

L'ACTIVITÉ DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES (2012-2013)

JULIAN FERNANDEZ (dir.)

ANNE-LAURE CHAUMETTE et MURIEL UBEDA-SAILLARD

La justice pénale internationale est-elle devenue *ordinaire* ? L'époque n'est plus aux tribunaux exorbitants du droit commun, unilatéralement créés par le Conseil de sécurité, ni même à d'autres types de juridictions spécifiques qui ont pu, un temps, proliférer. Ceux-là et celles-ci déclinent au profit de la Cour pénale internationale, qui entend être la « pierre angulaire d'un dispositif pénal international inédit »¹. L'activité des juridictions pénales internationales tend donc à être dominée par celle de la CPI, une juridiction permanente à vocation universelle. Elle devient le centre de la justice pénale internationale, éloignant à la périphérie des juridictions *ad hoc* par essence temporaires et donc précaires. Ce basculement, déjà envisagé ici², semble irréversible. Mais la rupture observée n'apporte pas, au moins immédiatement, une amélioration indéniable du traitement judiciaire des crimes de masse dans les relations internationales. Autrement dit, si l'expérience bénéficie d'une organisation maintenant banale, elle demeure modeste dans sa production. Les différentes réalisations des juridictions en cause, et notamment de la Cour, sont toujours limitées et, au surplus, contestées tant par leurs serviteurs que par leurs inventeurs.

En toute hypothèse, la période 2012-2013 est une période charnière. On y célèbre, en effet, un double anniversaire : la création, en 1993, du TPIY, première juridiction spécifique depuis les TMI de Nuremberg et Tokyo, et l'entrée en vigueur, en 2002, du Statut de Rome de la CPI, première juridiction permanente. Vingt ans que la longue marche vers l'institutionnalisation du droit international pénal a été relancée. Dix ans que sa création majeure est devenue effective. Et le spécifique cède alors logiquement au général. Mais *quid* des projections initiales ? On prétendait à la verbalisation judiciaire des exactions en cause, à la réconciliation entre victimes et bourreaux, à la dissuasion de toute montée aux extrêmes dans les rapports conflictuels. Que dire, dans ces conditions, de la vie (création, cessation, événement interne, environnement externe, *etc.*) et de l'œuvre (recevabilité, compétence, procès, peines, *etc.*) des juridictions pénales internationales en 2012 et 2013 ? Faut-il aujourd'hui se contenter d'objectifs plus rationnels et raisonnables, se satisfaire de voir prospérer les quelques affaires et situations qui leur sont confiées ?

¹ (*) Julian FERNANDEZ, professeur à l'Université Lille Nord de France (Lille 2), en collaboration avec Anne-Laure CHAUMETTE - pour le II.B, « droit international pénal matériel » - et Muriel UBEDA-SAILLARD - pour le II.A, « droit international pénal procédural », maîtres de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Paris X). Si cette chronique s'intéresse aux années 2012-2013, elle ne s'interdit nullement de faire mention à quelques événements choisis du premier semestre 2014.

Les auteurs mesurent l'honneur qui leur est fait de succéder ici aux professeurs Alain PELLET, Hervé ASCENSIO et Rafaëlle MAISON. L'intérêt pour le droit international pénal et la formation académique des responsables actuels doivent beaucoup aux livraisons régulières de la présente chronique (voy. la première in *AFDI*, 1995, pp. 101 et s.).

Rapport de la Cour pénale internationale pour l'année 2004-2005, 1^{er} août 2005, A/60/177, §3. Les références présentes en notes infrapaginales apparaissent sous une forme abrégée lorsqu'elles ont déjà été mentionnées *supra*. Par ailleurs, il convient de saluer le lancement fin 2013 d'un nouvel outil de recherche pour accéder plus facilement à toute la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, voy., à partir du site Internet du « Mécanisme », [<http://unmict.org/cld.html>].

² Cette chronique, *AFDI*, 2011, p. 235. Voy., comme témoignage, l'évolution du titre même de ces chroniques, initialement « L'activité des TPIY et TPIR » puis « L'activité des juridictions pénales internationales », en attendant « L'activité de la CPI » ?

I. – VIE DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES

Le XX^e siècle fut, dans le domaine du droit international pénal, celui de la construction de procédures, de normes puis de juridictions communes – stade suprême de l’expérience. Pas encore d’histoire mais des aventures, réservées aux vaincus d’un conflit (TMI), imposées aux États jugés défaillants (TPI), limitées à quelques initiatives parfois discutables (juridictions dites hybrides). Le XXI^e siècle sera-t-il celui de l’émergence d’un système centralisé autour de la CPI³ ? On observe, pour l’instant, un double mouvement : le déclin attendu des juridictions spécifiques et l’ascension discutée de la Cour pénale internationale. Les tribunaux rendent leurs derniers jugements ou arrêts, la Cour livre ses premiers verdicts. L’achèvement des travaux des TPI ou de certaines juridictions hybrides (TSSL) doit d’abord être souligné avec, par exemple, le jugement et la condamnation de Charles Taylor⁴. Mais plusieurs polémiques liées notamment à des revirements jurisprudentiels surprenants nuancent leur bilan. Les premiers verdicts des chambres de première instance I et II de la CPI, dans les affaires *Lubanga*, *Ngudjolo Chui* et *Katanga*, doivent ensuite être mentionnés⁵. Mais ils ne peuvent également masquer le bilan contesté du premier Procureur ou l’opposition actuelle entre la Cour et l’Union africaine. On le voit, la vie des juridictions pénales internationales est mouvementée, riches de tensions internes ou d’affrontements externes.

A. La fragmentation déclinante de la justice pénale internationale

Les premières expériences institutionnelles furent plurielles. Deux modèles se sont développés depuis la fin de la guerre froide. Le premier renvoie aux deux juridictions créées en 1993 et 1994 par le Conseil de sécurité pour répondre aux crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Le second comprend les différentes juridictions pénales temporaires mêlant éléments internationaux et nationaux (droit applicable, juges, etc.), instaurées sous les auspices d’un tiers – bien souvent l’ONU⁶. L’ensemble relève davantage du passé que de l’avenir. La disparition des TPI est organisée, le « Mécanisme » mis en place pour prendre en charge leurs fonctions s’installe à Arusha et La Haye. Il a rendu ses premières décisions. Quant aux différentes juridictions hybrides, elles présentent, parfois, des résultats encourageants (TSSL) mais, plus souvent, un bilan biaisé par des lenteurs ou paralysies qui ne les épargnent pas, sans leur être toujours imputables (TSL, CETC). L’émergence de la CPI rend de toute façon plus improbable de nouvelles créations – seule la construction des Chambres africaines extraordinaires, première expérience de jugement d’un ancien chef d’État africain dans un autre État de ce continent, est ici remarquable.

³ Encouragera-t-il, à terme, une sorte de « renationalisation » du droit pénal par le développement et l’exercice encouragés de compétences universelles ? Il est encore tôt pour conclure sur cette dialectique entre ordre interne et international. S’agissant de la France, un pôle judiciaire spécialisé compétent pour les génocides, crimes contre l’humanité et crimes de guerre a été créé au sein du TGI de Paris, à la suite de l’adoption de la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l’allègement de certaines procédures juridictionnelles. Voy. *infra* II.A.2.b.

⁴ Premier chef d’État à être reconnu responsable de crimes contre l’humanité et crimes de guerre, il a été condamné à une peine de 50 ans de prison. TSSL, *Charles Ghankay Taylor*, SCSL-03-01-T, ChPI. II, Jugement, 18 mai 2012 (ci-après Jugement *Taylor*); Sentence, 30 mai 2012 ; SCSL-03-01-A, ChA., Arrêt, 26 septembre 2013 (ci-après Arrêt *Taylor*).

⁵ Tous concernent la situation en République démocratique du Congo. Voy. CPI, *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, ChPI I, Jugement, 14 mars 2012 (ci-après Jugement *Lubanga*) ; CPI, *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, ChPI I, Décision relative à la peine, 10 juillet 2012 (ci-après Sentence *Lubanga*) ; CPI, *Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-02/12, ChPI II, Jugement, 18 décembre 2012 (ci-après Jugement *Chui*) ; CPI, *Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, ChPI. II, Jugement, 7 mars 2014 (ci-après Jugement *Katanga*).

⁶ Voy. Jean-Marc SOREL, « Les Tribunaux mixtes ou hybrides », in Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX et Alain PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2^e ed., 2012, 1279 p., chapitre 63, pp. 825-843.

1. Les Tribunaux pénaux internationaux : un achèvement imminent

Les TPI créés par le Conseil de sécurité laissent-ils un héritage digne de l'image de la *Thémis* qui a pu leur être associée⁷ ? Force est de constater que leur bilan quantitatif plaide pour eux. S'agissant du TPIY, plus aucun accusé n'est en fuite, 161 personnes ont été mises en accusation pour des actes commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, 141 procédures sont désormais closes (plus de la moitié des accusés ont été condamnés par le Tribunal). Il ne reste que vingt procédures en cours, dont seulement quatre en première instance (*Hadžić, Karadžić, Mladić* et *Šešelj*). S'agissant du TPIR, on ne trouve plus d'affaires en première instance et le Tribunal a mené à terme les procès des 93 personnes dont les causes étaient portées devant lui. Si neuf accusés sont encore en fuite, il revient – au terme de la résolution 1966 (2010) du Conseil de sécurité – à la République du Rwanda et au « Mécanisme » de les rechercher et de les juger⁸. Le TPIR devrait également avoir statué sur tous les appels en cours d'ici 2014, année de commémoration du génocide et d'autres violations graves du droit international commis sur le territoire du Rwanda et d'États voisins⁹. Les projets de budget présentés pour les prochains exercices devraient ainsi être les derniers. En somme, si la stratégie d'achèvement des travaux des TPI a pris du retard au regard des objectifs initialement fixés, la disparition de ces juridictions *ad hoc* est maintenant proche¹⁰. Elle n'est pas sereine pour autant, en raison de contractions d'effectifs, d'incertitudes liées à leurs dernières décisions ou de contestations internes.

La période 2012-2013 a vu le « Mécanisme », conformément au mandat qui lui a été confié¹¹, commencer ses travaux et progressivement prendre le relais des deux TPI. Il est en quelque sorte le gardien et la mémoire de leur œuvre. Il s'appuie d'ailleurs sur leurs hommes et leurs bâtiments. En effet, le premier Président et seul juge à temps plein est l'américain Theodor Meron, nommé en 2012 pour un mandat de quatre ans. Les Procureur et Greffier, nommés dans les mêmes conditions, sont le gambien Hassan Bubacar Jallow et l'australien John Hocking. Les trois hommes sont bien connus, ils exercent déjà de telles responsabilités au TPIY ou TPIR. La transition doit ainsi en être facilitée. Le « Mécanisme » comprend deux divisions, à Arusha et à La Haye. Chacune est entrée en fonction, à un an d'intervalle, les 1^{er} juillet 2012 et 2013, et occupe les locaux des TPI concernés. Les activités judiciaires des divisions demeurent pour l'instant limitées. On recense, entre autres, deux décisions, en première instance et en appel, sur des allégations d'outrage ; et une décision sur une demande de libération anticipée qui renvoie à la compétence du TPIR. La Chambre d'appel est néanmoins déjà saisie de l'appel du jugement rendu par le TPIR dans l'affaire *Ngirabatware*¹². Enfin, le « Mécanisme » est actif dans le suivi des affaires renvoyées devant les juridictions

⁷ Serge SUR, « Le Droit international pénal entre l'État et la société internationale », in Marc HENZELIN et Robert ROTH (dir.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, Actes du Colloque sur l'internationalisation du droit pénal, Colloque tenu à la Faculté de droit de l'Université de Genève les 16 et 17 mars 2001, Bruxelles, LGDJ-Georg-Bruylant, 2002, pp. 49-68, p. 62.

⁸ S/RES/1966, 22 décembre 2010.

⁹ Le dernier arrêt, dans l'affaire Butare, devrait cependant intervenir courant 2015, voy. Rapport établi par le Président et le Procureur du Tribunal pénal international pour le Rwanda, en application de la résolution 1534 (2004) du Conseil de sécurité, au sujet de l'état d'avancement de la stratégie d'achèvement des travaux du Tribunal au 5 novembre 2013, S/2013/663, 13 novembre 2013.

¹⁰ Par la résolution 2130 (S/RES/2130, 18 décembre 2013), le Conseil de sécurité a prié le TPIY d'achever ses procès en première instance et en appel au plus tard le 31 décembre 2014 et a prorogé jusqu'au 31 décembre 2014 le mandat de 17 juges *ad litem* du Tribunal siégeant aux Chambres de première instance et à la Chambre d'appel (ou jusqu'à l'achèvement des affaires dont ils sont saisis si celui-ci intervient avant). Une résolution comparable, prorogeant le mandat de 5 juges permanents, avait été prise par le Conseil de sécurité s'agissant du TPIR (S/RES/2080, 12 décembre 2012).

¹¹ Voy. cette chronique, *AFDI*, 2011.

nationales, notamment devant les autorités françaises¹³, et dans les questions liées à l'exécution des peines (désignation de l'État où la personne condamnée purgera sa peine)¹⁴. Mais certains revirements des TPI pourraient rendre plus délicates les futures décisions du « Mécanisme ».

Qu'arrive-t-il, en effet, au TPIY ? On observe lors de la période écoulée des positions surprenantes au stade de l'appel mais aussi en première instance. L'année 2012 est d'abord marquée par une série d'acquittements prononcés au bénéfice de Croates (*Gotovina* et *Markač*)¹⁵ et de Kosovars (*Haradinaj*, *Balaj* et *Brahimaj*)¹⁶. En 2013, ce seront des Serbes qui sont à leur tour acquittés : l'ancien chef d'état-major de l'armée yougoslave (*Perišić*)¹⁷ puis du chef du renseignement (*Stanišić*)¹⁸. Le Tribunal semble se montrer maintenant plus exigeant, en particulier dans la mise en œuvre du concept d'entreprise criminelle commune¹⁹. Il n'a cependant pas le monopole des acquittements récents. Le TPIR a ainsi infirmé les verdicts de culpabilité prononcés contre Justin Mugenzi, ancien Ministre du commerce et de l'industrie, et contre Prosper Mugiraneza, ancien Ministre de la fonction publique, qui avaient été déclarés coupables en première instance d'entente en vue de commettre le génocide et condamné à une peine d'emprisonnement de 30 ans²⁰. Mais c'est le TPIY qui a ici fait l'objet des critiques les plus vives²¹.

Frédéric Harhoff, juge *ad litem* danois du Tribunal, a ainsi écrit une lettre rendue publique en juin 2013 et accusant le président, Theodor Meron, d'avoir exercé des pressions sur certains de ses collègues dans le but d'acquitter de hauts militaires pour rassurer des dirigeants occidentaux inquiets de la jurisprudence du Tribunal sur la responsabilité des supérieurs²². Bref, ce « complotisme » dénonce des juges à la botte de politiques et d'intérêts nationaux. Il est vrai que certains acquittements peuvent surprendre²³. Faut-il pourtant en conclure que le Président du TPIY entame, à l'âge de 83 ans, une carrière d'agent à la solde

¹² Rapports sur l'avancement des travaux établis par le Président (annexe I) et le Procureur (annexe II) du Mécanisme international appelé à exercer les fonctions résiduelles des tribunaux pénaux, conformément au paragraphe 16 de la résolution 1966 (2010) du Conseil de sécurité, 18 novembre 2013, S/2013/679.

¹³ Voy. par exemple les affaires *Laurent Bucyibaruta* et *Wenceslas Munyeshyaka*. Les deux accusés se trouvent pour l'instant en liberté sous contrôle judiciaire, voy. les rapports de suivi sur le site internet du « Mécanisme » : [http://www.unmict.org/cases_fr.html].

¹⁴ A l'heure actuelle, deux États africains, le Mali et le Bénin, accueillent encore la trentaine de condamnés par le TPIR. Une dizaine d'États européens se partagent les seize personnes condamnées par le TPIY qui purgent encore leur peine.

¹⁵ TPIY, *Ante Gotovina et Mladen Markač*, IT-06-90, ChA., Arrêt, 16 novembre 2012 (ci-après Arrêt *Gotovina*).

¹⁶ TPIY, *Ramush Haradinaj, Idriz Balaj et Lahi Brahimaj*, IT-04-84, ChPI, Jugement, 29 novembre 2012.

¹⁷ TPIY, *Momcilo Perišić*, IT-04-81, ChA, Arrêt, 28 février 2013 (ci-après Arrêt *Perišić*)

¹⁸ TPIY, *Jovica Stanišić et Franko Simatović*, IT-03-69, ChPI I, Jugement, 30 mai 2013 (ci-après Jugement *Stanišić et Simatović*).

¹⁹ Voy. *infra* II.B.

²⁰ TPIR, *Justin Mugenzi et Prosper Mugiraneza (Gouvernement II)*, ICTR-99-50-A, ChA., Arrêt, 3 février 2013 (ci-après Arrêt *Mugenzi et Mugiraneza*).

²¹ S'agissant du TPIR, l'un de ses condamnés les plus célèbres, l'ancien premier ministre Jean Kambanda, a publié ses « mémoires » qui contiennent un réquisitoire contre le Tribunal et ses méthodes (*Rwanda face à l'apocalypse de 1994. Contribution aux progrès de la justice et aux efforts de réconciliation du peuple rwandais*, Fernemont, Editions modulaires européennes, 2012, 444 p.). On se contentera de citer le préfacier qui fait de Jean Kambanda « un démocrate convaincu, porteur de valeurs de solidarité et d'humanisme, doué d'un sens profond du bien commun » (p. 19).

²² Le Juge Frederik Harhoff a envoyé une lettre à 56 de ses contacts le 6 juin 2013 ; cette lettre a été rendue publique dans les médias et sur Internet. Il y critiquait un certain nombre d'arrêts et de jugements rendus récemment par le Tribunal et y affirmait que le Président du TPIY faisait pression sur les autres juges pendant les délibérations, Simon ANDERSEN, « Murderers are being allowed to go free », *BT*, 13 juin 2013. Voy. également Marlise SIMONS, « Hague Judge Faluts Acquittals of Serb and Croat Commanders », *The New York Times*, 14 juin 2013.

²³ Voy. *infra*, II.B.

de son gouvernement ? Il sort de toute façon vainqueur de cette controverse. Réélu président, il a vu le juge Harhoff être dessaisi de l'affaire *Šešelj* – l'accusé devant justement répondre d'une participation à une entreprise criminelle commune. Par ses déclarations, Frédéric Harhoff aurait ainsi fait preuve « d'une apparence de partialité inacceptable en faveur des condamnations »²⁴. Mais l'incident retarde considérablement le traitement de l'affaire *Šešelj* – à supposer que le procès doive se poursuivre²⁵ ; interroge sur l'issue déjà disputée des affaires *Gotovina* et *Perišić* ; et pourrait remettre en cause l'équité d'autres procès. Il n'est pas non plus exclu que de nouvelles polémiques pèsent sur la fin du mandat du TPIY. On pense, par exemple, au spectre de l'« accord Halbrooke » qui aurait garanti à Radovan Karadžić l'immunité contre toute procédure du TPIY s'il se retirait de la vie publique, et qui pourrait de nouveau ressortir à l'occasion du procès de l'ancien président de la Republika Srpska²⁶.

2. Les juridictions hybrides : une portée limitée

Le bilan récent des juridictions dites mixtes, hybrides ou internalisées varie selon les institutions observées. Certaines, rares, peuvent revendiquer une œuvre importante et une sortie finalement honorable, tel le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, qui a su conclure le procès de l'ancien chef d'État du Libéria, Charles Taylor. D'autres juridictions, plus nombreuses, essaient péniblement de faire face à l'adversité, comme celles instituées au Liban ou au Cambodge. Et le temps n'est pas leur allié. Les accusés disparaissent, la volonté d'une réponse judiciaire également. Au-delà des cas particuliers, on observe un certain essoufflement de ce modèle de justice pénale internationale. Comment justifier de telles créations alors que la CPI peut désormais accompagner les États en difficulté dans la répression des « massacres administratifs » ? Les tentatives de contournement de la Cour, au Darfour ou en Syrie, ont ainsi échoué. Seuls les actes qui ne peuvent relever de la compétence *ratione materiae* ou *temporis* de la juridiction permanente semblent encore justifier de telles créations (actes de terrorisme ou de piraterie, par exemple).

En 2012-2013, une nouvelle institution est d'ailleurs venue compléter le tableau des juridictions hybrides. C'est certainement une première : une instance créée par un État A pour juger exclusivement de crimes commis sur le territoire d'un État B. Le Sénégal a ainsi mis en place, sous les auspices de l'Union africaine, une institution spécifique au sein de ses juridictions : les Chambres africaines extraordinaires, compétentes pour juger de crimes internationaux commis au Tchad du 7 juin 1982 au 1^{er} décembre 1990²⁷. Le Statut, conclu quelques mois après l'élection de Macky Sall et qui implique pour la première fois l'Union africaine – et non l'ONU, précise que les CAE possèdent « un caractère international » et

²⁴ TPIY, *Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, ChPI, Decision on Defence motion for disqualification of Judge Frederik Harhoff and report to the Vice-President, 28 août 2013. Voy. *contra*, l'opinion dissidente du Juge Liu.

²⁵ Vojislav Šešelj, qui s'était rendu volontairement au TPIY en 2003 et dont le procès a commencé en 2006, a demandé, suite au dessaisissement du Juge Harhoff, l'arrêt de la procédure, sa mise en liberté immédiate et une indemnisation financière. Le 31 octobre, le Président par intérim du Tribunal a désigné le Juge Niang pour remplacer le Juge Harhoff au sein de la Chambre saisie de l'affaire. Celle-ci a ordonné, à l'unanimité, la continuation de la procédure à partir de la clôture des débats et la mise en délibéré du jugement, une fois que le Juge Niang aura fini de se familiariser avec le dossier, voy. *Vojislav Šešelj*, IT-03-67-T, ChPI III, Décision relative à la continuation de la procédure, 13 décembre 2013.

²⁶ Voy. en ce sens TPIY, *Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-T, Decision on admission of information relating to sentencing, 26 février 2014.

²⁷ Il est évidemment question du sort de l'ancien président tchadien, Hissène Habré, accusé d'avoir commis de graves exactions contre ses opposants et certains groupes ethniques (Hadjeraïs et Zaghawas notamment), à l'aide de sa police politique, la Direction de la Documentation et de la Sécurité (DDS). « Réfugié » depuis 22 ans au Sénégal, le régime d'Abdoulaye Wade s'était montré pour le moins réticent à poursuivre et juger le prédécesseur d'Idriss Déby, invoquant des difficultés financières et juridiques. Voy. l'accord entre le gouvernement du Sénégal et l'Union africaine sur la création de Chambres africaines extraordinaires au sein des juridictions sénégalaises, 22 août 2012, disponible sur le site Internet des CAE : [<http://www.chambresafricaines.org/>].

appliquent, entre autres, « le droit pénal international ». L'histoire présente ici quelques originalités. L'organisation du procès de l'ancien dirigeant devant une juridiction hybride est ainsi liée à des évolutions politiques et à des positions juridiques tranchées. On pense au renouvellement de la classe dirigeante de cet État et à deux arrêts de juridictions internationales.

Le premier, un arrêt contestable de la Cour de justice de la CEDEAO, rendu le 18 novembre 2010, considère que la règle de non-rétroactivité des lois pénales pourrait être violée par la modification du code pénal sénégalais intervenue en 2007 – afin de permettre au Sénégal d'engager des poursuites sur le fondement de la Convention contre la torture. Une telle position revient, entre autres, à justifier un manquement continu à plusieurs dispositions de la convention, opposable au Sénégal, par des carences internes pourtant déraisonnables au regard de plaintes déposées depuis plus de dix ans. Il n'empêche, la Cour a estimé que la procédure contre Hissène Habré ne pouvait être menée que devant une juridiction *ad hoc* à caractère international²⁸. Le second, un arrêt de la CIJ du 20 juillet 2012, considère que la République du Sénégal, en ne procédant pas immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits relatifs aux crimes qui auraient été commis par M. Hissène Habré, a manqué à l'obligation que lui impose l'article 6 de la convention contre la torture et estime, à l'unanimité, « que la République du Sénégal doit, sans autre délai, soumettre le cas de M. Hissène Habré à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale, si elle ne l'extrade pas »²⁹.

Compte tenu de ces différentes contraintes, le Sénégal a donc opté pour l'institution de quatre chambres spéciales : une d'instruction rattachée au Tribunal régional Hors Classe de Dakar ; une d'accusation, une d'assise et une d'appel rattachées à la Cour d'appel de Dakar. L'article 4 de son statut constitutif, annexé à l'accord du 22 août 2012 entre le Sénégal et l'Union africaine, prévoit que la compétence matérielle des CAE se limite aux crimes de génocide, crimes contre l'humanité, crimes de guerre et à la torture – l'accent mis sur cette dernière incrimination, et la volonté de la détacher des éléments contextuels exigés pour la qualification des précédentes, s'explique par les pratiques du régime Habré en la matière³⁰. Inaugurées le 8 février 2013, les CAE sont rapidement devenues opérationnelles³¹. Le 2 juillet 2013, Hissène Habré a été inculpé pour crimes contre l'humanité, crimes de torture et crimes de guerre. Il a été placé en détention provisoire. Le Procureur a requis l'inculpation de cinq autres officiels de l'administration de Habré, suspectés d'avoir commis des crimes ou des violations graves du droit international³². Si le Tchad coopère pleinement aux poursuites

²⁸ Cour de Justice de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), *Hissein Habre*, ECW/CCJ/APP/07/08, 18 novembre 2010.

²⁹ CIJ, *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal), Arrêt, 20 juillet 2012, Rec. 2012, p. 422.

³⁰ On remarquera, à ce stade, que le Statut propose des définitions relativement grossières des incriminations qu'il consacre. Peut-être aurait-il gagné à renvoyer ici au Statut de Rome. Par ailleurs, alors que le Tchad a levé l'immunité de l'ancien président, l'article 10 du Statut des CAE rappelle, s'il en était besoin, que la qualité de chef d'État d'un accusé, « ne l'exonère en aucun cas de sa responsabilité pénale, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif d'atténuation de la peine encourue ». Enfin, le Statut des CAE, qui fait une part belle à la participation des victimes et qui consacre les droits habituels à la défense, n'est nullement limitée *ratione personae*.

³¹ Les procureurs et les juges ont été nommés par le Président de la Commission de l'UA sur proposition du ministre de la justice sénégalais. Trois commissions rogatoires ont été depuis menées au Tchad, sur le fondement d'un accord de coopération.

³² Il s'agirait de Saleh Younous et Guihini Korei, deux anciens directeurs de la Direction de la Documentation et de la Sécurité ; d'Abakar Torbo, ancien directeur du service pénitencier ; de Mahamat Djibrine dit « El Djonto », l'un des « tortionnaires les plus redoutés du Tchad » selon la Commission d'enquête nationale tchadienne et actuellement en détention à N'Djamena ; et de Zakaria Berdei, ancien conseiller spécial à la sécurité de la présidence et l'un des responsables présumés de la répression dans le sud du Tchad en 1984. Aucun d'entre eux ne se trouve pour l'instant sous la juridiction du Sénégal.

engagées et que le Procureur se concentre sur les crimes les plus graves en s'appuyant également sur les enquêtes belges et tchadiennes, on peut espérer, même si la phase d'instruction a été récemment prorogée³³, que les premiers procès débutent fin 2014.

Quid de la vie des six autres juridictions hybrides ? Deux d'entre elles ont cessé leurs fonctions depuis des années : c'est le cas des Chambres pour les crimes graves du Timor Leste ou des Chambres dites « 64 » pour le Kosovo³⁴. Une troisième s'éteint également, dans des conditions particulières puisqu'elle laisse une somme de décisions importantes mais aussi une polémique qui ternit son bilan. Avec la fin du procès Taylor, le TSSL confirme, en effet, un retrait déjà initié en 2009. Il aura jugé neuf hauts responsables de crimes commis sur le territoire de cet État depuis le 30 novembre 1996 – sans compter les accusés décédés au cours de l'instruction ou de leurs procès. Le Tribunal peut revendiquer une contribution importante au développement du droit international pénal – notamment en matière de violences sexuelles ou d'enrôlement d'enfants soldats – et au traitement judiciaire des exactions commises par l'AFRC et le RUF – en condamnant plusieurs de ses responsables.

Mais c'est le procès de l'ancien chef d'État du Libéria, commencé en 2007 et achevé en appel en 2013 qui aura été l'œuvre la plus marquante du TSSL, délocalisé pour l'occasion à La Haye dans les locaux de la CPI. Charles Taylor a été reconnu coupable de onze chefs d'inculpation (6 chefs de crimes de guerre et 5 chefs de crimes contre l'humanité pour des actes commis entre 1996 et 2002) et condamné à cinquante ans d'emprisonnement³⁵. Il purge sa peine au Royaume-Uni. Auparavant, le verdict de première instance, confirmé en appel, fut publiquement mis en cause par le juge suppléant Malick Sow, le jour même de son énoncé, le 26 avril 2012. Pour le seul juge d'Afrique de l'ouest, qui assista à l'ensemble des débats durant les cinq années du procès, Charles Taylor aurait dû être acquitté, faute d'avoir vu sa culpabilité démontrée au-delà de tout doute raisonnable³⁶. *In dubio pro reo*. Cette opinion dissidente – non autorisée au regard de sa qualité de suppléant – a valu à son auteur une suspension³⁷ et jusqu'à l'effacement même de son nom du jugement. À défaut de la culpabilité de Charles Taylor, c'est au moins la sévérité de la peine finalement prononcée à

³³ Voy. la session extraordinaire du Comité de pilotage des CAE, 17 février 2014, disponible sur le site Internet des CAE : [<http://www.chambresafricaines.org/>].

