prisonniers de guerre. Ils ont néanmoins tous été reconnus coupables de meurtre, car "ils étaient tous impliqués" dans l'exécution. On peut donc en déduire que la cour a considéré que les condamnés qui avaient simplement porté un coup ou avaient implicitement poussé les autres au meurtre auraient pu prévoir que ces derniers tuent les prisonniers ; et c'est pour cela qu'ils ont également été déclarés coupables de meurtre²⁶⁰.

²⁵⁹ *Law Reports*, vol. I, p. 91. Outre Heyer et le soldat qui avait été chargé d'escorter les prisonniers (Koenen), trois civils ont aussi été condamnés. Le premier des civils accusés, Boddenberg, a reconnu avoir frappé un des aviateurs sur le pont, alors que l'un d'eux avait déjà été précipité dans le vide. Il savait que "la foule était animée d'intentions de meurtre à l'égard des aviateurs, et pourtant il s'y est joint". (Transcription conservée au Public Record Office, London, WO 235/58, p. 67; copie disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international). Le deuxième, Kaufer, a été reconnu coupable d'avoir "frappé les aviateurs" et "pris une part active" aux actes de violence collective à leur encontre. De plus, il aurait essayé de s'emparer du fusil d'un officier subalterne afin d'abattre les aviateurs en dessous du pont et aurait à cet effet eu des paroles selon lesquelles les aviateurs méritaient d'être tués (*ibid.*, p. 67 et 68). Le troisième, Braschoss a été vu alors qu'il frappait un des aviateurs sur le pont avant de descendre sous le pont pour jeter cet homme, qui était toujours en vie, dans le cours d'eau. Lui et un autre complice auraient également jeté un autre aviateur par dessus le pont (*ibid.* p. 68). Deux des civils accusés, Sambol et Hartung, ont été acquittés ; le premier parce que les coups qu'il avait donné n'étaient ni particulièrement violents ni particulièrement proches du décès de l'aviateur (y compris un des premiers survenus) et le second parce qu'il n'a pas été prouvé au delà de tout doute raisonnable qu'il avait effectivement pris part à la rixe. (*ibid.*, p. 66 et 67, *Law Reports*, vol I, p. 91)

²⁶⁰ Les charges qui pesaient sur les accusés, au sens strictement juridique, étaient d'avoir commis un crime de guerre en violation des lois et coutumes de la guerre pour avoir été "impliqués dans l'exécution" des aviateurs, plutôt que d'avoir commis un meurtre, étant entendu "qu'il ne s'agissait pas là d'un procès relevant du droit anglais" (*ibid.*, p. 91). À tous points de vue, cependant, on a considéré le chef d'accusation comme étant un meurtre, puisqu'il semble que l'on se soit accordé à reconnaître au cours des débats "qu'à partir du moment où

210. Le tribunal militaire des États-Unis chargé de l'affaire *Kurt Goebell et consorts* (également dite affaire de *l'île de Borkum*) a adopté un point de vue similaire. Le 4 août 1944, une forteresse volante américaine a fait un atterrissage forcé sur l'île de Borkum, en Allemagne. Les sept membres de son équipage ont été faits prisonniers et forcés à marcher, sous escorte militaire, dans les rues de Borkum. Ils ont d'abord été obligés de passer entre les rangs des membres du *Reicharbeitsdienst* qui, sur ordre de l'un de leurs officiers, les ont frappés à coups de pelle. Ensuite, ils ont été frappés par des civils dans la rue. Plus tard, alors qu'ils empruntaient une autre rue, le maire de Borkum a harangué et incité la foule à les abattre "comme des chiens". Ils ont alors été frappés par des civils tandis que les gardes qui les escortaient, loin de les protéger, ont encouragé l'agression et ont pris part aux sévices. Lorsque les aviateurs sont arrivés à l'hôtel de ville, l'un d'eux a été abattu par un soldat allemand et, quelques minutes plus tard, les autres ont eux aussi été abattus par des soldats allemands. Parmi les accusés se trouvaient des officiers supérieurs, des soldats, le maire de Borkum, des policiers, un civil et le responsable du *Reicharbeitsdienst*. Tous devaient répondre de crimes de guerre, et plus particulièrement d'avoir à la fois "intentionnellement, délibérément et à tort aidé, encouragé et participé au meurtre" des aviateurs et d'avoir "intentionnellement, délibérément et à tort aidé, encouragé et participé aux agressions commises à l'encontre" des aviateurs²⁶¹. Dans ses déclarations liminaires, le procureur a précisé la doctrine du but commun. Il a déclaré ce qui suit :

Il importe, de mon point de vue, de déterminer la culpabilité des accusés sur la base du rôle joué par chacun d'eux. *Ils n'ont pas tous participé exactement de la même manière.* C'est d'ailleurs rarement le cas en ce qui concerne les foules. Un individu peut commettre un acte particulier et un autre individu en commettre un autre. C'est la somme de ces actes qui fait qu'un crime a été commis. À présent, toutes les sources juridiques s'accordent à penser que lorsque les membres d'une foule partagent un dessein et le mettent à exécution, il est impossible de faire la distinction entre l'homme qui porte le fusil et celui qui presse la gâchette. *On ne fait pas la distinction entre la personne qui, par ses actes, livre les victimes en pâture à la foule ou celui qui incite la foule, et ceux qui portent les coups mortels.* Cette règle de droit et de bon sens doit, par nécessité, s'appliquer de la sorte. Si ce n'était pas le cas, un grand nombre des véritables instigateurs de crimes ne seraient jamais punis.

Qui peut dire quel acte particulier a entraîné au premier chef la fusillade qui a causé la mort de ces aviateurs ? Peut-on réellement affirmer que n'importe quel acte commis par l'un quelconque de ces accusés était celui là même qui a produit le résultat final ? Même si l'acte ultime pouvait ne pas impliquer la participation directe de la personne ayant commis l'acte précédent, [...] chaque fois qu'un membre d'une foule commet un acte qui

chacun comprenait ce que l'on entendait par le mot 'meurtre' pour les besoins de l'affaire, cela ne posait pas de difficultés." (*ibid.* p. 91 et 92)

²⁶¹ Cf. *Charge Sheet*, dans U.S. National Archives Microfilm Publications, I (disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international, traduction non officielle).

tend à encourager les personnes présentes, ou à inciter celles-ci à participer, cette personne contribue à la réalisation du résultat final.²⁶²

En bref, a observé le procureur, les accusés étaient “des rouages d’un objectif commun, dont chacun avait la même importance, chaque rouage jouant le rôle qui lui était assigné. Et le mécanisme du massacre ne pouvait fonctionner sans l’ensemble des rouages”²⁶³. Par conséquent, selon le procureur, s’il était prouvé au-delà de tout doute raisonnable que “chacun des accusés avait joué *un rôle propre* dans les actes de violence collective qui avaient entraîné la mort des sept aviateurs américains, [...] *chacun d’eux serait coupable de meurtre devant la loi*”²⁶⁴.

211. Il convient de souligner qu’en adoptant le point de vue exposé ci-dessus, le procureur a essentiellement proposé une doctrine du but commun qui part du principe que tous les participants à l’objectif commun partagent la même intention délictueuse, à savoir de commettre un meurtre. En d’autres termes, le procureur a appliqué la doctrine du but commun mentionnée ci-dessus s’agissant de la première catégorie d’affaires. Il est intéressant de remarquer que les différents conseils de la défense ont contesté l’applicabilité de cette doctrine du but commun, non pas sur le principe, mais simplement sur les faits en l’espèce. Par exemple, certains ont nié l’existence d’une intention criminelle de participer à l’objectif commun, faisant valoir que la seule présence d’une personne sur les lieux du crime ne suffisait pas pour établir son intention de prendre part aux meurtres²⁶⁵. D’autres conseils de la défense ont estimé que rien ne prouvait qu’il y avait eu conspiration de la part des officiers allemands²⁶⁶ ou ont fait valoir que si pareil complot existait, il ne visait pas le meurtre des aviateurs²⁶⁷.

212. Dans cette affaire non plus, il n’y a pas eu d’assesseur désigné pour dire le droit applicable. Cependant, on peut supposer qu’en l’occurrence, la Cour a retenu la doctrine du but commun, mais sous une forme différente, puisqu’elle a déclaré certains des accusés

²⁶² *Ibid.*, p. 1186 (non souligné dans le texte). *Cf.* aussi p. 1187.

²⁶³ *Ibid.*, p. 1188. *Cf. supra* note 240 et texte joint, pour les commentaires relatifs au lien de causalité dans l’affaire *Ponzano*.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 1190 (non souligné dans le texte). *Cf.* aussi p. 1191 à 1194.

²⁶⁵ *Cf.* notamment *ibid.*, p. 1201, 1203 à 1206.

²⁶⁶ *Cf. ibid.*, p. 1234, 1241 et 1243.

²⁶⁷ *Cf. ibid.*, p. 1268 à 1270.

coupables de meurtre et d'agression²⁶⁸, tandis que les autres n'ont été reconnus coupables que d'agression²⁶⁹.

213. On peut déduire de cette affaire que tous les accusés reconnus coupables ont été déclarés responsables d'avoir poursuivi un objectif criminel commun, leur intention étant d'agresser les prisonniers de guerre. Cependant, certains ont été déclarés coupables de meurtre malgré l'absence d'éléments prouvant qu'ils avaient effectivement tué ces personnes. Ce verdict repose vraisemblablement sur le fait que les accusés, que ce soit du fait de leur statut, de leur rôle ou de leur comportement, étaient en mesure de prévoir que l'agression entraînerait le meurtre des victimes par certains des individus y participant.

214. Il convient à présent de mentionner certaines affaires portées devant les tribunaux italiens après la Deuxième Guerre mondiale, et qui concernent des crimes de guerre commis soit par des civils soit par des militaires appartenant aux forces armées de ce qu'il était convenu d'appeler la *Repubblica Sociale Italiana* ("RSI") un gouvernement *de facto* sous contrôle allemand, mis en place par les fascistes en Italie centrale et septentrionale après que l'Italie eut déclaré la guerre à l'Allemagne le 13 octobre 1943. Après la guerre, plusieurs individus ont été traduits en justice pour des crimes commis entre 1943 et 1945 à l'encontre de prisonniers de guerre, de partisans italiens ou de membres de l'armée italienne ayant combattu les Allemands et la RSI. Certains de ces procès posaient la question de la responsabilité pénale pour des actes commis par des groupes d'individus lorsqu'un seul membre du groupe avait effectivement commis le crime.

215. La Cour de cassation s'est prononcée le 12 mars 1947 sur l'une de ces affaires, l'affaire *d'Ottavio et consorts*, en appel du jugement rendu par la Cour d'assises de Teramo. Des civils armés avaient pris illégalement en chasse deux prisonniers de guerre qui s'étaient évadés d'un camp de concentration, dans l'intention de les capturer. Un des membres du groupe avait tiré sur les prisonniers sans intention de les tuer, mais l'un de ces derniers avait été blessé et avait succombé à ses blessures. La Cour d'assises a conclu que tous les membres du groupe étaient coupables non seulement d'"arrestation illégale" (*sequestro di persona*) mais aussi d'"homicide involontaire" (*omicidio preterintenzionale*). La Cour de

²⁶⁸ Les accusés Akkerman, Krolikovski, Schmitz, Wentzel, Seiler et Goebbel ont tous été reconnus coupables de meurtre et de voies de fait et condamnés à mort, à l'exception de Krolikovski, qui a été condamné à la réclusion à perpétuité (*ibid.*, p. 1280 à 1286).

cassation a confirmé ces conclusions. Elle a estimé que pour que ce type de responsabilité pénale soit engagée, il était nécessaire qu'il y ait non seulement un lien de cause à effet matériel, mais aussi un lien psychologique entre le résultat que tous les membres du groupe avaient l'intention d'obtenir et les différents actes commis par un individu appartenant au groupe. La Cour a ajouté que :

En réalité, la responsabilité de la personne qui participe (*concorrente*) [...] n'est pas fondée sur la notion de responsabilité objective [...], mais sur le principe fondamental du concours de causes interdépendantes ; en vertu de ce principe, tous les participants peuvent être tenus responsables du crime, qu'ils l'aient causé de manière directe ou indirecte, conformément au célèbre adage *causa causae est causa causati*.²⁷⁰

La Cour a ensuite observé qu'en l'espèce :

Il existait un lien de causalité matérielle, étant donné que tous les participants avaient directement contribué au crime de tentative " d'arrestation illégale " [...] en poursuivant et en cernant, armés d'un pistolet et d'un fusil, deux prisonniers de guerre évadés, en vue de les arrêter en dehors du cadre de la loi. Le crime était la cause indirecte d'un événement ultérieur de nature différente, à savoir le coup de feu tiré (par le seul d'Ottavio) en direction de l'un des fugitifs, qui a infligé à celui-ci une blessure mortelle. De plus, il existait un lien de causalité psychologique, puisque tous les participants avaient à la fois conscience et l'intention de commettre effectivement une tentative d'arrestation illégale, *et étaient en mesure de prévoir qu'un crime de nature différente allait être commis*. Cette prévision (*previsione*) découlait nécessairement de l'usage des armes : il était prévisible (*dovendo prevedersi*) que l'un des participants puisse tirer sur les fugitifs afin d'atteindre le but commun (*lo scopo comune*) consistant à les capturer.²⁷¹

216. Dans une autre affaire (*Aratano et consorts*), la Cour de cassation a été amenée à examiner le cas suivant : un groupe de miliciens de la RSI s'apprêtait à arrêter des partisans, sans intention de les tuer. Toutefois, afin de les effrayer, un milicien a tiré des coups de feu en l'air. Les partisans ont riposté, déclenchant une fusillade durant laquelle un partisan a été tué par un milicien de la RSI. La Cour de cassation a estimé que le tribunal de première instance avait eu tort de déclarer tous les membres du groupe de miliciens coupables de meurtre. À son avis, comme l'avait conclu le tribunal de première instance, les miliciens n'avaient pas eu l'intention de tuer les partisans :

²⁶⁹ Les accusés Pointner, Witzke, Geyer, Albrecht, Weber, Rommel, Mammenga et Heinemann ont été uniquement reconnus coupables de voies de fait et condamnés à des peines allant de 2 à 25 ans de réclusion. (*ibid.*)

²⁷⁰ Cf. le texte manuscrit du l'arrêt (non publié), p. 6 [gracieusement fourni par les Archives officielles italiennes (Rome) ; disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international, traduction non officielle]. Cf. aussi une note liminaire sur cette affaire dans *Giustizia penale*, 1948, titre II, col .66, n° 71.

²⁷¹ Cf. le texte manuscrit de l'arrêt (non publié), p. 6 et 7 (traduction non officielle, non souligné dans le texte).

[...] Il était clair que le meurtre de l'un des partisans était un événement involontaire (*evento non voluto*) et qu'il ne pouvait par conséquent être imputé à l'ensemble des participants : le crime commis était plus grave qu'il n'avait été envisagé et il convient en l'occurrence de le faire entrer dans une autre catégorie que celle de l'homicide volontaire. Cette cour suprême a en d'autres occasions énoncé ce principe, selon lequel il faut, pour déclarer une personne responsable d'un homicide commis dans le cadre d'une rafle menée par plusieurs personnes, établir qu'en participant à cette opération, une activité délibérée en rapport avec l'homicide avait été mise en œuvre (*fosse stata spiegata un'attività volontaria in relazione anche all'omicidio*) (jugement du 27 août 1947, *in re: Beraschi*).²⁷²

217. D'autres affaires touchent à l'applicabilité de la loi d'amnistie entrée en vigueur en application du décret présidentiel n° 4 du 22 juin 1946. La loi d'amnistie s'appliquait, entre autres, aux crimes "de collaboration avec l'occupant allemand", à l'exclusion des meurtres. Dans l'affaire *Tossani*, la question était de savoir si la loi d'amnistie s'appliquait à un individu qui avait participé à une rafle de civils durant laquelle un soldat allemand avait tué un partisan. La Cour de cassation a estimé que l'amnistie devait s'appliquer. Elle a souligné que l'appelant ayant participé à l'opération n'y avait pas joué un rôle actif et ne portait pas d'arme ; de plus, la mort de la victime s'est révélée être un "événement exceptionnel et imprévu (*imprevisto*", puisque c'était à l'occasion d'une perquisition qu'un civil s'était échappé pour éviter d'être arrêté et qu'il avait été abattu par le soldat allemand²⁷³. La même cour avait rendu un avis similaire dans l'affaire *Ferrida*. L'appelant avait participé "uniquement en sa qualité d'infirmier" à une rafle durant laquelle des partisans avaient été tués. La cour a conclu qu'il n'était pas coupable de meurtre et que la loi d'amnistie s'appliquait par conséquent dans son cas²⁷⁴. Dans l'affaire *Bonati et consorts*, l'appelant a fait valoir que le meurtre, qui n'était pas envisagé par le groupe des personnes concernées, avait été commis par un autre membre du groupe. La Cour de cassation a rejeté l'appel, considérant que l'appelant était aussi coupable de meurtre. Bien que la gravité de ce crime ait dépassé l'intention de certains des participants (*concorrenti*), "il était en tout état de cause la conséquence, même indirecte, de sa participation"²⁷⁵.

²⁷² Cf. le texte manuscrit de l'arrêt (non publié), p. 13 et 14 [gracieusement fourni par les Archives officielles italiennes (Rome) ; disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international, traduction non officielle]. On trouvera une note liminaire sur cette affaire dans *Archivio penale*, 1949, p. 472.

²⁷³ Arrêt du 12 septembre 1946, dans *Archivio penale*, 1947, titre II, p. 88 et 89.

²⁷⁴ Arrêt du 25 juillet 1946, dans *Archivio penale*, 1947, titre II, p. 88.

²⁷⁵ Cf. le texte manuscrit de l'arrêt (non publié) du 5 juillet 1946, p. 19 [gracieusement fourni par les Archives officielles italiennes (Rome) ; disponible auprès de la Bibliothèque du Tribunal international, traduction non officielle]. Cf. aussi *Giustizia penale*, 1945-1946, titre II, col. 530 à 532.

Pour les affaires dans lesquelles la Cour de cassation a conclu que le participant était coupable du crime le plus grave non envisagé dans le dessein criminel commun, cf. l'affaire *Torrazzini*, arrêt du 18 août 1946, dans *Archivio penale* 1947, titre II, p. 89 ; et l'affaire *Palmia*, arrêt du 20 septembre 1946, *ibid.*

218. Dans ces affaires, les tribunaux ont manifestement appliqué le principe selon lequel une personne peut être tenue pénalement responsable d'un crime commis par un autre membre du groupe et qui n'était pas envisagé dans le projet criminel. Il faut convenir que dans certaines des affaires, l'intention requise pour qu'un membre du groupe soit tenu responsable d'un tel acte n'a pas été clairement définie. Cependant, compte tenu des autres jugements rendus à la même époque pour le même type d'affaires, même si celles-ci ne concernaient pas des crimes de guerre, on peut toutefois supposer que les tribunaux ont fixé comme critère que les événements devaient être prévisibles. Il suffit à cet égard de mentionner le jugement rendu le 20 juillet 1949 par la Cour de cassation dans l'affaire *Mannelli*, pour lequel la cour a exposé le lien de causalité requis de la façon suivante :

Le lien de causalité matérielle en vertu duquel certains participants sont punissables au regard de la loi pour un crime autre que celui envisagé doit être bien compris d'un point de vue logique et juridique et doit être clairement différencié du lien fortuit (*rapporto di occasionalità*). En effet, la cause, qu'elle soit immédiate ou médiate, directe ou indirecte, simultanée ou consécutive, ne peut jamais être confondue avec une simple coïncidence. Pour qu'il y ait un lien de causalité matérielle entre le crime voulu par un des participants et le crime distinct commis par un autre, *il faut que ce dernier crime constitue la conséquence logique et prévisible du premier (il logico e prevedibile sviluppo del primo)*. Par contre, lorsque les deux crimes sont tout à fait indépendants, on pourrait établir, selon les circonstances, un lien purement fortuit (*un rapporto di mera occasionalità*), mais non un lien de causalité. Compte tenu de ces critères, la personne qui demande à une autre de blesser ou de tuer ne peut répondre d'un vol commis par cette autre personne, puisque le crime ne constitue pas la conséquence logique de l'infraction envisagée, mais un fait nouveau ayant ses causes propres, et qui ne se rattache au comportement souhaité par l'instigateur (*mandante*) que par un lien purement fortuit. (non souligné dans le texte)²⁷⁶

219. Le même principe a été énoncé par la même Cour de cassation dans de nombreuses autres affaires²⁷⁷. Le fait que la seule affaire où cette instance a adopté une approche différente soit assez remarquable semble bien confirmer qu'il s'agit là du principe fondamental retenu par la Cour²⁷⁸. En conséquence, il appert que, s'agissant de l'élément

²⁷⁶ Cf. *Giustizia penale*, 1950, titre II, col. 696 à 697 (non souligné dans le texte).

²⁷⁷ Cf. notamment Cour de cassation, 15 mars 1948, affaire *Peveri*, dans *Archivio penale*, 1948, p. 431 à 432 ; Cour de cassation, 20 juillet 1949, affaire *Mannelli*, dans *Giustizia penale*, 1949, titre II, col. 906, n° 599 ; Cour de cassation, 27 octobre 1949, *P.M. c. Minafò*, dans *Giustizia penale*, 1950, titre II, col. 252, n° 202 ; 24 février 1950, *Montagnino*, *ibid.*, col. 821 ; 19 avril 1950, *Solesio et al.*, *ibid.*, col. 822. Par contre, dans un jugement rendu le 23 octobre 1946 dans l'affaire *Minapò et al.*, la même Cour de cassation a estimé qu'il importait peu qu'un participant à un crime ait ou non envisagé un crime commis par un autre membre du groupe (*Giustizia penale*, 1947, titre II, col. 483, n° 382).

²⁷⁸ Dans l'affaire *Antonini* (jugement rendu par la Cour de cassation le 29 mars 1949), le tribunal de première instance avait reconnu l'accusé coupable non seulement d'arrestation illégale de civils, mais aussi de leur exécution par les Allemands, en "représailles" d'une attaque contre des soldats allemands Via Rasella à Rome. Selon le tribunal, l'accusé, lorsqu'il a arrêté les civils, n'avait pas l'intention de causer leur mort, mais savait qu'il les plaçait dans une situation susceptible de se solder par leur exécution. La Cour de cassation a cassé ce jugement, estimant qu'il fallait, pour établir la culpabilité de l'accusé, que celui-ci n'ait pas seulement envisagé la mort de la victime, mais qu'il l'ait également souhaitée (cf. le texte du jugement dans *Giustizia penale*, 1949, titre II, col. 740 à 742).

moral requis pour engager la responsabilité pénale d'une personne pour des actes commis dans un objectif commun mais qui n'étaient pas prévus dans la formulation de cet objectif, cette Cour a soit appliqué la notion d'une intention délictueuse atténuée (*dol éventuel*) soit requis un degré élevé d'imprudence (*faute*).

220. En résumé, la Chambre d'appel estime que la notion de dessein commun en tant que forme de responsabilité au titre de coauteur est bien établie en droit international coutumier et qu'elle est de plus consacrée, implicitement il est vrai, dans le Statut du Tribunal international. S'agissant des éléments objectifs et subjectifs du crime, la jurisprudence montre que cette notion s'applique dans trois catégories distinctes d'affaires. Premièrement, dans les affaires de coaction, où tous les participants au dessein commun ont la même intention délictueuse de commettre un crime (et où le crime est intentionnellement commis par un ou plusieurs membres du groupe). Deuxièmement, dans les affaires dites "des camps de concentration", où l'élément moral requis suppose que l'accusé avait connaissance de la nature du système de mauvais traitements et l'intention de contribuer à l'objectif commun de mauvais traitement. Une telle intention peut être soit démontrée par des preuves directes, soit déduite des pouvoirs que l'accusé détenait au sein du camp ou de la hiérarchie en question. S'agissant de la troisième catégorie d'affaires, il convient d'appliquer la notion "de but commun" uniquement dans les cas où l'élément moral remplit les conditions suivantes : i) intention de prendre part à l'entreprise criminelle commune et de contribuer – individuellement et collectivement – à l'objectif délictueux de cette entreprise ; et ii) caractère prévisible de la perpétration éventuelle, par un autre membre du groupe, de crimes qui ne constituaient pas l'objet du but criminel commun. Ainsi, les participants doivent avoir eu l'intention, par exemple, de maltraiter des prisonniers de guerre (même si ce projet est apparu de façon inopinée) et l'un ou plusieurs des membres du groupe doivent avoir effectivement tué ces prisonniers. Pour que la responsabilité de ces morts soit imputable à d'autres, cependant, chacun des membres du groupe doit avoir été en mesure de *prévoir* le résultat des actes commis. Il convient de remarquer qu'en l'occurrence, la négligence ne suffit pas. Il faut que l'accusé se soit trouvé dans un état d'esprit tel que même s'il n'avait pas l'intention d'arriver à un certain résultat, il avait conscience que les actes commis par le groupe entraîneraient très vraisemblablement ce résultat, mais était néanmoins disposé à courir ce risque. En d'autres termes, il faut qu'il y ait de la part de l'accusé ce qu'il est convenu d'appeler *dol éventuel*, ou *advertent recklessness* dans certains systèmes.

221. Outre la jurisprudence dont il est question ci-dessus, la notion de projet commun a été retenue dans au moins deux traités internationaux. Il s'agit, premièrement, de la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, adoptée par consensus par l'Assemblée générale par sa résolution 52/164 du 15 décembre 1997 et ouverte à la signature le 9 janvier 1998. Conformément à l'article 2 3) c) de la Convention, les crimes prévus par celle-ci peuvent être commis par toute personne qui :

[...] contribue de toute autre manière [qu'en se rendant complice d'une infraction ou qu'en organisant la commission d'une infraction ou qu'en donnant l'ordre à d'autres personnes de la commettre] à la commission de l'une ou plusieurs des infractions visées aux paragraphes 1 et 2 du présent article par un groupe de personnes agissant de concert ; sa contribution doit être délibérée et faite soit pour faciliter l'activité criminelle générale du groupe ou en servir les buts, soit en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre l'infraction ou les infractions visées.

L'analyse des travaux préparatoires ne fournit pas d'explication quant aux raisons qui ont motivé l'adoption de cette disposition²⁷⁹. La Convention revêt une importance particulière parce qu'elle consacre la notion "de but criminel commun", qu'elle distingue de celle de complicité (évoquée dans les termes suivants : "se rendre complice d'un crime"). Bien que la Convention ne soit pas encore entrée en vigueur, il ne faut pas négliger le fait qu'elle a été adoptée par consensus par l'ensemble des États Membres de l'Assemblée générale et que l'on peut par conséquent la considérer comme l'expression des vues d'un grand nombre d'États en matière juridique.

222. Une notion essentiellement similaire a été consacrée par la suite dans l'article 25 du Statut de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires tenue à Rome ("Le Statut de Rome")²⁸⁰. Le paragraphe 3 d) du Statut consacre la doctrine dont il est question ici de la manière suivante :

[Aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si...]

²⁷⁹ Le rapport de la Sixième Commission (25 novembre 1997, A/52/653) et les documents officiels de l'Assemblée générale ne font que très vaguement référence à l'article 2 et ne donnent pas de précisions sur la doctrine de l'objectif commun (cf. Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, 72^e séance plénière, 52^e session, lundi 15 décembre 1997, (A/52/PV.72). À la 33^e séance de la Sixième Commission, le représentant du Japon a toutefois noté que certains termes utilisés [dans la Convention] tels que [...] pareille "contribution" [article 2, par. 3 c)] étaient ambigus (33^e séance de la Sixième Commission, 2 décembre 1997, Documents officiels de l'Assemblée générale, A/C.6/52/SR.33, p. 8, par. 77). Il a conclu que son Gouvernement interpréterait par conséquent "contribution" comme synonyme d'encouragement, d'assistance ou autres actes similaires tels que définis par la législation japonaise. (*ibid*). Cf. aussi le rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 du 17 décembre 1996, Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, supplément n°37, A/52/37.

²⁸⁰ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, A/CONF.183/9, 17 juillet 1998.

(d) Elle contribue de toute autre manière [qu'en apportant son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission d'un crime]] à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert. Cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas:

- i. Viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ;
- ii. Être faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime.

223. La force juridique que l'on accorde désormais aux dispositions du Statut de Rome a été clairement mise en évidence par la Chambre de première instance II dans l'affaire *Furundžija*.²⁸¹ À cette occasion, cette Chambre a fait remarquer que le Statut reste pour l'heure un instrument international n'ayant pas force de droit, puisqu'il n'est pas encore entré en vigueur. Néanmoins, sa valeur juridique est déjà importante. Il a été adopté par une très large majorité des États représentés à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires tenue à Rome et entériné de fait par la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Cela montre que ce texte reçoit l'appui d'un grand nombre d'États et peut être considéré comme l'expression de leur opinion juridique ou *opinio juris*. Cela tend également à confirmer que la notion de responsabilité de coauteur dont il est question ici est bien établie en droit international et est distincte de celle de complicité²⁸².

224. Comme on l'a fait remarquer plus haut, la doctrine du dessein commun est consacrée dans la législation nationale de nombreux États. Certains pays, dont l'Allemagne²⁸³ et les Pays-Bas²⁸⁴, partent du principe que lorsque plusieurs personnes

²⁸¹ Jugement, *Le Procureur c/ Anto Furundžija*, affaire n° IT-95-17/1-T, Chambre de première instance II, 10 décembre 1998, par. 227.

²⁸² Même si l'on faisait valoir que les éléments objectifs et subjectifs du crime tels qu'énoncés à l'article 25 3) du Statut de Rome diffèrent dans une certaine mesure de ceux requis par la jurisprudence susmentionnée, les conséquences de cette divergence ne seront perceptibles qu'à long terme, lorsque la Cour aura été mise en place. Cela tient à l'inapplicabilité de l'article 10 à l'article 25 3) du Statut, le premier stipulant "qu'aucune disposition du présent chapitre ne doit être interprétée comme limitant ou affectant de quelque manière que ce soit les règles du droit international existantes ou en formation qui visent d'autres fins que le présent Statut". Cette disposition ne s'applique pas à l'article 25, puisque celui-ci figure au chapitre 2 du Statut, alors que l'article 25 figure au chapitre 3.

²⁸³ Cf. par. 25 2) du *Strafgesetzbuch* : "*Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)*". ["Si plusieurs personnes commettent un crime en tant que coauteurs, chacune d'elles est passible de sanctions au même titre que l'auteur principal" (traduction non officielle)]. La jurisprudence allemande a clairement défini le principe selon lequel, lorsqu'un crime est commis et qu'il n'était pas prévu dans le projet criminel commun, seul l'auteur du crime en est tenu pénalement responsable. Cf. BGH GA 85, 270. Selon la Cour fédérale allemande (*in* BGH GA 85, 270),

"*Mittäterschaft ist anzunehmen, wenn und soweit das Zusammenwirken der mehreren Beteiligten auf gegenseitigem Einverständnis beruht, während jede rechtsverletzende Handlung eines Mittäters die über dieses Einverständnis hinausgeht, nur diesem allein zuzurechnen ist*" ["Il y a coaction (*Mittäterschaft*) lorsque l'action commune de plusieurs participants procède d'un accord mutuel (*Einverständnis*) aux

participent de concert à une entreprise criminelle, elles sont toutes responsables des crimes qui en résultent, quels que soient leur degré d'implication ou la forme que revêt leur participation, dès lors qu'elles avaient toutes l'intention de commettre le crime envisagé dans l'objectif commun. Si l'une de ces personnes commet un crime qui n'était pas envisagé dans l'objectif ou le dessein commun, elle en porte seule la responsabilité pénale. D'autres pays de tradition civiliste, tels que la France²⁸⁵ et l'Italie,²⁸⁶ adhèrent également au principe selon lequel lorsque des personnes partagent l'objectif ou le dessein commun de commettre un crime, elles sont toutes responsables du crime commis, quel que soit leur rôle dans sa perpétration. Cependant, dans ces pays, si l'une des personnes participant à un

termes duquel la responsabilité pour tout acte criminel commis par un participant (*Mittäter*) en dehors du cadre de cet accord peut être uniquement attribuée à ce participant (traduction non officielle).].

²⁸⁴ Aux Pays-Bas, le terme consacré pour cette forme de responsabilité pénale est *medeplegen* (Cf. HR 6 décembre 1943, *NJ 1944*, 245 ; HR 17 mai 1943, *NJ 1944*, 576 ; et HR 6 avril 1925, *NJ 1925*, 723, W 11393).

²⁸⁵ Cf. l'article 121-7 du Code pénal, qui se lit comme suit :

“Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.”

Outre la responsabilité pour des crimes commis par plusieurs personnes, la Cour de cassation a envisagé la responsabilité pénale pour des actes commis par un complice qui aurait débordé du cadre du projet criminel initial. À cet égard, la Cour a établi une différence entre les crimes sans rapport avec le crime projeté (par exemple, une personne remet une arme à un complice dans le contexte d'une attaque à main armée, et le complice emploie l'arme pour tuer un des membres de sa famille), et les crimes où les actes commis ont un certain rapport avec le crime projeté (par exemple, lorsqu'un vol prend la forme d'un vol qualifié). Dans le premier cas, la jurisprudence française ne tient pas la personne concernée responsable, tandis que dans le dernier cas, elle le fait sous certaines conditions (un arrêt du 31 décembre 1947, figurant dans le Bulletin des arrêts criminels de la Cour de Cassation 1947, n° 270, stipule que le complice “devait prévoir toutes les qualifications dont le fait était susceptible, toutes les circonstances dont il pouvait être accompagné”. Cf. aussi l'arrêt du 19 juin 1984, Bulletin, *ibid.*, 1984, n° 231.

²⁸⁶ Les principes du but commun sont définis, pour l'essentiel, dans les dispositions suivantes du *Codice penale* :

Article 110 : *Pena per coloro che concorrono nel reato - Quando più persone concorrono nel medesimo reato, ciascuna di esse soggiace alla pena per questo stabilita, salve le disposizioni degli articoli seguenti.* [“Sanctions applicables aux personnes qui prennent part à un crime. Lorsque plusieurs personnes participent à un crime, chacune d'elles est passible des peines prévues pour ce crime, sous réserve des dispositions des articles ci-après (traduction non officielle)]; et

“Article 116 : *Reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti - Qualora il reato commesso sia diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti, anche questi ne risponde, se l'evento e conseguenza della sua azione od omissione.*” [“Crimes autres que ceux envisagés par certains participants. Lorsque le crime commis est différent de celui envisagé par l'un des participants, ce dernier sera également considéré responsable du crime si celui-ci est une conséquence de ses actes ou omissions (traduction non officielle)].

Il convient de noter que les tribunaux italiens ont de plus en plus couramment interprété l'article 116 comme établissant la responsabilité pénale dans les cas où le crime était prévisible. Cf. en particulier l'arrêt rendu le 13 mai 1965 par la Cour constitutionnelle, n° 42, *Archivio Penale* 1965, titre II, p. 430 et suivantes. Les tribunaux exigent parfois ce qu'il est convenu d'appeler la prévisibilité abstraite (*prevedibilità astratta*) (cf. notamment, Cour de cassation, 3 mars 1978, *Cassazione penale*, 1980, p. 45 et suivantes ; Cour de cassation, 4 mars 1988, *Cassazione penale*, 1990, p. 35 et suivantes) ; d'autres exigent une prévisibilité concrète (ou spécifique) (*prevedibilità concreta*) (cf. notamment, Cour de cassation, 11 octobre 1985, *Rivista penale*, 1986, p. 421 ; et Cour de cassation, 18 février 1998, *Rivista penale*, 1988, p. 1200).

projet ou une entreprise criminelle commune commet une autre infraction qui ne fait pas partie du projet commun mais était néanmoins prévisible, chacun des membres du groupe est entièrement comptable du crime commis.

C'est également le cas dans des systèmes de *common law*, notamment en Angleterre et au Pays de Galles²⁸⁷, au Canada²⁸⁸, aux États-Unis²⁸⁹, en Australie²⁹⁰ et en Zambie²⁹¹.