³⁴ Le 23 avril 2014, le Parlement du Kosovo a cependant voté en faveur de la mise en place d'un tribunal internalisé pour juger de crimes commis pendant la guerre de 1998-1999. C'est une réponse au rapport du Conseil de l'Europe, rédigé par Dick Marty, qui dénonce les exactions – et notamment un trafic d'organes – commises par les membres de l'UCK, et par le premier ministre actuel (doc. 12462). Depuis 2008, la Mission d'État de droit de l'Union européenne au Kosovo (EULEX) a joué un rôle central dans les enquêtes, les poursuites et le jugement des crimes impliquant des fonctionnaires publics, des crimes de guerre et de la corruption. Dans une lettre ouverte en date du 22 janvier 2014, quatorze juges EULEX ont dénoncé les ingérences politiques qui compromettent encore l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire local.

³⁵ Le jugement de première instance s'appuie sur 50 000 pages de transcriptions d'auditions de témoins et 1500 pièces à conviction. Après un délibéré de treize mois, l'accusé a été reconnu coupable dans un acte record de 2499 pages. Voy. *infra*, II.B.

³⁶ « *The only moment where a Judge can express his opinion, is during the deliberations or in the courtroom, and pursuant to the Rules, where there is no deliberations, the only place left for me in the courtroom. I won't get - because I think we have been sitting for too long but for me I have my dissenting opinion and I disagree with the findings and conclusions of the other Judges, because for me under any mode of liability, under any accepted standard of proof the guilt of the accused from the evidence provided in this trial is not proved beyond reasonable doubt by the Prosecution. And my only worry is that the whole system is not consistent with all the principles we know and love, and the system is not consistent with all the values of international criminal justice, and I'm afraid the whole system is under grave danger of just losing all credibility, and I'm afraid this whole thing is headed for failure. Thank you for your attention* », reporté in TSSL, Charles Taylor, 03-01-A-1302, Public with Public Annex A and Confidential Annex B, Charles Ghankay Taylor's motion for partial voluntary withdrawal or disqualification of Appeals Chamber Judges, 19 Juillet 2012. Voy. également l'entretien accordé par Malick Sow au magazine *NewAfrican*, décembre 2012, disponible sur le site Internet du mensuel : [<http://www.newafricanmagazine.com/>]

³⁷ TSSL, Charles Taylor, 03-01-T, ChPI II, Sentencing Hearing, 12 mai 2012.

son encounter qui peut être questionnée, comme la possibilité donnée aux juges ayant statué sur la suspension de Malick Sow de statuer en appel du jugement de première instance contre l'ancien président du Libéria³⁸. L'héritage du TSSL mérite ainsi un « droit d'inventaire ».

Il reste trois dernières juridictions hybrides – le Tribunal spécial pour le Liban, les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens et la Chambre pour les crimes de guerre de Bosnie-Herzégovine. Si cette dernière, qui s'est progressivement « nationalisée » jusqu'à échapper à la qualité *stricto sensu* de tribunal mixte, constitue un complément utile à l'œuvre du TPIY, les deux autres ne rehaussent pas particulièrement le bilan de l'ensemble de ces institutions. Leurs travaux actuels demeurent modestes et leurs perspectives d'avenir réduites. Deux de leurs décisions, cependant, ont marqué la période écoulée. Le TSL, en premier lieu, s'est montré pour le moins prudent dans l'examen de la qualité de son propre établissement³⁹. La Chambre d'appel du TSL affirme ainsi ne pas avoir été « convaincue » par le raisonnement du TPIY dans l'affaire *Tadic* et « refuse de s'en inspirer », estimant que l'appréciation d'une résolution du Conseil n'était pas une question subsidiaire et que le raisonnement du Tribunal s'appuyait sur des avis consultatifs de la CIJ auxquels il accordait une portée qu'ils n'avaient manifestement pas. Ecartant, également, les arrêts *Kadi* de la CJCE (2008) ou *Nada* de la CEDH (2012), la Chambre d'appel du TSL a finalement considéré qu'elle n'était pas habilitée à se prononcer sur la résolution qui a institué cette juridiction⁴⁰. Le procès dans l'affaire *Ayyash et autres* s'est ouvert début 2014, en l'absence des quatre accusés qui n'ont pas été arrêtés.

La Chambre de la Cour suprême du Cambodge, en second lieu, a rendu son premier arrêt le 3 février 2012 dans l'affaire *Duch*⁴¹. Elle permet la fin d'un cycle avec la condamnation définitive d'un ancien dirigeant Khmer rouge. Il n'est pas certain que d'autres affaires soient également menées à terme compte tenu de l'âge des accusés, des problèmes de financement du tribunal et de la position des autorités. Deux co-juges d'instruction ont d'ailleurs démissionné de leurs fonctions, en 2011 puis 2012, pour protester contre l'ingérence du gouvernement dans leur office. La Chambre de première instance des CETC est toutefois parvenue à clôturer les débats du premier procès de Khieu Samphan, ancien chef d'État du Kampuchéa démocratique, et de Nuon Chea, ancien secrétaire-adjoint du Parti communiste du Kampuchéa. Le jugement devrait être prononcé en 2014.

B. La centralisation contestée de la justice pénale internationale

Le Statut de Rome rassemble désormais 122 États parties et la Cour pénale internationale a ouvert 21 affaires dans le cadre de huit situations (Ouganda, République démocratique du Congo, République centrafricaine, Soudan, Kenya, Côte d'Ivoire, Libye, Mali). La période 2012-2013 a été marquée par l'ouverture d'une nouvelle enquête, la situation au Mali, et la conclusion, en première instance, de plusieurs affaires. La CPI a d'abord délivré ses premiers verdicts et sentences, toutes dans la situation en République démocratique du Congo (ci-après, RDC). Il s'agit d'un cap symbolique important et attendu

³⁸ Voy. TSSL, *Charles Taylor*, 03-01-A-1323, ChA, Decision on Charles Ghankay Taylor's motion for partial voluntary withdrawal or disqualification of Appeals Chamber Judges, 13 septembre 2012 (et l'opinion du Juge George Gelaga King, 03-01-A-1324).

³⁹ La problématique est connue : garantir aux accusés qu'ils sont jugés par un tribunal « établi par la loi », conforme aux droits de la défense, c'est s'autoriser à contrôler directement les résolutions du Conseil de sécurité constitutives de ces juridictions – ici la résolution 1757 (2007) pour le Tribunal spécial pour le Liban.

⁴⁰ Voy. TSL, *Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneisse & Assad Hassan Sabra*, STL-11-01, ChPI, Décision relative aux contestations par la Défense de la compétence et de la légalité du Tribunal, 27 juillet 2012, et ChA, Arrêt relatif aux appels interjetés par la Défense contre la décision relative aux contestations par la Défense de la compétence et de la légalité du Tribunal, 24 octobre 2012 (voy. notamment les §§ 36 et suiv. et l'opinion séparée et partiellement dissidente du Juge Baragwanath).

⁴¹ CETC, *Guek Eav Kaing*, Dossier 001, Ch de la Cour suprême, Jugement, 3 février 2012 (ci-après Arrêt *Duch*).

pour la première juridiction pénale internationale permanente. L'ensemble offre à la Cour un « passé » judiciaire. La Cour a ensuite ouvert une enquête sur la situation au Mali. C'est la première ouverture décidée par la nouvelle Procureure de la CPI, Mme Fatou Bensouda. À l'origine, le Mali avait déféré lui-même à la Cour, le 13 juillet 2012, la situation prévalant sur son territoire. La situation au Mali devint alors le quatrième « auto-référé » – le premier depuis plus de sept ans – à être accepté par la CPI après un examen préliminaire de la demande en cause. Le 16 janvier 2013, le Bureau du Procureur a ainsi estimé qu'il existait une base raisonnable pour croire que des crimes relevant de la compétence de la Cour avaient été commis depuis le 1^{er} janvier 2012 et l'aggravation du conflit sur le territoire malien⁴².

Par ailleurs, plusieurs examens préliminaires sont actuellement en cours, certains depuis plusieurs années (Colombie, Guinée, Afghanistan, *etc.*), d'autres depuis quelques mois⁴³. Le 14 mai 2013, par exemple, le Bureau du Procureur a notamment été saisi par les autorités comoriennes des faits commis au cours de l'assaut mené par Israël le 31 mai 2010 contre la flottille d'aide humanitaire qui se dirigeait vers Gaza (le *Mavi Marmara* battait pavillon comorien, un État partie au Statut de Rome)⁴⁴. L'affaire est notable, car c'est la première fois qu'un État partie vise finalement dans son « auto-référé » des actes imputables à un autre État. Enfin, sur un autre plan, l'expression du consentement des parties aux amendements adoptés lors de la Conférence de révision à Kampala progresse : seize États avaient ainsi accepté ou ratifié, au 1^{er} janvier 2014, l'amendement à l'article 8 du Statut, et treize les amendements relatifs au crime d'agression⁴⁵. La France n'a, pour l'instant, accepté aucun des deux textes.

Mais la période écoulée n'est pas seulement celle des progrès judiciaires ou institutionnels pour la Cour pénale internationale – alors qu'au surplus de nombreux dossiers sont paralysés (Libye, Darfour, *etc.*). Elle est aussi, peut-être, celle de la fin de son innocence. Plusieurs séries de difficultés et contraintes pèsent ainsi sur la vie et l'œuvre de la CPI. Elles semblent, dans les conditions actuelles, inhérentes à l'existence même de cette juridiction. On pense, d'abord, aux oppositions extérieures qu'elle affronte. Les acteurs changent mais la contestation demeure. Longtemps honnie par le Nord, ou au moins par les États-Unis, la CPI suscite désormais l'hostilité du Sud, celle en tout cas de l'Union africaine. On pense, ensuite, aux défauts de coopération ou à la coopération sélective des États intéressés. Confrontée à l'indifférence du Conseil de sécurité au succès de ses enquêtes et poursuites – y compris au regard des situations qu'il a lui-même déferées, la Cour dépend de son seul rapport de force avec les États dont elle sollicite ou exige la coopération. On devine que ceux-ci sont d'autant moins enclins à la satisfaire que ses demandes visent des membres ou des proches du pouvoir en place. Cela n'empêche pas la Cour d'obtenir certains accusés mais la prive certainement de la pureté à laquelle elle aspirait initialement. Elle doit négocier et renoncer. Bref, la condition de la CPI est paradoxale. Elle est indéniablement devenue centrale dans le paysage des

⁴² Voy. la lettre de renvoi de la situation au Mali à la CPI (signée du Ministre de la Justice) *in* CPI, Bureau du Procureur, 2012/008/FB/JCCD-er, 18 juillet 2012, et CPI, Situation au Mali, CPI, Situation au Mali, Bureau du Procureur, Rapport établi au titre de l'article 53-1, 16 janvier 2013.

⁴³ Voy. le dernier Document de politique générale relatif aux examens préliminaires, publié par le Bureau du Procureur, 25 novembre 2013, disponible sur le site Internet de la Cour : [<http://www.icc-cpi.int>] et *infra* II.A.

⁴⁴ Voy. le texte du renvoi sur le site Internet de la CPI : [<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/Referral-from-Comoros.pdf>]. Il est douteux, au regard des exigences posées à l'article 53 du Statut de Rome, que cette sollicitation aboutisse à l'ouverture de la première situation extra africaine devant la CPI.

⁴⁵ Voy. le site Internet de l'ONU (dépositaire du Statut) : [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-10-a&chapter=18&lang=fr]. À ce rythme (dix acceptations ou ratifications en 2013 des amendements relatifs au crime d'agression), la clause d'entrée en vigueur collective différée qui renvoie au seuil de 30 États (article 15*bis*-2 du Statut) devrait être satisfaite avant 2017. L'exercice de la compétence objective de la Cour à l'égard du crime d'agression dépendra alors seulement d'une décision qui sera prise après le 1^{er} janvier 2017 par la même majorité d'États parties que celle requise pour l'adoption d'un amendement au Statut.

organisations internationales, sans réussir toutefois à apaiser les tensions qu'elle peut engendrer.

1. *La Cour pénale internationale : une institution centrale*

Au cours des deux dernières années, la CPI s'est profondément renouvelée. Ses principaux serviteurs ont changé, comme sa stratégie. La Cour n'échappe pas à une première rationalisation. Elle gagne ainsi en maturité et encourage d'autres acteurs des relations internationales à s'y référer. Précisément, deux des quatre organes de la Cour n'ont plus le même visage en 2013⁴⁶. M. Herman von Hebel, des Pays-Bas, a été élu Greffier le 8 mars 2013 pour un mandat de cinq ans. Ayant servi auprès de plusieurs juridictions hybrides (TSSL, TSL), il succède ici à Silvana Arbia. Surtout, le Bureau du Procureur n'est plus dirigé par Luis Moreno-Ocampo mais par son ancienne adjointe, la gambienne Fatou Bensouda. Élu par consensus le 12 décembre 2011, elle a pris ses fonctions le 15 juin 2012, trois mois après que la Cour a livré son premier verdict dans l'affaire *Lubanga*.

Au-delà du changement de personne, la Cour semble vouloir également faire évoluer sa politique pénale. Le nouveau Procureur entend ainsi se démarquer de son prédécesseur, critiqué, entre autres, pour la sélectivité de ses enquêtes et la mauvaise préparation des dossiers. Dans ces conditions, Fatou Bensouda a publié un nouveau plan stratégique qui met notamment l'accent sur la préparation des dossiers et sur la poursuite, dans un premier temps, des personnes qui ne portent pas forcément les plus grandes responsabilités dans les crimes en causes⁴⁷. Forte de ces nouvelles résolutions, la Cour continue de bénéficier du soutien financier des États parties au Statut de Rome, même si un mécanisme de contrôle indépendant, prévu à l'article 112-4, a été récemment renforcé⁴⁸.

Alors que la Cour peut enfin présenter un premier bilan judiciaire et que ses organes tirent, en apparence, certaines leçons des tâtonnements initiaux, elle est également intégrée aux politiques sécuritaires d'autres organisations internationales. Depuis longtemps, l'Union européenne est l'un de ses précieux soutiens. Mais le rayonnement de la Cour s'accroît⁴⁹. La

⁴⁶ Seul un nouveau juge a été élu durant la période étudiée. Il s'agit de Geoffrey A. Henderson, de Trinité-et-Tobago, qui pourvoit au siège vacant du juge Anthony Thomas Aquinas Carmona, élu à la Présidence de ce même État. Un renouvellement du tiers des 18 juges de la CPI aura lieu en 2014. Il est l'occasion d'un contentieux en France et on peut le regretter. Voy., par exemple, CE, *De B.*, 28 mars 2014 (requête 373064).

⁴⁷ « *The required evidentiary standards to prove the criminal responsibility of the most responsible might force the OTP sometimes to change its approach due to limitations on investigative possibilities and/or a lack of cooperation. A strategy of gradually building upwards might then be needed in which the Office first investigates and prosecutes a limited number of mid- and high-level perpetrators in order to ultimately have a reasonable prospect of conviction for the most responsible* », voy. *Strategic Plan 2012-2015*, 11 octobre 2013, disponible sur le site Internet de la Cour : [<http://www.icc-cpi.int>].

⁴⁸ Il doit procéder à des inspections, évaluations et enquêtes afin que la Cour soit administrée de la manière la plus efficace et la plus économique possible. En toute hypothèse, le temps de la « croissance-zéro » du budget de la Cour – 121 millions d'euros pour 2014 – semble révolu.

⁴⁹ Faut-il citer ici comme témoignage de l'intérêt des « opinions publiques » pour la CPI le succès de films, de séries ou de vidéos qui la mettent en scène ? Nombre d'auteurs et de réalisateurs se réfèrent à la Cour dans des scénarii qui font la part plutôt belle à cette nouvelle juridiction, vue comme une menace contre les puissants de ce monde. Dans *The Ghost Writer* (Roman Polanski, réalisé en 2008, sortie en mars 2010), l'ex Premier ministre britannique est accusé de complicité de crimes de guerre et poursuivi devant la CPI pour avoir autorisé la remise aux agents américains de quatre présumés terroristes arrêtés en Iraq et qui seront ensuite torturés par la CIA. Dans *L'interprète* (Sydney Pollack, 2005), thriller politique au cœur des Nations Unies, la France soutient au Conseil de sécurité une résolution qui déférerait au Procureur de la CPI le Président du Matobo (une personne et non une situation, contrairement au Statut de Rome). Dans *Crossing Lines* (Edward Allen Bernero et Rola Bauer, 2013, série de 10 épisodes pour la saison 1), une unité d'élite employée par la CPI est chargée de traquer les tueurs de par le monde ! Enfin, il faut citer la vidéo « Kony 2012 » (réalisée par l'ONG *Invisible Children*, 5 mars 2012) qui appelait les dirigeants américains – en pleine campagne présidentielle – à soutenir l'Ouganda dans sa lutte contre Joseph Kony, leader de la rébellion de l'Armée de résistance du seigneur et recherché par la

« communauté internationale » lui renvoie le volet judiciaire de la responsabilité de protéger, ainsi qu'en atteste, par exemple, la résolution 1970 (2011) du Conseil de sécurité (situation en Libye)⁵⁰. Celui-ci, après avoir résisté, sous pression américaine, à toute mention de la CPI dans ses actes, propose désormais un modèle d'ingérence judiciaire. En effet, la résolution 1970 encadre la saisine de la Cour en des termes identiques à ceux de la résolution 1593 (2005)⁵¹. La CPI est un outil supplémentaire à la disposition du Conseil lorsqu'il entend réagir à une situation qu'il a qualifiée de menace à la paix et à la sécurité internationales.

Elle est, par ailleurs, souvent mentionnée dans les recommandations proposées par les commissions d'enquête instituées par le Conseil de sécurité ou le Conseil des droits de l'homme. On pense, par exemple, aux rapports réguliers de la Commission sur la République arabe syrienne⁵². Enfin, la CPI fait désormais partie des institutions dont on attend peut-être des réactions lors d'événements importants dans les relations internationales⁵³. En somme, si le rôle judiciaire de la Cour demeure limité, ses dimensions politique et sécuritaire progressent. Elle devient un partenaire du Conseil de sécurité par sa capacité à disqualifier les responsables d'atrocités, un guide des États aux institutions défaillantes par l'exercice de sa « complémentarité positive », une voix de la gouvernance dans un domaine – les crimes de masse – cher aux ONG. Elle est indéniablement parvenue à intégrer l'environnement institutionnel des relations internationales.

2. La Cour pénale internationale : une institution clivante

La Cour ne suscite plus l'indifférence que son maigre bilan pouvait jadis justifier. Si sa seule existence est désormais acceptée, l'orientation de sa politique pénale et les actes qu'elle adopte font encore l'objet de vives tensions. La période 2012-2013 témoigne ainsi de politiques juridiques qui lui sont hostiles. On craint qu'elle ne s'intéresse à des crimes qu'on préfère lui cacher, on proteste contre sa volonté de juger des dirigeants en exercice. Les troubles concernent tant les enquêtes potentielles que les poursuites engagées. En premier lieu, dans un contexte où la Cour est critiquée pour ne viser que le continent africain, plusieurs États redoutent qu'elle ne s'intéresse à des situations jugées trop sensibles. On pense, par exemple, aux crimes commis en Palestine ou en Iraq. En second lieu, depuis qu'elle a délivré des mandats d'arrêts ou des citations à comparaître contre des dirigeants en exercice, au regard des situations au Soudan ou au Kenya, la CPI est accusée de déstabiliser les États en question et de ne pas respecter les immunités auxquelles ces titulaires pourraient

CPI depuis 2005 pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre. La vidéo d'une trentaine de minutes, souvent caricaturale et silencieuse sur les exactions imputables au gouvernement ougandais, a été vue par plus de cent millions de spectateurs en quelques semaines.

⁵⁰ Le Conseil de sécurité, « rappelant que les autorités libyennes ont la responsabilité de protéger le peuple libyen » et « considérant que les attaques systématiques et généralisées [...] contre la population civile pourraient constituer des crimes contre l'humanité », a décidé de saisir le Procureur de la Cour pénale internationale de la situation en Libye depuis le 15 février 2011.

⁵¹ Comparer S/RES/1593 (2005) et S/RES/1970 (2011). Les saisines limitent les compétences *ratione personae* et *temporis* de la CPI, excluent tout financement par l'ONU des coûts afférents à ces saisines et laissent ouvertes des questions clés quant à l'obligation de coopérer pleinement avec la Cour. L'ensemble des conditions posées laisse l'impression que l'ingérence judiciaire n'est ici qu'apparente, qu'il ne s'agit que de marginaliser certains dirigeants – et seulement eux – sans toutefois assumer d'éventuelles poursuites plus variées. La Cour n'en n'aura ni le mandat ni les ressources.

⁵² Voy. Conseil des droits de l'homme, Rapport de la commission d'enquête internationale indépendante sur la République arabe syrienne, A/HRC/25/65, 12 février 2014.

⁵³ Le Bureau du Procureur ou la Présidence de la Cour n'hésitent plus à réagir à l'aggravation observée d'un conflit (République centrafricaine ou Nigéria par exemple), à des événements majeurs (attentats terroristes au Kenya par exemple, voy. *infra* II.A.2.a. et note 122), ou à l'occasion de l'organisation de différentes manifestations (élections dans un État sous examen préliminaire, journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes, disparition de Nelson Mandela, etc.).

prétendre. L'Union africaine a endossé l'ensemble de ces critiques, dénoncé publiquement les ingérences de la Cour et soutient plusieurs amendements à son statut constitutif.

La Palestine représente à l'évidence le cas le plus sensible. Le Bureau du Procureur a reçu plus de 400 communications à propos de crimes qui auraient été commis sur ce territoire. A la suite de l'opération militaire israélienne « Plomb durci » et du rapport Goldstone⁵⁴, Ali Khashan, Ministre de la justice du gouvernement palestinien, avait décidé, le 22 janvier 2009, de saisir la CPI des « actes commis sur le territoire de la Palestine à partir du 1^{er} juillet 2002 », sur le fondement de l'article 12-3 du Statut. Au terme d'un premier examen préliminaire, le Bureau a considéré qu'il ne lui appartenait pas de définir ce qu'est un « État » aux fins de l'article 12 du Statut. Il a prudemment estimé, en 2012, que c'était aux organes compétents de l'ONU ou à l'Assemblée des États Parties (ci-après, AEP) qu'il revenait de décider, en droit, si la Palestine constitue ou non un État aux fins d'adhésion au Statut de Rome et, par conséquent, d'exercice de la compétence de la Cour visée à l'article 12-1⁵⁵. Or, le 29 novembre 2012, l'Assemblée générale de l'ONU a accordé à la Palestine le statut d'État observateur non membre⁵⁶. Mais le Bureau du Procureur a affirmé, en novembre 2013, qu'il « n'est pas juridiquement fondé à initier un nouvel examen préliminaire »⁵⁷. C'est donc à l'État palestinien de revenir vers la CPI par une nouvelle déclaration type 12-3 ou en devenant partie au Statut de Rome. Dans le premier cas, la CPI pourrait voir sa compétence « remonter » au moins jusqu'à la résolution onusienne qui reconnaît à la Palestine la qualité d'État⁵⁸. Dans le second cas, la CPI ne pourra enquêter et poursuivre que des actes commis après l'entrée en vigueur subjective du Statut à l'égard de la Palestine, conformément à l'article 126-2.

L'alternative n'a toutefois pas encore été tranchée par l'État palestinien. Plusieurs facteurs, juridiques et politiques, expliquent cette position d'attente. Un renvoi à la CPI exposerait d'abord la Palestine à d'éventuelles poursuites contre ses propres responsables. Le rapport Goldstone et d'autres, ont pu dénoncer les crimes de guerre également commis par la partie palestinienne. Ramallah trahira-t-il ainsi Gaza ? Un renvoi constituerait aussi une rupture avec Israël et les États-Unis. Il exposerait certainement la Palestine à un certain nombre de représailles, sur le plan économique sinon militaire. Enfin, les autorités palestiniennes semblent vouloir encore se servir de la menace d'une saisine de la CPI comme d'un levier de négociation dans les pourparlers actuels avec Israël, sous les auspices du Secrétaire d'État américain. Mais il est probable que dans un avenir proche les positions se radicalisent de nouveau. La situation en Palestine ne manquerait pas alors de constituer une

⁵⁴ Rapport de la Mission d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies sur le conflit de Gaza, mission présidée par Richard Goldstone, ancien Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (Rapport « Goldstone »), A/HRC/12/48, et A/RES/64/10, 5 novembre 2009.

⁵⁵ Bureau du Procureur, situation en Palestine, 3 avril 2012, disponible sur le site Internet de la CPI : [http://www.icc-cpi.int]. Pour rappel, l'article 12-3 du Statut de Rome dispose qu'un État non partie peut « par déclaration déposée auprès du Greffier, consentir à ce que la Cour exerce sa compétence à l'égard du crime dont il s'agit ».

⁵⁶ A/RES/67/19, 29 novembre 2012.

⁵⁷ Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire, 25 novembre 2013, § 288, disponible sur le site Internet de la Cour : [http://www.icc-cpi.int].

⁵⁸ Voy. l'article 11-2 du Statut : « Si un État devient Partie au présent Statut après l'entrée en vigueur de celui-ci, la Cour ne peut exercer sa compétence qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut pour cet État, sauf si ledit État fait la déclaration prévue à l'article 12, paragraphe 3 ». Plus le temps passe, plus cette possibilité d'une compétence rétroactive de la Cour dans l'hypothèse d'une déclaration type 12-3 peut effectivement surprendre, puisqu'elle n'a théoriquement comme limite que l'entrée en vigueur objective du Statut (2002). Mais le précédent ivoirien est souvent invoqué. Par une déclaration datée du 18 avril 2013, la Côte d'Ivoire – État alors non partie au Statut de Rome, a valablement saisi la Cour des actes commis sur son territoire depuis le 19 novembre 2002, voy. la décision de la Chambre préliminaire II, ICC-02/11-3, 3 octobre 2011, § 15.

épreuve sans précédent pour la Cour.

Deux autres situations potentielles pourraient mettre la CPI en difficulté : on pense aux examens préliminaires liés aux interventions américaines et britanniques en Iraq et en Afghanistan. S'agissant de l'Iraq, et alors que rien ne l'obligeait à le faire, le Bureau du Procureur a rendu public en 2006 sa volonté de ne pas saisir la Cour pénale internationale des crimes commis et notamment des allégations de mauvais traitements à l'encontre de détenus⁵⁹. Des abus ont bien été constatés mais pas sur une échelle suffisamment grande pour justifier la saisine de la Cour. Mais, début 2014, deux ONG européennes ont communiqué au Procureur un rapport de 250 pages, précis et bien construit, sur les crimes commis par les soldats britanniques en Iraq entre 2003 et 2008, en particulier les mauvais traitements infligés aux prisonniers (chocs électriques, violences sexuelles, humiliations, *etc.*)⁶⁰. La crédibilité de la CPI, dont la partialité est dénoncée, se trouve alors en jeu – l'argument de la gravité insuffisante des crimes ne semble plus pouvoir tenir. On ne peut exclure que le nouveau Procureur infirme la position initiale de son prédécesseur. S'agissant de l'Afghanistan, État partie au Statut depuis 2003, le Bureau du Procureur ne s'intéresse pas seulement aux crimes commis par les Talibans ou par le gouvernement Afghan. Il examine le traitement des individus capturés par les forces internationales et soumis à des méthodes d'interrogatoire qui pourraient constituer des actes de torture ou des traitements inhumains. Dans ce cadre, le Procureur a multiplié les contacts avec Washington en 2013 et l'examen préliminaire, ouvert en 2007, semble désormais proche de sa conclusion. L'ouverture d'une enquête mettrait certainement un terme au *modus vivendi* trouvé entre la Cour et les États-Unis⁶¹.

Enfin, en 2012-2013, c'est la situation au Kenya qui a suscité les tensions les plus grandes parmi les enquêtes et poursuites lancées par la Cour. L'ouverture des procès *Kenyatta* et *Ruto* ainsi que le changement de statut de ces accusés, qui comparaissent libres, ont cristallisé les positions. Il est vrai que le contexte n'a pas été propice à la CPI, bien au contraire. Alors que la CPI les poursuit pour leurs responsabilités dans les violences postélectorales de 2007-2008 (plusieurs chefs de crimes contre l'humanité), Uhuru Kenyatta et son colistier William Ruto ont remporté l'élection présidentielle du 4 mars 2013. Ils sont ainsi devenus président et vice-président du Kenya. Cet État pivot de l'Afrique de l'est a ensuite été victime d'une attaque terroriste en septembre 2013, dans le centre commercial Westgate à Nairobi. Dans ces conditions, les deux accusés ont affirmé leur volonté de ne plus coopérer avec la Cour, prétextant que leur statut et des préoccupations sécuritaires devaient conduire à la suspension sinon à l'achèvement des poursuites engagées à leur encontre. L'environnement est donc devenu hostile aux prétentions de la CPI. Le gouvernement kenyan s'est engagé dans une politique d'obstruction, plusieurs témoins ont fait l'objet de tentative de subordination, certains se sont rétractés. Le procès *Ruto* a été suspendu à plusieurs reprises et

⁵⁹ Réponse du Bureau du Procureur concernant les communications reçues à propos de l'Iraq, 9 février 2006, disponible sur le site Internet de la Cour : [<http://www.icc-cpi.int>]. Fallait-il y voir une volonté de justifier la frustration que la passivité du Bureau sur les alertes visant les puissants pouvait créer ? Plusieurs câbles diplomatiques révélés par « wikileaks » évoqueraient les difficultés de positionnement du premier Procureur de la CPI avec les crimes commis en Iraq. Voy. Afua HIRSCH, « Wikileaks cables lay bare US hostility to international criminal court », *The Guardian*, 17 décembre 2010. Et, plus largement, David BOSCO, *Rough Justice : The International Criminal Court in a World of Power Politics*, Oxford University Press, 2014, 312 p.

⁶⁰ Public Interest Lawyers, European Centre for Constitutional and Human Rights, « The Responsibility of UK Officials for War Crimes Involving Systematic Detainee Abuse in Iraq from 2003-2008 », 10 janvier 2014, disponible sur le site Internet : [<http://www.ecchr.de/index.php/united-kingdom.html>]. La communication montrerait que le nombre de victimes est finalement bien plus élevé que celui apprécié par Luis Moreno Ocampo en 2006. Le document présente ainsi plusieurs centaines d'exemples de mauvais traitements imputables aux forces britanniques. Si Tony Blair n'est pas directement mis en cause dans ce document, la responsabilité de plusieurs de ses anciens ministres et responsables militaires serait en revanche engagée. Il insiste également sur l'absence, au Royaume-Uni, de procédures judiciaires contre les responsables de ces actes.