225. Il faut souligner que ces références aux législations et aux jurisprudences nationales ne visent qu'à démontrer que la notion de but commun, consacrée par le droit pénal

²⁸⁷ Cf. *R. v. Hyde* [1991] 1 QB 134 ; *R. v. Anderson* ; *R. v. Morris* [1966] 2 QB 110, affaire dans laquelle le Président de la Chambre des Lords, Lord Parker, a soutenu que "lorsque deux personnes s'engagent dans une entreprise commune, chacune d'elles est punissable pour les actes commis en vertu de cette entreprise commune, ce qui comprend alors la responsabilité pour les conséquences inattendues, si elles sont le résultat de l'exécution de l'entreprise commune convenue" (traduction non officielle). Toutefois, la responsabilité de ces conséquences inattendues ne s'applique qu'aux crimes dont l'accusé aurait pu prévoir que l'auteur principal allait les commettre en tant qu'occurrence possible de l'entreprise illicite commune et, il faut de plus, que l'accusé, connaissant cette issue possible, ait continué à participer à cette entreprise. (Cf. *Hui Chi-Ming v. R.* [1992] 3 All ER 897, 910 et 911).

²⁸⁸ L'article 21 2) du Code criminel canadien se lit comme suit :

"quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à l'infraction."

Il convient de noter qu'en dépit du fait que ledit article fait référence à un critère objectif de prévisibilité, cette exigence a été modifiée par la Cour suprême du Canada, qui a fait valoir que "[...] **dans les cas où l'on applique à l'auteur principal un critère d'élément moral de prévisibilité subjective, une partie ne peut, en vertu de la Constitution, être condamnée pour le même crime sur la base d'un critère de prévisibilité objective (R. c. Logan [1990] 2 SCR 731 at 735)**". Par conséquent, un critère subjectif est appliqué dans le cas de crimes tels que le meurtre. Cf. aussi *R. c. Rodney* [1990] 2 SCR 687.

²⁸⁹ Notamment dans les États suivants : Maine [17 Maine Criminal Code § 57 (1997)] , Minnesota [Minnesota Statutes § 609.05 (1998)] , Iowa [Iowa Code § 703.2 (1997)], Kansas [Kansas Statutes § 21-3205 (1997)] et Wisconsin [Wisconsin Statutes § 939.05 (West 1995)]. Bien que le droit de *common law* des États-Unis ne donne pas de définition claire de la doctrine de l'objectif commun, des principes similaires sont édictés par la doctrine Pinkerton. Cette doctrine établit une responsabilité pénale pour des actes commis dans un but criminel commun, qu'ils soient explicitement planifiés ou non, à condition que lesdits actes puissent être raisonnablement considérés comme la conséquence probable ou le résultat éventuel de la réalisation du but criminel commun. [cf. *Pinkerton v. United States*, 328 U.S. 640, 66 S. Ct. 1180, 90 L. Ed. 1489 (1946) ; *State v. Walton*, 227 Conn. 32 ; 630 A.2d 990 (1993) ; *State of Connecticut v. Diaz*, 237 Conn. 518, 679 A. 2d 902 (1996)].

²⁹⁰ Selon le droit australien, lorsque deux parties s'engagent dans une entreprise criminelle commune, une partie sera considérée comme responsable d'un acte dont elle pourrait s'attendre à ce qu'il soit commis par l'autre partie au cours de la réalisation de ladite entreprise, même si elle n'a pas explicitement ou tacitement approuvé la perpétration de cet acte (*McAuliffe v. R.* (1995) 183 CLR 108, 114). Le critère utilisé pour déterminer si le crime peut être qualifié d'entreprise commune est celui — subjectif — de la prévisibilité : "compte tenu de l'importance que la loi accorde désormais à l'état d'esprit dans lequel se trouvait effectivement la personne accusée, ce critère est devenu un critère subjectif, et le degré d'intention commune doit être déterminé en fonction de ce qu'envisageaient les parties qui partageaient cette intention" (*ibid.*, traduction non officielle).

²⁹¹ L'article 22 du Code pénal stipule :

"Lorsque deux personnes ou plus forment ensemble le projet de poursuivre de concert un but illicite et qu'au cours de la réalisation de ce but est commis un crime d'une nature telle que sa perpétration était une conséquence probable de la réalisation dudit but, chacune de ces personnes sera réputée avoir commis le crime" (traduction non officielle).

international, a des bases dans de nombreux systèmes nationaux. En revanche, pour le domaine qui nous intéresse ici, on ne peut se fonder sur les législations et les jurisprudences nationales en tant que sources de normes et principes internationaux, dans le cadre de la doctrine des principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées : pour que cela soit possible, il faudrait démontrer que la plupart, si ce n'est la totalité des pays, adoptent la même notion de but commun. Plus spécifiquement, il serait nécessaire de démontrer qu'en tout état de cause, les principaux systèmes juridiques du monde adoptent la même approche de cette notion. L'aperçu donné ci-dessus indique que ce n'est pas le cas. De même, les références aux législations nationales ne peuvent, en l'espèce, avoir la portée et la signification esquissées en termes généraux par le Secrétaire général des Nations Unies dans son rapport, où il est observé que "des suggestions ont été formulées tendant à ce que le Tribunal international applique le *droit interne* dans la mesure où les règles du droit international humanitaire coutumier y sont *incorporées*"²⁹². Dans le domaine qui nous intéresse ici, le droit interne ne trouve pas son origine dans la mise en œuvre du droit international, mais évolue en parallèle des règles internationales et les précède.

226. La Chambre d'appel considère que la cohérence et la force de la jurisprudence et des traités susmentionnés, ainsi que leur conformité avec les principes généraux de la responsabilité pénale consacrés tant par le Statut que par le droit pénal international et le droit interne, permettent de conclure que la jurisprudence reflète les règles coutumières du droit pénal international.

227. En résumé, les éléments objectifs (*actus reus*) de ce type de participation à l'un des crimes visés dans le Statut (s'agissant de chacune des trois catégories d'affaires) sont les suivants :

- i. *Pluralité des accusés.* Ceux-ci ne doivent pas nécessairement relever d'une structure militaire, politique ou administrative, comme le montrent clairement l'affaire du *lynchage d'Essen* et l'affaire *Kurt Goebell*.
- ii. *Existence d'un projet, dessein ou objectif commun qui consiste à commettre un des crimes visés dans le Statut ou en implique la perpétration.* Ce projet, dessein ou objectif ne doit pas nécessairement avoir été élaboré ou formulé au préalable. Le projet ou objectif commun peut se concrétiser de manière inopinée et se déduire du fait que plusieurs

²⁹² Cf. rapport du Secrétaire général, par. 36 (non souligné dans le texte).

individus agissent de concert en vue de mettre à exécution une entreprise criminelle commune.

iii. *Participation de l'accusé au dessein commun* impliquant la perpétration de l'un des crimes prévus au Statut. Cette participation n'implique pas nécessairement la consommation d'un des crimes spécifiques repris dans les dispositions du Statut (meurtre, extermination, torture, viol, etc.) mais peut prendre la forme d'une assistance ou d'une contribution en vue de la réalisation du projet ou objectif commun.

228. Par contre, l'élément moral (*mens rea*) varie en fonction de la catégorie dont relève le dessein commun en question. S'agissant de la première catégorie, l'élément requis est l'intention de commettre un crime spécifique (cette intention étant partagée par l'ensemble des coauteurs). En ce qui concerne la deuxième catégorie –qui, comme on l'a vu ci-dessus, constitue une variante de la première– il faut que l'accusé ait eu personnellement connaissance du système de mauvais traitements (que cela soit prouvé par voie de témoignage spécifique ou déduit des pouvoirs que détenait l'accusé.), et qu'il ait eu l'intention de contribuer à ce système concerté de mauvais traitements. Pour ce qui est de la troisième catégorie, l'élément requis est *l'intention* de participer et de contribuer à l'activité criminelle ou au dessein criminel d'un groupe et de contribuer à l'entreprise criminelle commune ou, en tout état de cause, à la consommation d'un crime par le groupe. Par ailleurs, la responsabilité pour un crime autre que celui envisagé dans le projet commun ne s'applique que si, dans les circonstances de l'espèce, i) il était *prévisible* qu'un tel crime était susceptible d'être commis par l'un ou l'autre des membres du groupe, et ii) l'accusé a *délibérément pris ce risque*.

229. Compte tenu de ce qui précède, il convient à présent de faire la distinction entre, d'une part, un acte commis en vue de réaliser l'objectif ou dessein commun de commettre un crime et, d'autre part, le fait d'aider ou d'encourager la perpétration d'un crime.

i) La personne qui aide ou encourage est toujours le complice d'un crime commis par une autre personne, qualifiée d'auteur principal.

ii) Dans le cas du complice, il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'un projet concerté et, *a fortiori*, la formulation préalable d'un tel plan. Aucun projet ou accord n'est nécessaire ; d'ailleurs, il peut arriver que l'auteur principal ne sache rien de la contribution apportée par son complice.

iii) Le complice commet des actes qui visent spécifiquement à aider, encourager ou fournir un soutien moral en vue de la perpétration d'un crime spécifique (meurtre, extermination, viol, torture, destruction arbitraire de biens civils, etc.), et ce soutien a un effet important sur la perpétration du crime. En revanche, dans le cas d'actes commis en vertu d'un objectif ou dessein commun, il suffit que la personne qui y participe commette des actes qui visent d'une manière ou d'une autre à contribuer au projet ou objectif commun.

iv) S'agissant de la complicité (*aiding and abetting*), l'élément moral requis est le fait de savoir que les actes commis par la personne qui aide et encourage favorisent la perpétration d'un crime spécifique par l'auteur principal. Par contre, cela ne suffit pas lorsqu'il existe un objectif ou dessein commun tel qu'exposé ci-dessus : il faut que soit avérée l'intention de perpétrer le crime ou l'intention de réaliser le dessein criminel commun à laquelle vient s'ajouter la possibilité pour le coauteur de prévoir que des crimes qui n'étaient pas envisagés dans l'objectif criminel commun étaient susceptibles d'être commis.

(b) La culpabilité de l'Appelant dans la présente espèce

230. Dans la présente espèce, la Chambre de première instance a conclu que l'Appelant a participé au conflit armé survenu entre mai et décembre 1992 dans la région de Prijedor. Un des aspects de ce conflit était une politique consistant à commettre des actes inhumains à l'encontre de la population civile non serbe de ce territoire en vue de la création de la Grande Serbie²⁹³. Il a également été établi que, en exécution de cette politique, des actes inhumains avaient été commis à l'encontre de nombreuses personnes "en application d'un projet déterminé"²⁹⁴. Les attaques lancées contre Sivci et Jaskići le 14 juin 1992 entraient dans le cadre de ce conflit armé qui a embrasé la région de Prijedor.

231. L'Appelant a joué un rôle actif dans l'objectif criminel commun consistant à débarrasser la région de Prijedor de sa population non serbe, en commettant des actes inhumains à son encontre. L'objectif criminel commun n'était pas de tuer tous les hommes non serbes ; selon les éléments de preuve présentés et accueillis, il est clair que des massacres ont souvent eu lieu dans un effort visant à vider la région de Prijedor de sa

²⁹³ Cf. paragraphes 127 à 179 du Jugement, qui retracent l'historique du conflit dans l'opština de Prijedor.

population non serbe. Il est indéniable que l'Appelant avait eu connaissance des massacres qui accompagnaient la perpétration d'actes inhumains à l'encontre de la population non serbe. C'est dans ce contexte qu'il convient de considérer l'attaque de Jaskići et la participation de l'Appelant à cette attaque, comme l'ont conclu la Chambre de première instance et la Chambre d'appel dans ce qui précède. Le fait que personne n'ait été tué dans l'attaque de Sivci, lancée le même jour, ne modifie en rien l'objectif criminel commun.

232. L'Appelant faisait partie d'un groupe armé et était lui-même armé. Dans le contexte du conflit de la région de Prijedor, ce groupe a attaqué Jaskići le 14 juin 1992. La Chambre de première instance a conclu que :

S'agissant du meurtre de cinq hommes à Jaskići, les témoins Draguna Jaskić, Zemka Šahbaz and Senija Elkasović ont vu leurs cinq cadavres gisant dans le village, lorsque les femmes purent sortir des maisons après le départ des hommes en armes ; Senija Elkasović a vu que quatre d'entre eux avaient reçu une balle dans la tête. Elle avait entendu des coups de feu après que les hommes de sa maison avaient été emmenés.²⁹⁵

L'Appelant a pris une part active dans cette attaque, participant au rassemblement des hommes du village et aux violences infligées à certains d'entre eux. La Chambre de première instance a, en outre, noté que :

Il est indéniable que les hommes en armes se sont livrés à des violences, un certain nombre de témoins ayant eux-mêmes été menacés de mort par ces hommes en armes alors que les hommes du village étaient emmenés. Hormis cela, le fait qu'ils aient battu les hommes du village, parfois jusqu'à ce que ceux-ci perdent connaissance, alors qu'ils étaient allongés sur la route, est une preuve supplémentaire de leur comportement violent.²⁹⁶

Ainsi, la seule conclusion qui peut être tirée est que l'Appelant avait l'intention de contribuer à l'objectif criminel consistant à vider la région de Prijedor de sa population non serbe, en commettant des actes inhumains à son encontre. Le fait que des non-Serbes aient pu être tués durant la réalisation de cet objectif commun était, dans les circonstances de l'espèce, prévisible. L'Appelant avait conscience que les actions du groupe dont il était membre étaient susceptibles d'entraîner de tels massacres, mais il a pris ce risque délibérément.

²⁹⁴ Jugement, par. 660.

3. Conclusion de la Chambre d'appel

233. La Chambre de première instance a eu tort de juger qu'elle ne pouvait, sur la foi des éléments de preuve qui lui avaient été présentés, être convaincue au-delà de tout doute raisonnable que l'Appelant avait joué un rôle dans le meurtre de l'un ou l'autre des cinq hommes du village de Jaskiçi. La Chambre d'appel conclut que l'Appelant a participé au meurtre des cinq hommes à Jaskiçi, commis en période de conflit armé dans le cadre d'une attaque systématique et généralisée dirigée contre la population civile. Elle considère par conséquent qu'en vertu des dispositions de l'article 7 1) du Statut, la Chambre de première instance aurait dû déclarer l'Appelant coupable.

234. La Chambre d'appel estime que ce motif d'Appel incident présenté par l'Accusation est fondé.

C. Conclusion

235. La Chambre d'appel ayant en l'espèce conclu à l'applicabilité de l'article 2 du Statut, l'Appelant est déclaré coupable du chef d'accusation 29 [infractions graves au sens des articles 2 a) (homicide intentionnel) et 7 1) du Statut].

236. Les conclusions de la Chambre de première instance concernant le chef d'accusation 30 sont annulées. L'Appelant est déclaré coupable du chef d'accusation 30 [violation des lois ou coutumes de la guerre au sens des articles 3 1) a) (meurtre) et 7 1) du Statut].

237. Les conclusions de la Chambre de première instance concernant le chef d'accusation 31 sont annulées. L'Appelant est déclaré coupable du chef d'accusation 31 [crime contre l'humanité au sens des articles 5 a) (meurtre) et 7 1) du Statut].

²⁹⁵ *Ibid.*, par. 370.

²⁹⁶ *Ibid.*

**VI. LE TROISIÈME MOTIF D'APPEL INCIDENT SOULEVÉ
PAR L'ACCUSATION : LA CONCLUSION DE LA CHAMBRE DE
PREMIÈRE INSTANCE SELON LAQUELLE UN CRIME CONTRE
L'HUMANITÉ NE PEUT AVOIR DES MOBILES
PUREMENT PERSONNELS**

238. Dans le Jugement, la Chambre de première instance a inclus, au nombre des conditions à remplir pour déclarer un accusé coupable de crimes contre l'humanité, la nécessité de prouver l'existence d'un conflit armé et d'un lien entre les actes en question et le conflit armé.

239. S'agissant de la nature du lien requis, la Chambre de première instance a estimé qu'à deux réserves près, il suffit, en matière de crimes contre l'humanité, que l'acte soit commis au cours d'un conflit armé ou durant un tel conflit²⁹⁷. La première réserve est que l'acte doit être "lié géographiquement ainsi que temporellement au conflit armé"²⁹⁸. La seconde est qu'il doit exister un lien entre l'acte et le conflit ou, à tout le moins, que "l'acte ne soit pas dépourvu de lien avec le conflit armé"²⁹⁹. La Chambre de première instance a, de plus, considéré que cette deuxième condition présentait deux aspects. Premièrement, il faut que l'auteur du crime soit conscient du contexte plus large dans lequel il commet son acte.³⁰⁰ Deuxièmement, l'auteur du crime ne doit pas l'avoir commis pour des mobiles purement personnels.³⁰¹

A. Arguments des Parties

1. La thèse de l'Accusation

240. Selon l'Accusation, l'article 5 du Statut ne semble aucunement exiger que les crimes contre l'humanité ne soient pas commis pour des mobiles purement personnels. Elle estime

²⁹⁷ Jugement, par. 633.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*, par. 634.

³⁰⁰ *Ibid.*, par. 656 et 657.

qu'on ne peut déduire pareille exigence du fait que le crime doit nécessairement avoir un lien avec le conflit armé. En fait, considérer que la condition d'existence d'un conflit armé emporte la nécessité que les mobiles de l'auteur du crime ne soient pas purement personnels "reviendrait [...] à transformer cette simple clause de limitation de la compétence issue de l'article 5 en un élément constitutif de l'intention requise pour les crimes contre l'humanité"³⁰².

241. L'Accusation concède que cette conclusion n'a pas influé sur le verdict. Elle estime toutefois que ladite conclusion touche un important point de droit, d'intérêt général pour la jurisprudence du Tribunal et, qu'à ce titre, elle doit être corrigée en appel³⁰³.

242. Pour l'Accusation, la majorité des sources est nettement en faveur de la thèse selon laquelle un crime contre l'humanité peut avoir des mobiles purement personnels. La seule source sur laquelle la Chambre de première instance fonde sa conclusion suggérerait en fait que, même lorsque les auteurs des crimes ont agi dans un dessein personnel, leur actes peuvent tout de même recevoir la qualification de crimes contre l'humanité³⁰⁴. Les tribunaux militaires des États-Unis agissant en vertu de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle et des tribunaux internes ont ultérieurement rendu des décisions qui viennent également à l'appui de l'idée que les auteurs de crimes contre l'humanité peuvent être animés de mobiles purement personnels³⁰⁵.

243. Enfin, l'Accusation tire argument du fait que l'objet et le but du Statut du Tribunal s'accordent avec l'idée que des crimes contre l'humanité peuvent être commis pour des raisons purement personnelles, dans la mesure où une interprétation étroite de la catégorie de crimes tombant sous le coup de l'article 5 irait à l'encontre de l'objectif que se fixe le Statut à travers le large champ d'application qu'il confère au droit humanitaire. Au surplus, si la preuve de mobiles non personnels était exigée, nombres d'auteurs de crimes contre l'humanité pourraient éviter d'être condamnés par le Tribunal international en s'abritant derrière le caractère purement personnel de leurs mobiles³⁰⁶.

³⁰¹ *Ibid.* par. 658 et 659.

³⁰² *Cross-Appellant's Brief*, par. 4.9.

³⁰³ *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 26.

³⁰⁴ *Cross-Appellant's Brief*, par. 4.11 ; CR 150 (20 avril 1999).

³⁰⁵ *Cross-Appellant's Brief*, par. 4.15 à 4.18.

³⁰⁶ *Ibid.* par. 4.22 ; CR 152 (20 avril 1999).

2. La thèse de la Défense

244. La Défense prend le contre-pied de l'appel incident de l'Accusation et estime fondée la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle un crime contre l'humanité ne peut pas être commis pour des raisons purement personnelles. Tout en concédant que l'article 5 du Statut ne stipule pas expressément que les crimes contre l'humanité ne peuvent pas être commis pour des raisons purement personnelles, la Défense soutient que la Chambre de première instance a correctement interprété cet article lorsqu'elle a conclu que les mobiles d'un crime contre l'humanité ne peuvent pas être d'ordre strictement personnel³⁰⁷.

245. La Défense conteste l'interprétation que fait l'Accusation des précédents applicables, en faisant valoir que dans toutes les affaires citées, les accusés étaient liés au système d'extermination qui constituait le fondement des crimes contre l'humanité et que de ce fait, ils n'étaient pas animés de mobiles strictement personnels³⁰⁸. En d'autres termes, les activités des accusés étaient liées à un ensemble d'activités, dans lequel s'inscrivaient les pogroms contre les Juifs, et c'est la raison pour laquelle, selon la Défense, les actes des accusés n'étaient pas des actes commis pour des raisons purement personnelles.

246. La Défense conteste également l'argument de l'Accusation concernant l'objet et le but du Statut du Tribunal international, estimant qu'au contraire, il serait injuste, en bonne logique, d'engager des poursuites pour crime contre l'humanité contre l'auteur d'un acte commis dans un dessein strictement personnel³⁰⁹.

B. Examen

247. Aucune des Parties ne prétend que la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle les crimes contre l'humanité ne peuvent être commis pour des motifs purement personnels ait influé sur le verdict de l'une des manières prévues à l'article 25 1)

³⁰⁷ *Appellant's Amended Brief on Judgement*, par. 4.9 ; CR 227 (20 avril 1999).

³⁰⁸ *Appellant's Amended Brief on Judgement*, par. 4.12 ; CR 229 (20 avril 1999).

³⁰⁹ *Appellant's Amended Brief on Judgement*, par. 4.17 et 4.18.

du Statut³¹⁰. Il s'agit cependant d'une question d'intérêt général pour la jurisprudence du Tribunal, sur laquelle il convient que la Chambre d'appel se prononce.

1. L'article 5 du Statut

248. La Chambre d'appel estime, comme l'Accusation, que rien dans l'article 5 du Statut ne suggère une quelconque exigence que les crimes contre l'humanité ne peuvent être commis pour des mobiles purement personnels. La Chambre d'appel convient également avec l'Accusation que l'on peut déduire de l'expression "dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit", qui figure à l'article 5 du Statut, que les actes de l'accusé doivent avoir été commis dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile³¹¹ et que l'accusé devait *savoir* que ses actes s'inscrivaient dans pareil contexte. Cependant, aucune disposition du Statut ne vient exiger l'ajout d'une condition *supplémentaire* selon laquelle les actes en question ne devraient pas être commis pour des raisons purement personnelles, sauf dans la mesure où elle constituerait une conséquence ou une reformulation des deux autres conditions mentionnées.

249. La Chambre d'appel est également d'accord avec l'Accusation sur le fait que l'expression "commis au cours d'un conflit armé", qui figure à l'article 5 du Statut, n'exige rien de plus que l'*existence* d'un conflit armé à l'époque et aux lieux visés. L'Accusation a par ailleurs raison d'affirmer que la condition de l'existence d'un conflit armé est un

³¹⁰ L'article 25 1) du Statut dispose comme suit : "La Chambre d'appel connaît des recours introduits soit par les personnes condamnées par les Chambres de première instance, soit par le Procureur, pour les motifs suivants : a) erreur sur un point de droit qui invalide la décision ; ou b) erreur de fait qui a entraîné un déni de justice."

³¹¹ Cette condition avait déjà été reconnue par le Tribunal dans l'affaire de l'*Hôpital de Vukovar*, dans la décision relative à l'examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement :

"Les crimes contre l'Humanité doivent être distingués des crimes de guerre commis contre des personnes. Ils doivent, notamment, être généralisés ou présenter un caractère systématique. Cependant, dans la mesure où il présente un lien avec l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile, un acte unique pourrait remplir les conditions d'un crime contre l'Humanité. De ce fait, un individu qui commet un crime contre une seule victime ou un nombre limité de victimes peut être reconnu coupable d'un crime contre l'Humanité si ses actes font partie du contexte spécifique identifié ci-dessus." ("Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve", *Le Procureur c/ Mile Mrksić et consorts*, Affaire n° IT-95-13-R61, Chambre de première instance I, 3 avril 1996, par. 30).

“élément constitutif *de la compétence* et non de l’intention requise pour les crimes contre l’humanité”³¹² (c’est-à-dire qu’elle ne s’attache pas à la composante subjective du crime).

250. Cette distinction est importante parce que, comme nous l’avons dit plus haut, si l’exclusion des comportements “purement personnels” s’entend simplement d’une reformulation de la double condition que les actes de l’accusé interviennent dans un contexte de crimes commis à grande échelle et que l’accusé en soit conscient, alors elle n’a rien de critiquable ; il s’agit effectivement d’une interprétation correcte du droit. On est en revanche dans l’erreur si l’on entend par là que les mobiles de l’accusé (son “dessein purement personnel”, pour reprendre les termes de la Chambre de première instance) *ne doivent pas être dépourvus de lien avec le conflit armé*. De la même façon, cette expression est contestable si on estime qu’elle exige la preuve des *mobiles* de l’accusé, plutôt que de l’intention de commettre le crime et de la connaissance du contexte dans lequel il s’inscrit.

251. Quant à ce que la Chambre de première instance entendait par “dessein purement personnel”, il est clair qu’elle a opéré un amalgame entre deux interprétations de cette expression : premièrement, l’absence de lien entre l’acte et le conflit armé et, deuxièmement, l’absence de lien entre l’acte et l’attaque contre la population civile. À cet égard, on lit au paragraphe 659 du Jugement :

659. De ce fait, si l’auteur a la connaissance, soit effective soit virtuelle, que ces actes étaient commis d’une manière généralisée ou systématique et n’a pas commis son acte dans un dessein purement personnel *sans aucun lien avec l’attaque contre la population civile*, cela suffit pour le tenir responsable de crimes contre l’humanité. Par conséquent, l’auteur doit savoir qu’il y a une agression contre la population civile, savoir que son acte s’accorde avec l’agression et l’acte ne doit pas être commis pour des mobiles purement personnels *sans lien avec le conflit armé*” (non souligné dans le texte).

Ainsi, “l’attaque contre la population civile” est ici assimilée au “conflit armé”. Les deux concepts ne peuvent toutefois être identiques car alors, les crimes contre l’humanité seraient, par définition, *toujours commis dans le cadre d’un conflit armé*, alors que le droit international coutumier envisage également qu’ils puissent être commis en temps de paix³¹³. Les deux notions — “attaque contre une population civile quelle qu’elle soit” et “conflit armé” — doivent donc être distinctes, bien que de toute évidence, aux termes de l’article 5 du Statut, la première puisse prendre place dans le cadre du deuxième. Cependant, le lien avec les actes de l’accusé est *seulement* requis pour l’attaque contre “une population civile

³¹² *Cross-Appellant’s Brief*, par. 4.9.

quelle qu'elle soit". À la différence de ce qui est affirmé dans le Jugement, *aucun* lien n'est requis entre les actes de l'accusé et le conflit armé. La condition relative au conflit armé est satisfaite dès lors que l'*existence* du conflit armé est prouvée ; c'est la seule condition posée par le Statut qui, ce faisant, se montre déjà plus exigeant que le droit international coutumier.

252. De plus, la Chambre de première instance semble avoir confondu le caractère purement personnel des mobiles et l'absence de lien entre l'acte et le conflit armé. Il semble qu'elle ait considéré la phrase "l'acte ne doit pas être dépourvu de lien avec le conflit armé"³¹⁴ comme synonyme de la proposition selon laquelle l'acte "ne doit pas être motivé purement par des desseins personnels de l'auteur"³¹⁵. En tout état de cause, ces deux notions, dont aucune n'est une condition préalable à l'imputation de la responsabilité pénale en vertu de l'article 5, ne sont pas coextensives. Si l'on peut affirmer qu'un acte lié au conflit armé n'est pas commis dans un dessein personnel, il ne s'ensuit pas forcément qu'un acte dépourvu de lien avec le conflit armé est commis pour des raisons purement personnelles. Il se peut en effet que l'acte soit étroitement lié à une attaque contre une population civile, c'est-à-dire qu'il s'inscrive précisément dans un contexte de persécution d'un groupe donné, mais qu'il soit cependant dépourvu de lien avec le conflit armé. En pareilles circonstances, on aurait tort de conclure que l'acte a été commis dans un dessein purement personnel, sous prétexte qu'il est dépourvu de lien avec le conflit armé. La proposition inverse est également vraie : ce n'est pas parce que l'on a pu établir que l'auteur du crime était animé de mobiles d'ordre personnel qu'il s'ensuit que ses actes étaient forcément dépourvus du lien requis avec l'attaque contre une population civile.

2. L'objet et le but du Statut

253. L'Accusation fait valoir que "l'objet et le but du Statut du Tribunal s'accordent avec l'idée que des crimes contre l'humanité peuvent être commis pour des raisons purement personnelles". Elle s'appuie en cela sur l'Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, dans lequel la

³¹³ Sur la question de savoir si le Statut se montre plus exigeant que le droit international coutumier lorsqu'il pose la condition de l'existence d'un conflit armé, cf. Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, par. 141.

³¹⁴ Jugement, par. 634.

³¹⁵ *Ibid.*

Chambre d'appel affirme que "l'objectif fondamental" de la création du Tribunal international est "de ne laisser impuni aucun auteur de [...] violations graves [du droit international humanitaire], quel que soit le contexte de leur perpétration"³¹⁶. Ceci soulève cependant la question de savoir si un crime commis pour des raisons purement personnelles est un crime contre l'humanité et, partant, une violation grave du droit international humanitaire tombant sous le coup de l'article 5 du Statut.

254. La Chambre d'appel rejette par ailleurs l'argument de l'Accusation relatif à l'excessive charge de la preuve qui lui incomberait si elle devait établir que l'accusé n'agissait pas dans un dessein personnel³¹⁷, au motif que cet argument soulève des questions aussi accessoires que dénuées de pertinence. Le caractère accessoire des questions est manifeste parce qu'à supposer que le droit pénal international exige que les crimes contre l'humanité ne soient pas commis pour des raisons purement personnelles, l'Accusation serait de toute façon tenue de prouver cet élément, que la charge de la preuve soit excessive ou non. La question qui se pose en réalité est simplement de savoir si le droit pénal international pose pareille condition.

3. La jurisprudence comme reflet du droit international coutumier

255. La Chambre d'appel en vient maintenant à l'autre argument avancé par l'Accusation. Elle estime comme cette dernière que le plus gros des sources faisant autorité considère que des crimes contre l'humanité peuvent être commis pour des raisons purement personnelles, pour peu que soient remplies les deux conditions susmentionnées, à savoir que les crimes doivent être commis dans le contexte d'une agression généralisée et systématique contre une population civile et que l'accusé *savait* que ses actes "s'accordaient avec cette agression", pour reprendre les termes employés par la Chambre de première instance.

256. À cet égard, il s'impose d'examiner la jurisprudence citée par la Chambre de première instance et l'Accusation, ainsi que d'autres précédents pertinents, pour déterminer si pareille norme s'est dégagée en droit international coutumier.

³¹⁶ *Cross-Appellant's Brief*, par. 4.20.

³¹⁷ *Ibid.*, par. 4.23.

257. L'Accusation a raison d'affirmer que l'affaire datant de 1948 citée par la Chambre de première instance³¹⁸ confirme plutôt qu'elle n'infirme la thèse selon laquelle des crimes contre l'humanité peuvent être perpétrés pour des mobiles purement personnels, dès lors que les actes en question ont été sciemment commis "en tant que partie intégrante de tous les crimes perpétrés à grande échelle dans le cadre de la persécution des Juifs". Comme l'a affirmé la Cour suprême pour la Zone britannique, "dans le cas des crimes contre l'humanité revêtant la forme de dénonciations politiques, le seul élément requis est l'intention de l'auteur de dénoncer sa victime, sachant qu'il la livrait ainsi aux forces de l'arbitraire et de la terreur"³¹⁹.

258. L'affaire concernant le meurtre de patients souffrant de troubles mentaux, portée devant la même juridiction et citée par l'Accusation, constitue également un précédent de poids, qui vient confirmer que la question des mobiles personnels n'a pas d'incidence sur les éléments constitutifs des crimes contre l'humanité³²⁰.

³¹⁸ Arrêt de la Cour suprême pour la Zone britannique (Chambre pénale) (9 novembre 1948), S. StS 78/48, in *Justiz und NS-Verbrechen* vol. II, p. 498 et 499. Les accusés, Mme K. et P., avaient dénoncé l'épouse juive de P. à la Gestapo pour ses remarques antinazies. Le seul but des accusés était de se débarrasser de Mme P., qui ne voulait pas accepter le divorce. Pour eux, le seul moyen d'arriver à leurs fins consistait à la livrer à la Gestapo. Suite à cette dénonciation, Mme P. a été arrêtée et emmenée au camp de concentration d'Auschwitz où elle est morte de malnutrition au bout de quelques mois. Le Tribunal de première instance a déclaré K. et P. coupables de crimes contre l'humanité. (Cf. Décision de la *Schwurgericht* d'Hambourg du 11 mai 1948, (50). 17/48, in *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. II, p. 491 à 497). Les accusés ont interjeté appel auprès de la Cour suprême pour la Zone britannique, qui a rejeté leur recours et confirmé leur condamnation, estimant que l'élément matériel et l'élément moral du crime contre l'humanité étaient tous deux présents. (cf. Arrêt de la Cour suprême pour la Zone Britannique du 9 novembre 1948, S. StS 78/48, in *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. II, p. 498 et 499, en particulier p. 499). D'après la Cour suprême, les conclusions du Tribunal de première instance démontraient suffisamment que les accusés satisfaisaient à cette condition d'intention.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 499.

³²⁰ OGHZ, Cour suprême pour la Zone britannique (Chambre pénale) (5 mars 1949), S. StS 19/49, in *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone I*, 1949, p. 321 à 343. Les accusés, le Dr. P et d'autres (plusieurs médecins et un juriste) travaillaient dans un hôpital psychiatrique. En application de la directive d'Hitler de transfert des personnes atteintes de troubles mentaux vers d'autres établissements (où elles étaient secrètement mises à mort dans des chambres à gaz), les accusés ont parfois participé à des transferts de patients. Dans la plupart des cas, cependant, ils se sont opposés à ces instructions et ont essayé de sauver la vie de leurs patients en les autorisant à quitter l'hôpital ou en les classant dans des catégories qui ne tombaient pas sous le coup de la directive d'Hitler. Les accusés, qui devaient répondre de complicité de meurtre, ont été acquittés par le Tribunal de première instance parce qu'il n'a pas pu être prouvé qu'ils répondaient à la condition d'intention coupable requise pour la participation au meurtre des patients. Le Tribunal de première instance n'a pas abordé la question de savoir si le comportement des accusés pouvait constituer un crime contre l'humanité. Cela lui a été reproché par la Cour suprême pour la Zone britannique, qui lui a ordonné de rouvrir le procès afin de déterminer si les accusés pouvaient être déclarés coupables de crimes contre l'humanité. La Cour suprême a déclaré que "est également réputé auteur [d'un crime contre l'humanité] quiconque contribue à la réalisation des éléments de l'infraction, sans pour autant souhaiter promouvoir le régime national-socialiste, [...] mais agit peut-être par peur, indifférence, haine pour la victime ou par appât du gain. [Cela] tient au fait que même quand l'acte découle de pareils mobiles (*Beweggründe*), il reste lié à ce système violent et oppressif (*Gewaltherrschaft*) (*ibid.*, p. 341). Finalement, les accusés n'ont pas

259. La thèse de l'Accusation est de surcroît confortée par l'issue d'autres affaires de dénonciations jugées à la suite de la Deuxième Guerre mondiale par la Cour suprême pour la Zone britannique et par des tribunaux allemands, qui ont déclaré coupables de crimes contre l'humanité des particuliers qui en avaient dénoncé d'autres, bien que pour des raisons personnelles.