⁶¹ Voy. le dernier Document de politique générale relatif aux examens préliminaires, précité.

le procès *Kenyatta* a été reporté.

Surtout, l'Union africaine relayait les préoccupations kenyanes, qui ne laissaient pas non plus insensibles quelques puissances occidentales. Lors d'un sommet extraordinaire de l'UA, le 12 octobre 2013, les parties appelèrent d'abord au respect de l'immunité des chefs d'États en exercice⁶². Elles décidèrent également de demander au Conseil de sécurité de suspendre les procès et poursuites en cours, sur le fondement de l'article 16 du Statut. Malgré un rapport de force qu'ils savaient défavorable, les États africains membres du Conseil sont allés jusqu'au vote, le 15 novembre 2013⁶³. S'ils n'ont donc obtenu la résolution recherchée, la pression fut suffisamment forte pour que la douzième session annuelle de l'AEP au Statut de Rome, programmée quelques semaines après, soit l'une des plus controversées. Plusieurs amendements au Règlement de procédure et de preuve furent adoptés, conformément à l'article 51 du Statut⁶⁴. Il s'agissait principalement d'enregistrer l'évolution jurisprudentielle

⁶² Voy. Décision sur les relations entre l'Afrique et la Cour pénale internationale, Ext/Assembly/AU/Dec.1 (Oct. 2013). Une telle position peut juridiquement surprendre s'agissant du Kenya. Il s'agit en effet d'un État partie au Statut de Rome. Il a ainsi accepté l'article 27-2 qui dispose que « les immunités ou règles de procédure spéciales qui peuvent s'attacher à la qualité officielle d'une personne, en vertu du droit interne ou du droit international, n'empêchent pas la Cour d'exercer sa compétence à l'égard de cette personne ». Sa Constitution a d'ailleurs été modifiée en ce sens. Jusqu'ici, les polémiques relatives à l'immunité des accusés étaient réservées au cas d'Omar al-Bashir, dirigeant d'un État non partie au Statut de Rome mais dont la situation a été déférée à la CPI par la résolution 1593 du Conseil de sécurité. En effet, dans cette situation, dans quelle mesure la CPI peut-elle valablement exiger d'États parties à la Cour qu'ils arrêtent le chef d'État soudanais ? Quid de l'article 98-1 du Statut (« la Cour ne peut poursuivre l'exécution d'une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en droit international en matière d'immunité des États [...] »). Il y a eu ici un revirement intéressant de la jurisprudence de la Cour. Elle a d'abord estimé que le droit international général avait évolué et que les immunités des chefs d'État en exercice, quels qu'ils soient, ne peuvent plus être opposées devant une juridiction internationale, quelle qu'elle soit, lorsqu'ils sont accusés de génocide, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre (CPI, *Omar Hassan Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, Ch.Pr. I, Decision Pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with Respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 12 décembre 2011, §§ 22-32). Autrement dit, le droit international n'interdirait pas à quelques États – l'Iran, la Syrie, la Palestine ou le Venezuela par exemple – de créer un tribunal international, d'initier des poursuites contre des dirigeants israéliens pour des crimes commis sur le territoire palestinien et d'ordonner valablement *via* ce tribunal leur arrestation. Une telle position paraît non seulement excessive mais surtout détachée du droit positif. La Cour semble récemment être revenue dessus, en fondant l'obligation de coopération sur la levée implicite des immunités par le Conseil de sécurité (la résolution 1593 ne fait aucune référence en ce sens), voy. CPI, *Omar Hassan Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, Ch.Pr. I, Décision relative à la coopération de la République démocratique du Congo concernant l'arrestation et la remise d'Omar Al Bashir à la Cour, 9 avril 2014 § 29. En revanche, dans le cas kenyan, l'article 27 constitue une sorte de *lex specialis* que cet État a préalablement accepté en se rendant opposable le Statut de Rome (voy. alors les amendements proposés par le Kenya, *infra* note 66).

⁶³ Voy. le projet de résolution (S/2013/660) et le PV de la séance (S/PV.7060) : 7 voix pour, 8 abstentions dont la France, le Royaume-Uni et les États-Unis.

⁶⁴ Voy. les nouvelles règles 134*bis* (comparution au moyen d'une liaison vidéo), 134*ter* (dispense de comparution au procès) et 134*quater* (dispense de comparution au procès en raison de fonctions publiques extraordinaires), in Résolution ICC-ASP/12/Res.7, adoptée par consensus le 27 novembre 2013. Ces amendements permettent ainsi aux accusés qui font l'objet d'une citation à comparaître, et non d'un mandat d'arrêt – ce qui atteste a priori de leur volonté de coopérer avec la Cour –, de demander à la Chambre de première instance l'autorisation de comparaître au moyen d'une liaison vidéo « pendant une ou plusieurs parties » de leurs procès (règle 134*bis*) ; de ne pas comparaître s'il existe notamment des « circonstances exceptionnelles » le justifiant et que l'absence est limitée au « strict nécessaire » (règle 134*ter*) ; et d'être uniquement représentés par un conseil s'ils exercent des « fonctions publiques extraordinaires », dès lors que cela sert les intérêts de la justice et que la décision prend en compte l'objet des audiences en question (règle 134*quater*). Si la Chambre conserve un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de telles demandes, on peut néanmoins s'interroger sur la licéité de tels amendements au RPP, dans la mesure où ceux-ci doivent être conformes au Statut de Rome (article 51-5). Or, l'article 63 (procès en présence de l'accusé) ne semble pas autoriser de telles dérogations ou limitations. Rien n'empêcheraient donc juridiquement les chambres de la Cour de priver d'effets juridiques de tels amendements. Telle n'est pas cependant la tendance jurisprudentielle

de la Cour en matière de présence de l'accusé à son procès⁶⁵, en autorisant, sous certaines conditions, des dispenses. Mais le Kenya ne compte pas s'arrêter à cette première victoire diplomatique qui permet à ses dirigeants d'obtenir, au mieux, de ne pas assister à leurs procès. Des amendements au Statut de Rome ont ainsi été déposés le 22 novembre 2013 et seront examinés lors de la prochaine Assemblée des États parties, conformément à l'article 121 du Statut. L'un d'entre eux vise notamment à ajouter un troisième paragraphe à l'article 27 du Statut (défaut de pertinence de la qualité officielle) qui préciserait que « nonobstant les paragraphes 1 et 2, les chefs d'États en exercice, toute personne appelée à en exercer la fonction et toute personne agissant ou habilitée à agir en ces qualités peuvent être exemptés de poursuite pendant la durée de leur mandat, l'exemption pouvant être renouvelée par la Cour dans les mêmes conditions »⁶⁶. Le sort d'un tel amendement demeure incertain tant il remettrait en cause la dimension égalitaire du Statut de Rome en instaurant un privilège catégoriel expressément écarté dans la construction de la première juridiction pénale internationale permanente.

II. – OEUVRE DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES

Les juridictions pénales internationales construisent leur œuvre au fil de l'exercice de leur rôle judiciaire et de leurs décisions (comprises *lato sensu*). Le premier met en évidence leur condition dans la société internationale : elles constituent des institutions *situées*, qui interagissent entre elles – le fameux « dialogue des juges » – et avec les autres acteurs de la justice pénale internationale que sont les États, les organisations internationales, les organisations non gouvernementales, la société civile, les médias, *etc.* Les secondes témoignent – s'il en était encore besoin – de l'existence du pouvoir normatif des juges, qui se manifeste sur plan du droit international pénal tant procédural (A) que matériel (B).

A. Droit international pénal procédural

Complémentarité et coopération gouvernent l'ensemble du droit international pénal procédural, comme en atteste l'examen de la période 2012-2013. Le temps de la montée en puissance de la justice pénale internationale semble terminé, et les États sont appelés à reprendre en main leur destinée et à exercer les responsabilités qui leur incombent, au titre de leur souveraineté interne en matière de protection de leur population – une protection qui passe notamment par la lutte contre l'impunité menée par les tribunaux nationaux. Les juridictions pénales internationales, et notamment la CPI, ne se contentent pas toutefois d'être un aiguillon ; elles sont aussi amenées à exercer leur rôle judiciaire (1) pour lequel elles nécessitent la pleine coopération des États et des organisations internationales en vue de préparer et conduire les procès (2).

1. Compétence et recevabilité

actuelle, bien au contraire (voy. *infra* II.A.2.d.ii et note 222).

⁶⁵ Voy. CPI, *William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, ChA, Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial", 25 octobre 2013.

⁶⁶ Propositions d'amendements par le Kenya, notifiés au depositaire du Traité le 22 novembre 2013, enregistrés sous la référence C.N.1026.2013.TREATIES-XVIII.10, disponibles sur le site Internet de l'ONU : [<https://treaties.un.org/doc>].

Compte tenu de l'achèvement des travaux des TPI, de la fin des fonctions de trois juridictions hybrides et du « ronronnement » des trois autres⁶⁷ – à l'exception des décisions du TSL dans l'affaire *Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneisse & Assad Hassan Sabra* concernant la compétence *ex toto* du Tribunal⁶⁸, les développements subséquents concerneront essentiellement l'exercice de la compétence de la CPI (a) et la recevabilité des affaires devant elle (b).

a) Exercice de la compétence

L'exercice de la compétence de la Cour est conditionné par les articles 12 et 13 du Statut de Rome, qui décrivent les trois modalités de déclenchement de la procédure pénale internationale, dont les deux premières sont subordonnées à la qualité d'État partie soit de l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis, soit de l'État de nationalité des auteurs des crimes : la soumission d'une situation à la Cour par un État partie au Statut, y compris (et surtout, en pratique) si ladite situation concerne l'État qui opère le renvoi (auto-référé) ; la soumission d'une situation à la Cour par le Procureur (auto-saisine) ; et enfin la soumission d'une situation à la Cour par le Conseil de sécurité.

S'agissant des situations examinées, la CPI a connu un quatrième auto-référé, en étant saisie par le Mali le 18 juillet 2012 de sa propre situation⁶⁹ ; celle-ci a fait l'objet d'une enquête par le Bureau du Procureur, qui a rendu son Rapport établi au titre de l'article 53-1 du Statut de Rome le 16 janvier 2013. Ledit Rapport souligne que les compétences *ratione temporis*, *ratione loci/personae* et *ratione materiae* sont établies : le Mali a ratifié le Statut de Rome le 16 août 2000 et les autorités maliennes ont déféré la situation ; la Cour peut exercer une compétence territoriale, au titre de l'article 12-2-a de son Statut, dès lors que le Mali n'a pas restreint son champ géographique d'investigation ; il existe une base raisonnable permettant de croire que des crimes de guerre ont été commis depuis janvier 2012⁷⁰. Assiste-t-on à une relance de ce mode de saisine controversé de la Cour ? Un cinquième auto-référé est en effet intervenu, en dehors de notre champ d'analyse privilégié (2012-2013), le 12 juin 2014, qui concerne les actes constitutifs de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre commis en République Centrafricaine, dont fait état le Rapport préliminaire rendu le 5 juin 2014 par la commission d'enquête mise en place par le Secrétaire général, conformément à la résolution 2127 (2013) du Conseil de sécurité du 5 décembre 2013. La Présidente de la République de transition a ainsi demandé à la CPI d'enquêter sur les crimes commis depuis le 1^{er} août 2012⁷¹.

Par ailleurs, la saisine du Bureau du Procureur, le 14 mai 2013, par les autorités comoriennes des faits commis lors du raid mené par les forces israéliennes contre une flottille

⁶⁷ *Supra*, I.A.

⁶⁸ Ces décisions ont été analysées *supra*, I.A.2.

⁶⁹ Voy. Lettre de renvoi ainsi que le Rapport du Bureau du Procureur, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, et plus gén. *supra*, I.B. A noter que le Groupe de contact de la CEDEAO pour le Mali a demandé, à l'issue du sommet de Ouagadougou le 7 juillet 2012, à la CPI d'enquêter sur les crimes de guerre commis par les rebelles dans le nord du pays (Rapport, § 20).

⁷⁰ Voy. le Rapport du Bureau du Procureur, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, §§ 5-7.

⁷¹ Voy. la Lettre de renvoi du 30 mai 2014, disponible sur le site de la CPI : [<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/otp/2014-05-30-CAR-referral.pdf>]. Voy. aussi la Déclaration de Mme le Procureur de la CPI Fatou Bensouda sur le renvoi de la situation en République Centrafricaine depuis le 1^{er} août 2012, communiqué de presse du 12 juin 2014, également disponible sur ce site. A noter que le 7 janvier 2005, les autorités centrafricaines avaient déjà transféré une situation qui a donné lieu à la mise en accusation de Jean-Pierre Bemba Gombo et, le 7 février 2014, la Procureure avait ouvert un examen préliminaire sur les crimes présumés commis depuis septembre 2012 ; ce nouveau renvoi est dès lors désigné par l'expression « Situation en République Centrafricaine II ».

d'aide humanitaire se dirigeant vers Gaza⁷² constitue, comme on l'a dit, une première pour la CPI⁷³, à deux titres : l'auto-référé vise en réalité les actes d'un autre État et si cette saisine aboutit, elle constituerait la première situation non africaine dont la Cour aurait à connaître. Pour l'instant, le Bureau a entamé la première phase de l'enquête préliminaire, dans laquelle il évalue l'ensemble des informations recueillies au titre de l'article 15 du Statut (il avait reçu quatre autres communications au 1^{er} juin 2013) et il identifie les crimes relevant de la compétence de la Cour⁷⁴. Enfin, durant la période considérée, deux États sont devenus parties au Statut de Rome : le Guatemala (2 avril 2012) et la Côte d'Ivoire (15 février 2013), ce qui porte à 122 le nombre d'États Parties.

S'agissant du pouvoir du Procureur d'ouvrir des enquêtes de sa propre initiative (ou *proprio motu*), conformément à l'article 15-1 du Statut, la Chambre Préliminaire III a autorisé son exercice, dans une décision du 22 février 2012, et a répondu positivement à la demande de l'accusation d'étendre la période considérée dans le cadre de l'enquête en Côte d'Ivoire. Le 15 novembre 2011, elle avait autorisé l'ouverture d'une enquête sur des crimes relevant de la compétence de la Cour, commis depuis le 28 novembre 2010, tout en demandant au Procureur de lui communiquer, conformément à la règle 50-4 du RPP, « tout renseignement supplémentaire dont il dispose concernant des crimes commis entre 2002 et 2010 susceptibles de relever de la compétence de la Cour »⁷⁵. A la suite des éléments communiqués par le Procureur le 4 novembre 2011, « la Chambre estime que les violents événements qui ont eu lieu en Côte d'Ivoire au cours de la période allant du 19 septembre 2002 au 28 novembre 2010, même si leur intensité était variable suivant les lieux et les moments, doivent être traités comme une seule et même situation, dans laquelle une crise persistante, liée à un conflit politique et une lutte pour le pouvoir prolongés, a eu pour point culminant les événements s'agissant desquels la chambre a autorisé l'ouverture d'une enquête »⁷⁶ ; en conséquence, elle a étendu son autorisation d'enquêter à cette période.

Enfin, le Conseil de sécurité n'a déféré aucune situation en 2012-2013, malgré les nombreux appels concernant la Syrie lancés par une coalition de 57 États menée par la Suisse⁷⁷, la demande de la France de mettre en œuvre la responsabilité de protéger⁷⁸, les requêtes d'institutions internationales (la Haut Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, Navi Pillay) et des ONG, ainsi que les conclusions accablantes de la Commission d'enquête sur la Syrie, présidée par Paulo Sergio Pinheiro⁷⁹. Le conflit armé non international

⁷² S'agissant du renvoi, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

⁷³ Voy. *supra*, I.A.

⁷⁴ Voy. le Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur en matière d'examen préliminaire, novembre 2013, 54 p., p. 5.

⁷⁵ CPI, *Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11, ChPre. III, Rectificatif à la décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome, 15 novembre 2011, § 213.

⁷⁶ CPI, *Situation en République de Côte d'Ivoire*, ICC-02/11, ChPre. III, Décision relative à la communication par l'Accusation de renseignements supplémentaires concernant des crimes commis entre 2002 et 2010 susceptibles de relever de la compétence de la Cour, 22 février 2012, § 36, voy. aussi § 3 et § 37.

⁷⁷ S'agissant de la lettre adressée par la Suisse au Conseil de sécurité et cosignée par 57 États, voy. le site des autorités fédérales de la confédération suisse : [<http://www.admin.ch/aktuell/00089/?lang=fr&msg-id=48244>].

⁷⁸ Voy. par ex. le discours de politique étrangère du Président F. Hollande le 27 août 2013 devant les ambassadeurs réunis à Paris, ainsi que l'entretien de L. Fabius dans *Le Monde* du 29 mai 2012, soulignant que la France est favorable à une saisine de la CPI. Voy. aussi la Lettre datée du 20 avril 2014, adressée à la Présidente du Conseil de sécurité par le Représentant permanent de la France auprès de l'ONU, S/2014/244, 4 avril 2014, avec en annexe un rapport sur la pratique de la torture et des exécutions sommaires par le régime syrien.

⁷⁹ Cette Commission indépendante de quatre membres (dont Carla Del Ponte, ancienne Procureure du TPIY) a été créée par la résolution 21/26 du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies, du 28 septembre 2012. Elle enquête sur les violations commises par toutes les parties au conflit, afin d'établir la matérialité des faits et de fonder d'éventuelles actions sur la base du Chapitre VII de la Charte. Elle a toujours préconisé, jusqu'à présent, un règlement politique et non militaire, fondé sur le cadre défini le 30 juin 2012 dans le communiqué final de Genève du Groupe d'action pour la Syrie (A/66/865-S/2012/522), voy. les Rapports de la Commission

qui sévit depuis quatre ans oppose le gouvernement de Bashar Al-Assad à des forces armées rebelles composites, les deux « camps »⁸⁰ étant soutenus par des groupes armés étrangers du fait d'une globalisation résultant d'intérêts géostratégiques divers et contradictoires (revendications démocratiques ou religieuses – avec une radicalisation grandissante de ces dernières, trafic d'armes, volonté politique de modifier les équilibres régionaux en brisant notamment le lien entre la Syrie et le Hezbollah au Liban, *etc.*). La situation est pourtant alarmante sur le plan humanitaire : le conflit aurait causé la mort de plus de cent mille personnes, le déplacement de six millions et demi de personnes, la multiplication des violations graves du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme de la part des parties à l'encontre de la population civile (torture, utilisation d'armes chimiques prohibées telles que le gaz sarin, actes de terrorisme, crimes relevant potentiellement de la compétence de la Cour) ainsi qu'une situation sanitaire catastrophique (famine, maladies infantiles du fait de l'arrêt des campagnes de vaccination, *etc.*) résultant du blocage de l'aide humanitaire⁸¹. Le 22 mai 2014, un projet de résolution présenté par la France et la Lituanie, portant sur la saisine de la CPI n'a pu être voté cependant en raison des vetos – attendus – de la Russie et de la Chine⁸².

b) *Recevabilité de l'affaire*

Placée au cœur du régime de la CPI, la complémentarité est fort logiquement une condition essentielle de la recevabilité de l'affaire : conformément à l'article 17-1 du Statut de Rome, la Cour ne peut connaître que des affaires qui n'ont pas fait ou ne font pas l'objet d'une enquête ou de poursuites pénales de la part de l'État compétent, sauf si ces enquêtes ou poursuites témoignent de l'incapacité ou de l'absence de volonté de mener à bien la procédure pénale de la part de cet État. L'exigence de complémentarité est ainsi prise en compte, au titre de la recevabilité, par le Procureur pour ouvrir une enquête, conformément à l'article 53-1 du Statut, et elle fait l'objet de la troisième phase de l'examen préliminaire qu'il mène⁸³. S'agissant de la situation du Mali, le Procureur a constaté qu'« [à] ce jour, aucune procédure nationale n'a été engagée au Mali ou dans tout autre État à l'encontre des personnes qui semblent porter la responsabilité la plus lourde dans les crimes sur lesquels le Bureau pourrait enquêter »⁸⁴. Il a également examiné la gravité des faits allégués et s'est assuré que l'ouverture d'une enquête ne contreviendrait pas aux intérêts de la justice, conformément aux deux autres conditions posées par l'article 53-1 du Statut.

Si la complémentarité est une préoccupation constante de la Cour, qui a pour effet – positif – de renforcer l'implication des juridictions nationales dans la lutte contre l'impunité, elle doit néanmoins s'articuler avec le droit au procès équitable de l'accusé, qui comprend

internationale indépendante sur le Syrie, A/HRC/22/59, 5 février 2013, et A/HRC/24/46, 16 août 2013. Elle a également établi une liste de personnes susceptibles d'être poursuivies pour des crimes graves devant la CPI, une juridiction *ad hoc* ou des juridictions nationales, voy. le Rapport du 5 février 2013 sus-mentionné, §§ 163-166 et Annexe XIV.

⁸⁰ A l'Armée syrienne libre et au pouvoir régulier, s'ajouterait même le mouvement de l'Etat islamique en Irak et au Levant, qui a proclamé, le 29 juin 2014, un « califat islamique » entre l'Irak et la Syrie.

⁸¹ Voy. par ex. le Rapport du Secrétaire général sur l'application de la résolution 2139 (2014) du Conseil de sécurité, S/2014/295, 23 avril 2014, et les Rapports de la Commission indépendante, *ibid.*

⁸² Voy. le projet de résolution S/2014/348, ainsi que le procès verbal de la 7180^{ème} séance du 22 mai 2014, S/PV.7180. Le relatif blocage du Conseil de sécurité le réduit à s'exprimer par le biais de son président, voy. par ex. la déclaration S/PRST/2013/15, du 2 octobre 2013. A noter que comme la Syrie n'a pas ratifié le Statut de Rome, la Cour ne peut être saisie que par le Conseil de sécurité.

⁸³ Voy. le Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, et *infra*, 2.a, en ce qui concerne les politiques pénales.

⁸⁴ Voy. le Rapport établi au titre de l'article 53-1, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 10.

celui d'être jugé par des juridictions impartiales⁸⁵. Cette articulation délicate est en l'occurrence au cœur du bras de fer qui oppose les autorités libyennes à la CPI, au sujet des affaires *Saif Al-Islam Gaddafi* (ou *Qadhafi*) et *Abdullah Al-Senussi*. Le 27 juin 2011, la Chambre préliminaire I de la CPI a délivré deux mandats d'arrêt à l'encontre de Saif Al Islam Gaddafi et Abdullah Al-Senussi, et le Greffier a adressé une demande de coopération aux autorités libyennes aux fins d'arrestation et de remise le 5 juillet 2011. Saif Al-Islam Gaddafi a été en l'occurrence capturé le 19 novembre 2011 par des milices situées à Zenten, en Libye, où il est toujours détenu⁸⁶. Les autorités libyennes ont immédiatement manifesté leur volonté de juger elles-mêmes l'accusé⁸⁷ et refusé de procéder à sa remise à la Cour, contrairement aux obligations de coopérer qui leur incombaient au titre de la résolution 1970 (2011), du 26 février 2011, du Conseil de sécurité et du Chapitre IX du Statut de Rome ; elles souhaitaient obtenir un report d'exécution de la demande de remise dans l'attente de la décision finale sur l'exception d'irrecevabilité de l'affaire qu'elles avaient soulevée, le 1^{er} mai 2012, conformément aux articles 17 et 19 du Statut de Rome, à titre principal dans l'affaire *Saif Al-Islam Gaddafi* et à titre subsidiaire dans l'affaire *Abdullah Al-Senussi*⁸⁸. Le 1^{er} juin 2012, la Chambre préliminaire I a fait droit à la demande de la Libye quant au report de la remise de Saif Al-Islam Gaddafi à la Cour, en interprétant l'article 95 du Statut de Rome⁸⁹ à l'aune du principe de complémentarité⁹⁰. Le 31 mai 2013, la Chambre a toutefois rejeté l'exception d'irrecevabilité, au motif que les autorités libyennes de transition sont dans l'incapacité de juger l'accusé. Celui-ci est toujours détenu à Zenten par des milices qui échappent à leur autorité : pour la Chambre par conséquent, Zenten n'est pas Tripoli, et la complémentarité ne joue qu'entre la Cour et les autorités officielles de l'État. Ces dernières ne peuvent, au demeurant, réunir les témoignages nécessaires du fait de leur contrôle partiel du territoire (notamment des centres de détention, dans lesquels serait pratiquée la torture) et de leur grande difficulté à assurer la protection des témoins, de même que celle des conseils de

⁸⁵ *Infra*, 2.b et d.

⁸⁶ Saif Al-Islam a comparu le 20 septembre 2013 devant un tribunal libyen de Zenten pour atteinte à la sécurité nationale mais le procès a été ajourné aussitôt du fait de l'absence de ses co-accusés, voy. le communiqué de presse du 20 septembre 2013 de la Fondation Hirondelle disponible sur son site : [<http://www.hirondellenews.com/fr/>]. En juillet 2013, la chambre d'accusation du tribunal d'Abidjan-Plateau tentait aussi d'anticiper l'action de la CPI en renvoyant 84 accusés proches de L. Gbagbo, dont sa femme Simone Gbagbo, devant une cour d'assises, voy. le communiqué de presse du 17 juillet 2013 de la Fondation Hirondelle.

⁸⁷ Le Bureau du Procureur et les autorités libyennes ont conclu fin 2013 un mémorandum d'accord sur le partage des tâches dans le but de faciliter leur collaboration dans l'exercice de leurs compétences respectives, le Bureau axant en priorité ses enquêtes contre les suspects qui résident en dehors de la Libye et les autorités nationales enquêtant à l'inverse sur ceux qui se trouvent sur son territoire, voy. le Discours prononcé par la Procureure de la CPI le 14 novembre 2013 devant le Conseil de sécurité à propos de la situation en Libye en application de la résolution 1970 (2011), dont le texte est disponible sur le site de la Cour : [http://www.icc-cpi.int/FR_Menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/pages/prosecutorunscnov2013.aspx].

⁸⁸ CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, ChPre. I, Application on Behalf of the Government of Libya Pursuant to Article 19 of the ICC Statute, 1^{er} mai 2012.

⁸⁹ Cet article se lit comme suit : « [I]orsque la Cour examine une exception d'irrecevabilité conformément aux articles 18 ou 19, l'État requis peut surseoir à l'exécution d'une demande faite au titre du présent chapitre en attendant que la Cour ait statué, à moins que la Cour n'ait expressément décidé que le Procureur pouvait continuer de rassembler des éléments de preuve en application des articles 18 ou 19 ».

⁹⁰ « *The Court must fulfill its mandate in accordance with its legal framework and [...] the complementarity principle is a central aspect thereof and a key feature of the institution. The suspension of the investigation and the corresponding postponement of the cooperation requests is one major consequence of this principle. It would be untenable for the Court to insist on compliance with a request for arrest and surrender, even at the risk of hampering the national proceedings, while its own investigation is suspended* », CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, ChPre. I, Decision on the Postponement of the Execution of the Request for Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi Pursuant to Article 95 of the Rome Statute, 1^{er} juin 2012, § 36.

l'accusé d'ailleurs⁹¹. L'incapacité étant retenue, la Chambre estime qu'elle n'a pas besoin d'examiner plus avant le critère de l'absence de volonté, et notamment la question du procès équitable⁹². La Chambre d'appel a rejeté, le 18 juillet 2013, la demande d'effet suspensif présentée le 7 juin 2013 par la Libye, dans l'attente de la décision sur l'appel interjeté à l'encontre de la décision de la Chambre préliminaire I ; elle a estimé cette fois-ci, de manière discrétionnaire mais conformément à sa jurisprudence antérieure, que la remise du suspect à la Cour ne créerait pas une situation irréversible notamment eu égard aux droits de l'accusé⁹³, et que les autorités libyennes étaient dès lors tenue d'y procéder immédiatement, d'autant que la demande de suspension ne pouvait viser, aux termes de l'article 82-3 du Statut, que la seule décision de la Chambre et non les mandat d'arrêt et demande de remise⁹⁴. Le 21 mai 2014, elle a confirmé la décision de la Chambre préliminaire I, estimant que cette dernière n'avait pas commis d'erreur de droit et de fait en concluant que les autorités libyennes n'avaient pas démontré que l'affaire faisait l'objet d'une enquête nationale, ni commis les erreurs de procédure alléguées par la Libye⁹⁵ ; l'affaire a donc été jugé recevable. A ce jour, Saif Al-Islam Gaddafi n'a toujours pas été remis à la Cour⁹⁶.

L'affaire *Abdullah Al-Senussi* n'a pas prospéré de manière semblable en revanche. Le 14 juin 2013, la Chambre préliminaire I acceptait certes la suspension de l'exécution du mandat d'arrêt contre l'accusé, dans l'attente de la décision sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Libye⁹⁷ mais le 18 juillet 2013, la Chambre d'appel rejetait une telle suspension⁹⁸. Et surtout, la Chambre préliminaire I jugeait, le 11 octobre 2013, que l'affaire était irrecevable devant la Cour⁹⁹. Cette décision ne laisse pas de surprendre à vrai dire tant on voit mal pourquoi ce qui serait vrai pour Saif Al-Islam Gaddafi, s'agissant de l'impossibilité de la Libye d'assurer aux accusés un procès équitable, ne le serait pas pour Abdullah Al-Senussi – excepté le contrôle effectif que les autorités libyennes exercent sur ce dernier. En effet, dans sa décision du 31 mai 2013, la Chambre préliminaire I soulignait que « *[w]ithout prejudice to these achievements, it is apparent from the submissions that multiple challenges remain and that Libya continues to face substantial difficulties in exercising its judicial powers fully across the entire territory. Due to these difficulties [...], the Chamber is of the view that its national system cannot yet be applied in full in areas or aspects relevant to the case, being thus 'unavailable' within the terms of article 17(3) of the Statute* »¹⁰⁰. La défense de Abdullah Al-Senussi demandait d'ailleurs que le défaut de coopération de la Libye soit

⁹¹ CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, ChPre. I, Decision on the Admissibility of the Case Against Saif Al-Islam Gaddafi, 31 mai 2013, §§ 206 & s.