260. Dans l'affaire *Sch.*, l'accusée avait dénoncé le propriétaire de son logement uniquement "pour se venger de lui et l'empêcher de lui nuire", après qu'un litige les eut opposés concernant la location. La dénonciation avait déclenché une enquête de la Gestapo, qui s'est soldée par la condamnation et l'exécution du propriétaire. Le Tribunal de première instance a condamné Sch. à trois années de réclusion pour crimes contre l'humanité³²¹. L'accusée a fait appel de cette décision, faisant valoir que "les crimes contre l'humanité se limitaient à la participation aux crimes commis à grande échelle et ... excluaient toutes les affaires où une personne nuisait à une autre pour des raisons personnelles". La Cour suprême a rejeté l'appel, estimant que ni le Jugement de Nuremberg ni les déclarations du procureur du Tribunal militaire international ne plaidaient pour une interprétation si restrictive de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle. La Cour suprême a affirmé ce qui suit :

[L]e Tribunal militaire international et la Cour suprême ont considéré qu'un crime contre l'humanité tel que défini à l'article II 1 c) de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle est constitué dès lors que l'acte cause à la victime un préjudice issu du régime national-socialiste de violence et de tyrannie (*Gewalt- oder Willkürherrschaft*), préjudice tel qu'il affecte l'humanité dans son ensemble. Pareil préjudice peut également naître de l'agression d'une seule personne pour des raisons personnelles. Cela n'est cependant le cas que si non seulement la victime a souffert des actes de son agresseur — cela ne suffirait pas à concerner l'humanité en tant que telle — mais également si la nature, la durée ou l'ampleur du préjudice dépendent du régime national-socialiste de violence et de tyrannie ou lui sont liés. Dès lors que la dignité humaine de la victime est atteinte, l'incident n'est plus un événement qui ne concerne pas l'humanité en tant que telle. Si l'agression d'une seule victime par un individu isolé agissant pour des raisons personnelles est liée au régime national-socialiste de violence et de tyrannie et si elle porte atteinte à la victime de la façon susmentionnée, elle devient l'un des maillons de la chaîne de mesures par lesquelles le régime national-socialiste entendait persécuter de larges groupes de la population. Il n'y a aucune raison immédiate d'exonérer l'accusé simplement parce qu'il s'en est pris à une victime isolée pour des raisons personnelles.³²²

été déclarés coupables de crimes contre l'humanité, mais pour des raisons procédurales qui n'avaient rien à voir avec la définition de l'infraction.

³²¹ Jugement du Tribunal de district de Flensburg en date du 30 mars 1948 in *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. II, p. 397 à 402. Cf. cette décision pour la conclusion du Tribunal de district que la dénonciation avait été faite pour des raisons personnelles.

³²² Arrêt de la Cour Suprême pour la Zone britannique en date du 26 octobre 1948, S. StS 57/48, in *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen*, vol. I., p. 122 à 126, à la page 124 (traduction non officielle). L'essence de cette déclaration a été réaffirmée dans un

261. La Cour suprême a ultérieurement réaffirmé la même conclusion dans l'affaire *H.* *H.* avait dénoncé son beau-père, V.F., pour avoir écouté une station de radio étrangère, prétendument au motif que V.F., qui était d'origine aristocratique, se moquait sans cesse de lui à cause de ses origines modestes et tyrannisait la famille par son comportement systématiquement méprisant. Apparemment, les membres de la famille considéraient que la seule solution à ces problèmes était la dénonciation. Suite à cette dénonciation, les autorités nazies ont condamné V.F. à trois années d'emprisonnement. La victime, qui souffrait d'une pathologie intestinale, est décédée en prison. Bien que la dénonciation répondît à des mobiles personnels, le Tribunal de première instance a déclaré *H.* coupable d'un crime contre l'humanité, déclarant que "la question n'était pas de savoir si [...] *H.* était motivé par des raisons politiques, personnelles ou autres". En se référant à la jurisprudence constante de la Cour suprême pour la Zone britannique³²³, le Tribunal de première instance a estimé que "les mobiles (*Beweggründe*) qui sont à l'origine d'une dénonciation ne sont pas décisifs (*nicht entscheidend*)"³²⁴.

262. L'affaire *V.* constitue un exemple supplémentaire. En 1943, *Nu.* avait dénoncé les critiques formulées par *Ste.* à plusieurs reprises en 1942, au domicile de *Nu.*, contre Hitler,

arrêt de la Cour suprême en date du 8 juillet 1949, dans l'affaire *G.* (S. StS 109/48, *ibid.*, p. 246 à 249). *G.*, un membre des SA (Sections d'assaut), avait participé aux mauvais traitements infligés à un opposant politique pour des motifs d'ordre apparemment purement personnel, à savoir des rancœurs personnelles entre sa famille et celle de la victime. *G.* a néanmoins été jugé coupable de crimes contre l'humanité. La Cour suprême a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa condamnation, estimant que le mobile de l'agression n'était pas pertinent et qu'une agression contre une seule victime pour des raisons personnelles pouvait être considérée comme un crime contre l'humanité pour peu qu'il existât un lien entre l'agression et le régime national-socialiste de violence et de tyrannie (*ibid.*, p. 247).

³²³ Le Tribunal de première instance se référait à un arrêt de la Cour suprême pour la Zone britannique en date du 17 août 1948, S. StS 43/48, *ibid.*, p. 60 à 62 et à un autre arrêt en date du 13 novembre 1948, S. StS 68/48, *ibid.*, p. 186 à 190. Cf. aussi l'arrêt de la Cour suprême pour la Zone britannique en date du 20 avril 1949, S. StS 120/49, *ibid.*, p. 385 à 391, à la page 388.

³²⁴ Décision du Tribunal de district de Braunschweig en date du 22 juin 1950, in *Justiz und NS-Verbrechen*, vol. VI, p. 631 à 644, à la page 639. Noter, en particulier, la conclusion du Tribunal de district que la dénonciation s'inscrivait dans un dessein personnel. On peut également mentionner la décision rendue par la *Schwurgericht* d'Hanovre, en date du 30 novembre 1948, dans l'affaire *B.*, S. StS 68/48 (in *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen*, vol. I, p. 186 à 190). *B.*, inspecteur de l'administration des cultes, avait informé son supérieur que l'un de ses collègues, *P.*, avait à plusieurs reprises exprimé des doutes sur la situation politique en Allemagne et fait part de sa désapprobation concernant la persécution des Juifs, la propagande officielle, la politique culturelle et l'attitude anticléricale du national-socialisme. Cette information était parvenue à la Gestapo, qui avait arrêté *P.* Un tribunal d'exception avait condamné *P.* à une année et trois mois d'emprisonnement. *B.*, accusé de crimes contre l'humanité, a été acquitté par le Tribunal de première instance (la *Schwurgericht* d'Hanovre) parce que ce dernier, après avoir longuement examiné les mobiles de l'accusé (*Beweggründe*), n'a pas été en mesure de déterminer si la dénonciation avait été motivée par la politique ou par la religion. La Cour suprême pour la Zone britannique a cassé ce jugement, déclarant "qu'il était erroné et contraire à la jurisprudence constante de la Cour [suprême]" de considérer les mobiles de l'accusé comme importants. (*ibid.*, p. 189, traduction non officielle).

le régime national-socialiste et les SS. Ste était la mère biologique du fils adoptif de Nu. En fait, Nu. avait dénoncé Ste. dans l'espoir de pouvoir regagner l'affection de son fils, qui s'était progressivement détaché de ses parents adoptifs à mesure qu'il se rapprochait de sa mère biologique. À la suite de cette dénonciation, un tribunal d'exception condamna Ste. à deux années d'emprisonnement. Ce tribunal avait prévu son transfert ultime à un camp de concentration mais elle avait été libérée par les forces d'occupation alliées avant le transfert. En prison, Ste. avait subi des atteintes graves à son intégrité physique et avait perdu la vision d'un œil. Après la guerre, un tribunal de district condamna Nu. à six mois d'emprisonnement pour avoir dénoncé Ste.. Bien que l'acte de Nu. eût été motivé par des raisons personnelles, le tribunal a jugé que sa dénonciation constituait un crime contre l'humanité³²⁵.

263. Quant aux jugements rendus par les tribunaux militaires des États-Unis en vertu de la Loi n°10 du Conseil de contrôle, cités par l'Accusation³²⁶, il faut convenir qu'ils paraissent moins pertinents. Ces affaires concernent des responsables officiels nazis de divers rangs, dont les actes étaient, *ipso facto*, déjà aisément identifiables au régime nazi de terreur. La question de savoir s'ils avaient commis leurs forfaits "pour des raisons personnelles" ne se posait donc pas directement, puisqu'ils avaient agi *ès qualités*, ce qui excluait d'office tout moyen de défense fondé "sur les circonstances personnelles", essentiellement tiré du caractère "non officiel" des actes. La question de savoir si un accusé était animé de mobiles purement personnels ne peut se poser que lorsqu'il peut faire valoir qu'il s'est comporté comme un simple particulier agissant à titre privé ou non officiel. C'est la raison pour laquelle cette question se pose surtout dans les affaires de dénonciation entre membres de la même famille ou entre voisins. Dès lors, ce paradigme ne s'applique pas aux procès des ministres, juges ou autres responsables officiels de l'État nazi, en particulier lorsqu'ils n'ont pas soulevé pareil moyen de défense, en admettant les actes en question tout en prétendant qu'ils les avaient commis pour des raisons personnelles. C'est en effet d'abord à la défense qu'il appartient de soulever les moyens fondés sur les "mobiles purement personnels" excluant la qualification de crime contre l'humanité, et on ne saurait

³²⁵ Arrêt de la Cour suprême pour la Zone britannique en date du 22 juin 1948, S. StS 5/48, in *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone, Entscheidungen in Strafsachen*, vol. I, p. 19 à 25. L'arrêt de la Cour suprême ne concernait pas directement Nu. mais l'un de ses coaccusés. Le Tribunal de district d'Hambourg avait condamné Nu. pour crime contre l'humanité.

³²⁶ Cf. *Cross-Appellant's Brief*, par. 4.15 et 4.16.

attendre des juges qu'ils se prononcent d'office sur la question, dans le cadre de l'*obiter dicta* de la décision.

264. Les deux parties de l'affaire des *Ministères* citées par l'Accusation³²⁷ ne sont pas non plus réellement pertinentes, dans la mesure où elle réaffirment les principes du droit de la *complicité* — “[...] quiconque participe ou joue de plein gré un rôle dans un crime contre l'humanité est réputé coupable de ce crime” — plutôt qu'elles ne traitent la question de savoir s'il est important ou non que l'accusé ait agi pour des mobiles personnels. De même, dans l'affaire *Justice*³²⁸, il ne semble pas que les accusés aient soulevé de moyen de défense fondé sur le caractère personnel de leurs mobiles.

265. L'Accusation cite également les affaires *Eichmann* et *Finta*. L'affaire *Eichmann* n'est pas pertinente dans la mesure où l'accusé a *spécifiquement nié* avoir jamais été poussé par des mobiles personnels, prétendant qu'il avait agi “non pas de par sa volonté propre mais en tant que l'un des nombreux maillons de la chaîne de commandement”³²⁹. De surcroît, la Cour a considéré qu'Eichmann, qui était à la tête du Département des affaires juives et des évacuations et qui avait participé à la tristement célèbre Conférence de Wannsee, “n'était pas un ‘simple rouage’, petit ou grand, d'une machine mue par d'autres : il était lui-même au nombre de ceux qui faisaient avancer la machine”³³⁰. On ne saurait envisager pour un responsable officiel de si haut rang des “mobiles purement personnels”.

266. L'affaire *Finta*³³¹ nous concerne davantage, ne serait-ce que parce que l'accusé était un petit responsable officiel, capitaine dans la Gendarmerie royale hongroise. Il était donc mieux placé que des responsables de haut rang pour s'abriter derrière des mobiles exclusivement “personnels”. De fait, cette affaire étaye avec autorité la proposition selon laquelle la seule condition qui s'attache aux crimes contre l'humanité est :

[...] que l'accusé doit avoir subjectivement connaissance des conditions factuelles qui font de ses actes un crime contre l'humanité. [...] [L]’élément moral d’un crime contre l’humanité doit impliquer la connaissance des faits ou des circonstances qui

³²⁷ *U.S. v. Ernst von Weizsaecker et al.*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, United States Government Printing Office, Washington, 1951, vol XIV, p. 611, 470 et 471, cité in *Cross-Appellant's Brief*, par. 4.15.

³²⁸ *U.S. v. Altstoetter et al.*, Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, United States Government Printing Office, Washington, 1951, vol. III.

³²⁹ *Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, 36 *International Law Reports* 1968, p. 323 (traduction non officielle).

³³⁰ *Ibid.*, p. 331.

³³¹ *R. c. Finta*, [1994] 1 SCR 701.

font tomber les actes sous le coup de la définition des crimes contre l'humanité.
(TNO !!!).³³²

267. Il ressort de l'affaire *Finta* qu'aucune autre condition ne semble requise et que la pertinence ou non des mobiles personnels de l'accusé n'est même pas mentionnée.

268. L'une des raisons pour lesquelles les affaires susmentionnées ne font pas référence aux "mobiles" pourrait être, comme l'a suggéré la Défense³³³, que "la question qui se posait dans ces affaires n'était pas de savoir si les accusés avaient agi pour des mobiles purement personnels". Pour sa part, la Chambre d'appel estime aussi que la question ne se posait pas parce que les mobiles ont en général peu d'importance en droit pénal, comme l'a fait remarquer l'Accusation lors de l'audience du 20 avril 1999 :

Par exemple, il importe peu qu'un accusé vole de l'argent pour acheter des cadeaux de Noël à ses pauvres enfants ou pour assouvir un besoin d'héroïne. La seule chose qui nous importe est qu'il a volé et qu'il en avait l'intention ... et c'est également ce qui nous intéresse en l'espèce. Au delà du fait que l'accusé savait que son acte s'inscrivait dans le contexte d'actes généralisés ou systématiques, aucune autre condition ne vient exiger que son acte ne répondait pas à des mobiles personnels. Le Procureur estime qu'en général et en l'espèce, les mobiles n'ont tout simplement pas d'importance en droit pénal.³³⁴

269. La Chambre d'appel accueille ce point de vue, à cette réserve près que les mobiles deviennent pertinents lors de l'évaluation de la peine à imposer, en tant que circonstances aggravantes ou atténuantes (par exemple, on se montrera plus indulgent vis-à-vis du voleur susmentionné si son but était d'acheter des cadeaux à ses enfants plutôt que de l'héroïne pour sa consommation personnelle). De fait, un simple raisonnement par l'absurde permet de mettre en lumière le défaut de pertinence associé en droit pénal aux mobiles de l'infraction. Imaginons un SS de haut rang qui prétend qu'il a participé au génocide des Juifs et des Gitans uniquement pour la raison "purement personnelle" qu'il leur nourrissait une haine profonde et qu'il souhaitait leur extermination. En dépit de l'état d'esprit intrinsèquement génocidaire de cet accusé, il faudrait le déclarer non coupable de crimes contre l'humanité, simplement au motif que ses mobiles étaient d'ordre "purement personnel". Par ailleurs, si ce même individu prétendait qu'il a participé au génocide uniquement pour la raison "purement personnelle" qu'il craignait de perdre son emploi, il aurait également le droit d'être acquitté. On aboutirait ainsi à l'acquittement des individus qui se trouvent aux deux extrémités du spectre. En dernière analyse, on pourrait acquitter

³³² *Ibid.*, à la page 819, jugement de la majorité rendu par le Juge Cory.

³³³ *Defence's Substituted Response to Cross-Appellant's Brief*, par. 4.16.

³³⁴ CR 152 et 153 (20 avril 1999).

tout accusé qui, dans un dessein purement personnel, a joué un rôle dans des meurtres perpétrés à grande échelle. Ceci démontre l'absurdité de toute analyse requérant la preuve du caractère "non personnel" des mobiles. La Chambre d'appel n'estime toutefois pas que pareille conclusion était envisagée par la Chambre de première instance. Il semble plutôt que cette dernière ait maladroitement reformulé la double condition que les actes de l'accusé s'inscrivent dans un contexte de crimes commis à grande échelle et que l'accusé ait connaissance de ce contexte, sous forme d'une unique condition à tournure négative (que l'accusé n'ait pas agi pour des motifs personnels). Pour la Chambre d'appel, la Chambre de première instance ne souhaitait pas ajouter une condition touchant aux "mobiles" ; elle a simplement répété la condition de contexte et d'intention, et l'a confondue avec l'exigence d'un lien avec un conflit armé, semblant ce faisant ajouter par inadvertance et de façon injustifiable une nouvelle condition.

270. On est donc fondé à conclure que la jurisprudence pertinente et l'esprit des règles internationales relatives aux crimes contre l'humanité démontrent clairement qu'en droit coutumier, les "mobiles purement personnels" ne rentrent aucunement en ligne de compte pour déterminer si oui ou non un crime contre l'humanité a été commis.

C. Conclusion

271. La Chambre de première instance a conclu à juste titre que les crimes qui ne sont pas liés à des attaques généralisées ou systématiques contre une population civile ne doivent pas faire l'objet de poursuites sous la qualification de crimes contre l'humanité. Ces derniers relèvent en effet d'une catégorie à part, davantage marquée du sceau de l'infamie morale que celle des crimes ordinaires. Aussi faut-il, pour pouvoir déclarer un individu coupable de crimes contre l'humanité, prouver que ses crimes étaient *liés* à l'agression d'une population civile (dans le cadre d'un conflit armé) et que l'accusé *savait* qu'ils y étaient liés.

272. Cependant, pour les raisons qui précèdent, la Chambre d'appel n'estime pas nécessaire d'exiger en sus, comme élément constitutif de l'intention coupable, la preuve d'un lien entre les actes précis que l'accusé est présumé avoir commis et le conflit armé, pas plus que celle des *mobiles* de l'accusé. Par conséquent, de l'avis de la Chambre d'appel, la condition que l'acte ne soit pas commis pour des raisons purement personnelles n'est pas nécessaire pour le faire tomber sous le coup de la définition des crimes contre l'humanité au sens de l'article 5 du Statut du Tribunal.

**VII. LE QUATRIÈME MOTIF D'APPEL INCIDENT SOULEVÉ PAR
L'ACCUSATION : LA CONCLUSION DE LA CHAMBRE DE
PREMIÈRE INSTANCE SELON LAQUELLE UNE CONDITION
D'INTENTION DISCRIMINATOIRE S'ATTACHE À TOUS LES
CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ**

A. Arguments des Parties

1. La thèse de l'Accusation

273. L'Accusation soutient que la Chambre de première instance a eu tort de conclure que tous les crimes contre l'humanité doivent nécessairement avoir été commis avec une intention discriminatoire. Elle est d'avis que la condition d'intention discriminatoire ne vaut que pour les crimes relevant de la persécution, et non pour tous les crimes contre l'humanité³³⁵.