⁹² *Ibid*, §§ 216-218.

⁹³ CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, ChA., Decision on the Request of Suspensive Effect and Related Issues, 18 juillet 2013, § 22.

⁹⁴ *Ibid*, § 21, la Chambre d'appel remarquant que « *Libya's Request for Suspensive Effect is put somewhat ambiguously. It does not refer to the Impugned Decision, which concerns the admissibility of the case against Mr Gaddafi, but rather to 'the order for his surrender'* ».

⁹⁵ CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, ChA., Judgment on the Appeal of Libya Against the Decision of Pre-Trial Chamber I of 31 mai 2013 Entitled 'Decision on the Admissibility of the Case Against Saif Al-Islam Gaddafi', 21 mai 2014, et Separate Opinion of Judge Sang-Hyun Song, ainsi que Dissenting Opinion of Judge Anita Ušaka.

⁹⁶ Dans son discours prononcé le 14 novembre 2013 devant le Conseil de sécurité (*op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée), la Procureure avait déjà demandé au Conseil d'exhorter les autorités libyennes à procéder à la remise de l'accusé.

⁹⁷ CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, ChPre. II, Decision on Libya's Postponement of the Execution of the Request for Arrest and Surrender of Abdullah Al-Senussi Pursuant to Article 95 of the Rome Statute and Related Defence Request to Refer Libya to the UN Security Council, 14 juin 2013.

⁹⁸ CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, ChA., Decision on the Request for Suspensive Effect and related Issues, 18 juillet 2013.

⁹⁹ CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, ChPre. I, Decision on the Admissibility of the Case Against Abdullah Al-Senussi, 11 octobre 2013.

signalé au Conseil de sécurité, notamment au regard de « *its failure to arrange a privileged legal visit for the Defence* »¹⁰¹. Pourtant, dans sa décision du 11 octobre 2013, la Chambre préliminaire I estime en premier lieu que « *the Libyan competent authorities are taking concrete and progressive steps directed at ascertaining the criminal responsibility of Mr Al-Senussi for substantially the same conduct as alleged in the proceedings before the Court* »¹⁰². En second lieu, elle juge suffisants les éléments de preuve et mesures prises par la Libye pour assurer à l'accusé un procès équitable, témoignant ainsi de la volonté des autorités nationales, d'une manière toutefois qui peine à convaincre : « *[i]n the Chamber's view, the fact that Mr Al-Senussi's right to benefit from legal assistance at the investigation stage is yet to be implemented does not justify a finding of unwillingness under article 17(2)(c) of the Statute, in the absence of any indication that this is inconsistent with Libya's intent to bring Mr Al-Senussi to justice. Rather, from the evidence and the submissions before the Chamber, it appears that Mr Al-Senussi's right to legal representation has been primarily prejudiced so far by the security situation in the country* »¹⁰³. La recevabilité de l'affaire, au regard de la satisfaction du critère de complémentarité, dépendrait-elle du seul contrôle effectif de l'accusé par les autorités nationales ? C'est ce que la décision du 11 octobre 2013 – qui fait l'objet d'un appel en cours – laisse à penser, par comparaison avec les décisions rendues dans l'affaire *Saif Al-Islam Gaddafi* et l'on peut dès lors légitimement s'interroger sur l'existence de considérations para-juridiques qui l'auraient dictée.

2) Préparation et conduite du procès

La préparation et la conduite du procès renvoient aux phases préliminaire et de jugement (cette dernière étant comprise *lato sensu* comme incluant la phase postérieure au jugement définitif). Elles englobent, entre autres, l'enquête, les poursuites, l'émission de l'acte d'accusation et du mandat d'arrêt, le transfert et la détention provisoire des suspects ou accusés, la question des preuves matérielles (recueil, conservation, traitement durant le procès) et des témoignages, la participation des victimes, l'exécution des peines et la réparation. Il s'agit autrement dit de tout ce qui rend l'exercice, par le juge, de son rôle judiciaire possible, tout ce qui lui permet de rendre des jugements à l'issue d'un procès équitable respectant les standards les plus élevés¹⁰⁴.

La principale garantie de l'effectivité de la fonction juridictionnelle réside dans la coopération des États et des organisations internationales, dont la nécessité se fait sentir à chaque étape de la préparation puis de la conduite du procès. On ne le répètera jamais assez¹⁰⁵ : à quoi sert de donner naissance à des *géants* si on les prive *de bras et de jambes*, pour faire écho à la célèbre métaphore d'Antonio Cassese¹⁰⁶ ? Autrement dit, pourquoi se doter d'un tel arsenal institutionnel et juridique si c'est pour ne pas œuvrer ensuite à son

¹⁰⁰ ChPre. I, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, 31 mai 2013, préc. note Erreur : source de la référence non trouvée, § 205.

¹⁰¹ ChPre. II, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, 14 juin 2013, préc. note Erreur : source de la référence non trouvée, § 41, la Chambre ayant rejeté la demande.

¹⁰² ChPre. I, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, 11 octobre 2013, préc. note Erreur : source de la référence non trouvée, § 167.

¹⁰³ *Ibid.*, § 292.

¹⁰⁴ Une approche thématique inspirée de celle qui avait cours dans les premières livraisons de cette chronique a été retenue dans ce point 2.

¹⁰⁵ Voy. Muriel UBÉDA-SAILLARD, *La coopération des États avec les juridictions pénales internationales*, Paris, LGDJ, 2014 (à paraître) ; un certain nombre de réflexions composant cette partie A sont issues de ce travail de thèse.

¹⁰⁶ Antonio CASSESE, « On the Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law », *EJIL*, 1998/1, vol. 9, pp. 2-17, p. 13.

efficience ? Au-delà du respect – essentiel – des obligations juridiques souscrites en la matière, se profilent des exigences éthiques particulières sinon universelles¹⁰⁷, qu'il s'agisse de la lutte contre l'impunité, de la promesse d'une réconciliation nationale ou, plus prosaïquement, du primat de l'économique, compte tenu du « contexte budgétaire actuel »¹⁰⁸, qui devrait conduire les États à utiliser leurs fonds publics de manière responsable. L'assistance logistique apportée par les organisations internationales est précieuse, la coopération des États en matière de preuve et d'arrestation/transfert des accusés, vitale. Il s'avère que malgré un niveau global de coopération satisfaisant¹⁰⁹, les défaillances isolées (celles du Soudan ou de la Libye, par exemple) focalisent comme toujours l'attention et mettent en cause, dans l'esprit collectif, l'ensemble du fonctionnement du système judiciaire – à juste titre d'ailleurs, dans la mesure où en l'absence de contumace, l'inexécution des mandats d'arrêt entraîne un blocage irrémédiable de la procédure.

L'AEP, qui est l'organe politique de la Cour, s'est dotée, lors de sa dixième session, d'un instrument essentiel, censé lui permettre d'assumer les responsabilités qui lui ont été confiées par l'article 112-2-f du Statut de Rome¹¹⁰ : les procédures de l'Assemblée concernant la non-coopération¹¹¹. Ces dernières visent tout un ensemble de mesures successives, formelles ou non selon que le cas de non coopération est porté à la connaissance de l'Assemblée par la Cour ou que l'Assemblée décide, à titre exceptionnel, d'en connaître d'elle-même. Les mesures formelles qui sont décrites s'apparentent en réalité aux procédures classiques de règlement pacifique des différends internationaux, notamment à la médiation voire la conciliation : réunion d'urgence du Bureau et lettre ouverte du Président de l'Assemblée à l'État défaillant lui demandant de revoir sa position dans un délai n'excédant pas deux semaines, puis le cas échéant nouvelle réunion du bureau avec participation d'un représentant dudit État et réunion publique sur l'affaire permettant à un grand nombre de participants de s'exprimer ; à l'issue de ce dialogue, un rapport du Bureau « contenant une recommandation sur la question de savoir si l'Assemblée doit intervenir » ; *in fine*, une discussion en session plénière du rapport qui pourrait éventuellement préfigurer un « projet de résolution contenant des recommandations concrètes ». Ces mesures peuvent sembler décevantes mais elles correspondent en réalité à l'étendue du pouvoir de décision de l'Assemblée de même qu'à l'esprit du régime de coopération défini par le Statut de Rome. Elles présentent au demeurant le mérite d'assurer un suivi institutionnalisé des décisions de non coopération, telles que les premières qui visaient le Malawi et le Tchad¹¹².

¹⁰⁷ La fronde de l'UA à l'égard de la CPI, évoquée *supra*, témoigne de ce que la fonction pacificatrice de la justice pénale, tenue pour acquise sur le plan universel, peut être contestée au niveau régional.

¹⁰⁸ Voy. Avis de la Commission nationale consultative des droits de l'homme du 23 octobre 1992 consacré à la CPI, § 37, p. 11, dans lequel la Commission considère la crise économique actuelle pour recommander néanmoins l'augmentation du financement lié à la lutte contre l'impunité pour les crimes les plus graves.

¹⁰⁹ Voy. par ex. la résolution de l'AEP du 21 novembre 2012, ICC-ASP/11/Res.5, § 1.

¹¹⁰ Aux termes de cette disposition, « [l]'Assemblée [e]xamine, conformément à l'article 87, paragraphes 5 et 7, toute question relative à la non coopération des États ».

¹¹¹ Ces procédures sont annexées à la résolution ICC-ASP/10/Res.5, adoptée le 20 décembre 2011, « Renforcement de la Cour pénale internationale et de l'Assemblée des États Parties ».

¹¹² CPI, *Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, 12 décembre 2011, préc. note Erreur : source de la référence non trouvée, et dans la même affaire, ChPre. I, Décision rendue en application de l'article 87-7 du Statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 13 décembre 2011. Selon le Rapport du Bureau relatif au défaut de coopération, le dialogue mené avec le Malawi a porté ses fruits contrairement à celui

Les résolutions adoptées en 2012-2013 par l'AEP au sujet de la coopération font écho aux préoccupations prégnantes des Tribunaux *ad hoc* du temps de leur pleine activité¹¹³ : exécution des mandats d'arrêt, collaboration avec la défense, protection des victimes et témoins, exécution des peines, mesures de gel et de saisie des avoirs, adaptation des ordres juridiques internes, etc.¹¹⁴. Autant de questions transversales qui irriguent les différentes thématiques abordées subséquemment.

a) *Politiques pénales*

Les politiques pénales soulèvent des enjeux d'envergure car leurs succès ou échecs permettent en grande partie de déterminer la réalité de la fonction pacificatrice que les Nations Unies ont fait le choix d'attribuer aux juridictions pénales internationales, assumant ainsi pleinement l'héritage des Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et de Tokyo et la doctrine dite des « précurseurs ». La négation par le Président serbe, Tomislav Nikolić, du génocide de Srebrenica, vivement condamnée par le Procureur du TPIY lors de son allocution devant le Conseil de sécurité le 7 juin 2012¹¹⁵, ou bien le vote par le Sénat kenyan du retrait de la CPI, à la veille du procès de William Ruto et Joshua Sang, le 11 septembre 2013, témoignent de ce que le dilemme paix/justice est loin d'être définitivement tranché¹¹⁶, qui trouve dans les situations kenyane, ivoirienne ou libyenne de nouvelles formes d'expression. Ces dernières interrogent en effet sur la place de la justice internationale face à l'expression du processus démocratique, notamment dans des États à fortes minorités ethniques, ou aux manifestations de souveraineté de la part de nouvelles autorités nationales qui entendent limiter les ingérences, pourtant prévues au titre du troisième volet de la responsabilité de protéger, consacré à la reconstruction¹¹⁷. Leur complexité renforce l'exigence d'exemplarité dans la définition des politiques pénales, dès lors que le nouveau pouvoir en place peut également être suspecté de violations graves¹¹⁸.

Consciente de la nécessité d'éviter la critique de son impartialité – souvent portée à l'encontre de son prédécesseur¹¹⁹, la Procureure s'est ainsi inquiétée devant le Conseil de

entamé avec le Tchad, ICC-ASP/11/29, 1^{er} novembre 2012.

¹¹³ Voy. les livraisons précédentes de cette chronique, par ex. *AFDI*, 2002, pp. 384-390.

¹¹⁴ Voy. les résolutions ICC-ASP/11/Res.5, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, et ICC-ASP/12/Res.3 du 27 novembre 2013.

¹¹⁵ Allocution de Serge Brammertz, Procureur du TPIY, devant le Conseil de sécurité, 7 juin 2012, disponible sur le site du TPIY : [<http://www.icty.org/>]. Le Président Nikolić a fait volte-face le 25 avril 2013, en s'excusant pour ce massacre commis en juillet 1995 par les forces serbes, sans utiliser néanmoins le terme de « génocide ».

¹¹⁶ Pour une présentation générale, voy. par ex. Jean-Baptiste JEANGÈNE VILMER, *Pas de paix sans justice ? Le dilemme de la paix et de la justice en sortie de conflit armé*, Paris, Sciences Po.- Les Presses, 2011, 300 p. L'ONU a récemment confirmé sa position (« pas de paix sans justice »), lors de la révision des Directives des Nations Unies pour une médiation efficace, A/66/811, 25 juin 2012.

¹¹⁷ Pour rappel, les mesures prises par le Conseil de sécurité, dans le cadre du chapitre VII de la Charte, à l'encontre de la Libye et de la Côte d'Ivoire avaient été placées par sous le sceau de la responsabilité de protéger, voy. les résolutions S/RES/1970(2011) et S/RES/1975 (2011) des 26 février et 30 mars 2011. Dans son Quatrième rapport au Conseil de sécurité en application de la résolution 1970 (2011), du 7 novembre 2011, le Procureur de la Cour notait que la plupart des 130 demandes d'assistance présentées par son Bureau étaient toujours en attente d'exécution (§ 7).

¹¹⁸ Les ONG ont ainsi dénoncé les violences post-électorales commises par les partisans du nouveau président de Côte d'Ivoire, Alassane Ouattara. Se réjouissant de la décision de confirmation des charges à l'encontre de Laurent Gbagbo, rendue par la Cour le 12 juin 2014 (ChPre. I, ICC-02/11-01/11), la FIDH a encore une fois rappelé que « les victimes des crimes commis par des éléments du camp Ouattara attendent encore que justice soit faite », voy. le communiqué du 13 juin 2014, disponible sur le site de la FIDH : [<http://www.fidh.org/fr/>].

¹¹⁹ Un tiers des affaires que l'ex-Procureur Luis Moreno Ocampo a présenté devant les juges n'a pas prospéré. Le recours systématique aux documents d'ONG – qui ne sont pas des enquêteurs criminels – ou à des

sécurité des allégations de crimes commis par les forces rebelles, contrôlées ou non par les autorités libyennes actuelles, en évoquant notamment « les opérations menées à partir de septembre 2012 par les forces du Gouvernement et des milices à Bani Walid, lesquelles se seraient soldées par des détentions arbitraires, des actes de torture, des meurtres et la destruction de biens »¹²⁰. De la même façon, a-t-elle alerté les autorités de République Centrafricaine (dont l'ancien-vice président, M. Bemba, est actuellement jugé par la Cour) des signalements de crimes graves qu'elle recevait¹²¹ ou a-t-elle déclaré, de manière sans doute précipitée, au sujet de l'attaque terroriste lancée contre le centre commercial Westgate, à Nairobi, que « [*s]uch attacks by armed groups upon innocent civilians are contrary to international law and may constitute a crime under the Rome Statute, to which Kenya is a State Party »*¹²².

Outre ces prises de position ponctuelles, le Bureau du Procureur a surtout adopté en novembre 2013 un Document de politique générale relatif aux examens préliminaires, qui vise à exposer la manière dont le Bureau met en œuvre l'article 53-1 du Statut de Rome, relatif à l'ouverture des enquêtes¹²³, la transparence visant à dissiper l'inquiétude des États comme des juges quant à l'exercice de ce pouvoir *proprio motu*. Parmi les objectifs de sa politique, le Bureau recherche notamment « la fin de l'impunité grâce à la complémentarité positive »¹²⁴ ; c'est-à-dire qu'il incite, par son seul examen de situations relevant potentiellement de la compétence de la Cour, les États concernés à adopter les législations nationales idoines de mise en œuvre du Statut de Rome et à enquêter et poursuivre de manière effective. La longueur du processus, qui s'étale sur quatre phases¹²⁵, atteste de son sérieux¹²⁶ mais interroge quant à la portée quelque peu excessive qu'il confère à la complémentarité – même si le Statut n'impose il est vrai aucun délai en la matière, la Colombie faisant par exemple l'objet d'un examen préliminaire depuis juin 2004¹²⁷. Une telle pratique institutionnelle fait finalement de la Cour un acteur permanent de la (re)construction des institutions nationales conformément aux critères de l'État de droit, et la lourdeur comme la question de l'opportunité de cette tâche

« intermédiaires » parfois malhonnêtes furent dénoncés, comme dans l'affaire *Gbagbo*, voy. *infra*, c.i.

¹²⁰ Cinquième rapport du Procureur de la CPI au Conseil de sécurité en application de la résolution 1970 (2011), 8 mai 2013, § 23. Cette inquiétude n'a pour l'instant conduit à aucune mise en accusation cependant.

¹²¹ Voy. la Déclaration du 7 août 2013.

¹²² Voy. la Déclaration du 24 septembre 2013. A noter que la CPI n'est toutefois pas compétente pour poursuivre les actes de terrorisme.

¹²³ Certains des facteurs énoncés par cette disposition (gravité du crime, intérêts de la justice) renvoient à une latitude d'appréciation conséquente du Procureur et c'est l'objectif du Document que d'exposer les raisons qui peuvent pousser celui-là à ouvrir ou non une enquête.

¹²⁴ Voy. le Document de politique générale, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 25 & s.

¹²⁵ Voy. le Rapport sur les activités menées en 2013 par le Bureau du Procureur, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 5. Durant la phase 1 (pour rappel), le Bureau du Procureur évalue le sérieux des informations recueillies au titre de l'article 15 du Statut et identifie les crimes relevant de la compétence de la Cour. C'est en phase 2 que démarre officiellement l'examen préliminaire, dans la mesure où le Bureau évalue en fait et en droit les crimes allégués afin de déterminer si les conditions préalables à l'exercice de la compétence de la Cour (art. 12 du Statut) sont remplies et s'il existe une base raisonnable de croire que ces crimes relèvent de la compétence *ratione materiae* de la Cour. Lors de la phase 3, le Bureau analyse la recevabilité à l'aune de la complémentarité et de la gravité, analyse qu'il pondère au regard des intérêts de la justice en phase 4, afin de formuler le cas échéant une recommandation au Procureur indiquant s'il existe une base raisonnable pour ouvrir une enquête.

¹²⁶ Voy. également en ce sens le Plan stratégique adopté pour 2012-2015 (*op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée) ainsi que le Code de conduite du Bureau du Procureur, du 5 septembre 2013, not. les §§ 49 & s.

¹²⁷ Voy. le Rapport de 2013, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, qui indique que la Colombie est en phase 3 (p. 29). En 2013, huit situations faisaient l'objet d'un examen : Afghanistan, Honduras, Navires battant pavillon comorien, grec et cambodgien (voy. *supra* I.B.1), République de Corée, Colombie, Géorgie, Guinée, Nigéria. Le 23 juin 2014, la Procureure a annoncé la conclusion de l'examen préliminaire de la situation en Corée, témoignant ainsi peut-être de sa volonté de limiter ces examens à une durée raisonnable.

doivent la conduire à réfléchir à des stratégies d'achèvement possibles à l'égard des pays de situation¹²⁸. Tous les examens préliminaires ne durent pas aussi longtemps néanmoins : le Procureur a décidé d'ouvrir une enquête sur les crimes présumés commis sur le territoire du Mali le 16 janvier 2013, soit seulement six mois après l'auto-saisine par cet État de la Cour¹²⁹.

Quant aux politiques pénales des Procureurs des TPI, elles ont continué d'être axées, sans surprise, sur l'achèvement – parfois houleux¹³⁰ – des procédures en cours, notamment avec la présentation, en première instance, des moyens à charge et d'autres observations ainsi que des contre-interrogatoires, et avec le dépôt des mémoires en appel. Les Bureaux ont également poursuivi le transfert de leurs fonctions aux deux divisions du Mécanisme, ainsi que le renvoi d'affaires aux juridictions nationales¹³¹.

b) *Action des juridictions nationales dans le cadre de la lutte contre les crimes de masse*

La réconciliation nationale passe par un nouveau tissage des liens du contrat social auquel la justice peut contribuer, dans sa dimension rétributive (justice pénale) ou transitionnelle (justice reconstructive). Après une longue période d'affirmation et de consolidation de la justice internationale, un rééquilibrage s'opère aujourd'hui en faveur des juges nationaux – juges *naturels* il est vrai, censés devenir les juges de droit commun dans la lutte contre les crimes de masse grâce à la consécration de principes de répression (compétence universelle) ou de coopération (*aut dedere aut judicare*) particuliers, ainsi qu'à leur complémentarité – au sens commun du terme – avec les juges internationaux¹³². Les représentants des États lors de la séance de l'Assemblée générale consacrée, en avril 2013, au « rôle de la justice pénale internationale dans la réconciliation » ont fortement insisté sur la prévalence des juridictions nationales dans ce processus¹³³. L'action des juridictions nationales comprend deux volets. Il s'agit, d'une part, de permettre au principe de complémentarité, affirmé dès l'article 1^{er} du Statut de Rome, de déployer tous ses effets dans les relations inter-juridictionnelles, en contribuant au renforcement des capacités nationales, tant sur le plan technique que politique¹³⁴, et en facilitant la coopération en matière de preuve. De ce point de vue, le TPIY a progressivement entériné, par le biais des adaptations successives de son Règlement de procédure et de preuve (RPP), le modèle de coopération équilibré prôné par le Statut de Rome ; les articles 75*bis* et 75*ter* du Règlement, fréquemment mis en œuvre en 2012 et 2013, facilitent ainsi le témoignage de « ses » témoins devant des juridictions nationales

¹²⁸ La réflexion a d'ailleurs été entamée, voy. le Rapport de la Cour sur la complémentarité : cessation des activités de la Cour pénale internationale dans un pays de situation, ICC-ASP/12/32, 15 octobre 2013.

¹²⁹ Voy. le Rapport établi au titre de l'article 53-1, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

¹³⁰ Concernant la série d'acquittements contestés, voy. *supra*, I.A.1. et *infra*, II.B.

¹³¹ Voy. par ex. les Rapports des Président et Procureur du TPIY de novembre 2013, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, ainsi que la Lettre datée du 13 novembre 2013 adressée au Président du Conseil de sécurité, par le Président du TPIR, S/2013/663, 13 novembre 2013.

¹³² Pour une analyse, voy. Henri-D. BOSLY, Damien VANDERMEERSCH, *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 288 p.

¹³³ « La justice pénale internationale doit être impartiale et indépendante si elle veut contribuer efficacement à la réconciliation post-conflit », Communiqué de presse, AG/11357, 11 avril 2013. L'intitulé en anglais du communiqué s'avère d'ailleurs – par les hasards de la traduction – beaucoup plus évocateur : « *As debate concludes, many delegations stress international criminal justice system cannot replace national mechanisms in building true reconciliation* ».

¹³⁴ Dans ses propositions faites à la CPI, l'Union européenne insiste de manière intéressante sur les efforts politico-diplomatiques qui doivent être entrepris pour faire naître ou consolider la volonté politique nationale de poursuivre les crimes relevant de la compétence de la Cour, voy. European Commission, High Representative of the European Union for Foreign Affairs and Security Policy, Joint Staff Working Document on Advancing the Principle of Complementarity. Toolkit for Bridging the Gap Between International and National Justice, 31.1.2013, SWD(2013) 26 final, 29 p., p. 10.

l'ayant sollicité¹³⁵. S'agissant du TPIR, le traitement des demandes d'assistance relève depuis le 1^{er} juillet 2012 de la compétence de la division du Mécanisme¹³⁶.

L'objectif, qui vaut d'ailleurs tant pour la CPI que pour les TPI¹³⁷, doit prévaloir dès lors qu'un État – et notamment un État directement « concerné » par les crimes commis – présente à la fois la volonté et la capacité de juger, conformément aux principes du procès équitable¹³⁸. De ce point de vue, la période 2012-2013 a été notamment marquée par une évolution de la position des juridictions françaises à l'égard de la poursuite des personnes présumées coupables de génocide et résidant sur le territoire national ; si la coopération judiciaire avec le Rwanda ne s'est guère améliorée, du fait du refus persistant d'accorder les extraditions demandées¹³⁹, la condamnation par la Cour d'assises de Paris, le 14 mars 2014, de Senyamuhara Safaki *alias* Pascal Simbikangwa, en première instance, à 25 ans de prison semble témoigner de la volonté des juridictions françaises de connaître (enfin) elles-mêmes des responsabilités pénales individuelles au titre de la compétence universelle, répondant ainsi indirectement aux accusations portées par le Président rwandais Kagame, à l'occasion de la commémoration des vingt ans du génocide de 1994, quant à la partialité des autorités françaises du fait de leur implication dans ces événements¹⁴⁰.

La Stratégie d'achèvement des travaux des TPI a, d'autre part, conduit à une politique de délocalisation, régie par l'article 11*bis* de leur RPP, qui consiste au renvoi des affaires impliquant des accusés de rang intermédiaire ou subalterne aux juridictions nationales. Aujourd'hui, c'est le Mécanisme qui est chargé de suivre les affaires renvoyées, conformément à l'article 6-5 de son Statut¹⁴¹. De 2005 à 2007, le TPIY a renvoyé huit affaires mettant en cause treize accusés. Les dix accusés renvoyés en Bosnie-Herzégovine et les deux accusés renvoyés en Croatie ont été jugés, et l'accusé renvoyé en Serbie, Vladimir Kovačević, a été considéré inapte à être jugé. L'activité de suivi du Mécanisme est par conséquent limitée à cette seule affaire pour le TPIY¹⁴². Elle s'avère en revanche plus soutenue en ce qui

¹³⁵ L'entraide judiciaire est également encouragée entre les États concernés, afin de faciliter la mise en œuvre – essentielle – des stratégies nationales sur les crimes de guerre, voy. par ex. le Protocole de coopération qui a été conclu, le 31 janvier 2013, entre les parquets de Bosnie-Herzégovine et de Serbie pour les affaires de crimes de guerre. Pour un exposé du programme d'entraide du TPIY, voy. le site du Tribunal [<http://www.icty.org/sid/10184>]. Voy. également les Rapports annuels du TPIY de 2012 (A/67/214-S/2012/592) et 2013 (A/68/255-S/2013/463), resp. §§ 84 & s. et §§ 62 & s.

¹³⁶ Voy. le premier Rapport annuel du Mécanisme, 2 août 2013, A/68/219-S/2013/464, § 48, qui précise que le Bureau du Procureur a donné suite à 92 demandes d'assistance émanant de 16 États et d'organisations internationales, entre juillet 2012 et août 2013. Le Mécanisme peut refuser de répondre favorablement à certaines demandes en vue de protéger des témoins qui ne souhaiteraient pas être entendus dans l'État requérant, comme il l'a fait le 24 mai 2013 à l'égard de la requête d'un tribunal allemand.

¹³⁷ Voy. par ex. le Rapport de la Cour sur la complémentarité, 16 octobre 2012, ICC-ASP/11/39, et la Lettre datée du 18 novembre 2013, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 16 et 30 & s. s'agissant des États de l'ex-Yougoslavie.

¹³⁸ *Supra*, l.b.

¹³⁹ En décembre 2012, la France refusait par ex. d'extrader l'ex-ministre Hyacinthe Rafiki Nsengiyumva et l'agent Vénuste Nyombayire. Le 14 novembre 2013, la Cour d'Appel de Paris donnait pour la première fois un avis favorable à l'extradition des Rwandais Claude Muhayimana et Innocent Musabyimana, accusés d'avoir participé au massacre de Tutsis, mais la Cour de Cassation rejetait finalement ces demandes d'extradition, le 25 février 2014, de même que celle visant Laurent Serubuga.

¹⁴⁰ Pour autant, malgré les discussions autour de la proposition du Sénateur Jean-Pierre Sueur, l'article 689-11 du Code de procédure pénale limite encore la compétence des juridictions françaises pour les crimes relevant de la CPI. Sur un autre plan, cependant, l'affaire *Kiobel* montre que les États-Unis, à l'instar d'autres États, souhaitent encore préserver des critères de rattachement classique et limiter la compétence juridictionnelle de leurs tribunaux (Cour suprême des États-Unis, *Kiobel et al. contre Royal Dutch Shell Petroleum and co*, 17 avril 2013, 569 US 2013).

¹⁴¹ Le Statut est annexé à la résolution du Conseil de sécurité S/RES/1966 (2010), du 22 décembre 2010.

¹⁴² Evaluation et Rapport du Président du Mécanisme international sur l'avancement des travaux du Mécanisme entre les 23 mai 2013 et le 15 novembre 2013, 18 novembre 2013, S/2013/679, § 47. A noter toutefois que le jugement des affaires de catégorie 2 (impliquant des personnes ayant fait l'objet d'actes d'accusation de la part

concerne le TPIR, puisque les affaires renvoyées concernant quatre accusés sont toujours en cours : il s'agit des affaires *Bucyibaruta* et *Munyeshyaka*, renvoyées devant les autorités françaises le 20 novembre 2007, et *Uwinkindi* et *Munyagishari*, renvoyées devant les autorités rwandaises respectivement les 19 avril 2012 et 24 juillet 2013¹⁴³. En 2012, le TPIR a également renvoyé au Rwanda les affaires *Ryandikayo*, *Ndimbati*, *Munyarugarama*, *Ntaganzwa*¹⁴⁴ concernant des accusés en fuite, ce qui porte à huit le nombre d'affaires renvoyées au Rwanda avec les affaires *Kayishema* et *Sikubwabo*. Le cas de Jean Uwinkindi mérite qu'on s'y intéresse : premier accusé placé sous la garde du Tribunal à être renvoyé pour jugement, le 19 avril 2012, devant les juridictions rwandaises, son procès aurait dû faire l'objet d'un suivi par la Commission africaine des droits de l'homme ou une autre organisation internationale, conformément à la décision du Président du Tribunal qui a, le 24 février 2012, devant l'échec des négociations entre la Commission et le Mécanisme, décidé de surseoir au transfert de l'accusé tant qu'un mécanisme de surveillance n'aurait pas été mis en place¹⁴⁵. Fort de la compétence qui lui avait été reconnue en la matière par la Chambre d'appel dans sa décision du 23 février 2012, le Président a, par la suite, adopté des lignes directrices relatives à la surveillance des procès renvoyés devant les juridictions nationales en vertu de l'article 11*bis* du RPP¹⁴⁶, qui décrivent en détails les droits et obligations des personnes ou organes en charge du suivi des procédures nationales afin de s'assurer de leur conformité aux différents droits découlant du droit au procès équitable de l'accusé. Nul doute que cette procédure sera particulièrement utile, au regard des multiples contestations soulevées à l'encontre de la justice rwandaise¹⁴⁷.

c) Recherche et utilisation des preuves (documents et témoignages)

La question de l'obtention des preuves se pose inévitablement dans des termes différents, sur le plan quantitatif, pour les TPI et la CPI, compte tenu de l'état d'avancement de leurs travaux respectifs. Même si le Procureur du TPIY souligne, dans ses rapports, la nécessaire coopération des États de l'ex-Yougoslavie – en matière d'accès aux archives et documents et de signification diligente des convocations aux témoins notamment – afin de mener à bien les derniers procès en cours¹⁴⁸, on est loin des 489 et 298 demandes d'assistance adressées respectivement par le Greffe et le Procureur de la CPI aux États et organisations

du TPIY), renvoyées entre juin 2005 et décembre 2009, a pris beaucoup de retard, ce qui inquiète régulièrement le Procureur du TPIY, voy. par ex. le Rapport de novembre 2013, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, p. 27, § 40.

¹⁴³ *Ibid.*, §§ 41 & s.

¹⁴⁴ Voy. le Rapport sur la Stratégie d'achèvement des travaux du TPIR du 5 novembre 2012 (S/2012/836, 14 novembre 2012), §§ 12 & s.

¹⁴⁵ TPIR, *Jean Uwinkindi*, ICTR-01-75R11*bis*, Office of the President, Order to Stay the Transfer of Jean Uwinkindi Pending the Establishment of a Suitable Monitoring Mechanism, 24 février 2012.

¹⁴⁶ TPIR, *Jean Uwinkindi*, ICTR-01-75R11*bis*, Office of the President, Order on the ICTR Monitoring Arrangements, 29 juin 2012.

¹⁴⁷ Munyagishari a par ex. allégué la violation de son droit à être jugé dans une langue qu'il comprend (le français en l'occurrence), le procès devant se dérouler en kinyarwanda. Mbarushimana a également fait appel, le 6 novembre 2013, devant la Cour européenne des droits de l'homme, de la décision d'extradition confirmée par la Cour suprême danoise, voy. les communiqués de presse du 10 octobre et 8 novembre 2013 de la Fondation Hirondelle. La question de l'impartialité des juridictions rwandaises peut être ramenée à celle, plus large, de l'État de droit et du respect des droits fondamentaux, ainsi qu'en témoigne la résolution adoptée le 23 mai 2013 par le Parlement européen dans l'affaire Victoire Ingabire (2013/2641(RSP)).

¹⁴⁸ Voy. par ex. les Rapports du Président et du Procureur du TPIY présentés au Conseil de sécurité conformément au paragraphe 6 de la résolution 1534 (2004), annexés à la Lettre datée du 16 novembre 2012, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du TPIY, S/2012/847, 19 novembre 2012, pp. 29 & s.

internationales en 2012¹⁴⁹. Sur le plan qualitatif aussi, les divergences se font jour alors que l'identité des modalités de coopération mises en œuvre appelle, de toute évidence, des problématiques semblables. En premier lieu, certaines activités, parce qu'elles sont dictées par la perspective proche de la fin de vie des institutions ou qu'elles correspondent à des procédures spécifiques, sont propres aux TPI, qu'il s'agisse de la conservation et de l'archivage des preuves dans le cadre de la transition avec le Mécanisme, de la recherche des personnes toujours portées disparues ou de la mise en œuvre de la procédure de l'article 75 du RPP¹⁵⁰. En second lieu, un grand nombre de problématiques communes se posent avec acuité pour la CPI alors qu'elles ont cessé sinon d'exister du moins d'être cruciales pour les TPI et les juridictions mixtes. Ainsi en est-il de la (mauvaise) coopération des États et organisations internationales avec la défense¹⁵¹ – qui interroge sur la portée des obligations statutaires de coopérer à l'égard des deux parties au procès¹⁵² ; de l'indispensable assistance logistique des organisations internationales sur le terrain et des accords de coopération avec elles ainsi que les États concernés, dont la conclusion doit être encouragée¹⁵³ ; de la coopération en vue de la localisation, du gel et de la saisie des gains, biens et avoirs des accusés ainsi que de l'adoption des lois nationales de mise en œuvre des obligations statutaires¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Rapport sur les activités de la Cour, ICC-ASP/11/21, 9 octobre 2012, § 82.

¹⁵⁰ Les TPI ont mis en œuvre une stratégie de conservation et d'archivage des données afin de permettre au Mécanisme de s'acquitter de ses missions, particulièrement importantes s'agissant de la division d'Arusha puisque celle-ci devra juger les accusés non encore appréhendés, voy. par ex. le Rapport annuel du TPIR, A/67/253-S/2012/594, 6 août 2012, § 42. Quant à la procédure, déjà évoquée, des articles 75 G, 75 H, et 75 bis, elle permet à une formation spéciale de juges de donner suite aux demandes de communication d'informations confidentielles en vue de leur utilisation par des juridictions nationales. Enfin, la découverte récente du charnier de Tomašica, dans le nord-ouest de la Bosnie-Herzégovine, a mis en lumière le sort des familles des victimes disparues, voy. les Rapports des Président et Procureur du TPIY, de novembre 2013, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 52.

¹⁵¹ Voy. par ex. le Rapport de la CPI, A/68/314, 13 août 2013, § 65. Pour une illustration, voy. CPI, *Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09, ChPI. IV, Decision on the Defence Request for a Temporary Stay of Proceedings, 26 October 2012, qui rejette la demande de suspension d'instance déposée par la défense – du fait des grandes difficultés qu'elle avait rencontrées dans ses investigations, en l'absence de coopération du Soudan, au motif que celle-ci pourra faire valoir ces difficultés lors du procès et contester le caractère équitable de ce dernier. Voy. aussi CPI, *Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, ChPI. III, Decision on the Timeline for the Completion of the Defence's Presentation of Evidence and Issues Related to the Closing of the Case, 16 juillet 2013, § 8, la Chambre accordant un délai à la défense pour la présentation des preuves.

¹⁵² Pour une analyse quelque peu critique de l'article 56-2 du Statut de Rome, censé permettre de rééquilibrer la condition défavorable de la défense grâce à l'intervention de la Chambre préliminaire, Christoph SAFFERLING, « The Rights and Interests of the Defence in the Pre-Trial Phase », *JICJ*, 2011/3, vol. 9, pp. 651-667. Des accords sont parfois conclus pour garantir à la défense une meilleure coopération, voy. par ex. le Protocole d'accord entre le Gouvernement de la République libanaise et le Bureau de la défense portant sur les modalités de coopération entre eux, du 28 juillet 2010, disponible sur le site du TSL : [<http://www.stl-tsl.org/fr/>].

¹⁵³ Rapport de la CPI, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, §§ 101 & s., qui évoquent notamment la coopération de la MONUSCO en RDC, de l'ONUCI en Côte d'Ivoire et du Bureau intégré des Nations Unies pour la consolidation de la paix en République centrafricaine. Pour une analyse de la coopération judiciaire entre la Cour et la MONUSCO, voy. par ex. Margherita MELILLO, « Cooperation between the UN Peacekeeping Operation and the ICC in the Democratic Republic of the Congo », *JICJ*, 2013/4, vol. 11, pp. 763-782. Durant la période considérée, d'autres accords de coopération ont été conclus : un accord entre la Cour et l'Organisation internationale de la Francophonie (ICC-PRES/13-03-12, 28 septembre 2012), ainsi qu'avec l'ONUCI (12 juin 2013) ; un accord de coopération judiciaire entre le Bureau du Procureur et la Commission interaméricaine des droits de l'homme (25 juin 2012), ainsi qu'avec le gouvernement malien (février 2013). Le TPIY continue de recevoir l'assistance des Nations Unies et d'autres organisations telles que l'OTAN, l'UE, le Conseil de l'Europe, l'OSCE ainsi que d'ONG présentes sur place, voy. Rapports des Président et Procureur du TPIY présentés au Conseil de sécurité conformément au paragraphe 6 de la résolution 1534 (2004), annexés à la Lettre datée du 23 mai 2013 adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du TPIY, S/2013/308, § 48.

¹⁵⁴ Voy. le Rapport du Bureau sur la coopération, ICC-ASP/11/28, 23 octobre 2012, §§ 7 & s.

Durant la période 2012-2013, ce sont des questions liées aux témoignages qui ont cependant occupé le devant de la scène pour la Cour comme pour les Tribunaux *ad hoc*, ce qui n'est guère surprenant dans la mesure où il s'agit du moyen de preuve privilégié devant les juridictions pénales internationales.

i) *Comparution des témoins*

La procédure pénale internationale est fortement marquée par la *common law* – d'où la place centrale du témoignage en son sein – et son rééquilibrage progressif vers la procédure inquisitoire dans les Statuts comme les RPP n'a pas éradiqué toutes les difficultés liées aux auditions des témoins, dont le nombre conséquent – comme c'est par exemple le cas dans les affaires *Karadžić* et *Mladić* – accroît dangereusement la durée du procès¹⁵⁵. Dans sa décision du 12 avril 2013, la Chambre préliminaire II a d'ailleurs défini le régime de divulgation des preuves, dans le sillage des décisions rendues le 31 juillet 2008 dans l'affaire *Jean-Pierre Bemba Gombo* et le 6 avril 2011 dans les affaires *William Ruto et al.* et *Francis Muthaura et al.*, en demandant aux parties de procéder à une analyse détaillée de chaque élément de preuve présenté afin d'en démontrer l'importance pour l'affaire, témoignant ainsi d'une volonté manifeste de rationalisation de la gestion du temps du procès¹⁵⁶. Le jugement *Lubanga a.*, quant à lui, été l'occasion pour la Chambre de première instance I d'expliquer de manière très pédagogique la façon dont elle avait apprécié la fiabilité et la valeur probante des différents éléments de preuve produits par les parties sous forme orale, écrite et audiovisuelle (vidéoconférence), examinés au procès et jugés admissibles par elle, conformément aux articles 69-4 et 74-2 du Statut de Rome, afin de se convaincre de la culpabilité de l'accusé : « [p]our apprécier la déposition orale d'un témoin, la Chambre a pris en considération l'intégralité du récit livré, la façon dont l'intéressé a témoigné, la vraisemblance du témoignage et la cohérence de celui-ci, y compris par rapport à d'autres éléments de preuve présentés en l'espèce »¹⁵⁷. Les incohérences du témoignage n'ont pas automatiquement altéré sa fiabilité, dès lors que le temps écoulé justifiait que les souvenirs s'estompent, et la Chambre a également considéré la relation qui existait entre le témoin et l'accusé. Dans le jugement *Taylor*, la Chambre de première instance du TSSL a aussi précisé la manière dont elle avait tenu compte des preuves par ouï-dire¹⁵⁸.

La période 2012-2013 a été marquée par trois phénomènes, dont les deux premiers peuvent être liés : la multiplication des condamnations dans le cadre de la procédure d'outrage, d'une part, une remise en cause de la crédibilité des témoins du fait des tentatives d'intimidation ou de subordination, d'autre part, et, enfin, de nombreux ajournements ou reports d'audience à la CPI du fait de l'insuffisance des preuves (orales comme écrites) présentées. La procédure d'outrage prévue par l'article 77-A du RPP du TPIY a ainsi été mise

¹⁵⁵ Pour la présentation de ses moyens dans l'affaire *Karadžić*, l'accusation a appelé 195 témoins à la barre et produit sous forme écrite les déclarations de 141 autres témoins, le tout dans les 300 heures qui lui avaient été allouées par la Chambre ; s'agissant de l'affaire *Mladić*, elle a achevé la présentation de ses moyens en février 2014 avec 357 témoignages dont 164 à l'audience – utilisant ainsi 207,5 heures – et 193 autres sous forme écrite. Il faut évidemment ajouter le temps du contre-interrogatoire par la défense et celui pris par la Chambre pour interroger les témoins et régler diverses questions administratives (soit, dans l'affaire *Mladić*, resp. 412 heures et 123 heures). Voy. les Rapports du Président et du Procureur du TPIY présentés au Conseil de sécurité conformément au paragraphe 6 de la résolution 1534 (2004), annexés à la Lettre datée du 23 mai 2012, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du TPIY, S/2012/354, § 18, ainsi que ceux annexés à la Lettre datée du 16 mai 2014, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Président du TPIY, S/2014/351, § 17.

¹⁵⁶ CPI, *Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06 Ch. Pre.II, Decision Setting the Regime for Evidence Disclosure and Other Related Matters, 12 avril 2013.

¹⁵⁷ Jugement *Lubanga*, § 102, et plus gén. §§ 92-123.

¹⁵⁸ Jugement *Taylor*, §§ 168-169.

en œuvre à l'encontre de témoins qui avaient refusé de déférer à une citation à comparaître¹⁵⁹, ainsi qu'à l'encontre de l'accusé *Vojislav Šešelj*, qui avait refusé de se conformer à plusieurs ordonnances de la Chambre lui enjoignant de retirer de son site Internet quatre livres dont il est l'auteur et plusieurs écritures déposées à titre confidentiel dans l'affaire le concernant, qui contenaient des informations confidentielles sur les témoins¹⁶⁰. Quant à *Jelena Rašić*, ancienne membre de l'équipe de la défense dans l'affaire *Milan Lukić* et qui plaidait coupable, elle a été condamnée pour avoir obtenu de trois personnes devant être appelées par la défense dans l'affaire *Milan Lukić et Sredoje Lukić* de fausses déclarations en échange d'une récompense¹⁶¹. Dans des affaires présentant de fortes similitudes, le Mécanisme a acquitté les accusés tout en avertissant les personnes travaillant pour les équipes de la défense de certains accusés du TPIR « qu'elles ne doivent tenir à des témoins potentiels aucun propos qui puissent être interprété à tort comme des pressions indues »¹⁶². Devant la CPI, le conseil principal ainsi qu'un autre membre de l'équipe de la défense de Jean-Pierre Bemba, de même qu'un témoin de la défense, un député congolais et l'accusé lui-même ont été arrêtés pour atteinte à l'administration de la justice – ce qui constitue une « première » dans l'histoire de la Cour ; ils étaient suspectés de subordination de témoins (article 70-1-c du Statut de Rome) pour les avoir corrompus et leur avoir donné des instructions afin qu'ils fassent de faux témoignages, d'une part, et de production d'éléments de preuve faux ou falsifiés en connaissance de cause, d'autre part (article 70-1-b du Statut)¹⁶³. L'articulation de cette affaire connexe avec l'affaire principale *Jean-Pierre Bemba* – ce procès dans le procès finalement – pose de sérieux défis à la Cour : comment garantir le droit au procès équitable de l'accusé aux différents stades de la procédure tout respectant les exigences de crédibilité des témoignages et de fiabilité des documents déposés¹⁶⁴ ? Les suspicions d'intimidation de témoins, relevées dès le mois de mars 2013 par l'accusation, dans l'affaire *William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang* ont également abouti à l'arrestation de Walter Osapiri Barasa sur la base d'un mandat d'arrêt délivré sous scellés le 2 août 2013 et divulgué le 2 octobre 2013¹⁶⁵ ; ce cas de figure

¹⁵⁹ Voy. TPIY, *Milan Tupajić*, IT-95-5/18-R77.2, ChPI. III, Version publique expurgée du jugement relative aux allégations d'outrage rendu le 24 février 2012 (condamnation) ; TPIY, *Radislav Krstić*, IT-95-5/18-R77.3, ChPI., Version publique expurgée du jugement rendu le 18 juillet 2013 (acquiescement).

¹⁶⁰ TPIY, *Vojislav Šešelj*, IT-03-67-R77.4-A, ChA., Version publique expurgée de l'arrêt relatif aux allégations d'outrage, 30 mai 2013 (condamnation). A noter que le TSL a entamé une réflexion sur la question de savoir si l'atteinte à la confidentialité prévue des procédures constituait un outrage, *Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi, Assad Hassan Sabra*, STL-11-01/PT/CJ/R60bis.1, Juge unique, Décision relative aux allégations d'outrage, 29 avril 2013.

¹⁶¹ Le jugement a été rendu oralement le 7 février 2012, ce qui explique que seul son résumé est disponible dans les communiqués de presse. Voy. TPIY, *Jelena Rašić*, IT-98-32/1-R77.2, ChPI., Written Reasons for Oral Sentencing Judgment, 6 mars 2012 ; et dans la même affaire, IT-98-32/1-R77.2-A., ChA, Judgment, 16 novembre 2012, qui rejette l'appel formé par l'accusée. A noter que l'affaire *Haradinaj, Balaj et Brahimaj*, qui avait donné lieu à une série de décisions du fait notamment de l'intimidation de témoins et d'une remise en cause de leur crédibilité, a trouvé un dénouement le 29 novembre 2012 avec l'acquiescement des trois accusés, TPIY, *Ramush Haradinaj, Idriz Balaj et Lahi Brahimaj*, IT-04-84bis-T, ChPI. II, Public Judgment with Confidential Annex, 29 novembre 2012.

¹⁶² MTPI, *Deograzias Sebureze et Maximilien Turinabo*, MICT-13-40-R90, MICT-13-41-R90, Juge unique, Version publique expurgée de la décision relative aux allégations d'outrage au TPIR (article 90 du RPP), 17 juillet 2013, dispositif.

¹⁶³ CPI, *Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Mandat d'arrêt à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido, 20 novembre 2013.

¹⁶⁴ Le défi a été relevé par la Cour dans une série de décisions en 2014, voy. par ex. ChPre. II, *Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Magenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, Judge Cuno Tarfusser, Decision on « Requête aux fins d'audition de témoins de la Défense à l'audience de confirmation des charges » filed by the Defence of Aimé Kilolo Musamba, 25 avril 2014.

¹⁶⁵ CPI, *Walter Osapiri Barasa*, ICC-01/09-01/13, Juge unique, Sous scellés, ex parte, réservé au Procureur et au Greffier, Mandat d'arrêt à l'encontre de Walter Osapiri Barasa, 2 août 2013.

met en lumière la difficile protection de l'intégrité des témoins lorsque l'accusé est un responsable officiel toujours en activité (Ruto étant le vice-président kenyan), bénéficiant d'un réseau étendu de personnes susceptibles d'organiser un système de pressions efficaces (les médias pouvant par exemple révéler l'identité de témoins protégés).

La difficulté d'apporter la preuve des accusations au-delà du doute raisonnable s'est fait particulièrement jour devant la Cour, puisqu'un tiers des affaires présentées par le Procureur n'a pas passé le stade de la confirmation des charges¹⁶⁶, ce qui a justifié une réorientation des politiques pénales¹⁶⁷ dont les effets positifs tardent toutefois à se faire sentir car les ajournements des audiences de confirmation des charges ainsi que les reports d'ouverture de procès ont perduré en 2013. Dans l'affaire *Gbagbo* par exemple, la Chambre préliminaire I a relevé « avec beaucoup de préoccupation que, dans la présente affaire, le Procureur s'est largement fondé sur des rapports d'ONG et des articles de presse pour étayer des éléments clés de sa cause, et notamment les éléments contextuels des crimes contre l'humanité. De telles preuves ne peuvent en aucune façon être présentées comme le résultat d'une enquête complète et en bonne et due forme menée par Procureur conformément à l'article 54-1-a du Statut »¹⁶⁸. Dans l'affaire *Uhuru Muigai Kenyatta*, la Chambre de première instance V(B) a également repoussé la date du procès (dont le commencement était initialement prévu le 12 novembre 2013) au 5 février 2014, à la demande de la défense et avec l'accord de l'accusation, tout en soulignant qu'elle « *deeply regrets that repeated adjournments of the trial have been necessary because one or both parties have required more time to prepare* »¹⁶⁹. Du fait des difficultés rencontrées au regard des témoins de l'accusation (rétractation, exigence d'anonymat, mise en place de mesures de sécurité, etc.)¹⁷⁰, le Procureur a dû néanmoins solliciter, le 19 décembre 2013, un report de 3 mois de la date provisoirement fixée¹⁷¹ ; il avait auparavant saisi la Chambre d'une demande de détermination judiciaire du manquement imputable au Kenya dans l'exécution de ses obligations de coopérer, au titre de l'article 87-7 du Statut de Rome¹⁷². La Chambre a fixé le commencement du procès au 7

¹⁶⁶ Voy. par ex. CPI, *Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10 OA 4, ChA., Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative à la confirmation des charges rendue par la Chambre préliminaire I le 16 décembre 2011, 30 mai 2012, qui confirme la décision du 16 décembre 2011 aux termes de laquelle il n'existe pas de preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que l'accusé a commis les crimes qui lui sont reprochés. Voy. également le retrait des accusations portées contre Francis Kirimi Muthaura (situation kenyenne), pour insuffisance de preuve, CPI, *Francis Kirimi Muthaura et Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11-T-23, ChPI. V, Conférence de mise en état du 11 mars 2013, dont la retranscription est disponible sur le site de la Cour.

¹⁶⁷ *Supra*, a.

¹⁶⁸ CPI, *Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, ChPI I, Décision portant ajournement de l'audience de confirmation des charges conformément à l'article 61-7-c-i du Statut, 3 juin 2013, § 35, la Chambre ajournant l'audience de confirmation des charges.

¹⁶⁹ CPI, *Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, ChPI. V(B), Decision Adjourning the Commencement of Trial, 31 octobre 2013, § 5.

¹⁷⁰ Voy. par ex. CPI, *Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, ChPI. V(B), Third Prosecution Notification of the Order of Witnesses, 16 December 2013 ; Prosecution Communication of Withdrawal of Witness 66, 16 décembre 2013.

¹⁷¹ CPI, *Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, ChPI. V(B), Notification of the Removal of a Witness from the Prosecution's Witness List and Application for an Adjournment of the Provisional Trial Date, 19 décembre 2013, § 1. Voy. également, dans le même sens, CPI, *Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, ChPre. II, Décision relative à la requête urgente de l'Accusation aux fins de report de la date de l'audience de confirmation des charges et fixant un nouveau calendrier pour la communication des pièces entre les parties, 17 juin 2013, qui repousse la date de l'audience de confirmation des charges (initialement fixée le 23 septembre 2013) au 10 février 2014, à la demande du Procureur.

¹⁷² CPI, *Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, ChPI. V(B), Prosecution Application for a Finding of Non-Compliance Pursuant to Article 87(7) Against the Government of Kenya, 29 novembre 2013, divulguée le 12 février 2014. Pour rappel, l'article 87-7 du Statut de Rome dispose que « [s]i un État Partie n'accède pas à une demande de coopération de la Cour contrairement à ce que prévoit le présent Statut, et l'empêche ainsi d'exercer les fonctions et les pouvoirs que lui confère le présent Statut, la Cour peut en prendre acte et en référer à

octobre 2014, tout en rappelant fermement au gouvernement kenyan ses obligations de coopérer, sans toutefois opérer la détermination formelle demandée et informer l'AEP des manquements constatés¹⁷³. L'ensemble de ces décisions témoignent de la difficulté de trouver un équilibre entre les différents impératifs inhérents au droit au procès équitable de l'accusé, notamment au regard du droit à être jugé rapidement mais sur la base d'éléments de preuve fiables, qui doivent lui être communiqués au demeurant¹⁷⁴. Il n'est pas sûr que cet équilibre puisse être atteint grâce à l'article 98*bis* du RPP du TPIY, directement inspirée par la *common law*, qui précise qu'« [à] la fin de la présentation des moyens à charge, la Chambre de première instance doit, par décision orale et après avoir entendu les arguments oraux des parties, prononcer l'acquiescement de tout chef d'accusation pour lequel il n'y a pas d'éléments de preuve susceptible de justifier une condamnation »¹⁷⁵. C'est sur ce fondement que Radovan Karadžić a été acquitté en première instance, le 28 juin 2012, du premier chef de l'acte d'accusation portant sur le génocide commis dans les Municipalités, acquiescement que la Chambre d'appel a annulé dans sa décision du 11 juillet 2013¹⁷⁶.

ii) Réinstallation des témoins

La vive inquiétude des TPI et de la CPI quant à la réinstallation des témoins n'est pas nouvelle, mais le besoin de coopération volontaire (*i.e.* conventionnelle) des États en la matière se fait de plus en plus pressant dans la mesure où celle-ci a « une incidence directe sur la capacité [des juridictions] à protéger les témoins et à mener à bien [leurs] procédures »¹⁷⁷. Au 9 octobre 2013, la Cour avait conclu des accords avec treize États Parties, ce qui restait très insuffisant selon elle au regard des besoins inhérents à ses enquêtes¹⁷⁸. Dans son rapport sur la Stratégie d'achèvement des travaux du 19 novembre 2012, le TPIY relevait la même difficulté, en précisant qu'il avait organisé, durant son mandat, le déplacement de 7650 témoins dont certains (informateurs, repris de justice) constituaient, de surcroît, des candidats à la réinstallation particulièrement vulnérables¹⁷⁹. La crainte de représailles à l'issue des procès altère bien évidemment l'ensemble du programme de protection mis en œuvre par l'Unité (pour la CPI) ou la Section (pour les TPI) d'aide aux victimes et aux témoins du Greffe des juridictions et complique la tâche des parties au procès quant à l'établissement, ou non, de la culpabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable. Dans l'affaire *Kenyatta* par exemple, la Procureure a dû informer la Chambre de première instance qu'elle retirait de sa liste deux témoins craignant pour leur sécurité¹⁸⁰. Il faut dire que la réinstallation, comme la

l'Assemblée des États Parties ou au Conseil de sécurité lorsque c'est celui-ci qui l'a saisie ».

¹⁷³ CPI, *Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, ChPI. V(B), Decision on Prosecution's Applications for a Finding of Non-Compliance Pursuant to Article 87(7) and for an Adjournment of the Provisional Trial Date, 31 mars 2014.

¹⁷⁴ *Infra*, d.ii.

¹⁷⁵ La règle se retrouve, *mutatis mutandis*, aux articles 98*bis* du RPP du TPIR, 98 du RPP du TSSL et 167 du RPP du TSL. Pour une analyse critique, voy. Andrew T. CAYLEY, Alexis ORENSTEIN, « Motion for Judgement of Acquittal in the Ad Hoc and Hybrid Tribunals. What Purpose if Any Does it Serve? », *JICJ*, 2010/2, vol. 8, pp. 575-590.

¹⁷⁶ TPIY, *Radovan Karadžić*, IT-95-5/18-AR98*bis*.1, ChA., Arrêt, 11 juillet 2013.

¹⁷⁷ Rapport annuel de la CPI, A/67/308, 14 août 2012, § 107.

¹⁷⁸ Rapport de la Cour sur la coopération, ICC-ASP/12/35, 9 octobre 2013, § 28. A noter qu'existe pourtant un Fonds d'affectation spéciale en matière de réinstallation.

¹⁷⁹ Rapports, S/2012/847, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 58, et Rapports, S/2012/354, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 60. La fonction de protection des témoins a été transférée au Mécanisme, au 1^{er} juillet 2013.

¹⁸⁰ CPI, *Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, ChPI. V(B), Public Redacted Version of 16 July 2013 Prosecution Notification of Withdrawal of Witnesses, 16 juillet 2013, spéc.§§ 4 & s. concernant les témoins 5 et

relocalisation des personnes remises en liberté¹⁸¹, participent de domaines politiquement sensibles dans la mesure où elle renvoie au droit de séjour des étrangers sur le territoire et nécessite la mise en œuvre de mesures de protection à long terme, qui doivent être prévues par la loi. Leur encadrement juridique s'avère au demeurant plus lacunaire que celui des condamnés chargés d'exécuter leur peine¹⁸².

L'insuffisance d'États candidats à l'accueil produit des conséquences aussi inattendues que délicates, qui témoignent de la complexité croissante des rapports de systèmes : les Pays-Bas se sont en effet trouvés confrontés à des demandes de protection déposées par des témoins transférés qui invoquaient leurs inquiétudes pour leur sécurité en cas de retour, dans le cadre de l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*, ou leur incarcération arbitraire dans leur État d'origine, à l'occasion de l'affaire *Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*. Ces deux cas de figure ont donné lieu à l'adoption d'une série de décisions concordantes de la part des Chambres de première instance de la CPI, dont seules celles afférentes à la seconde affaire entrent dans la période considérée¹⁸³. Le 9 juin 2011, la Chambre de première instance II décidait ainsi de suspendre le retour immédiat des trois témoins congolais détenus en RDC, en estimant qu'il incombait aux autorités néerlandaises « de procéder dans *les meilleurs délais* à l'instruction des requêtes »¹⁸⁴, de manière à ce que leur détention dans la prison de la Cour ne devienne pas arbitraire. A nouveau saisie le 4 février 2012 par les trois témoins toujours détenus et qui demandaient leur libération, la Chambre a décidé, le 1^{er} octobre 2013, qu'elle n'était pas compétente pour décider de leur mise en liberté, notamment dans la mesure où celle-ci devrait être assortie de conditions qu'elle ne pouvait imposer aux Pays-Bas sans leur consentement, et elle a par conséquent appelé à l'élaboration rapide d'une solution concertée entre les autorités néerlandaises et congolaises¹⁸⁵, confirmant ainsi l'approche qu'elle avait retenue dans sa décision du 1^{er} mars 2012 et son ordonnance du 1^{er} juin 2012. Parallèlement, le rejet des demandes d'asile par les autorités néerlandaises, le 31 octobre 2012, a donné lieu à une procédure contentieuse nationale – notamment sur le fondement de la violation alléguée de l'article 3 de la CEDH – dont l'issue reste à ce jour incertaine (la Cour suprême ne s'étant pas encore prononcée).

d) Droits des accusés

i) Arrestation, transfert, détention avant procès

426.