274. L'Accusation fait remarquer que l'article 5 du Statut n'exige pas expressément d'intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité. Pareille condition d'intention figure dans l'article 3 du Statut du TPIR. L'absence d'une disposition similaire dans l'article 5 du Statut du TPIY implique, *a contrario*, qu'au moment de la rédaction du Statut de ce tribunal, il n'était aucunement envisagé d'y inclure pareille condition³³⁶.

275. L'exigence d'une intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité n'est pas non plus inscrite dans le droit international coutumier. L'Accusation observe que le Statut de Nuremberg et la Loi n°10 du Conseil de contrôle, desquels s'inspire l'article 5, font le départ entre les crimes comme le meurtre, l'extermination, la réduction en esclavage, etc., et ceux relevant de la persécution, commis pour des raisons politiques, raciales ou religieuses. La preuve de l'intention discriminatoire n'est exigée que pour les crimes participant de la persécution. Pour l'Accusation, la Chambre de première instance a eu tort

³³⁵ *Cross-Appellant's Brief*, par. 5.5 ; CR 161 (20 avril 1999).

³³⁶ *Cross-Appellant's Brief*, par. 5.6 ; CR 162 (20 avril 1999).

de s'appuyer sur une phrase du paragraphe 48 du Rapport du Secrétaire général³³⁷ et sur les déclarations devant le Conseil de sécurité de trois de ses quinze membres, pour conclure qu'il convenait d'interpréter l'article 5 comme exigeant que tous les crimes contre l'humanité soient commis dans une intention discriminatoire. L'Accusation estime que ces sources ne prétendent pas refléter l'état du droit international coutumier et qu'on ne saurait leur accorder un poids immérité en matière d'interprétation de l'article 5³³⁸. Elle est d'avis que le texte de cet article ne présente aucune ambiguïté. Ainsi, tirer argument de pareilles sources pour résoudre une ambiguïté dont l'existence même est contestable conduirait, selon l'Accusation, à rendre très confuses la portée et la teneur de l'article 5 du Statut³³⁹.

276. L'Accusation fait valoir que les règles d'interprétation des textes juridiques plaident également contre l'exigence d'une intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité. Elle soutient que si tel était le cas, l'article 5 h), qui consacre le crime de "persécutions", serait relégué au rang de clause résiduelle, tandis que l'article 5 i), qui introduit le crime "autres actes inhumains", deviendrait superflu. De l'avis de l'Accusation, le Statut devrait être interprété d'une manière qui donne plein effet à l'ensemble de ses dispositions.³⁴⁰

277. Enfin, l'Accusation avance que l'exigence d'une intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité est contraire à l'objet et au but humanitaires du Statut et au droit international humanitaire. Elle estime que poser pareille condition créerait un vide normatif considérable, dans la mesure où les populations civiles qui ne sont pas concernées par les motifs de discrimination énumérés ne jouiraient alors d'aucune protection³⁴¹.

2. La thèse de la Défense

278. La Défense estime qu'il faut confirmer la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle tous les crimes contre l'humanité se caractérisent par une intention discriminatoire.

³³⁷ Cette phrase est la suivante : "Les crimes contre l'humanité désignent des actes inhumains d'une extrême gravité [...] commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses."

³³⁸ *Cross-Appellant's Brief*, par. 5.7 et 5.8 ; CR 162 et 163 (20 avril 1999).

³³⁹ *Cross-Appellant's Brief*, par. 5.20 et 5.22.

³⁴⁰ *Cross-Appellant's Brief*, par. 5.24 ; CR 165 (20 avril 1999).

³⁴¹ *Cross-Appellant's Brief*, par. 5.26 ; CR 165 (20 avril 1999).

279. La mention expresse de l'intention discriminatoire dans le Statut du TPIR n'indique pas qu'il ne soit pas nécessaire de prouver pareille intention pour que l'article 5 du Statut de ce Tribunal puisse s'appliquer. La Défense est d'avis que cette mention révèle plutôt que le Conseil de sécurité entendait ainsi inclure l'intention discriminatoire au nombre des éléments constitutifs des crimes contre l'humanité³⁴².

280. Pour la Défense, une incertitude découle du silence de l'article 5 sur la question de savoir si une intention discriminatoire s'attache nécessairement aux crimes contre l'humanité. Pour remédier à cette incertitude, la Chambre d'appel devrait s'en remettre à des sources comme les Travaux préparatoires au Statut, dans lesquels figure une interprétation de l'article 5. En conséquence, la Défense est d'avis que c'est à bon droit que la Chambre de première instance s'est référée au Rapport du Secrétaire général et aux déclarations des membres du Conseil de sécurité, pour conclure qu'il est nécessaire de prouver l'intention discriminatoire pour tous les crimes visés par l'article 5³⁴³.

B. Examen

281. L'Accusation soutient que la Chambre de première instance a eu tort de conclure qu'une condition d'intention discriminatoire s'attache à tous les crimes contre l'humanité énumérés à l'article 5. Elle avance de plus que la Chambre de première instance "a ainsi limité le champ des persécutions visées au paragraphe h) aux seuls actes qui ne sont pas reprochés sous un autre chef d'accusation, alors qu'il convenait d'imputer une responsabilité supplémentaire pour tous les actes commis pour des raisons discriminatoires. Pareille démarche semble avoir considérablement réduit la peine infligée à l'accusé"³⁴⁴. L'Accusation n'interjette toutefois pas appel de la peine prononcée par la Chambre de première instance pour les chefs de crimes contre l'humanité, pas plus qu'elle ne cherche à obtenir l'annulation du verdict ou des conclusions factuelles de la Chambre sur ces accusations. De prime abord, donc, ce motif d'appel ne semble pas relever de l'article 25 1).³⁴⁵ Cependant, et comme c'était déjà le cas pour le motif d'appel précédent, la

³⁴² CR 231 et 232 (21 avril 1999).

³⁴³ CR 236 à 239 (21 avril 1999).

³⁴⁴ *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 32.

³⁴⁵ Cf. *Cross-Appellant's Brief*, par. 7.1 4), où l'Accusation demande à la Chambre d'appel "d'annuler la décision par laquelle la Chambre de première instance adoptait en page 252, paragraphe 652, la condition

Chambre d'appel estime qu'il y a là une question d'intérêt général pour la jurisprudence du Tribunal. Elle va donc exposer son point de vue sur la question.

1. L'interprétation du texte de l'article 5 du Statut

282. Bien que le Statut soit un instrument juridiquement très différent d'un traité international, on peut néanmoins s'inspirer pour son interprétation des principes appliqués par la Cour internationale de justice en matière d'interprétation de traités dans son Avis consultatif sur la *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État à l'Organisation des Nations Unies* : **“The first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur”**³⁴⁶.

283. Il ressort clairement du sens ordinaire de l'article 5 que cette disposition n'exige pas que tous les crimes contre l'humanité soient commis dans une intention discriminatoire. Pareille intention n'est exigée que pour une sous-catégorie de ces crimes, à savoir les “persécutions” visées au paragraphe h) de l'article 5.

284. Outre cette interprétation littérale, l'interprétation logique de l'article 5 conduit également à conclure qu'en général, cette condition d'intention n'est pas exigée pour tous les crimes contre l'humanité. Ainsi, s'il en était autrement, pourquoi l'article 5 h) préciserait-il que les “persécutions” tombent sous le coup de la compétence du Tribunal si elles sont commises “pour des raisons politiques, raciales ou religieuses ? Il s'agirait alors d'une précision illogique et superflue. Une règle élémentaire de l'interprétation des textes juridiques veut qu'on ne peut interpréter une disposition ou partie d'une disposition d'une manière qui la rende superflue et donc sans objet : on peut raisonnablement assumer que les législateurs adoptent des règles bien pensées et dont tous les éléments ont une signification.

285. Comme le fait remarquer à juste titre l'Accusation, l'interprétation de l'article 5 à la lumière de son objet et de son but vient étayer ce point de vue. Le but des rédacteurs du

d'intention discriminatoire comme élément constitutif de tous les crimes contre l'humanité au sens de l'article 5 du Statut”.

³⁴⁶ Recueil C.I.J. (1950), p. 8.

Statut était de rendre punissables tous les crimes contre l'humanité, y compris ceux qui, tout en répondant à toutes les conditions requises pour pareils crimes, pouvaient n'avoir pas été perpétrés pour des raisons politiques, raciales ou religieuses, comme cela est spécifié au paragraphe h) de l'article 5. Au vu des objectifs humanitaires des auteurs du Statut, il est difficile d'imaginer pourquoi ils auraient à ce point restreint la catégorie d'infractions pouvant être qualifiées de "crimes contre l'humanité" et en auraient ainsi exclu tous les crimes graves généralisés ou systématiques perpétrés contre des civils, au motif qu'aucune intention discriminatoire ne s'y attache. Cette condition d'intention discriminatoire empêcherait, par exemple, de qualifier de crime contre l'humanité la violence arbitraire et aveugle visant à semer la terreur au sein d'une population civile. L'objet et le but de l'article 5 seraient *a fortiori* pervertis si l'on devait insinuer que les raisons discriminatoires requises devaient se limiter aux cinq raisons exposées dans le Rapport du Secrétaire général et reprises dans les déclarations de trois des membres du Conseil de sécurité (l'un d'eux ayant ajouté la discrimination sexuelle au nombre des autres raisons)³⁴⁷. Pareille interprétation de l'article 5 créerait d'importants vides juridiques car les groupes de victimes qui ne seraient pas couverts par les raisons discriminatoires énumérées ne jouiraient d'aucune protection. L'expérience de l'Allemagne nazie montre que des crimes contre l'humanité peuvent être commis dans une intention discriminatoire autre que celles énumérées à l'article 5 h), comme la discrimination fondée sur le handicap mental ou physique, l'âge, l'infirmité ou les préférences sexuelles. De même, l'extermination des "ennemis de classe" dans l'Union soviétique des années 1930 (certes, en temps de paix, comme d'ailleurs les agissements des Nazis avant la Deuxième Guerre mondiale) et la déportation des citoyens éduqués du Cambodge par les Khmers rouges entre 1975 et 1979, constituent autant d'exemples d'actes qui ne pourraient être qualifiés de crimes contre l'humanité si l'on devait uniquement s'en tenir à l'énumération des raisons discriminatoires citées dans le Rapport du Secrétaire général.

286. Il serait vain d'objecter qu'en tout état de cause, ces actes pourraient être qualifiés de crimes de guerre ou de "violations graves des lois ou coutumes de la guerre", en vertu de l'article 3 du Statut. Cela n'expliquerait pas pourquoi les rédacteurs du Statut ont prévu non seulement des crimes de guerre mais également des crimes contre l'humanité. Le fait qu'ils aient prévu les deux catégories de crimes indique en effet que selon eux, les crimes de

³⁴⁷ Cf. paragraphes 294 à 300 *infra*.

guerre qui, en plus de prendre des civils pour victimes, se distinguent par leur caractère généralisé ou systématique, doivent être qualifiés de crimes contre l'humanité et méritent d'être punis en conséquence.

2. L'article 5 et le droit international coutumier

287. On aboutit à la même conclusion si l'on interprète l'article 5 en se fondant sur le principe selon lequel, en cas de doute, et chaque fois que le contraire ne ressort pas du texte d'une disposition statutaire ou conventionnelle, cette disposition doit être interprétée à la lumière du droit international coutumier et conformément à ce dernier. En ce qui concerne le Statut, on peut présumer que le Conseil de sécurité entendait rester dans les limites des règles générales du droit international chaque fois qu'il ne s'en est pas explicitement ou implicitement écarté.

288. Lorsque l'on examine de près la pratique pertinente, on constate que le droit international coutumier n'exige pas d'intention discriminatoire pour tous les crimes contre l'humanité.

289. En premier lieu, l'instrument international fondamental en la matière, à savoir l'Accord de Londres du 8 août 1945, prévoit clairement que des crimes contre l'humanité puissent être dépourvus de pareille intention. L'article 6 c) de cet Accord envisage deux catégories de crimes. La première comprend "l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles", catégorie pour laquelle aucune intention discriminatoire n'est donc requise, tandis que l'autre ("persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux") repose explicitement sur une intention discriminatoire. On trouve des dispositions similaires dans la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient [article 5 c)]³⁴⁸, et dans la Loi n°10 du Conseil de contrôle [article II 1) c)]³⁴⁹.

³⁴⁸ L'article 5 c) de la Charte du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient dispose comme suit : "Crimes contre l'humanité : À savoir, meurtre, extermination, réduction à l'esclavage, déportation et autres actes inhumains commis avant ou pendant la guerre, ou persécutions pour des raisons politiques ou raciales, en exécution de ou en relation avec tout crime tombant sous la juridiction du Tribunal, que ce soit ou non en violation de la législation intérieure du pays où fut perpétré le crime."

³⁴⁹ L'article II 1) c) de la Loi n°10 du Conseil de contrôle dispose comme suit :

290. Le libellé de ces dispositions est clair et dépourvu d'ambiguïté. En conséquence, si le droit international coutumier avait évolué de manière à restreindre la portée des dispositions conventionnelles qui sont à l'origine même de son processus de formation, il faudrait en apporter la preuve irréfutable. En d'autres termes, il faudrait qu'aussi bien la pratique judiciaire qu'éventuellement une pratique constante des États, y compris en matière de législation nationale, démontrent que le droit coutumier s'est écarté du droit conventionnel en adoptant une définition plus étroite des crimes contre l'humanité. En réalité, les pratiques judiciaires et autres ne s'y prêtent pas. De fait, la jurisprudence pertinente va dans le sens opposé. En général, le droit international coutumier a progressivement élargi la notion de crime contre l'humanité telle qu'elle était présentée dans l'Accord de Londres. S'agissant de la question qui nous intéresse tout particulièrement, il convient de remarquer qu'à l'exception de quelques rares cas isolés comme l'affaire *Finta*³⁵⁰, les jurisprudences internes offrent de multiples exemples de crimes contre l'humanité qui ne s'analysaient pas comme des actes de persécution ou de discrimination³⁵¹.

“Crimes contre l'humanité : Atrocités et délits comprenant, sans que cette énumération soit limitative, l'assassinat, l'extermination, l'asservissement, la déportation, l'emprisonnement, la torture, le viol ou tous autres actes inhumains, commis contre la population civile, et les persécutions, pour des motifs d'ordre politique, racial ou religieux, que lesdits crimes aient constitué ou non une violation de la loi nationale du pays où ils ont été perpétrés.”

³⁵⁰ La Cour suprême du Canada a conclu comme suit :

“Ainsi, l'élément spécifique du crime contre l'humanité tient au fait que les actes inhumains ont été motivés par la discrimination à l'égard d'un groupe identifiable ou par la persécution de ce dernier” (TNO !!) (Affaire *R. c/ Finta*, Cour suprême du Canada, Arrêt du 24 mars 1994, jugement de la majorité rendu par le Juge Cory, [1994] 1 S. C. R., p. 813.)

³⁵¹ D'autres affaires peuvent être citées à cet égard : *Albrecht*, tranchée par la Cour spéciale de cassation néerlandaise le 11 avril 1949 (*Nederlandse Jurisprudentie*, 1949, n°425, p. 747 à 751) ; *J. et R.*, tranchée par la Cour suprême allemande pour la Zone britannique, arrêt en date du 16 novembre 1948, S. StS 65/48 in *Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, vol. I, p. 167 à 171 ; *Enigster*, tranchée par le Tribunal de district de Tel-Aviv. Comme l'a souligné à juste titre le Tribunal de district de Tel-Aviv à l'occasion de l'affaire *Enigster*, certains crimes contre l'humanité n'exigent pas l'existence d'une intention de persécuter. Dans sa Décision du 4 janvier 1952, le Tribunal a affirmé ce qui suit :

“S'agissant des crimes contre l'humanité, nous n'avons pas la moindre hésitation à rejeter l'argument de la défense selon lequel chacun des actes figurant explicitement dans la définition des crimes contre l'humanité doit être perpétré avec l'intention de persécuter la victime pour des motifs nationaux, religieux ou politiques. Il est clair que cette condition ne s'applique que lorsque l'élément constitutif du crime est la persécution elle-même. Le législateur a jugé nécessaire de distinguer la persécution des autres types d'actes en employant un point-virgule et en plaçant la conjonction “ou bien” avant le mot persécution, établissant ainsi clairement que la persécution est un crime à part et qu'il est le seul soumis à cette condition” (18 *International Law Reports*, 1951, p. 541, traduction non officielle).

Cependant, il convient de remarquer que, s'agissant du fameux point-virgule, le Tribunal de district de Tel-Aviv a fait fausse route ; en réalité, le Protocole du 6 octobre 1945 a remplacé le point-virgule par une virgule. (pour le texte du Protocole, cf. *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10*, Vol. 1, p. XIV à XIX)

291. Il est intéressant de relever que dans son Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission du droit international a envisagé pour finalement la rejeter la condition d'intention discriminatoire³⁵². De même, le Comité préparatoire à la création d'une cour pénale internationale (ComPrep) a discuté de la possibilité d'inclure

On peut également citer d'autres affaires jugées par la Cour suprême allemande pour la Zone britannique. La Chambre d'appel va en évoquer brièvement trois : les affaires *R.* ; *P. et consorts* ; et *H.*

Dans un arrêt du 27 juillet 1948 (S. StS 19/48), la Cour s'est prononcée sur l'affaire *R.* : en 1944, un membre du NSDAP (Parti national-socialiste ouvrier allemand) et du NSKK (Corps motorisé national-socialiste) a dénoncé un autre membre du NSDAP et des SA (Sections d'assaut), l'accusant d'avoir insulté les dirigeants du NSDAP ; suite à cette dénonciation, la victime a été jugée par trois fois pour être finalement condamnée à mort (la sentence n'a pas été exécutée parce qu'entre-temps, l'U.R.S.S. avait occupé l'Allemagne). La Cour a conclu que la dénonciation pouvait être qualifiée de crime contre l'humanité s'il était démontré que l'agent avait l'intention de livrer la victime à "l'incontrôlable structure du pouvoir du parti et de l'État [nazis]", alors qu'il savait que cette dénonciation était susceptible de projeter la victime dans un système arbitraire et violent. (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, vol I, p. 45 à 49, à la page 47, traduction non officielle).