¹⁸¹ *Infra*, f.ii.

¹⁸² *Infra*, f.i. A noter que les articles 17 et 18 de la Directive relative aux services d'appui et de protection fournis aux victimes et aux témoins, adoptée par le MTPI le 26 juin 2012, offrent un encadrement juridique exprès à la réinstallation des témoins.

¹⁸³ La situation du témoin Bède Djokaba Lambi Longa, dans l'affaire *Thomas Lubanga Dyilo*, a fait l'objet de plusieurs décisions de la Chambre de première instance I tout au long de l'année 2011, qui s'apparentent *mutatis mutandis* à celles adoptées par la Chambre de première instance II en déterminant l'incompétence de la Cour et en insistant sur la nécessité d'une solution négociée entre les Pays-Bas et la RDC. Ce témoin est finalement rentré en RDC en octobre 2012, voy. AEP, Rapport sur l'exécution des programmes et sur les activités de la Cour pénale internationale pour l'année 2012, ICC-ASP/12/9, 4 juin 2013, §§ 122 et 161.

¹⁸⁴ CPI, *Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, ChPI. II, Décision sur une requête en *amicus curiae* et sur la « requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-D02-P-0350, DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228, aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (articles 68 et 93-7 du Statut), 9 juin 2011, § 85, it. ajoutées.

¹⁸⁵ CPI, *Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07, ChPI. II, Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus DRC-D02-P-0236, DRC-D02-P-0228 et DRC-D02-P-0350, 1^{er} octobre 2013. A noter l'opinion dissidente de la juge Christine Van den Wyngaert, aux termes de laquelle la Chambre était non seulement compétente mais devait encore ordonner la libération immédiate des témoins, lesquels étaient détenus arbitrairement.

Durant la période considérée, la CPI a émis, indépendamment de ceux délivrés pour outrage ou atteinte à l'administration de la justice¹⁸⁶, quatre mandats d'arrêt à l'encontre de Simone Gbagbo (Côte d'Ivoire), Bosco Ntaganda (RDC), Sylvestre Mudacumura (RDC) et Abdel Raheem Muhammad Hussein (Darfour, Soudan)¹⁸⁷. Face à la fuite des accusés hors du territoire libanais, le TSL a également délivré des mandats d'arrêt internationaux le 17 avril 2014 venant réitérer les mandats d'arrêt portant ordre de transfèrement et de détention du 28 juin 2011, à l'encontre de Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi, Assad Hassan Sabra, et celui du 31 juillet 2013 à l'encontre de Hassan Habib Merhi. Enfin, Hissène Habré a été arrêté le 30 juin 2013 à Dakar, pour être jugé par les CAE. En l'absence de contumace possible (sauf pour le TSL), les défauts d'arrestation et de transfert ou remise constituent des obstacles rédhibitoires à la poursuite des procédures judiciaires en cours¹⁸⁸, contrairement aux autres modes de coopération – en matière de preuves, par exemple – participant à ce titre de l'entraide judiciaire dite « mineure »¹⁸⁹. C'est dire l'importance que revêt l'exécution des mandats d'arrêt émis, tant sur le plan procédural qu'au niveau symbolique, la non-arrestation des accusés nourrissant leur sentiment d'impunité tout en leur permettant de poursuivre, le cas échéant, leurs activités criminelles¹⁹⁰, et fragilisant tout l'édifice juridictionnel en affaiblissant sa crédibilité. Durant la période considérée, cette question a retenu l'attention, plus que toute autre¹⁹¹. Il faut dire que bon nombre d'accusés sont toujours en fuite : outre les cinq précités du TSL, le TPIR en compte neuf – dont six seront jugés par les tribunaux rwandais¹⁹² et trois par le Mécanisme¹⁹³, et la CPI, douze, dont certains sont recherchés depuis 2005¹⁹⁴. Le TPIY, en revanche, ne compte plus d'accusés en fuite ; toutefois, le Bureau du Procureur a demandé à la Serbie d'enquêter sur les réseaux nationaux de soutien des fugitifs, qui ont permis notamment à Ratko Mladić et Goran Hadžić d'échapper pendant longtemps à la justice¹⁹⁵.

¹⁸⁶ *Supra*, 2.c.i.

¹⁸⁷ Les mandats d'arrêt contre Simone Gbagbo, Bosco Ntaganda, Sylvestre Mudacumura et Abdel Raheem Muhammad Hussein ont été délivrés respectivement les 29 février 2012 (avec levée des scellés le 22 novembre 2012), 13 juillet 2012 (2^{ème} mandat d'arrêt), 13 juin 2012 et 1^{er} mars 2012. A noter la levée des scellés le 30 septembre 2013 du mandat d'arrêt délivré contre Charles Blé Goudé (Côte d'Ivoire) le 21 décembre 2011.

¹⁸⁸ D'ailleurs, la question de l'articulation des obligations d'arrestation et de remise avec le droit de soulever des exceptions d'irrecevabilité ou celui de faire appel d'une décision a donné lieu à des réponses variables quant à l'effet suspensif de ces derniers de la part de la CPI ; voy. CPI, ChPre. II, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, 14 June 2013, préc. note Erreur : source de la référence non trouvée, qui admet l'effet suspensif, et dans la même affaire ChA., préc. note Erreur : source de la référence non trouvée, qui ne l'admet pas.

¹⁸⁹ Muriel UBÉDA-SAILLARD, « L'entraide judiciaire dite 'mineure' entre les États », in Hervé ASCENSIO, Emmanuel DECAUX, Alain PELLET, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, pp. 1095-1106.

¹⁹⁰ Rapport de la Cour sur la coopération, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 14.

¹⁹¹ Les juridictions pénales internationales se sont évidemment prononcées sur d'autres questions classiques à ce stade, déjà abordées dans les précédentes livraisons de cette chronique ; s'agissant par ex. des demandes de mise en liberté provisoire, voy. CPI, *Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, ChPre. I, Fourth Decision on the Review of Laurent Gbagbo's Detention Pursuant to Article 60(3) of the Rome Statute, 11 novembre 2013.

¹⁹² *Supra*, 2.b.

¹⁹³ Il s'agit d'Augustin Bizimana, Félicien Kabuga et Protais Mpiranya.

¹⁹⁴ Il s'agit de : pour la situation en Ouganda, Joseph Kony, Vincent Otti, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen (depuis 2005) ; pour la RDC, Sylvestre Mudacumura (depuis 2007) ; pour le Darfour, Ahmad Harun et Ali Kushayb (depuis 2007), Omar Al Bashir (deux mandats, depuis 2009 et 2010) et Abdel Raheem Hussein (depuis 2012) ; pour la Libye, Saif Al-Islam Gaddafi et Abdullan Al-Senussi (depuis 2011) ; et pour la Côte d'Ivoire, Simone Gbagbo (depuis 2012). A noter que Bosco Ntaganda s'est rendu volontairement à la Cour le 22 mars 2013.

¹⁹⁵ Rapport du Procureur de novembre 2013, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 37, le Procureur regrettant que l'enquête avance lentement. A noter que Radovan Stanković, premier accusé du TPIY à être transféré puis jugé en Bosnie-Herzégovine sous le régime de l'article 11bis du RPP et qui s'était évadé de prison en mai 2007, a été arrêté le 21 janvier 2012 par les autorités bosniaques.

La coopération d'Interpol est cruciale de ce point de vue car elle permet la diffusion des mandats d'arrêt internationaux (via des notices rouges) à tous les bureaux centraux nationaux établis sur le territoire des États membres de l'OIPC. Mais le plus important reste, comme toujours, la volonté politique des États de procéder à l'arrestation et à la remise des accusés, une volonté que les obligations de coopérer et la menace de leur sanction peuvent contribuer à faire naître mais à laquelle elles ne peuvent se substituer¹⁹⁶. Evidemment, son expression dans le cadre de la politique juridique extérieure des États n'est pas exempte d'ambiguïtés : ainsi, le Secrétaire d'État américain J. Kerry a annoncé, le 3 avril 2013, que cinq millions de dollars seraient versés, au titre *du State Department's War Crimes Rewards Program*, pour toute information permettant l'arrestation et la remise de Joseph Kony, Okot Odhiambo et Dominic Ongwen¹⁹⁷, mais les États-Unis envisageaient aussi d'octroyer un visa à Omar El-Béchar afin qu'il puisse se rendre à la soixante-huitième session de l'Assemblée générale des Nations Unies qui se déroulait du 24 septembre au 2 octobre 2013 à New York. Les États-Unis ne peuvent opposer leur qualité d'État non partie au Statut de Rome dans la mesure où la situation du Soudan/Darfour a été déférée à la CPI par la résolution 1593 (2005) du 31 mars 2005 du Conseil de sécurité, qui pose un certain nombre d'obligations de coopérer ; toute la question est de savoir dans quelle mesure ces obligations (conventionnelles et unilatérales) devraient primer sur toute autre conformément à l'article 103 de la Charte, mais peut-être au détriment des articles 104 et 105 de cette dernière. Les États-Unis ont apparemment choisi d'accorder la primauté aux obligations conventionnelles qu'ils détiennent en tant qu'État hôte des Nations Unies¹⁹⁸, notamment les obligations en matière de transit, qui participent des immunités des représentants des États membres de l'ONU¹⁹⁹. Une telle interprétation est pour le moins curieuse, tant au regard de l'articulation des droits de la Charte et du Statut de Rome, qu'à celui des évolutions – certes contestées – en matière de droit des immunités lorsque ces dernières bénéficieraient à des personnes accusées de crimes de masse²⁰⁰. L'absence de prise en considération des demandes répétées d'exécution du mandat d'arrêt visant le Président soudanais²⁰¹ semble surtout témoigner, à vrai dire, d'une

¹⁹⁶ En ce sens, Michel VIRALLY, « La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales) », Rapport provisoire (Septième Commission), *Ann. IDI*, 1983, vol. 60, tome I, pp. 166-257, spéc. pp. 249-250.

¹⁹⁷ Les États-Unis sont coutumiers de ces programmes nationaux de soutien, qu'ils ont notamment mis en œuvre par le passé pour l'arrestation des accusés du TPIY. Cela dit, on peut sans doute voir dans ce programme particulier les effets de la campagne (controversée) « Kony 2012 », déjà évoquée (*op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée), qui avait pour objectif de faire connaître mondialement Joseph Kony afin d'encourager son arrestation.

¹⁹⁸ Voy. les propos embarrassés de la représentante du Département d'État retranscrits dans la demande déposée par les représentants légaux des victimes devant la CPI, *Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, ChPI. II, Request to Make Observations Regarding Omar al-Bashir's Potential Visit to the 68th Session of the United Nations General Assembly, 18 septembre 2013, § 6 ; outre les obligations découlant de la résolution 1593 (2005), la demande soulignait également celles découlant de l'article 15 de l'Accord négocié régissant les relations entre la CPI et l'ONU. Le visa n'a finalement pas été octroyé.

¹⁹⁹ Voy. la section 11 de l'Accord entre l'ONU et les États-Unis relatif au siège de l'Organisation des Nations Unies, signé à Lake Success le 26 juin 1947, *RTNU*, 1947, n°147, p. 13.

²⁰⁰ Voy. par ex. la motivation – assez faible, il faut le reconnaître – de la Décision de non coopération concernant le Malawi, préc. note Erreur : source de la référence non trouvée, §§ 36 & s., concernant l'interprétation de l'article 98 du Statut de Rome, et les développements *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

²⁰¹ Le Procureur a informé régulièrement la Chambre de Première instance des déplacements du Président soudanais afin qu'elle entre en contact avec les États concernés pour leur rappeler leurs obligations au regard de l'exécution du mandat d'arrêt dont il est l'objet. Voy. par ex. CPI, *Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, ChPI. II, Prosecution's Urgent Notification of Travel in the Case of the Prosecutor v Omar Al Bashir : 18 septembre 2013, concernant le voyage aux États-Unis ; 9 octobre 2013, concernant le déplacement prévu de Omar Al-Bashir en Ethiopie, à l'occasion du sommet de l'UA des 11 et 12 octobre 2013, puis en Arabie Saoudite ; 18 novembre 2013, s'agissant d'un voyage au Koweït.

instrumentalisation des obstacles techniques (les immunités) peinant à masquer un manque généralisé de volonté politique, sans doute accentué par les tensions croissantes avec l'UA. D'ailleurs, les premières décisions, déjà évoquées, de non coopération visant le Malawi et le Tchad soulignent à juste titre que le défaut de coopération ne réside pas uniquement dans l'absence d'arrestation mais aussi dans l'inexistence d'une consultation de la Cour par ces États – prévue par la règle 195 du RPP – pour l'informer des difficultés rencontrées au regard de l'article 98 du Statut²⁰². Dans sa deuxième décision de non coopération à l'encontre du Tchad, rendue le 26 mars 2013, la Chambre préliminaire II a par conséquent durci le ton : « [I]orsque le Conseil de sécurité, agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, renvoie à la Cour une situation considérée comme constituant une menace pour la paix et la sécurité internationales, on s'attend à ce qu'il prenne les mesures qu'il considère appropriées s'il apparaît qu'un État Partie au Statut ne coopère pas avec la Cour pour lui permettre de remplir le mandat que lui a confié le Conseil. Sinon, s'il n'y a pas de suivi de la part du Conseil de sécurité, tout renvoi par celui-ci d'une situation à la CPI en vertu du Chapitre VII n'atteindra jamais son but ultime, à savoir mettre un terme à l'impunité. Par conséquent, un tel renvoi deviendrait vain »²⁰³.

ii) *Droit au procès équitable*

Le droit au procès équitable comporte, pour l'accusé, un certain nombre de garanties dont les juges sont chargés d'assurer le respect²⁰⁴. Il doit ainsi pouvoir avoir accès à l'intégralité des pièces afin de préparer sa défense, conformément à l'obligation de communication qui s'impose aux parties. Dans l'affaire *Ruto et Sang*, la Chambre de première instance V de la CPI a, par exemple, ordonné au Procureur de communiquer à la défense l'intégralité des notes prises lors d'entretiens préliminaires avec douze témoins que l'accusation ne comptait pas citer dans le procès²⁰⁵. Dans l'affaire *Mladić*, la Chambre de première instance a toutefois souligné que « *the effect of the disclosure failures is sometimes very small or even non-existent* »²⁰⁶ et elle a déterminé *in concreto, i.e.* au regard de la charge de travail que la défense devrait accomplir en raison des manquements de l'accusation, la longueur du report d'audience. Cette question, liée à celle des reports pour insuffisance de preuves²⁰⁷, peut s'avérer problématique au regard du droit de l'accusé d'être jugé sans retard excessif, ainsi que du point de vue du droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense²⁰⁸. Le droit au procès équitable a également – et avant tout – pour corollaire la présomption d'innocence, dont la portée aussi bien que la nécessaire vigilance du Procureur ont été précisés par la Chambre d'appel de la CPI dans une décision du 12 juin 2012, au sujet d'un entretien accordé par Luis Moreno Ocampo au magazine *Vanity Fair* :

²⁰² Voy. le dispositif des Décisions, préc. note Erreur : source de la référence non trouvée.

²⁰³ CPI, *Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, ICC-02/05-01/09, ChPI. II, Décision relative à la non-exécution par la République du Tchad des demandes de coopération que lui a adressées la Cour concernant l'arrestation et la remise d'Omar Hassan Ahmad Al-Bashir, 26 mars 2013, § 22. A noter que des demandes de détermination judiciaire des manquements ont également été formulées par les parties au procès dans d'autres situations, qui n'ont pas prospéré pour l'instant, voy. par ex. CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, Defence Application on Behalf of Mr. Abdullah Al-Senussi to Refer Libya to the Security Council with Confidential Ex Parte (Chamber only) Annex I, 9 août 2013.

²⁰⁴ Voy. les articles 67 du Statut de Rome, 66 des RPP des TPI, 16 du RPP du TSL.

²⁰⁵ CPI, *William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Decision on Response to Prosecution Application Regarding the Disclosure of the Identities of Certain Individuals Who Will not Appear as Trial Witnesses, 28 août 2013.

²⁰⁶ TPIY, *Ratko Mladić*, IT-09-92-T, ChPI. I, Decision on Urgent Defence Motion of 14 May 2012 and Reasons for Decision on two Defence Requests for Adjournment of the Start of Trial of 3 May 2012, 24 mai 2012, § 25.

²⁰⁷ *Supra*, 2.c.i.

²⁰⁸ Voy. les développements sur l'incidence de la requalification juridique des faits, *infra*, B.

« *[a]s the Prosecutor is a public face of the Court, there is a risk that public statements of the Prosecutor will be imputed to the Court as a whole. The Prosecutor must therefore exercise du caution in his statements and refrain from creating the appearance of prejudging issues which are sub judice* »²⁰⁹.

Durant la période 2012-2013, un volet du droit au procès équitable de l'accusé a fait l'objet de multiples décisions : le droit pour l'accusé d'être présent à son procès. Ce droit a notamment connu des aménagements radicaux devant le TSL qui, conformément à l'article 22-1 de son Statut, est habilité à conduire des procès par contumace dans trois hypothèses : si l'accusé « a renoncé expressément et par écrit à son droit d'être présent ; n'a pas été remis au Tribunal par les autorités de l'État concerné ; est en fuite ou est introuvable, et tout ce qui était raisonnablement possible a été fait pour garantir sa comparution devant le Tribunal et l'informer des charges confirmées par le juge de la mise en état ». Les considérations réalistes qui ont dicté cette disposition font écho aux débats qui ont présidé à l'adoption des Statuts des TPI et de la CPI, marqués par l'opposition des traditions de droit romano-germanique et de *common law*, dans laquelle interférait au demeurant la question du respect des standards les plus élevés des droits fondamentaux²¹⁰. Devant l'inexécution des mandats d'arrêt, le TSL a adopté, pendant la période considérée, une série de décisions portant ouverture d'une procédure par défaut²¹¹. Les aménagements du droit de l'accusé d'être présent à son procès, auxquels la Cour a procédé dans le cadre de la situation kenyenne, sont plus subtils mais également plus surprenants et interrogent sur l'existence d'accusés « privilégiés » devant la justice pénale internationale. Le 18 juin 2013, la Chambre de première instance V de la CPI autorisait, à sa demande, William Ruto²¹² à n'assister que partiellement à son procès, grâce à une interprétation systémique de l'article 63 du Statut de Rome, dont le paragraphe 1 ne laisse pourtant aucun doute (« l'accusé doit être présent à son procès »), ainsi que des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'article 64²¹³. Selon elle, certaines des fonctions exigeantes du vice-président kenyan constituaient des circonstances exceptionnelles qu'elle devait prendre en considération²¹⁴, et elle concluait, à la manière d'une profession de foi qui pouvait être interprétée comme la marque tant d'un pouvoir d'interprétation audacieux que d'une soumission aux pressions politiques du Kenya et de l'UA : « *[i]n the end, the Chamber considers that purpose of Article 63(1) is to ensure that a Trial Chamber will maintain judicial control over the accused, from the perspective of making impositions on his time and whereabouts, for purposes of effective inquiry into his individual responsibility for the crimes as charged. It is neither reasonable nor necessary to interpret the provision in a manner that eliminates the discretion of the Trial Chamber reasonably to permit the accused to carry out*

²⁰⁹ CPI, *Saif Al-Islam Gaddafi, Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor, 12 juin 2012, § 30, la Cour estimant que le Procureur n'avait pas fait preuve de suffisamment de prudence dans l'entretien accordé (§ 31) et que son comportement était clairement inapproprié (§ 33), tout en décidant que ces maladroites ne justifiaient pas sa récusation pour défaut d'impartialité, conformément à l'article 47-7 et 8 du Statut de Rome, et à la règle 34-1 du RPP (§§ 34 et 42).

²¹⁰ L'adoption de procédures de confirmation des charges en cas d'absence de l'accusé (art. 61 du RPP des TPI et du Statut de Rome) a tenté de pallier les inconvénients résultant du choix de bannir les procès *in absentia*.

²¹¹ Voy. par ex. TSL, *Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneisse & Assad Hassan Sabra*, STL-11-01/I/TC, ChPI., Décision portant ouverture d'une procédure par défaut, 1^{er} février 2012, et *Hassan Habib Merhi*, STL-13-04/I/TC, Décision portant engagement d'une procédure par défaut, 20 décembre 2013.

²¹² A noter que celui-ci, comme Uhuru Muigai Kenyatta, se sont vus délivrés des citations à comparaître au lieu de mandats d'arrêt, la Chambre préliminaire estimant que celles-ci suffisaient à garantir que les accusés se présenteraient devant la Cour, conformément à l'article 87-7 du Statut de Rome.

²¹³ CPI, *William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, ChPI. V(A), Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, 18 juin 2013, §§ 31 & s.

²¹⁴ *Ibid.*, §§ 49 & s. Parmi ces fonctions, « *few tasks are more important and extraordinary in their dimension as to have a principal role in the management of the affairs and destiny of a State and all its people, and their relationship with the world, for any period of time* » (§ 50).

*his duties as his country's executive Deputy Head of State [...] »²¹⁵. Le 20 août 2013, la Chambre d'appel, saisie par l'accusation, suspendait l'exécution de cette décision²¹⁶ et estimait, dans une décision essentielle du 25 octobre 2013, que la Chambre de première instance « *interpreted the scope of its discretion too broadly and thereby exceeded the limits of its discretionary power* »²¹⁷, tout en rappelant l'obligation pour l'accusé d'être présent à son procès mais en admettant, à la marge, de manière pragmatique, certaines exceptions correspondant à six critères²¹⁸. Ce faisant, les juges confirmaient d'ailleurs qu'ils pouvaient, dans une certaine mesure et contre toute attente, participer à la création du droit procédural²¹⁹. L'affaire a donné lieu à la révision, déjà évoquée, du RPP par l'Assemblée des États Parties²²⁰ qui a adopté, à la demande de l'UA, lors de sa douzième session en novembre 2013²²¹, les règles 134*bis*, 134*ter* et 134*quater*, autorisant respectivement la comparution de l'accusé au moyen d'une liaison vidéo et la dispense de comparution de l'accusé, notamment si celui-ci exerce des fonctions publiques extraordinaires, sur la base de critères plus souples que ceux qui avaient été définis par la Chambre d'appel. La compatibilité de ces règles avec l'article 63 du Statut qu'elles doivent respecter peut évidemment susciter certains doutes ; néanmoins, le 15 janvier 2014, la Chambre de première instance a ainsi pu décider (oralement) sur leur fondement, à l'occasion d'une conférence de mise en état, d'excuser William Ruto de manière conditionnelle, dès lors que l'accusé serait notamment présent lors du témoignage des victimes et de l'intégralité des conclusions orales des parties et du prononcé du jugement²²².*

e) Droits des victimes

Lors de la Conférence de révision de Kampala, les États ont pris conscience des défis d'envergure, sur les plans juridique comme concret, posés par la place – novatrice – accordée aux victimes par le Statut de Rome²²³. Les enjeux sont de taille, auxquels le droit applicable n'apporte que des solutions parcellaires : identification des personnes ayant la qualité de victimes ; statut des victimes et détermination corrélative de leurs droits au sein de la

²¹⁵ *Ibid.*, § 53.

²¹⁶ CPI, *William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11 OA5, ChA., Decision on the Request for Suspensive Effect, 20 août 2013.

²¹⁷ CPI, *William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11 OA5, ChA., Judgment on the Appeal of the Prosecutor Against the Decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial", 25 octobre 2013, § 63.

²¹⁸ *Ibid.*, §§ 50 & s., et not. le § 62 qui énumère les 6 critères : l'existence de circonstances exceptionnelles ; la considération de mesures alternatives possibles ; une absence strictement limitée à ce qui est nécessaire ; la renonciation expresse de l'accusé à son droit d'être présent ; la pleine garantie de ses droits, notamment par le biais de ses avocats ; des décisions autorisant l'absence de l'accusé adoptées au cas par cas.

²¹⁹ Très tôt, la CPI a montré qu'elle ne se laisserait pas enfermer dans le carcan des règles à la précision byzantine qu'elle était censée appliquer, voy. par ex. *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-8, ChPre. I., Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, 10 février 2006, et *Situation en République démocratique du Congo*, ICC-01/04-101, ChPre. I., Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, 17 janvier 2006, s'agissant de l'interprétation respective des articles 17 et 68-3 du Statut de Rome.

²²⁰ Voy. supra I.B, *op. cit.* notes Erreur : source de la référence non trouvée & s.

²²¹ Voy. la résolution ICC-ASP/12/Res.7, du 27 novembre 2013.

²²² CPI, *William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, ChPI. V(A), Reasons for the Decision on Excusal from Presence at Trial under Rule 134*quater*, 18 février 2014, § 10 qui reproduit en partie la décision orale, la Chambre confirmant celle-ci (§ 79).

²²³ La 5^{ème} session plénière de la conférence de révision, le 2 juin 2010, fut consacrée à cette question, voy. le document Bilan de la justice pénale internationale. L'impact du système du Statut de Rome sur les victimes et les communautés affectées. Rapport final des points focaux, Chili et Finlande, RC2010-RC/11, Annexe a).

procédure ; traitement de milliers de demandes de participation (toutes affaires confondues)²²⁴, qui renvoie aux questions du coût économique et de l'octroi de ressources (humaines et financières) suffisantes, mises en parallèle avec celle du bénéfice réel de cette participation²²⁵ ; allongement de la durée du procès ; mise en place de mesures de protection spécifiques ; attentes importantes des victimes en matière de réparation, *etc.* Durant la période considérée, la Cour et l'AEP ont apporté un certain nombre de réponses à ces questions, qui témoignent d'une synergie fructueuse entre l'interprétation du droit applicable et l'amélioration du cadre juridique existant.

i) Droit à la participation

La CPI a continué de préciser, dans un grand nombre de décisions, les conditions de la participation des victimes dans les phases préliminaire et de jugement, qui est prévue – de manière lapidaire – par l'article 68-3 du Statut de Rome, complété par la règle 85 du RPP²²⁶. Le 5 avril 2012, la Chambre préliminaire I a ainsi encouragé les victimes souhaitant participer à la procédure dans l'affaire *Gbagbo* à présenter des demandes collectives, en vue d'en accélérer le traitement²²⁷. Cette piste a davantage été explorée dans les décisions du 3 octobre 2012, rendues dans les affaires *Ruto et Sang* et *Muthaura et Kenyatta* par la Chambre de première instance V. Celle-ci a distingué, sur la base d'une interprétation assez audacieuse de la règle 89 du RPP, deux modes de participation des victimes, qui pourraient assurer leur propre représentation ou utiliser un représentant légal commun²²⁸. Le Bureau du Conseil public pour les victimes a été en l'occurrence désigné comme représentant légal pour toutes les victimes participant à l'audience de confirmation des charges et aux procédures correspondantes, dans l'affaire *Gbagbo*²²⁹. Quant à la décision rendue le 28 mai 2013 dans l'affaire *Ntaganda*, elle a notamment précisé les obligations de la Cour en matière d'information des victimes souhaitant participer à la procédure²³⁰.

L'effort de simplification du système de participation des victimes s'avère toutefois beaucoup trop important pour reposer sur les seules épaules des juges, aussi l'AEP a-t-elle consacré, le 22 novembre 2013, dans le cadre de sa douzième session, une séance plénière à la

²²⁴ « Le nombre de demandes reçues par la Cour a ainsi pris 300%, passant d'une moyenne mensuelle de 187 en 2010, à 564 en 2011. Fin avril 2012, 19 422 demandes de participation et de réparations avaient été soumises, et 4 107 victimes, autorisées à participer aux procédures devant la Cour », Rapport de la Cour sur la révision du système de demande de participation des victimes aux procédures, ICC-ASP/11/22, 5 novembre 2012, § 5. « Cas extrême, 4121 demandes ont été déposées dans la seule affaire *Bemba* » (§ 13).

²²⁵ Pour une analyse critique de cette relation « coûts-avantages », voy. Christine VAN DEN WYNGAERT, « Victims Before International Criminal Courts : Some Views and Concerns of an ICC Trial Judge », *Case W. Res. J. Int'l L.*, 2011, vol. 44, pp. 475-496.

²²⁶ Aux termes de cet article, « [l]orsque les intérêts personnels des victimes sont concernés, la Cour permet que leurs vues et préoccupations soient exposées et examinées, à des stades de la procédure qu'elle estime appropriés et d'une manière qui n'est ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial. Ces vues et préoccupations peuvent être exposées par les représentants légaux des victimes lorsque la Cour l'estime approprié, conformément au Règlement de procédure et de preuve ».

²²⁷ CPI, *Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, ChPre. I, Second Decision on Issues Related to the Victim's Application Process, 5 avril 2012, § 44. Le 16 mai 2012, le Greffe a transmis à la Chambre 63 demandes de participation à la procédure présentées par des victimes (6 demandes collectives et 57 demandes individuelles).

²²⁸ CPI, *William Samoei Ruto, Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, ChPI. V, Decision on Victims' Representation and Participation, 3 October 2012, §§ 23 & s., et CPI, *Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, ChPI. V, Decision on Victims' Representation and Participation, 3 octobre 2012, §§ 29 & s.

²²⁹ CPI, *Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11, ChPre. I, Second Decision on Victim's Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings, 6 février 2013, dispositif.

²³⁰ CPI, *Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, ChPre. II, Decision Establishing Principles on the Victims' Application Process, 28 mai 2013.

question des victimes et des communautés affectées²³¹, à la suite des réflexions menées par son Bureau et par la Cour. Cette dernière avait en effet proposé une révision du système de demande de participation des victimes dans son Rapport du 5 novembre 2012, soumis à l'occasion de la onzième session, qui incluait les retours d'expérience du Greffe, et notamment de la Division d'aide aux victimes²³². Elle y envisageait six options, en présentant leurs avantages et inconvénients : « poursuite du système actuel²³³ ; processus de regroupement partiel des demandes ; processus de regroupement intégral des demandes pour une participation collective aux procédures ; rapport du Greffe fondant les observations et la prise de décision ; décision sur le statut des victimes prise par les juges, sans intervention des parties ; et traitement des demandes des victimes à la phase préliminaire uniquement des parties »²³⁴. Elle concluait que « le système actuel serait durable et efficace uniquement avec des ressources supplémentaires »²³⁵ et que les options envisagées pouvaient être combinées, dès lors que le processus était clairement défini²³⁶. La Cour a également fourni à l'Assemblée une évaluation de la mise en œuvre de la stratégie révisée concernant les victimes – qu'elle lui avait soumise le 5 novembre 2012 – en analysant *in concreto* la réalisation des quatre objectifs stratégiques fixés, à savoir : une bonne communication, afin que les victimes soient convenablement informées ; une protection et un soutien global apportés aux victimes en relation avec la Cour ; l'exercice effectif de leur droit de participer, *via* une représentation adéquate ; et *in fine* l'exercice effectif du droit à réparation²³⁷. Elle concluait notamment qu'une amélioration réelle du système ne pourrait passer que par l'implication de tous les acteurs, à commencer par les États concernés²³⁸. Enfin, le Rapport du Bureau de l'Assemblée faisait état des consultations informelles tenues par son groupe de travail avec la Cour et les autres parties prenantes, qui recommandait notamment une clarification du statut des intermédiaires (personnes en relation avec les victimes), un renforcement du Fonds au profit des victimes, une clarification des principes en matière de réparation (entre autres de la notion d'indigence) et une révision du système de participation des victimes²³⁹. Le 27 novembre 2013, l'AEP a, par conséquent, adopté une résolution dans laquelle elle « [r]éaffirme la nécessité de réviser le système de demande de participation des victimes à la procédure, afin

²³¹ Pour la décision d'inclure cette question à l'ordre du jour de la 12^{ème} session, voy. la résolution de l'AEP ICC-ASP/11/Rés.8. Voy. aussi la résolution ICC-ASP/10/Res.5, § 49, par laquelle l'Assemblée a demandé à la Cour de conférer un « caractère durable, effectif et efficace » au système de participation des victimes.

²³² Rapport de la Cour, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, dont l'Annexe, intéressante, fait le point sur les procédures de traitement des demandes des victimes par le TSL, les Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens, ainsi que la CEDH, la Commission d'indemnisation des Nations Unies et l'Organisation internationale pour les migrations. Pour une analyse de la pratique des Chambres extraordinaires au sein des Tribunaux cambodgiens en la matière, Christoph SPERFELDT, « From the Margins of Internationalized Criminal Justice. Lessons Learned at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia », *JICJ*, 2013/5, vol. 11, pp. 1111-1137, pp. 1116 & s.

²³³ Pour rappel, dans le système actuel, les victimes déposent leur demande au Greffier, sous forme libre ou en remplissant des formulaires standard. La demande doit indiquer toutes les informations possibles, permettant à la Chambre concernée (à laquelle elle est transmise) de l'apprécier et de décider si le demandeur est autorisé ou non à participer en tant que victime aux procédures, et à quelle phase – la Chambre évaluant les divers intérêts en jeu, notamment les intérêts de la défense et le droit au procès équitable ; voy. l'article 68-3 du Statut de Rome, et la règle 89-1 du RPP, la norme 86-5 du Règlement de la Cour et la norme 110-1 du Règlement du Greffe.

²³⁴ Rapport de la Cour, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 21.

²³⁵ *Ibid.*, § 30.

²³⁶ *Ibid.*, § 73.

²³⁷ Voy. Court's Revised Strategy in Relation to Victims, ICC-ASP/11/38, 5 novembre 2012, et Rapport de la Cour sur la mise en œuvre de la stratégie révisée concernant les victimes en 2013, ICC-ASP/12/41, 11 octobre 2013.

²³⁸ Rapport de la Cour, *ibid.*, § 52.

²³⁹ Rapport du Bureau sur les victimes et les communautés affectées, ainsi que sur le Fonds au profit des victimes, les réparations et les intermédiaires, ICC-ASP/12/38, 15 octobre 2013.

de garantir audit système un caractère durable, effectif et efficace »²⁴⁰ et réitère l'indispensable soutien des États parties au Statut à cette fin²⁴¹. La plupart des dispositions concernent toutefois la question de la réparation.

ii) Droit à la réparation

Sur les vingt paragraphes que compte la résolution de l'Assemblée des États Parties, onze sont consacrés à la réparation, c'est dire son importance dans le cadre des droits statutairement reconnus aux victimes. Aux termes de l'article 75-1 du Statut de Rome, « [l]a Cour établit des principes applicables aux formes de réparation, telles que la restitution, l'indemnisation ou la réhabilitation, à accorder aux victimes ou à leurs ayants droit. Sur cette base, la Cour peut, sur demande, ou de son propre chef dans des circonstances exceptionnelles, déterminer dans sa décision l'ampleur du dommage, de la perte ou du préjudice causé aux victimes ou à leurs ayants droit, en indiquant les principes sur lesquels elle fonde sa décision ». C'est ce qu'a fait la Chambre de première instance I dans sa décision du 7 août 2012, rendue dans l'affaire *Lubanga Dyilo*²⁴², jetant ainsi les bases d'un cadre juridique d'une réparation adéquate. Parmi les différents principes évoqués, les juges ont notamment retenu que : les victimes (directes et indirectes) devaient être traitées de manière équitable et sans discrimination, la réparation visant autant que possible à promouvoir la réconciliation entre elles et la personne condamnée ; les victimes « particulièrement vulnérables » devraient toutefois se voir accorder la priorité²⁴³, et les victimes de violence sexuelle ou les enfants, un traitement adapté²⁴⁴ ; les réparations collectives devraient être favorisées pour assurer une réparation aux victimes non identifiées²⁴⁵ ; et qu'elles soient collectives ou individuelles, les réparations pourraient revêtir d'autres formes que celles visées à l'article 75-1 du Statut, telles que « celles ayant une valeur symbolique, préventive ou transformative »²⁴⁶ comme la déclaration de culpabilité et la peine, la publicité octroyée au jugement²⁴⁷. S'agissant en l'occurrence du coupable, la Chambre soulignait qu'il avait été déclaré indigent et ne semblait « posséder aucun bien ou avoir pouvant être utilisé aux fins des réparations » financières²⁴⁸, ce qui a soulevé de vives critiques.

Les principes posés dans l'affaire *Lubanga Dyilo* ont fait l'objet d'analyses poussées dans trois rapports soumis à l'Assemblée pour sa douzième session, dont elle s'est inspirée dans sa résolution du 27 novembre 2013 : le Rapport de la Cour sur les critères de détermination des moyens disponibles aux fins de réparation, essentiellement axé sur la capacité du coupable à fournir la réparation, ainsi que le Rapport du Bureau précité sur les victimes et les communautés affectées et le Rapport de la Cour sur les principes en matière de

²⁴⁰ Résolution ICC-ASP/12/Res.5, Victimes et communautés affectées, réparation et Fonds au profit des victimes, 27 novembre 2013, § 3.

²⁴¹ *Ibid.*, §§ 7-9.

²⁴² CPI, *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, ChPI. I, Décision fixant les principes et procédures applicables en matière de réparation, 7 août 2012, not. §§ 182 & s. Cette décision a fait l'objet d'un appel, ChA., Decision on the Admissibility of the Appeals Against Trial Chamber I's "Decision Establishing the Principles and Procedures to Be Applied to Reparations" and Directions on the Further Conduct of Proceedings, 14 December 2012.

²⁴³ *Ibid.*, § 200.

²⁴⁴ *Ibid.*, §§ 207-216.

²⁴⁵ Le Fonds au profit des victimes proposait le recours aux experts envoyés sur place afin de déterminer le contexte général (la situation en Ituri notamment), recenser les victimes et les collectivités concernées, évaluer le préjudice subi ainsi que la viabilité des solutions retenues pour la réparation et leur mise en œuvre. La Chambre a validé cette approche, *ibid.*, §§ 159- 161 et §§ 263-266.

²⁴⁶ *Ibid.*, § 222.

²⁴⁷ *Ibid.*, §§ 237 & s.

²⁴⁸ *Ibid.*, § 269.

réparation aux victimes, qui déterminent respectivement les enjeux et principes de la réparation, sur la base de ceux dégagés dans la décision de la Chambre de première instance I²⁴⁹. Dans sa résolution, l'AEP apporte un certain nombre de réponses claires, en affirmant avant toute chose la nécessité de préciser des principes, applicables aux réparations, qui soient conformes avec l'article 75-1 du Statut de Rome (§ 6). S'agissant des ressources financières qui doivent alimenter la réparation (sous forme d'indemnisation), elle rappelle en premier lieu que seuls les biens et avoirs de la personne condamnée peuvent être saisis, grâce à leurs localisations et gels préalables, et non les biens et avoirs de l'État dans lequel elle aurait exercé des fonctions officielles (§§ 9-10) ; ce faisant, elle prend aussi position en décidant que « la déclaration d'indigence de l'accusé aux fins de l'aide juridique n'est pas pertinente, s'agissant de la capacité d'une personne condamnée à fournir des réparations » (§ 11) et que, en outre, priorité devra être donnée, au moment de l'allocation de ces ressources, à l'exécution des indemnités (§ 12). Elle souligne, en second lieu, le rôle essentiel joué par le Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes²⁵⁰ et appelle l'ensemble des acteurs de la justice pénale internationale à l'alimenter par des contributions volontaires, de manière à ce qu'il puisse compléter le cas échéant les versements décidés par les ordonnances de la Cour (§§ 13-17).

f) *Phase post jugement*

L'exécution des peines ainsi que la relocalisation des personnes acquittées ou ayant purgé leur peine, qui participent de la phase post jugement, sont placées en dehors du cadre statutaire de la coopération obligatoire et laissées à la libre appréciation des États qui décident, de manière discrétionnaire, d'y participer ou non. Les raisons de ce choix ont été exposées clairement, très tôt, par la Chambre de première instance III du TPIR : « [la Chambre] doit se garder d'empiéter sur le droit souverain des États de contrôler le séjour des étrangers sur leur territoire, ou d'encourager des individus à commettre des actes illégaux, comme prolonger leur séjour sur le territoire d'un État souverain, alors que cette présence est contraire à la loi »²⁵¹. La nature volontaire de ces formes de collaboration a toutefois un prix : la difficulté pour les juridictions pénales internationales de convaincre les États de signer des accords-cadres, une difficulté déjà évoquée d'ailleurs en ce qui concerne la réinstallation des témoins²⁵². S'agissant des TPI, appelés à fermer très prochainement leurs portes, la nécessité de trouver des États candidats à l'accueil des condamnés ainsi que des personnes remises en liberté devient si urgente que le Conseil de sécurité a fortement insisté sur ce point dans ses résolutions 1993 (2011), 2029 (2011), 2054 (2012) et 2080 (2012)²⁵³.

²⁴⁹ Voy. le Rapport du Bureau, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, le Rapport de la Cour sur les critères de détermination des moyens disponibles aux fins de réparation, ICC-ASP/12/40, 8 octobre 2013, et le Rapport de la Cour sur les principes en matière de réparation aux victimes, ICC-ASP/12/39, 8 octobre 2013.

²⁵⁰ Voy. la résolution ICC-ASP/4/Res.3, du 3 décembre 2005, portant Règlement du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes, et le Rapport à l'AEP sur les activités et les projets du Conseil de direction du Fonds d'affectation spéciale au profit des victimes pour la période allant du 1^{er} juillet 2012 au 30 juin 2013, ICC-ASP/12/14, 31 juillet 2013.

²⁵¹ TPIR, *Emmanuel Bagambiki & Samuel Imanishimwe, André Ntagerura*, ICTR-99-46-I, ChPI. III, Décision relative à la requête en prescription de mesures de protection des témoins à décharge déposée par le conseil d'Emmanuel Bagambiki, 7 septembre 2000, § 8.

²⁵² *Supra*, c.ii.

²⁵³ Voy. les résolutions : S/RES/1993 (2011) du 29 juin 2011, §§ 5-6 ; S/RES/2029 (2011) du 21 décembre 2011, § 5 ; S/RES/2054 (2012) du 29 juin 2012, § 6 ; S/RES/2080 (2012) du 12 décembre 2012, § 4. Pour rappel, entre 1997 et 2008, le TPIY a conclu 16 accords, ainsi que 4 accords *ad hoc* (concernant des condamnés particuliers) avec l'Allemagne entre 2000 et 2011. Le TPIR a conclu 4 accords entre 1996 et 2008.

i) Exécution des peines

L'expérience des TPI témoigne de ce que la conclusion d'accords-cadres en matière d'exécution des peines est essentielle. Le système reposant sur le double consentement est connu : l'État doit avoir donné son consentement de principe pour recevoir des condamnés, et le réitérer à chaque demande spécifique qui lui sera présentée²⁵⁴. A vrai dire, seule la seconde manifestation de volonté engage l'État, mais la conclusion d'accords-cadres est utile car elle offre une meilleure visibilité de la situation aux juridictions, chargées d'identifier les États les mieux à même d'accueillir tel ou tel condamné²⁵⁵. Or, la Cour souligne que « [s]i un nombre important d'États ont exprimé [...] leur volonté de principe d'accepter des personnes condamnées, il apparaît, dans la pratique, qu'il y a loin de leurs déclarations à la conclusion d'un accord sur l'exécution des peines »²⁵⁶. Durant la période considérée, la CPI a conclu deux accords sur l'exécution des peines, l'un avec le Danemark et l'autre le Mali (premier État africain à avoir conclu un tel accord), ce qui porte à huit le nombre – très insuffisant – des États concernés²⁵⁷. Les TPI n'ont conclu, quant à eux, aucun accord durant la période considérée, ce qui a moins préoccupé le TPIR – focalisé sur la question de la relocalisation des personnes remises en liberté – que le TPIY. Ils ont néanmoins procédé à un certain nombre de transferts de personnes condamnées dans des établissements pénitentiaires nationaux, tels que ceux de Mile Mrksić au Portugal le 16 août 2012 et de Simon Bikindi au Bénin le 20 mars 2012.

En matière de contrôle de l'exécution des peines, les responsabilités sont partagées entre les États de détention et les juridictions pénales internationales, les premiers agissant pour le compte des secondes et devant par conséquent respecter la sentence, et notamment la nature de la peine, même si une certaine renationalisation peut intervenir à ce stade, *via* des dispositions conventionnelles prévoyant l'application du droit interne. A l'automne 2013, l'ex-Président du Libéria Charles Taylor s'est plaint de ses conditions de détention au Royaume-Uni, accusant le système pénitentiaire britannique de violer ses droits fondamentaux, notamment en « l'affamant »²⁵⁸. La fonction de contrôle exercée par les TPI a été transférée au Mécanisme mais le Président du TPIY a toutefois examiné, en 2012-2013, quatorze demandes de grâce, de commutation de peine, de transfèrement ou de libération anticipée, faisant droit à onze d'entre elles pour en rejeter trois²⁵⁹.

²⁵⁴ Voy. les articles 103-1-a et c du Statut de Rome ainsi que les articles 26 et 27 des Statuts respectifs des TPIR et TPIY.

²⁵⁵ En ce sens, Rapport de la Cour sur la coopération, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 36. Voy. aussi TPIY, Directive pratique relative à la procédure que doit suivre le Tribunal international pour désigner l'État dans lequel un condamné purgera sa peine d'emprisonnement, IT/137/Rev.1, 1^{er} septembre 2009 ; TPIR, Directive pratique portant procédure de désignation de l'État d'exécution des peines d'emprisonnement, 23 septembre 2008 ; et MTPI, Directive pratique relative à la procédure de désignation de l'État dans lequel un condamné purgera sa peine d'emprisonnement, MICT/2 Rev.1, 24 avril 2014.

²⁵⁶ Rapport de la Cour, *ibid.*, § 38.

²⁵⁷ Accord entre le Royaume du Danemark et la Cour pénale internationale sur l'exécution des peines prononcées par la Cour, ICC-PRES/12-02-12, et Accord entre la Cour pénale internationale et le Gouvernement de la République du Mali concernant l'exécution des peines prononcées par la Cour, ICC-PRES/11-01-12, entré en vigueur le 13 janvier 2012. Les autres États sont l'Autriche, le Royaume-Uni, la Belgique, la Finlande, la Serbie et la Colombie.

²⁵⁸ Communiqué du 31 octobre 2013 de la Fondation Hirondelle. A noter que c'est l'État de Sierra Leone qui a été chargé de superviser l'exécution des peines, à la fermeture des portes du TSSL.

²⁵⁹ Rapport du TPIY de 2013, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 15. Les demandes des condamnés sont traitées au regard des Directives pratiques relatives à l'appréciation des demandes de grâce, de commutation de la peine et de libération anticipée des personnes condamnées par les TPI ou le Mécanisme, voy. la Directive du TPIY, IT/146/Rev.3, 16 septembre 2010, et la Directive du MTPI, MICT/3, 5 juillet 2012.

S'agissant de la remise en liberté provisoire de suspects ou d'accusés, le Greffe de la CPI a cherché à conclure des accords en la matière, sans succès, mais une version de l'accord-type, révisée en 2012, a été distribuée aux États et la Cour négociait les termes d'un tel accord en 2013 avec la Belgique²⁶⁰.

ii) Relocalisation des personnes remises en liberté

Les personnes remises en liberté (*i.e.* celles qui ont été acquittées, qui ont purgé leur peine ou celles à l'encontre desquelles les charges ont été abandonnées) semblent mieux loties que les condamnés à la recherche d'un lieu de détention, mais cette impression ne résiste pas en réalité à l'analyse. L'article 12, paragraphe 4, du pacte international sur les droits civils et politiques de 1966 rappelle certes que « nul ne peut être arbitrairement privé du droit d'entrer dans son propre pays » et que, dès lors, l'État dont la personne a la nationalité ou avec lequel elle entretient des liens fortement privilégiés (de résidence, par exemple) est tenu de l'accueillir sur son territoire. L'expérience montre toutefois qu'indépendamment des cas d'espèce dans lesquels les individus acquittés sont accueillis en véritables héros (tels les généraux Ante Gotovina et Mladen Markač lors de leur retour en Croatie), il ne s'agit pas d'une solution infaillible ; d'abord parce que cette réinstallation sera parfois peu souhaitable – de la même manière que l'emprisonnement des condamnés devra souvent être réalisé dans un autre État en vue de faciliter leur réinsertion sociale voire d'éviter les menaces et repréailles, et ensuite parce qu'elle ne s'applique pas en cas d'apatridie, ou difficilement en cas de nationalités multiples. Par conséquent, la personne remise en liberté se trouvera confrontée elle-aussi à la difficulté de trouver un État souhaitant l'accueillir²⁶¹. Le problème se pose en l'occurrence avec acuité pour le TPIR, qui a cherché, en 2012-2013, à trouver des pays d'accueil à sept personnes acquittées et trois personnes ayant purgé leur peine²⁶², qui résident toujours, de manière provisoire, à Arusha²⁶³. Le 30 mai 2013, il a ainsi présenté au groupe de travail informel du Conseil de sécurité un plan stratégique de réinstallation des personnes acquittées et libérées en Tanzanie²⁶⁴. Quant à la Cour, elle n'est pas épargnée à vrai dire, dans la mesure où les personnes acquittées faisant valoir des risques objectifs de persécution dans leur pays peuvent déposer, comme dans l'hypothèse de certains témoins déjà évoquée²⁶⁵, une demande de protection auprès des autorités néerlandaises. C'est ce qu'a fait Matthieu Ngudjolo Chui, acquitté le 18 décembre 2012, puis détenu au centre de rétention administrative pour demandeurs d'asile du 21 décembre 2012 au 3 mai 2013, date à laquelle la Cour d'Amsterdam a ordonné sa

²⁶⁰ Rapport sur les activités de la Cour, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 84.

²⁶¹ L'article 107-1 du Statut de Rome envisage d'ailleurs les deux cas de figure s'agissant des personnes ayant purgé leur peine.

²⁶² Voy. le Rapport annuel du TPIR, A/68/270-S/2013/460, 2 août 2013, § 36.

²⁶³ Voy. le Rapport du TPIR au sujet de l'état d'avancement de la stratégie d'achèvement des travaux, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée, § 44, dans lequel transparaît la grande préoccupation du Tribunal.

²⁶⁴ *Ibid.*, § 10.

²⁶⁵ *Supra*, c.ii.

libération²⁶⁶. Le Groupe de travail sur la coopération de la Cour s'est saisi du problème en distribuant, en septembre 2013, un accord-type en vue de constituer à terme un vivier d'États candidats²⁶⁷.

B. Droit international pénal matériel

Les années 2012-2013 resteront, sans nul doute, des années essentielles pour le développement du droit international pénal matériel, non seulement parce que les arrêts et jugements rendus sur cette période concernent des acteurs clés des situations concernées mais aussi parce qu'ils témoignent du renforcement des pouvoirs des juges.

En premier lieu, cette période se caractérise par l'avancée et la conclusion de plusieurs procès cruciaux. On le sait, la Cour pénale internationale a ainsi rendu ses deux premiers jugements et prononcé sa première peine d'emprisonnement, tous relatifs à la situation en RDC. Le premier jugement conclut à la responsabilité de Thomas Lubanga Dyilo pour crimes de guerre consistant au recrutement d'enfants de moins de 15 ans par la branche armée de l'UPC (Union des patriotes congolais), le FPLC (Forces patriotiques pour la libération du Congo) dont il fut le commandant, dans le cadre du conflit armé en Ituri de septembre 2002 au 13 août 2003. Ce conflit armé s'inscrit dans le contexte de la première guerre continentale africaine qui s'est déroulée de 1998 à 2003²⁶⁸ et pour laquelle la CIJ, saisie par la RDC, avait conclu à la responsabilité de l'Ouganda pour violation du principe de non-intervention, du principe du non recours à la force et de règles du droit international humanitaire²⁶⁹. Ce premier jugement, rendu le 14 mars 2012, est l'occasion pour la Cour pénale internationale de construire sa propre jurisprudence, qui se distingue de celle des autres juridictions pénales internationales, en matière de recrutement d'enfants de moins de 15 ans et de co-perpétration d'un crime. Le 10 juillet 2012, la Chambre de première instance rend sa première sentence et condamne Thomas Lubanga à 14 ans d'emprisonnement.

Le second jugement de la CPI, rendu quelques mois plus tard, le 18 décembre 2012, concerne Mathieu Ngudjolo Chui, ancien dirigeant du FNI (Front des nationalistes et intégrationnistes), l'un des groupes rebelles ennemis de l'UPC. Au terme d'un procès de 3 ans, la Chambre de première instance II décide d'acquitter l'accusé de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Tandis que le jugement insiste surtout sur l'insuffisance des preuves permettant de conclure à la responsabilité de Mathieu Ngudjolo, l'opinion concordante de la juge Christine Van den Wyngaert apporte un éclairage intéressant sur quelques concepts juridiques clés de l'article 25 du Statut²⁷⁰.

Sur cette même période, la Cour pénale internationale a poursuivi la procédure relative à la situation au Kenya. La Chambre préliminaire II a prononcé deux décisions de confirmation des charges le 23 janvier 2012, à l'encontre de William Samoei Ruto, actuel Vice-Président du Kenya, et de Joshua Arap Sang, d'une part, et à l'encontre de Uhuru Muigai Kenyatta, l'actuel Président du Kenya élu en mars 2013. En confirmant les charges pesant sur ces accusés, la Chambre préliminaire II permet l'ouverture d'un procès international à l'encontre de hauts responsables politiques d'un État en exercice. Une première en droit international pénal qui ne s'est donc pas faite sans difficulté puisque le premier procès qui

²⁶⁶ Voy. CPI, Mathieu Ngudjolo Chui, ICC-01/04-02/12-147, Défense, Recours contre la décision du Greffier référencée NV/DCS/2013/291/MD/pv Trim Référence 2013/000051099, annexe D, du 22 octobre 2013.

²⁶⁷ Rapport de la Cour sur la coopération, *op. cit.* note Erreur : source de la référence non trouvée.

²⁶⁸ Le 31 décembre 2002 un cessez-le-feu est signé (l'Accord de Gbadolite) mais les combats se poursuivent jusqu'en mai 2003.

²⁶⁹ *Activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), Arrêt, 19 décembre 2005, *Rec. CIJ 2005*, p. 168.

²⁷⁰ Jugement *Ngudjolo Chui*, Opinion concordante de la Juge Van der Wyngaert, *infra*.

s'est ouvert le 10 septembre 2013 est actuellement bloqué en raison du refus des accusés de se présenter devant la Cour ; tandis que l'ouverture du second, plusieurs fois repoussée, a été fixée au 7 octobre 2014. Ces décisions de confirmation des charges présentent des développements intéressants à propos de deux modes de responsabilité propres au Statut de Rome, la coaction indirecte et la commission à travers un groupe criminel.

L'année 2012 est aussi l'année du premier arrêt rendu par la Chambre de la Cour suprême du Cambodge dans l'affaire *Duch*. Condamné en 2010 pour crimes contre l'humanité et crimes de guerre à 35 ans de prison, l'ancien directeur du centre de sécurité S-21 écope finalement d'une peine d'emprisonnement à vie. Cet arrêt du 3 février 2012 constitue la première condamnation définitive d'un ancien dirigeant Khmer rouge. Sur le plan du droit, il contient de longs développements quant aux définitions des infractions de persécution, de réduction en esclavage, de viol, telles qu'elles existaient au moment des faits, c'est-à-dire en 1975-1979, avant la rédaction des statuts des juridictions pénales internationales contemporaines.

Cette même année 2012, le TSSL condamne, fait unique en droit international pénal, un ancien chef d'État. La Chambre de première instance II rend son jugement le 18 mai et puis prononce la sentence le 30 mai. Un an plus tard, le 26 septembre 2013, la Chambre d'appel confirme le jugement et met un terme aux procès de droit international pénal liés à la guerre civile en Sierra Leone. Charles Taylor devient le premier chef d'État à être reconnu responsable de crimes contre l'humanité et crimes de guerre dont actes de terrorisme. Outre l'apport concernant la définition de la réduction en esclavage constitutive de crimes contre l'humanité et la définition de terrorisme comme crime de guerre, l'affaire *Taylor* permet surtout au TSSL de s'immiscer dans le débat opposant les chambres du TPIY quant aux éléments constitutifs de la complicité.

Du côté des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, la période 2012-2013 marque la fin de la phase de première instance du TPIR. Après avoir rendu successivement, trois jugements dans les affaires *Karemera et Ngirumpatse*, *Nzabonimana* et *Nizeyimana*, le 20 décembre 2012, la Chambre de première instance II rend le dernier jugement du Tribunal avec l'affaire *Ngirabatware*. L'année 2013 se caractérise donc par le seul prononcé d'arrêts qui mettent un terme aux procès *Gouvernement II* et *Ndahimana*, et qui complètent les arrêts rendus en 2012 dans les affaires *Hategekimana*, *Ntabakuze*, *Kanyarukiga* et *Gatete*. Pour le TPIY, la période 2012-2013 restera parmi celles ayant suscité le plus de polémiques, par une série d'acquittements surprenants²⁷¹. Sur le plan du droit, les principaux apports de la jurisprudence des TPI s'observent pour les crimes de guerre et les modes de participation au crime, notamment la complicité.

En second lieu, l'examen des jugements et arrêts de 2012-2013 renvoie à la question du pouvoir du juge international pénal. Plusieurs procès ont été l'occasion pour les différentes juridictions de présenter leur conception de leur pouvoir d'interprétation du droit applicable, de leur pouvoir de requalification et des différents pouvoirs des juges d'appel.

D'une part, on observe que les juridictions n'ont pas la même appréciation de leur pouvoir d'interprétation du droit applicable. La Cour suprême du Cambodge semble adopter une position audacieuse : elle explique que le principe de légalité « *does not prevent the Chamber from progressive development of the law. However, the principle does not go so far as to allow a Chamber to create new law or to interpret existing law in such a way as to go beyond the reasonable bounds of clarification* »²⁷² ; de telle sorte que le juge peut interpréter la loi et les éléments des crimes. Au contraire, la Cour pénale internationale semble avoir une position plus prudente et plus respectueuse du droit applicable : dans l'affaire *Lubanga*, la Chambre a expliqué qu'elle « n'a pas le pouvoir de reformuler le cadre statutaire défini pour

²⁷¹ Voy. *supra*.

²⁷² Arrêt *Duch*.

la Cour »²⁷³. Elle est ainsi tenue de respecter la distinction posée par le Statut entre conflits armés internationaux et conflits armés non internationaux.

D'autre part, l'affaire *Katanga* a permis aux juges de se prononcer sur leur pouvoir de requalification. Si les juges sont liés par le droit du Statut de Rome, ils ne sont pas liés par les qualifications opérées par d'autres juges de la Cour et ont le pouvoir de requalifier les faits. Le 21 novembre 2012, les juges de la Chambre de première instance II décident de mettre en application la norme 55 du Règlement de la Cour qui dispose que « [s]ans dépasser le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges et dans toute modification qui y aurait été apportée, la chambre peut, dans la décision qu'elle rend aux termes de l'article 74, modifier la qualification juridique des faits afin qu'ils concordent avec les crimes prévus aux articles 6, 7 ou 8 ainsi qu'avec la forme de participation de l'accusé auxdits crimes prévue aux articles 25 et 28 ». Selon la majorité, compte tenu des éléments dont elle dispose, il convient de procéder à une appréciation des faits différente de celle effectuée par la Chambre préliminaire dans sa décision de confirmation des charges. La responsabilité de l'accusé ne relève pas de la coaction indirecte (article 25-3-a) mais de la participation à un crime commis par un groupe de personnes agissant de concert (article 25-3-d-ii). Les juges insistent sur le fait que ce pouvoir de requalification appartient aux chambres de premières instances²⁷⁴ à qui il revient de veiller à ce que les droits de l'accusé soient respectés. Pour la majorité, l'application de la norme 55 lui permet de « proposer une appréciation différente des faits » mais sans que cela ne conduise à « un récit modifié des charges »²⁷⁵. La Chambre d'appel a confirmé le pouvoir des juges de modifier la qualification juridique des faits dès lors qu'ils restent dans le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges²⁷⁶. Elle explique qu'à défaut d'un tel pouvoir, « [l]a Chambre de première instance serait contrainte d'utiliser exclusivement les qualifications précises que la Chambre préliminaire avait établies à un stade bien plus précoce de la procédure, en ayant nécessairement une vision plus restreinte de l'affaire dans son ensemble »²⁷⁷.