Dans l'arrêt du 7 décembre 1948 relatif à l'affaire *P. et consorts* (S. StS. 111/48), la même Cour a choisi une interprétation très large de la notion de crime contre l'humanité, telle que définie dans la Loi n° 10 du Conseil de contrôle, l'étendant, entre autres, à des actes inhumains commis à l'encontre des membres des forces armées. Dans la nuit qui a suivi la capitulation partielle de l'Allemagne (5 mai 1945), quatre marins allemands avaient essayé de s'échapper du Danemark pour retourner en Allemagne. Ils furent rattrapés le lendemain par les Danois et livrés aux forces allemandes, qui les traduisirent devant une cour martiale qui condamna trois d'entre eux à la peine capitale, pour désertion ; ces trois marins furent exécutés le jour même de la capitulation générale de l'Allemagne, c'est-à-dire le 10 mai 1945. La Cour suprême allemande a conclu que les cinq membres de la cour martiale étaient coupables de complicité de crime contre l'humanité. Pour la Cour suprême, l'énorme disproportion entre l'infraction et la sanction constituait une manifestation flagrante de la brutalité et des techniques d'intimidation de la justice nazie, qui foulait aux pieds l'essence même de l'humanité en se pliant aveuglément aux exigences prétendument supérieures de l'État nazi ; il s'agissait d'une "intolérable dégradation des victimes au rang d'instruments permettant de poursuivre un objectif, donc de dépersonnalisation et de chosification des êtres humains" (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, *ibid.*, vol. I, p. 217 à 229, à la page 220, traduction non officielle). En conséquence, en condamnant les marins à mort, les membres de la cour martiale avaient porté atteinte à l'humanité dans son ensemble.

Enfin, on retrouve dans l'arrêt du 18 octobre 1949 (S. StS. 309/49) relatif à l'affaire *H.* la même interprétation large de la Loi n° 10 du Conseil de contrôle (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, vol. II, p. 231 à 246). En l'espèce, un juge allemand avait présidé une cour martiale (*Bordkriegsgericht*) dans des procès intentés contre deux officiers de la marine allemande : un commandant de sous-marin, poursuivi pour avoir critiqué Hitler en 1944 et un capitaine de corvette de la marine de guerre allemande, poursuivi pour s'être procuré, en 1944, deux cartes d'identité étrangères, pour son épouse et pour lui-même ; le juge avait voté pour la peine de mort pour les deux officiers (le premier avait été exécuté, alors que le second avait vu sa peine commuée par Hitler en 10 années de réclusion). La Cour suprême a considéré que le juge pouvait être tenu coupable de crimes contre l'humanité, même s'il n'avait pas agi pour des motifs politiques, dans la mesure où son comportement participait délibérément du système nazi de violence et de terreur. (*Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone*, *ibid.*, vol. II, p. 233 et 238).

³⁵² Cf. par exemple CDI, 1996, Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa 48^e session 6 mai-26 juillet 1996*, Documents officiels de la 51^e session de l'Assemblée générale des Nations Unies, supplément No 10 (A/51/10), p. 93 et 94.

pareille condition d'intention³⁵³, mais l'article 7 du Statut de Rome a consacré son rejet par les rédacteurs³⁵⁴.

292. On est donc fondé à conclure que le droit international coutumier, dans la mesure où il naît de la transformation progressive des instruments internationaux et des jurisprudences nationales en règles de portée générale, n'exige pas que tous les crimes contre l'humanité soient commis dans l'intention de faire subir une discrimination ou une persécution.

3. Le Rapport du Secrétaire général

293. L'interprétation exposée jusqu'ici ne va pas dans le sens du Rapport du Secrétaire général et des déclarations faites devant le Conseil de sécurité par trois de ses membres avant l'adoption du Statut du Tribunal par le Conseil. La Chambre d'appel est toutefois d'avis que ces deux sources interprétatives ne suffisent pas à établir que tous les crimes contre l'humanité doivent nécessairement être commis dans une intention discriminatoire.

294. Examinons tout d'abord le Rapport du Secrétaire général, dans lequel il est dit que les crimes en question sont ceux qui sont "commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses"³⁵⁵.

295. Il convient de noter que le Rapport du Secrétaire général ne jouit pas de la même qualité juridique que le Statut. Il n'a, en particulier, pas la même force contraignante. Le Rapport a été "approuvé" dans son ensemble par le Conseil de sécurité [Cf. paragraphe

³⁵³ Tandis que certains délégués estimaient qu'une condamnation pour crimes contre l'humanité exige la preuve que l'accusé était animé d'une intention discriminatoire, d'autres soutenaient que l'inclusion de pareil critère, qui exige la preuve de cet élément subjectif, compliquerait la tâche de l'Accusation en alourdissant considérablement la charge de la preuve qui lui incombe. Les mêmes délégués ont également fait valoir que des crimes contre l'humanité pouvaient être commis contre d'autres groupes, notamment les intellectuels et les groupes sociaux, culturels ou politiques et que le droit international coutumier n'exigeait pas la preuve de pareil élément, comme en témoigne le Statut du Tribunal pour la Yougoslavie. [Cf. Compte rendu des travaux du Comité préparatoire lors de la session du 25 mars-12 avril 1996, Doc. ONU A/AC.249/1 (7 mai 1996), p. 16 et 17].

³⁵⁴ On lit, à l'article 7 1) du Statut de Rome : "Aux fins du présent Statut, on entend par crime contre l'humanité l'un des actes ci-après commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile et en connaissance de cette attaque : a) Meurtre [...]" La définition des crimes contre l'humanité qui figure à l'article 7 1) du Statut de la Cour pénale internationale s'articule donc uniquement autour de l'interaction entre l'intention coupable de l'accusé et l'existence d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile.

³⁵⁵ Rapport du Secrétaire général, par. 48.

premier du dispositif de la résolution 827 (1993)], alors que le Statut a été “adopté” (cf. paragraphe 2 du dispositif). Il est clair qu’en “approuvant” le Rapport, le Conseil de sécurité entendait entériner sa vocation de document explicatif du Statut proposé. Bien évidemment, en cas de contradiction manifeste entre le Statut et le Rapport, c’est sans aucun doute le texte du premier qui prime. En l’absence de contradiction, le Rapport du Secrétaire général doit avoir valeur d’interprétation du Statut faisant autorité.

296. De plus, le Rapport du Secrétaire général ne prétend pas constituer le reflet de l’état du droit international coutumier. Comme nous l’avons dit précédemment, le Conseil de sécurité a la latitude - sous réserve de respecter les normes impératives du droit international (*jus cogens*) - d’adopter, pour les crimes qui figurent dans le Statut, des définitions qui s’écarterent du droit international coutumier³⁵⁶. Cependant, en principe, les dispositions par lesquelles le Statut définit les crimes couverts par la compétence du Tribunal doivent toujours être interprétées comme reflétant le droit international coutumier, à moins que l’intention de s’en écarter ne soit expressément inscrite dans les termes mêmes du Statut ou stipulée par d’autres sources faisant autorité. Le Rapport du Secrétaire général ne nous indique pas suffisamment clairement si le Conseil de sécurité entendait effectivement faire en sorte que l’article 5 se démarque du droit international coutumier en exigeant une intention discriminatoire pour tous les crimes contre l’humanité. De fait, dans le cas qui nous intéresse, il semble que malgré la dichotomie manifeste entre le Rapport et le Statut, le libellé de l’article 5 est si clair et dépourvu d’ambiguïté qu’il n’est nul besoin de s’en remettre à des sources secondaires d’interprétation comme le Rapport du Secrétaire général. En conséquence, c’est l’interprétation littérale de l’article 5 du Statut, telle qu’exposée plus haut, qui doit nécessairement l’emporter.

297. On pourrait soutenir que de surcroît, le Rapport du Secrétaire général ne faisait que *décrire* la notion de crimes contre l’humanité en général, plutôt qu’il n’exposait rigoureusement une définition technique, juridique, par laquelle le Tribunal aurait été tenu. En d’autres termes, affirmer que les crimes contre l’humanité sont des crimes “commis dans le cadre d’une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu’elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses” revient à observer que ces crimes sont *dans les faits, habituellement commis* pour des motifs

discriminatoires de ce type. L'existence de pareils motifs ne constitue toutefois pas une *condition* juridique. C'est là, à tout le moins, une autre interprétation possible. Il demeure cependant vrai que dans la plupart des cas, les crimes contre l'humanité s'attaquent à des populations civiles qui sont spécifiquement visées pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses.

4. Les déclarations de certains États devant le Conseil de sécurité

298. Venons en maintenant aux déclarations de trois États, à savoir la France, les États-Unis et la Fédération de Russie, devant le Conseil de sécurité après l'adoption du Statut.

299. Avant d'envisager l'éventuelle portée juridique de ces déclarations, il convient de souligner un point important. Bien qu'elles visassent toutes, semble-t-il, à incorporer dans l'article 5 la condition d'intention discriminatoire exposée au paragraphe 48 du Rapport du Secrétaire général, ces déclarations variaient quant à leur but. La déclaration du représentant de la France se voulait faire partie de quelques brefs commentaires sur le Statut³⁵⁷. En revanche, la représentante des États-Unis a expressément qualifié son propos de "déclaration interprétative". Elle a, de surcroît, ajouté un commentaire significatif : "[N]ous croyons comprendre que d'autres membres du Conseil de sécurité partagent notre point de vue sur les quelques éclaircissements suivants au Statut"³⁵⁸, y compris les "éclaircissements" relatifs à l'article 5³⁵⁹. Quant au représentant de la Fédération de Russie, sa déclaration relative à l'article 5 était clairement conçue comme une déclaration interprétative³⁶⁰. Il s'est cependant exprimé dans des termes tels que nous pouvons estimer

³⁵⁶ Par exemple, l'exigence expresse à l'article 5 d'un lien avec un conflit armé créé pour cette disposition un champ d'application plus étroit que ce qui est généralement prévu en droit international coutumier en matière de crimes contre l'humanité.

³⁵⁷ Voici son propos : "[S]'agissant de l'article 5, il s'applique à tous les actes qui y sont énumérés lorsqu'ils sont commis en violation du droit pendant un conflit armé sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses" (Doc. ONU, S/PV. 3217, p.11).

³⁵⁸ Cf. Doc. ONU, S/PV. 3217, p. 15.

³⁵⁹ Voici ce qu'a déclaré la représentante des États-Unis au sujet de l'article 5 : "[N]ous comprenons l'article 5 comme s'appliquant à tous les actes qui y sont énumérés, lorsqu'ils sont commis en violation du droit pendant un conflit armé sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales, sexuelles ou religieuses" (Doc. ONU, S/PV. 3217, p. 16).

³⁶⁰ Voici son propos : "[N]ous estimons que le texte du Statut est adapté aux tâches qui attendent le Tribunal et c'est pourquoi nous l'approuvons. Cependant, il nous paraît important de signaler que nous croyons

que pour la Fédération de Russie, l'article 5 "comprend" des crimes commis dans une "intention discriminatoire", sans toutefois s'y limiter.

300. La Chambre d'appel rejette d'emblée l'idée que ces trois déclarations puissent être considérées — du moins en ce qui concerne la question de l'intention discriminatoire — comme s'inscrivant dans le "contexte" du Statut pour être prises en compte dans l'interprétation de ce dernier conformément à la règle générale figurant à l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités³⁶¹. On ne saurait, en particulier, assimiler ces déclarations à un "accord" ayant rapport au Statut, intervenu entre toutes les parties à l'occasion de l'adoption de celui-ci. Il est vrai que la représentante des États-Unis a indiqué qu'elle croyait comprendre que les autres membres du Conseil de sécurité partageaient son point de vue sur les "éclaircissements" qu'elle a présentés. Cependant, au vu des termes employés dans les deux autres déclarations sur la question qui nous intéresse ici, et compte tenu du fait que les douze autres membres du Conseil de Sécurité se sont abstenus de tout commentaire, il paraît difficile de conclure qu'un accord s'était dessiné au sein du Conseil de sécurité pour associer au champ de l'article 5 une condition d'intention discriminatoire. Il faut souligner, en particulier, que la représentante des États-Unis a, dans son énumération des motifs discriminatoires qu'elle attachait aux crimes contre l'humanité, cité un cas de figure (la discrimination sexuelle) qui n'a pas été mentionné dans le Rapport du Secrétaire général et qui, plus significativement, n'a été mentionné ni par le représentant de la France ni par celui de la Fédération de Russie dans leurs déclarations sur l'article 5. On peut y voir un indice supplémentaire de l'absence d'accord au sein du Conseil de sécurité concernant l'inclusion de la condition d'intention discriminatoire.

comprendre que l'article 5 du Statut comprend les actes criminels commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie pendant un conflit armé — actes qui revêtaient un caractère généralisé ou systématique, prenaient pour cible la population civile et étaient motivés par l'appartenance nationale, politique, ethnique, religieuse ou autre de cette population" (Doc. ONU, S/PV. 3217, p. 45).

³⁶¹ Les paragraphes 1) et 2) de l'article 31 disposent comme suit :

1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus :
 - a) tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité ;
 - b) tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.

301. En fait, on peut soutenir que ces déclarations avaient pour principal objet de souligner que c'est l'existence d'une pratique généralisée ou systématique qui est un élément constitutif indispensable des crimes contre l'humanité. Cet élément, qui n'est pas inscrit dans le texte de l'article 5, avait déjà été mentionné au paragraphe 48 du Rapport du Secrétaire général³⁶². Pour exprimer le caractère indispensable de cet élément, les États en question ont cité le passage pertinent du Rapport du Secrétaire général et ont, dans la même lancée, également mentionné l'intention discriminatoire qui, dans la pratique, accompagne souvent ces crimes.

302. On peut également soutenir que par ces déclarations, ces trois États entendaient souligner qu'en ex-Yougoslavie, la plupart des atrocités avaient été motivées par une haine ethnique, raciale, politique ou religieuse. Ils souhaitent ainsi attirer l'attention du futur Tribunal sur la nécessité de tenir compte de cet important facteur. On ne saurait toutefois assimiler ce qui arrive le plus souvent (*quod plerumque accidit*) aux conditions strictes posées par la loi.

303. En toute hypothèse, comme ces déclarations ne doivent pas être considérées comme faisant partie du "contexte" du Statut — du moins en ce qui concerne la question de l'intention discriminatoire —, d'aucuns pourraient soutenir qu'elles comptent parmi les Travaux préparatoires. Même si c'était effectivement le cas, ces déclarations ne constitueraient pas des outils indispensables d'aide à l'interprétation, au moins pour ce qui est de la question particulière de l'intention discriminatoire à associer à l'article 5. En droit international coutumier, comme l'indique l'article 32 de la Convention de Vienne susmentionnée, les Travaux préparatoires constituent un moyen d'interprétation supplémentaire, auquel on n'a recours que lorsque le texte du traité ou de tout autre instrument normatif international est *ambigu ou obscur*. Comme le libellé de l'article 5 est clair et ne présente pas d'ambiguïté, du moins en ce qui concerne la question de l'intention discriminatoire, il n'est nul besoin de s'en remettre à ces déclarations. Ni la lettre ni l'esprit de l'article 5 ne permettent d'exclure de la notion de crimes contre l'humanité des atrocités

³⁶² Dans son Jugement du 7 mai 1997, la Chambre de première instance a également souligné à juste titre que les termes "généralisée" et "systématique" désignent des conditions qui peuvent se substituer l'une à l'autre plutôt que des conditions qui doivent être cumulées (*cf.* Jugement, par. 645 à 648). *Cf.* aussi la Décision *Nikolić*, ("Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, *Le Procureur c/ Dragan Nikolić*, affaire n° IT-94-2-R61, Chambre de première instance I, 20 octobre 1995) (*Nikolić* (1995) II RJ du TPIY 739).

présentant un caractère généralisé ou systématique, au seul motif qu'elles ne peuvent s'analyser en actes de persécution ou de discrimination.

304. Ce qui précède ne signifie pas que les déclarations faites devant le Conseil de sécurité par les trois États susmentionnés, ou par d'autres, ne doivent se voir accorder aucun poids en matière d'interprétation. Elles peuvent éclaircir le sens d'une disposition ambiguë ou qui se prête à plusieurs interprétations divergentes. De fait, dans l'Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, la Chambre d'appel s'est référée à plusieurs reprises à ces déclarations, ainsi qu'à celles d'autres États, notamment lorsqu'elle a interprété l'article 3 du Statut³⁶³ et qu'elle s'est prononcée sur la question de savoir si le Tribunal international pouvait appliquer les accords internationaux par lesquels les parties au conflit étaient tenues³⁶⁴.

C. Conclusion

305. C'est donc à juste titre que l'Accusation a fait valoir que la Chambre de première instance avait eu tort de conclure qu'une condition d'intention discriminatoire s'attachait à tous les crimes contre l'humanité. Pareille intention ne constitue un élément constitutif indispensable que pour les infractions pour lesquelles elle est expressément stipulée, à savoir les divers types de persécutions visés par l'article 5 h).

³⁶³ Cf. Arrêt *Tadić* relatif à la compétence, par. 75 et 88 (où étaient aussi mentionnées les déclarations des représentants du Royaume-Uni et de la Hongrie).

³⁶⁴ Cf. *ibid.*, par. 143 (où étaient mentionnées les déclarations des représentants des États-Unis, du Royaume-Uni et de la France).

**VIII. LE CINQUIÈME MOTIF D'APPEL INCIDENT SOULEVÉ PAR
L'ACCUSATION : REJET DE LA REQUÊTE DE L'ACCUSATION AUX
FINS DE PRODUCTION DE DÉCLARATIONS
DE TÉMOINS À DÉCHARGE**

A. Arguments des Parties

1. La thèse de l'Accusation

306. Le cinquième motif de l'appel incident interjeté par l'Accusation est le suivant :

La majorité de la Chambre de première instance, composée du Juge Ninan Stephen et du Juge Lal Chand Vohrah a rejeté à tort la requête de l'Accusation aux fins de production de dépositions de témoins.³⁶⁵

Ce motif d'appel tient à la Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de production de dépositions de témoins, rendue par la Chambre de première instance le 27 novembre 1996 ("Décision relative aux déclarations préalables des témoins"). À la majorité — le Juge McDonald ayant émis une opinion dissidente —, la Chambre de première instance a rejeté la requête de l'Accusation aux fins de communication d'une déclaration préalable d'un témoin à décharge après son témoignage principal. Cette décision se fonde sur le motif que de telles dépositions sont couvertes par le secret professionnel touchant les membres des professions juridiques qui protège la Défense de toute obligation de les communiquer. L'Accusation soutient que, dans ladite décision, la Chambre de première instance n'a pas appliqué correctement le droit substantiel³⁶⁶.

307. L'Accusation affirme qu'une Chambre de première instance peut délivrer des ordonnances de production de déclarations préalables de témoins à décharge en application de l'article 54 du Règlement, à moins que le Statut ou le Règlement ne prévoient, expressément ou implicitement, qu'elles sont placées sous le sceau du secret³⁶⁷. Ce pouvoir permet à la Chambre de première instance d'obtenir la présentation de moyens de preuve pleinement vérifiés, dont elle pourra tirer des conclusions factuelles³⁶⁸. Selon l'Accusation,

³⁶⁵ *Cross-Appellant's Brief*, par. 6.3.

³⁶⁶ *Ibid.*, par. 6.6 ; CR 190 (20 avril 1999).

³⁶⁷ *Cross-Appellant's Brief*, par. 6.6 à 6.24.

³⁶⁸ CR 186 (20 avril 1999).

une Chambre de première instance devrait être en mesure d'évaluer les éventuelles contradictions entre les déclarations des témoins avant de se prononcer³⁶⁹.

308. De l'avis de l'Accusation, si l'on se reporte à l'article 21 4) g) du Statut et aux articles 70 A), 90 F) et 97 du Règlement, aucun secret professionnel exprès ne dispense la Défense de la communication des déclarations préalables des témoins à décharge³⁷⁰. Le secret professionnel adopté par le Tribunal international à l'article 97 ne couvre pas les déclarations faites par des tiers au Conseil de la Défense, du moins pas après que la Défense a décidé d'appeler à la barre un témoin³⁷¹. Dès lors que la Défense cite un témoin, les éléments de preuve qu'il apporte doivent être soumis au même examen minutieux que ceux de l'Accusation³⁷².

309. L'Accusation avance également que, contrairement à la conclusion du Juge Stephen approuvée par le Juge Vohrah, rien dans le Règlement ne permet de déduire l'existence d'un secret professionnel implicite qui dispense de la communication des déclarations de témoins à décharge. Selon elle, le Règlement est exempt d'ambiguïté à cet égard et la référence que fait le Juge Stephen au secret professionnel existant dans les systèmes internes est infondée³⁷³. L'Accusation soutient que, même s'il existait une ambiguïté, il serait erroné de la résoudre en se référant à la pratique la plus répandue dans les systèmes accusatoires, en dépit de leur influence évidente sur le Règlement³⁷⁴. L'article 89 B) du Règlement exige expressément l'application de "règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause". Dans l'esprit de cette disposition, la Chambre de première instance aurait dû opter pour une interprétation lui permettant d'ordonner la communication des déclarations préalables des témoins à décharge "chaque fois qu'elle lui permettrait de rendre un verdict fondé sur tous les éléments de preuve pertinents"³⁷⁵. L'Accusation s'appuie en particulier sur les limitations énoncées par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *United States v. Nobles*³⁷⁶.

³⁶⁹ CR 186 (20 avril 1999).

³⁷⁰ *Cross-Appellant's Brief*, par. 6.7 à 6.14.

³⁷¹ CR 187 (20 avril 1999).

³⁷² CR 187 (20 avril 1999).

³⁷³ *Cross-Appellant's Brief*, par. 6.15 à 6.18.

³⁷⁴ *Ibid.*, par. 6.20.

³⁷⁵ *Ibid.*, par. 6.21.

³⁷⁶ 422 U.S. 225 (1975).

310. L'Accusation avance également que la communication des déclarations préalables des témoins à décharge ne contrevient nullement aux principes qui président à l'équité du procès³⁷⁷. En particulier, le principe d'égalité des armes n'exige pas que la Défense soit autorisée à faire comparaître ses témoins dans des conditions plus favorables que celles dont bénéficie l'Accusation³⁷⁸. Si la Défense décide d'appeler un témoin à l'audience, il devrait en principe être soumis au même examen minutieux que les témoins à charge³⁷⁹.

2. La thèse de la Défense

311. La Défense soutient que la Décision de la Chambre de première instance relative aux dépositions de témoins est fondée.

312. La Chambre était fondée à conclure que le Statut et le Règlement ne traitent pas spécifiquement de la situation en question³⁸⁰. La Défense affirme également que, compte tenu du système principalement accusatoire qui régit l'activité du Tribunal, il convient d'interpréter l'expression "les principes généraux du droit" de l'article 89 B) comme signifiant les principes généraux du droit émanant des systèmes accusatoires³⁸¹.

313. Selon elle, les principes généraux en question peuvent se résumer comme suit. Tout d'abord, la charge de prouver les allégations incombe à l'Accusation. L'Accusation doit informer l'accusé des charges et des éléments de preuve retenus contre lui. L'accusé a le droit de garder le silence et d'exiger de l'Accusation qu'elle prouve sa cause. Aucune obligation comparable à celle qui incombe à l'Accusation n'impose à la Défense de communiquer ses moyens de preuve, et le sceau du secret qui couvre les déclarations d'un témoin à décharge n'est pas levé pas du fait que ce dernier dépose en audience³⁸².

314. La Défense affirme également qu'autoriser une telle communication renforcerait l'inégalité des armes entre les parties³⁸³. De plus, elle souligne que ladite communication ne

³⁷⁷ *Cross-Appellant's Brief*, par. 6.25 à 6.31.

³⁷⁸ *Ibid.*, par. 6.31.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Defence's Substituted Response to Cross-Appellant's Brief*, par. 6.3 ; *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 5 b).

³⁸¹ *Defence's Substituted Response to Cross-Appellant's Brief*, par. 6.13 ; *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 5 d).

³⁸² *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 5 f) et g).

³⁸³ CR 275 (21 avril 1999).

saurait être admise dans la plupart des systèmes accusatoires, dans lesquels le secret professionnel des communications entre le client et les tiers peut être invoqué au cours du litige³⁸⁴. Elle soutient enfin qu'une telle exigence de communication pourrait dissuader les témoins de venir déposer, ce qui aurait des répercussions sur le droit de l'accusé d'appeler des témoins à la barre, en raison de la perte de confidentialité³⁸⁵.

B. Examen

1. La raison qui commande l'examen de ce motif d'appel incident

315. Bien qu'aucune des Parties ne fasse valoir que la Décision relative aux dépositions de témoins a influencé les verdicts sur l'un quelconque des chefs d'accusation ou qu'un appel est fondé sur l'article 25 1)³⁸⁶, elles s'accordent pour dire qu'il s'agit d'une question d'importance générale qui touche la conduite des instances devant le Tribunal et qui, de ce fait, mérite que la Chambre d'appel s'y intéresse. L'Accusation soutient en outre qu'en l'état, la Décision relative aux déclarations préalables des témoins continue d'être une source faisant autorité, aux termes de laquelle la Défense ne peut être tenue de communiquer des déclarations préalables de témoins³⁸⁷.

316. L'article 25 du Statut ne confère pas à la Chambre d'appel le pouvoir de statuer, de quelque manière que ce soit, sur la décision de la Chambre de première instance comme si celle-ci était l'objet même du recours. Mais le point de droit dont il est question est important et justifie que la Chambre d'appel émette un avis. La question de savoir si une Chambre de première instance peut ou non délivrer des ordonnances de production de déclarations préalables de témoins à décharge après leur déposition au procès doit être située dans son contexte. De plus, la Chambre d'appel estime que cette question influe sur la capacité d'une Chambre de première instance de remplir en toute équité son obligation de rechercher la vérité dans toutes les actions qui relèvent de la compétence du Tribunal international. Le mandat judiciaire de celui-ci est exécuté par les Chambres, en l'occurrence

³⁸⁴ CR 275 et 278 (21 avril 1999).

³⁸⁵ *Skeleton Argument of the Prosecution*, par. 5 h).

³⁸⁶ L'article 25 1) dispose : "La Chambre d'appel connaît des recours introduits soit par les personnes condamnées par les Chambres de première instance, soit par le Procureur, pour les motifs suivants : a) erreur sur un point de droit qui invalide la décision ; ou b) erreur de fait qui a entraîné un déni de justice."

³⁸⁷ CR 185 (20 avril 1999).

par une Chambre de première instance, la question ayant été soulevée lors du procès première instance.

317. Il est donc nécessaire que la Chambre d'appel clarifie le contexte dans lequel la question se pose. C'est un point qui touche à l'obligation qu'a la Chambre de première instance de vérifier les faits, de déterminer la crédibilité des témoins et de décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Cependant, avant de répondre à cette question, il convient de se pencher sur les implications de la communication.

2. Le pouvoir d'ordonner la communication de déclarations préalables de témoins à décharge

318. La Chambre d'appel est d'avis que la déclaration de témoin à décharge dont il est question semble constituer une description enregistrée d'événements se rapportant à l'acte d'accusation, fournie et en principe signée par une personne, dans le cadre de la préparation de la cause de la Défense.

319. L'Accusation ne bénéficie pas d'un droit absolu de voir la déclaration préalable d'un témoin à décharge. Elle peut uniquement en demander la communication après que le témoin a comparu. C'est la Chambre qui en décide souverainement, au vu des circonstances spécifiques de l'espèce.

320. Le pouvoir d'une Chambre de première instance d'ordonner la communication de la déclaration préalable d'un témoin à décharge touche à une question d'administration de la preuve. Le principe d'égalité des armes à proprement parler n'est pas en cause. De plus, étant donné que ni le Statut ni le Règlement ne prévoient expressément cette situation, les pouvoirs étendus conférés par l'article 89 B) pourraient être mis en jeu³⁸⁸. La question revient alors à se demander si le pouvoir de la Chambre de première instance d'ordonner la communication de la déclaration préalable d'un témoin à décharge relève desdits pouvoirs.

³⁸⁸ L'article 89 B) dispose :

“Dans les cas où le Règlement est muet, la Chambre applique les règles d'administration de la preuve propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause.”

321. L'objet du mandat du Tribunal, tel qu'énoncé à l'article premier de son Statut, est de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. Pour ce faire, la Chambre de première instance doit vérifier la crédibilité de tous les moyens de preuve qui lui sont présentés. Elle doit également tenir compte des dispositions suivantes du Statut : l'article 20 1), consacrant la nécessité de veiller à ce que le procès soit équitable et rapide, l'article 21, concernant les droits de l'accusé et l'article 22, relatif à la protection des victimes et des témoins. Elle peut encore s'inspirer de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ("Pacte international")³⁸⁹, ainsi que de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme³⁹⁰, qui sont comparables à l'article 21 du Statut.

322. S'agissant de la présente affaire, une fois qu'un témoin à décharge a comparu, il revient à la Chambre de première instance de vérifier la crédibilité de son témoignage. Si le témoin a donné une déclaration préalable, la Chambre de première instance doit, dans sa recherche de la vérité et dans un souci d'équité du procès, être en mesure d'évaluer le témoignage à la lumière de ladite déclaration. Plutôt que de découler de la disposition supplétive que constitue l'article 89 B), ce pouvoir est inhérent à la compétence du Tribunal international, comme d'ailleurs de toute juridiction pénale, qu'elle soit interne ou

³⁸⁹ L'article 14 du Pacte international dispose notamment :

"1) Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. [...].

2) Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3) Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : a) À être informée, dans le plus court délai, dans une langue qu'elle comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre elle ; [...] ; c) À être jugée sans retard excessif ; d) À être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix [...] ; e) À interroger ou faire interroger les témoins à charge et à obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; [...] ; g) À ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable [...]."

³⁹⁰ L'article 6 de la CEDH dispose notamment :

"1) Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...].

2) Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3) Tout accusé a droit notamment à : a) Être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; [...] ; d) Interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ; [...]."

internationale. En d'autres termes, il s'agit de l'un des pouvoirs mentionnés par la Chambre d'appel dans l'Arrêt *Blaškić* relatif à l'injonction de produire et qui reviennent à un organe judiciaire, même s'ils ne sont pas explicitement ou implicitement prévus par le statut ou le règlement dudit organe, parce qu'ils sont indispensables à l'exercice des fonctions judiciaires et de la bonne administration de la justice³⁹¹.

323. On aurait tort d'estimer qu'une telle communication reviendrait à forcer la Défense à aider l'Accusation à prouver sa cause. Elle ne nuirait pas non plus au caractère essentiellement accusatoire de la procédure devant le Tribunal international, et notamment au principe fondamental qui veut que l'Accusation ait la Charge de la preuve. Bien que l'article 73 *ter* B) n'ait pas été en vigueur lorsque la présente question s'est posée, il convient de noter que dans le cas où se tiendrait une conférence préalable à la présentation des moyens à décharge :

[...] la Chambre peut ordonner que la défense, avant de présenter ses moyens, mais après que l'accusation a fini de présenter les siens, dépose ce qui suit :

[...]

- iii) une liste des témoins que la défense entend citer en précisant :
 - a) le nom ou le pseudonyme de chacun ;
 - b) un résumé des faits au sujet desquels chaque témoin déposera ;

[...]

Cet article n'exige pas de la Défense qu'elle dépose les déclarations préalables de ses témoins. Mais au fond, il n'en est pas loin : il vise en effet à aider la Chambre de première instance à se préparer à entendre les moyens de la Défense tout en aidant l'Accusation à préparer le contre-interrogatoire des témoins.

324. Comme nous l'avons vu, après que la Défense a appelé un témoin à la barre, c'est à la Chambre qu'il revient d'évaluer sa crédibilité. La déclaration préalable que le témoin aurait éventuellement faite, au sens précédemment défini, ne sera communiquée que si d'une part, l'Accusation en fait la demande et que, d'autre part, la Chambre considère que les circonstances le justifient. Les dispositions de l'article 68 du Règlement ne s'appliquent qu'à l'Accusation et ne s'étendent pas à la Défense. Ce n'est qu'après la clôture de la présentation des moyens de l'Accusation que pareille communication pourrait être

³⁹¹ Cf. "Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997", *Le Procureur c/ Tihomir Blaškić*, affaire n° IT-95-14-AR108bis, Chambre d'appel, 29 octobre 1997, par. 25.

ordonnée. Même alors, les articles 89 C)³⁹², D)³⁹³ et E)³⁹⁴ s'appliqueraient à la déclaration préalable ainsi communiquée et la Chambre aurait toujours la latitude de l'exclure. De plus, l'article 90 F), qui consacre le droit de ne pas témoigner contre soi-même, resterait de toute évidence applicable.

325. La Chambre d'appel considère par ailleurs que l'on ne peut invoquer en la matière quelque confidentialité que ce soit. L'article 97³⁹⁵ traite du secret des communications entre avocat et client mais ne couvre pas les déclarations préalables des témoins à décharge.

C. Conclusion

326. Pour les raisons exposées ci-dessus, la Chambre d'appel estime qu'une Chambre de première instance peut, au vu des circonstances de l'espèce, ordonner la communication de la déclaration préalable d'un témoin à décharge, après que son interrogatoire principal est achevé.

³⁹² L'article 89 C) dispose : "La Chambre peut recevoir tout élément de preuve pertinent qu'elle estime avoir valeur probante."

³⁹³ L'article 89 D) dispose : "La Chambre peut exclure tout élément de preuve dont la valeur probante est largement inférieure à l'exigence d'un procès équitable."

³⁹⁴ L'article 89 E) dispose : "La Chambre peut demander à vérifier l'authenticité de tout élément de preuve obtenu hors audience."

³⁹⁵ L'article 97 dispose notamment : "Toutes les communications échangées entre un avocat et son client sont considérées comme couvertes par le secret professionnel, et leur divulgation ne peut pas être ordonnée [...]."

IX. DISPOSITIF

327. Par ces motifs, **LA CHAMBRE D'APPEL, À L'UNANIMITÉ,**

(1) REJETTE le premier motif d'appel principal contre le Jugement ;

(2) REJETTE le troisième motif d'appel principal contre le Jugement ;

(3) SURSOIT À STATUER sur l'appel principal contre le Jugement relatif à la sentence dans l'attente de la tenue de la procédure mentionnée au point (6) ci-dessous ;

(4) ACCUEILLE le premier motif d'appel incident soulevé par l'Accusation, CASSE le verdict de la Chambre de première instance en ses conclusions pertinentes ET DÉCLARE l'Appelant coupable sous les chefs 8, 9, 12, 15, 21 et 32 de l'Acte d'accusation ;

(5) ACCUEILLE le deuxième motif d'appel incident soulevé par l'Accusation, CASSE le verdict de la Chambre de première instance en ses conclusions pertinentes ET DÉCLARE l'Appelant coupable sous les chefs 29, 30 et 31 de l'Acte d'accusation ;

(6) AJOURNE le prononcé de la peine relative aux chefs mentionnés aux points (4) et (5) ci-dessus dans l'attente de la tenue de la procédure préalable au prononcé de la sentence ;

(7) DIT qu'un acte commis pour les mobiles purement personnels de son auteur peut constituer un crime contre l'humanité au sens de l'article 5 du Statut du Tribunal ;

(8) CONCLUT que la Chambre de première instance a eu tort d'attacher une intention discriminatoire à tous les crimes contre l'humanité et DIT que pareille intention, en tant qu'élément constitutif, n'est indispensable qu'aux seules infractions pour lesquelles elle est expressément requise, à savoir les crimes relevant de la persécution visés par l'article 5 h) du Statut du Tribunal ;

(9) DIT qu'une Chambre de première instance peut, au vu des circonstances de l'espèce, ordonner la communication de la déclaration préalable d'un témoin à décharge après que son interrogatoire principal est achevé.

Fait en anglais et en français, la version en anglais faisant foi.

 /signé/
Mohamed Shahabuddeen
Président de la Chambre d'appel

 /signé/
Antonio Cassese

 /signé/
Wang Tieya

 /signé/
Rafael Nieto-Navia

 /signé/
Florence Ndepele Mwachande Mumba

Fait ce quinze juillet 1999
La Haye (Pays-Bas)

Le Juge Nieto-Navia joint une Déclaration au présent Arrêt.

Le Juge Shahabuddeen joint une Opinion individuelle au présent Arrêt .

[Sceau du Tribunal]