Enfin, devant les TPI, deux autres questions relatives au pouvoir des juges d'appel ont été soulevées : le pouvoir de réviser une qualification faite en première instance et le pouvoir exceptionnel d'éclaircissement.

Premièrement, la Chambre d'appel peut-elle retenir un nouveau chef d'accusation et/ou un nouveau mode de responsabilité ? Il s'agirait certainement d'une atteinte aux droits de la défense, l'accusé n'ayant pas la possibilité d'introduire un recours contre un arrêt. On observe que si, globalement, les chambres d'appel s'octroient volontiers ce pouvoir, plusieurs juges, dans des opinions jointes aux arrêts, soulèvent sa possible contradiction avec les droits de l'accusé.

²⁷³ Jugement *Lubanga*.

²⁷⁴ CPI, *Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, ChPI II, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55, 21 novembre 2012, § 14 (ci-après Décision norme 55 *Katanga*).

²⁷⁵ Décision norme 55 *Katanga*, § 32. (*contra* la juge Christine van den Wyngaert qui considère qu'en modifiant l'interprétation des faits, la Majorité a nécessairement modifié le récit *Katanga* 21 novembre 2012, opinion dissidente de la juge Christine van den Wyngaert § 21).

²⁷⁶ CPI, *Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, *Katanga*, ChA., Arrêt contre la décision relative à la mise en œuvre de la norme 55, 27 mai 2013, § 56 (ci-après Arrêt norme 55 *Katanga*).

²⁷⁷ Arrêt norme 55 *Katanga*, § 57. Le juge Cuno Tarfusser joint une opinion dissidente. Bien qu'il confirme que la Chambre a le pouvoir de requalifier les faits, il considère que la Norme 55 ne peut être déclenchée « que lorsque la chambre envisage la possibilité de passer de (l'une des formes de responsabilité prévues à) l'article 25 à (l'une des formes de responsabilité prévues à) l'article 28, ou inversement », § 10. Selon lui, la norme 55 ne permet pas une requalification des faits pour passer d'une forme de responsabilité de l'article 25 à une autre forme de l'article 25, car les différents alinéas de l'article 25 posent une différence de degré de la participation et non une différence de nature de la participation (alors que c'est bien une différence de nature qui oppose l'article 25 à l'article 28).

Ainsi, dans l'affaire *Gatete*, la majorité a condamné l'accusé de génocide et d'entente en vue de commettre un génocide alors que la Chambre de première instance n'avait retenu que le chef de génocide. Dans son opinion partiellement dissidente, le juge Pocar conteste ce pouvoir de la Chambre d'appel « *to remedy an error of the Trial Chamber by subsequently entering a new conviction on appeal* »²⁷⁸ au motif qu'il serait contraire au droit à un procès équitable. Selon lui, la Chambre aurait dû relever l'erreur de droit et en tirer les conséquences mais sans poser une nouvelle condamnation. Dans l'affaire *Karadžić*, la Chambre d'appel du TPIY introduit également un nouveau chef d'accusation, celui de génocide, qui n'avait pas été retenu par les juges de première instance²⁷⁹. Cependant, dans cet arrêt, les juges vont encore plus loin que dans l'arrêt *Gatete*. En effet, dans l'affaire *Gatete*, les juges de première instance avaient reconnu l'accusé responsable de génocide et d'entente en vue de commettre un génocide mais avaient décidé de ne le condamner que pour génocide²⁸⁰ ; les juges d'appel se sont alors contentés d'admettre le cumul d'infractions. En revanche, dans l'affaire *Karadžić*, la Chambre de première instance avait estimé qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour établir la responsabilité de l'accusé pour génocide contre les Musulmans et les Croates de Bosnie des territoires de BiH revendiqués par les Serbes de Bosnie (chef d'accusation 1²⁸¹). Les juges d'appel sont donc revenus sur une appréciation des preuves faite par les premiers juges²⁸².

La Chambre d'appel du TPIY a considéré qu'elle avait également le pouvoir de retenir un autre mode de responsabilité que celui retenu en première instance. Dans l'affaire *Gotovina*, la Chambre d'appel considère, dans un premier temps, que les preuves sont insuffisantes pour reconnaître les accusés coupables d'une entreprise criminelle commune (ci-après ECC). Dans un second temps, elle rappelle que l'article 25-2 du Statut lui confère le pouvoir de réviser les jugements de première instance. Elle peut donc prononcer des déclarations de culpabilité sur la base d'autres formes de responsabilités²⁸³ dans la mesure où cela ne risque pas de porter atteinte au droit de l'appelant à un procès équitable ou d'amener la Chambre à outrepasser ses pouvoirs définis par le Statut²⁸⁴. Dans un troisième temps, la Chambre d'appel examine la possibilité de déclarer les accusés responsables en tant que complices ou supérieurs hiérarchiques. Cependant, elle constate que les preuves sont là aussi insuffisantes et décide de les acquitter. Le Juge Meron, dans son opinion individuelle, bien qu'il soit d'accord avec l'exercice de ce pouvoir de révision, propose qu'il soit mieux encadré et qu'il « *should only be exercised selectively, where: i) any additional inferences from findings set forth in a relevant trial judgement are restricted; and ii) any differences between the convictions that appellants initially appealed and convictions entered on appeal are limited* »²⁸⁵. Le Président du TPIY insiste sur l'idée que ce pouvoir des juges d'appel ne doit

²⁷⁸ TPIR, *Jean Baptiste Gatete*, ICTR-00-61, ChA., Arrêt, 9 octobre 2012, opinion partiellement dissidente du Juge Pocar, § 3.

²⁷⁹ TPIY, *Radovan Karadžić*, IT-95-5/18, ChA. Rule 98bis Appeal Judgement, 11 juillet 2013.

²⁸⁰ TPIR, *Jean-Baptiste Gatete*, ICTR-00-61, ChA., Arrêt, 9 octobre 2012, § 253 (ci-après Arrêt *Gatete*).

²⁸¹ TPIY, *Radovan Karadžić*, IT-95-5/18, ChPI. III, Décision orale, 28 juin 2012, p. 28775. En revanche, les juges reconnaissent qu'il y a suffisamment de preuves pour établir la responsabilité de l'accusé pour génocide à l'encontre des populations de Srebrenica (chef d'accusation 2), *Ibid.*, p. 28759.

²⁸² Ce qui fait dire avec une certaine ironie au professeur William Schabas : « *Is it very likely that after thinking there is no evidence and then being told there is a little bit of evidence they will now conclude that there is enough evidence to convict beyond a reasonable doubt? In the annals of criminal justice, I cannot think there would be many cases where three judges would say, effectively, there is no evidence. Then, after being told by the Appeals Chamber that there is a wee bit of evidence, they change their minds and convict. Anything is possible, of course* », disponible sur le site Internet du blog « Human Rights Doctorate » : [http://humanrightsdoctorate.blogspot.com].

²⁸³ Arrêt *Gotovina*.

²⁸⁴ *Ibid.*, § 108.

²⁸⁵ Arrêt *Gotovina*, opinion individuelle du Juge Meron, § 4.

être utilisé que dans l'intérêt de la justice et dans le respect des droits de la Défense²⁸⁶. Le Juge Robinson conteste, pour sa part, la manière dont les juges d'appel ont exercé leur pouvoir de révision. Selon lui, « *the appellate function is not to find facts but to give legal effect to the factual findings of the trier of fact* »²⁸⁷ de telle sorte que « *when the Appeals Chamber enters a conviction for an alternative mode of liability it must do so on the basis of the findings of the Trial Chamber and those findings alone; the Appeals Chamber is not free to draw inferences from the evidence* »²⁸⁸. Le Juge Pocar se montre plus incisif dans sa critique du raisonnement suivi par l'arrêt. Il estime que « *the Majority's reasoning is both flawed and premised on a misconceived understanding of the law* »²⁸⁹. Selon lui, il convient de distinguer le pouvoir des juges d'appel, reconnu par le Statut, de réviser la culpabilité acquise pour un crime en appliquant un autre mode de responsabilité (la culpabilité de l'accusé n'est pas remise en cause mais la Chambre d'appel décide de requalifier le mode de participation de l'accusé au crime) et leur pouvoir d'introduire un nouveau chef d'accusation en appel qui, à son avis, violerait les droits de la défense. Pour le juge Pocar, la Chambre d'appel aurait commis une erreur en admettant la possibilité de réviser des déclarations de culpabilité sur la base d'autres formes de responsabilités puisqu'elle ne pouvait que réviser les formes de responsabilité. Cette analyse est reprise par le Juge Antonetti dans son opinion jointe au jugement *Prlic*. Il admet que les juges d'appel ont le pouvoir de réviser le mode de responsabilité mais « pas le pouvoir de procéder à de nouvelles accusations au stade de l'appel »²⁹⁰.

Deuxièmement, les juges de la Chambre d'appel du TPIR ont exercé un pouvoir exceptionnel d'éclaircissement. Dans l'arrêt *Kanyarukiga*, la Chambre rappelle que l'article 25-1 du Statut l'autorise à examiner une erreur de droit qui invaliderait le jugement. Elle ajoute, sans précision, que « *in exceptional circumstances, the Appeals Chamber has discretion to hear appeals where a party has raised a legal issue that would not invalidate the judgement* »²⁹¹ mais que « *it declines to do so in this case* »²⁹². On comprend bien que, la Chambre ayant un pouvoir discrétionnaire, elle n'a pas à justifier son refus d'examiner la question d'éclaircissement posée par le Procureur ; pour autant, il est regrettable qu'elle ne précise pas les conditions permettant de présenter une telle requête. Quelles sont ces « circonstances exceptionnelles » qui ouvrent droit à une demande d'éclaircissement ? La Chambre laisse entendre qu'en l'espèce, le Procureur « *merely requests clarification on an issue of general importance to the development of the Tribunal's case law* »²⁹³. La portée de la question d'éclaircissement constitue-t-elle une condition de sa recevabilité ? Mais si elle est si importante, si exceptionnelle, pourquoi la Chambre refuse-t-elle d'y répondre ? Par économie de moyens ? On peut légitimement se demander pourquoi la Chambre ne saisit-elle pas cette occasion pour préciser le droit et pour éviter « *uncertainty and confusion in future cases* »²⁹⁴.

1. Les crimes de droit international

a) Les crimes de génocide

²⁸⁶ *Ibid.*, § 7.

²⁸⁷ Arrêt *Gotovina*, opinion individuelle du Juge Robinson, § 16.

²⁸⁸ Arrêt *Gotovina*, opinion individuelle du Juge Robinson, § 3.

²⁸⁹ Arrêt *Gotovina*, opinion dissidente du Juge Pocar, § 31.

²⁹⁰ TPIY, *Prlic et consorts*, IT-04-74-T, ChPI. III, Jugement, 29 mai 2013, opinion individuelle séparée et partiellement dissidente du Juge Antonetti, vol. 6, p. 482.

²⁹¹ TPIR, *Gaspard Kanyarukiga*, ICTR-02-78, ChA., Arrêt, 8 mai 2012, § 267 (ci-après, Arrêt *Kanyarukiga*).

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ *Ibidem*.

²⁹⁴ Arrêt *Kanyarukiga*, opinion individuelle du Juge Pocar § 1.

En matière de crime de génocide, la jurisprudence apporte des précisions utiles sur la destruction sélective et sur la qualification d'un discours d'incitation au génocide.

Le premier éclairage significatif se trouve dans l'affaire *Tolimir* du TPIY. Lors du jugement de 2012, la Chambre de première instance II propose une analyse intéressante de la volonté de destruction *sélective* d'un groupe victime. En l'espèce, elle s'intéresse aux meurtres commis dans l'enclave de Zepa, à proximité de Srebrenica et convient que seules trois personnes ont été assassinées : le maire « *who was also a religious leader* »²⁹⁵, le commandant de la brigade de l'ABiH de Zepa et le chef de l'Unité de protection civile. Elle considère que « *they constituted the core of its civilian and military leadership* »²⁹⁶ et conclut que ces meurtres sont « *a case of deliberate destruction of a limited number of persons selected for the impact that their disappearance would have on the survival of the group as such* »²⁹⁷.

Le second apport de la jurisprudence en matière de génocide concerne l'interprétation des critères permettant de qualifier un discours d'incitation au génocide. Cette question est abordée dans quatre affaires du TPIR. Dans les jugements *Nzabonimana* et *Karemera*, les Chambres de première instance rappellent qu'un discours d'incitation au génocide doit être direct et public. Pour établir le caractère direct, les juges rappellent les critères dégagés dans l'affaire *Nahimana* : il convient de tenir compte du sens des mots « *used in the specific context* », de la culture et des nuances du discours de l'accusé, de la manière dont le discours a été compris par ses destinataires²⁹⁸. Concernant le caractère public du discours, il faut s'attacher aux « *surrounding circumstances* »²⁹⁹ : ainsi, la présence d'un journaliste à un discours constitue un indice de son caractère public³⁰⁰. Dans le jugement *Ngirabatware*, la Chambre de première instance précise qu'un discours de haine n'est pas automatiquement qualifiable de discours incitant au génocide : « *Mobilizing hatred against an ethnic group is distinct from direct incitement to commit a violent act against an ethnic group* »³⁰¹. Il faut démontrer que l'accusé avait une intention génocidaire au moment du discours. Lorsque, dans un discours prononcé à la Kanyabuhombo School, l'accusé ne vise pas expressément les Tutsis, en tant que groupe ethnique, mais les Inkotanyi en tant que groupe armé, il n'y a pas d'incitation au génocide. En revanche, lorsque au Cyanika-Gisa roadblock, l'accusé donne l'instruction « *to "kill Tutsis" objectively and unambiguously* »³⁰², le discours est qualifiable d'incitation au génocide. Dans l'affaire *Gouvernement II*, la Chambre d'appel considère que l'intention génocidaire de l'auteur du discours ne se transmet pas nécessairement à ceux qui ont aidé à l'installation et à l'organisation de la réunion. La *mens rea* ne peut se déduire de la préparation matérielle de la réunion. En l'espèce, les accusés, Mugiraneza et Mugenzi, ne pouvaient pas connaître le contenu du discours avant qu'il ne soit effectivement prononcé par Sindikubwabo, le Président par intérim³⁰³.

Hormis ces développements au niveau international, au Brésil, une Commission sénatoriale a approuvé, en décembre 2013, un projet de nouveau code pénal qui introduit une définition inédite du génocide : « *Art. 480. Praticar as condutas descritas nos incisos abaixo*

²⁹⁵ TPIY, *Zdravko Tolimir*, IT-05-88/2-T, ChPI. II, Jugement, 12 décembre 2012, § 780 (ci-après Jugement *Tolimir*).

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ Jugement *Tolimir*, § 782.

²⁹⁸ TPIR, *Callixte Nzabonimana*, ICTR-98-44D-T, ChPI. III, Jugement, 31 mai 2012, § 1753 (ci-après Jugement *Nzabonimana*) ; TPIR, *Edouard Karemera*, ICTR-97-24, ChP. III, Jugement, 2 février 2012, § 1594 (ci-après Jugement *Karemera*).

²⁹⁹ Jugement *Nzabonimana*, § 1755.

³⁰⁰ *Ibid.*, § 1772.

³⁰¹ TPIR, *Augustin Ngirabatware*, ICTR-99-54, ChPI. II, Jugement, 12 décembre 2012, § 1359 (ci-après Jugement *Ngirabatware*).

³⁰² Jugement *Ngirabatware*, § 1368.

³⁰³ Arrêt *Mugenzi et Mugiraneza*, § 92.

com o propósito de destruir, total ou parcialmente, um grupo, em razão de sua nacionalidade, idade, idioma, origem étnica, racial, nativa ou social, deficiência, identidade de gênero ou orientação sexual, opinião política ou religiosa »³⁰⁴. Ce texte adopte une conception très extensive de la notion de groupe cible puisqu'en plus des groupes nationaux, raciaux, ethniques et religieux admis dans tous les textes internationaux, la disposition introduit les groupes linguistiques, sociaux, politiques, sexuels, mais aussi les groupes d'âge, de genre, de handicapés. Ce texte fait, en partie, écho à l'*Etude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide* que le rapporteur Benjamin Whitaker avait présentée à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités et dans laquelle il avait suggéré l'inclusion des groupes sexuels³⁰⁵.

b) *Les crimes contre l'humanité*

Les crimes contre l'humanité sont une catégorie juridique complexe et en constante construction comme le démontre la jurisprudence extrêmement fournie des années 2012-2013. Il n'est donc pas étonnant que le 30 juillet 2013, la Commission du droit international ait décidé d'inclure le sujet dans son programme de travail à long terme³⁰⁶. Parmi les nombreux aspects abordés par la jurisprudence récente, on observe des développements pertinents sur les éléments contextuels du crime contre l'humanité ainsi que sur certaines infractions constitutives de ce crime, *i.e.* l'extermination, la persécution, la réduction en esclavage et les violences sexuelles.

i) *Les éléments contextuels du crime contre l'humanité*

Il est admis que, pour être qualifiable de crime contre l'humanité, l'acte doit avoir été commis dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile. Dans l'affaire *Tolimir*, la Chambre de première instance doit établir s'il existait une attaque illicite contre la population civile de Srebrenica et de Zepa. Elle constate que les deux enclaves sont déclarées zones de sécurité par le Conseil de sécurité puis un accord de démilitarisation entre les belligérants en fait des zones démilitarisées, conformément au Protocole I de 1977. La Chambre considère cependant que les « zones de sécurité » et les « zones démilitarisées » sont des catégories juridiques distinctes relevant de deux branches du droit international, le droit de la Charte des NU et le DIH. Ainsi, la violation par l'une des parties de l'accord de démilitarisation et donc du DIH (l'ABiH conservait des armes à Srebrenica) n'entraîne pas *ipso facto* la perte de la protection accordée par le Conseil de sécurité³⁰⁷, de telle sorte qu'une attaque armée menée contre ces enclaves demeure illicite.

Le Statut de Rome est venu préciser que « [p]ar « attaque lancée contre une population civile », on entend le comportement qui consiste en la commission multiple d'actes visés au paragraphe 1 à l'encontre d'une population civile quelconque, en application ou dans la poursuite de la politique d'un État ou d'une organisation ayant pour but une telle attaque »³⁰⁸. En 2012, dans les affaires *Ruto, Sang* et *Kenyatta*, la Chambre préliminaire II de la CPI se

³⁰⁴ Projeto de Lei do Senado, n° 236 de 2012, approuvé le 17 décembre 2013.

³⁰⁵ « Il serait bon d'élargir la définition de la Convention de façon à y inclure aussi les groupes sexuels, par exemple avec la subdivision femmes, hommes ou homosexuels », E/CN.4/Sub.2/1985/6, § 30.

³⁰⁶ Rapport annuel, A/68/10, chapitre XII, Sect. A.2, § 170, p. 120 et Annex B, pp. 145 et suivantes.

³⁰⁷ Jugement *Tolimir*, § 705. *Contra* opinion dissidente du Juge Nyambe : « *While I agree with the Majority that, pursuant to Article 60(7) of Additional Protocol I, all other laws of war apply even if a zone fails to become a demilitarised zone, I cannot support the view that the enclaves were to retain an untouchable character while, at the same time, sheltering operations of the ABiH* », Jugement *Tolimir*, § 27.

³⁰⁸ Article 7-2-a du Statut de Rome.

prononce de nouveau sur l'interprétation de la notion « d'organisation »³⁰⁹. La Chambre préliminaire II confirme que la commission d'un crime contre l'humanité peut résulter d'une politique non étatique et que l'attaque soit le fait d'une organisation privée et non d'un État, qu'il s'agisse d'un gang criminel, *Mungiki*, comme dans la décision *Kenyatta* ou d'un réseau, comme dans la décision *Ruto et Sang*³¹⁰. Cette interprétation extensive de la notion d'organisation ouvre d'autant la catégorie des crimes contre l'humanité. Si certains, à l'instar du Juge Hans Peter Kaul³¹¹, regrettent une telle banalisation du crime contre l'humanité, cette interprétation présente le double avantage de sortir de l'idée que la criminalité de masse est nécessairement le fait d'un État et de pouvoir sanctionner les crimes contre l'humanité commis par des personnes n'agissant pas pour le compte d'un État.

ii) *Crime contre l'humanité par extermination*

L'infraction d'extermination a été au cœur de nombreux procès devant les TPI entre 2012 et 2013 et la question s'est posée de savoir quels étaient les critères pertinents pour évaluer *l'actus reus* de cette infraction, en particulier son caractère massif. La Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire *Lukić*, a considéré que les juges de première instance n'avaient pas commis d'erreur en tenant compte de la densité de la population et de la vulnérabilité des victimes³¹². En l'espèce, les deux accusés sont reconnus responsables de l'assassinat de plus d'une centaine de musulmans de Bosnie, y compris des femmes, des bébés et des personnes âgées, brûlés vifs dans deux maisons situées l'une à Visegrad l'autre à Bikavac.

Le juge Morisson, dans une opinion individuelle, explique que « *“massiveness” rests on an inescapable numerical evaluation; it is the sheer volume of deaths that will remain, and indeed must remain, the determinative factor in the assessment of massiveness* »³¹³. Il conteste l'utilisation de ces nouveaux critères qu'il juge « *only incompatible with an objective appraisal of massiveness; but are antithetical to its project* »³¹⁴. Peut-on en effet considérer que le meurtre d'un ou deux individus dans un petit village puisse être qualifié d'extermination en raison de la faible densité du lieu ? De même assassiner une ou deux personnes vulnérables est-il qualifiable d'extermination en raison de la vulnérabilité des victimes ? Cette interprétation de la Chambre d'appel du TPIY est à rapprocher des Eléments des crimes de la CPI dont l'article 7-1-b³¹⁵ laisse entendre qu'un accusé peut être reconnu responsable de crime contre l'humanité par extermination s'il a tué une seule personne, dans la mesure où ce meurtre s'inscrit dans le contexte d'un massacre.

iii) *Crime contre l'humanité par persécution*

³⁰⁹ CPI, *Situation du Kenya*, ICC-01/09, ChP. I, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute, 31 mars 2010. Voy. cette chronique *AFDI* 2011, pp. 261-264.

³¹⁰ CPI, *William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, ChP. II, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2012, §182 (ci-après *Décision Ruto*) : « *[a] Network (...) comprised of eminent ODM political representatives, representatives of the media, former members of the Kenyan police and army, Kalenjin elders and local leaders* »

³¹¹ *Décision Ruto*, Opinion dissidente du juge Hans Peter Kaul, § 19.

³¹² TPIY, *Milan Lukić et Sredoje Lukić*, IT-98-32/1-A, ChA., Arrêt, 4 décembre 2012, § 539 (ci-après *Arrêt Lukić*).

³¹³ *Arrêt Lukić*, Opinion individuelle du Juge Morisson, § 9.

³¹⁴ *Ibid.*, § 11. Il rejoint la Juge Van der Wyngaert qui, en 2009, contestait ces critères en ce qu'ils introduisaient « *a new and highly subjective element into the crime of extermination* », TPIY, *Milan Lukić et Sredoje Lukić*, IT-98-32/1, ChPI. III, Jugement, 20 juillet 2009, Opinion dissidente de la Juge Van der Wyngaert, § 1118.

³¹⁵ L'alinéa premier dispose : « L'auteur a tué *une ou plusieurs personnes*, notamment en les soumettant à des conditions d'existence propres à entraîner la destruction d'une partie d'une population » (nous soulignons).

La jurisprudence de 2012-2013 en matière de crime de persécution constitutif de crime contre l'humanité révèle deux problèmes juridiques. Le premier est lié au cumul d'infraction, le second est relatif à la définition du crime de persécution applicable pour les faits commis par les Khmers Rouges.

En premier lieu, dans l'affaire *Stanišić et Župljanin*, la Chambre de première instance rappelle que le crime de persécution est un « "umbrella" crime »³¹⁶. L'acte de persécution consiste en un « déni intentionnel et grave de droits fondamentaux »³¹⁷ (*actus reus*) commis à l'encontre de victimes en raison de leur appartenance à un groupe ou à une collectivité et pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux ou sexiste, universellement reconnus comme inadmissibles en droit international (*dol spécial*). Or l'*actus reus* de la persécution peut être constitué par un meurtre, un acte de torture, un acte de déportation, etc. Il s'agit donc d'une infraction susceptible d'englober d'autres infractions également constitutives de crime contre l'humanité. La question se pose donc de savoir si les juges peuvent cumuler ces infractions.

Depuis 2001, les TPI appliquaient le critère *Celebici* selon lequel « un tel cumul n'est possible, à raison d'un même fait et sur la base de différentes dispositions du Statut, que si chacune des dispositions comporte un élément nettement distinct qui fait défaut dans l'autre. Un élément est nettement distinct s'il exige la preuve d'un fait que n'exigent pas les autres »³¹⁸. En application de ce critère, il était, par exemple, impossible de cumuler les infractions de meurtre constitutif de crime contre l'humanité et la persécution commise via un assassinat. En 2004, l'arrêt *Kordić et Čerkez* opère un revirement de jurisprudence : réinterprétant le critère *Celebici*, la Majorité conclut qu'il existe un élément matériel distinct entre la persécution et l'assassinat de telle sorte que les deux déclarations de culpabilité peuvent être cumulées³¹⁹.

Cette conception du critère *Celebici* qui avait été écartée par les premiers juges dans l'affaire *Duch* va être retenue par la Cour suprême du Cambodge en 2012. Cassant sur ce point le jugement de première instance qui fait une application stricte du critère *Celebici*, les juges d'appel estiment que « en englobant tous les autres crimes contre l'humanité [...] dans le seul crime de persécution, au lieu de prononcer une déclaration de culpabilité distincte pour chacun d'eux, la Chambre de première instance n'a pas suffisamment tenu compte de l'atteinte portée à chacun des intérêts sociaux protégés par l'interdiction de commettre les crimes contre l'humanité spécifiquement définis »³²⁰. Loin de porter atteinte aux droits de l'Accusé, un cumul de déclarations de culpabilité contribue à faire respecter les intérêts de la société. Et la Cour suprême de conclure qu'« une juste application du critère *Celebici* »³²¹ permet le cumul des infractions suivantes : extermination (englobant le meurtre), réduction en esclavage, emprisonnement, torture, autres actes inhumains et persécution.

En 2013, le jugement *Stanišić et Župljanin* effectue un nouveau revirement de jurisprudence. Selon la Chambre de première instance « *the Kordić and Čerkez [...] Appeals Chamber did not fully appreciate the fact that persecution is always committed through some*

³¹⁶ TPIY, *Mico Stanišić et Stojan Župljanin*, IT-08-91-T, ChPI. II, Jugement, 27 mars 2013, § 67 (ci-après Jugement *Stanišić et Župljanin*).

³¹⁷ Article 7 § 2 g SCPI.

³¹⁸ TPIY, *Mucić et consorts*, IT-96-21-A, ChA., Arrêt, 20 février 2001, § 412.

³¹⁹ TPIY, *Kordić et Čerkez*, IT-95-14/2-A, ChA., Arrêt, 17 décembre 2004, § 1041 : « la définition des persécutions comprend un élément nettement distinct qui ne figure pas dans la définition de l'assassinat visé à l'article 5 du Statut : elle impose en effet de rapporter la preuve que l'acte ou omission en question avait dans les faits un caractère discriminatoire et était inspiré par une intention spécifique, celle de discriminer. En revanche, l'assassinat impose de prouver que l'accusé a causé la mort d'une ou plusieurs personnes, que l'acte ou omission homicide ait eu ou non dans les faits un caractère discriminatoire ou ait été ou non inspiré par la volonté de discriminer, ce que n'exigent pas les persécutions. »

³²⁰ Arrêt *Duch*, § 331.

³²¹ *Ibid.*, § 332.

other crime, such as murder, whose elements must still be proved in addition to the discriminatory element required for persecution. To classify a crime as “persecution” is to add a discriminatory intent to that crime »³²². La Chambre prend alors le temps d’expliquer sa position : « Therefore, in order for the Prosecution to prove that the Accused are responsible for murder as a crime against humanity, it must prove the actus reus and mens rea of murder. Similarly, in order for the Prosecution to prove the underlying act of killing as persecution as a crime against humanity, it must also prove the actus reus and mens rea of murder, as well as the constitutive elements of persecution. Therefore, all the elements of murder as a crime against humanity are subsumed within killing as persecution as a crime against humanity. Thus, the former has no element that is materially distinct from the latter »³²³.

Puis, la Chambre va indiquer, de manière détaillée, les infractions susceptibles d’être cumulées et celles pour lesquelles le cumul est exclu. Parmi les crimes contre l’humanité, sont cumulables l’extermination et les meurtres constitutifs de persécution, les conditions inhumaines de détention et la torture constitutive de persécution. En revanche, ne peuvent pas faire l’objet d’un cumul de culpabilité parmi les crimes contre l’humanité, le meurtre et l’extermination³²⁴, les traitements inhumains et la torture, le meurtre et le meurtre constitutif de persécution, la torture et la torture constitutive de persécution, la déportation et la déportation constitutive de persécution³²⁵.

Cette position n’est pas celle retenue par la Chambre préliminaire de la CPI dans l’affaire *Ruto, Sang* en 2012. Dans la décision de confirmation des charges, les juges estiment que « [t]he definition of persecution contains materially distinct elements not present in the definition of murder, namely the requirement of proof that a particular group was targeted on the basis of certain discriminatory grounds »³²⁶. Ils décident donc d’admettre le cumul des infractions de meurtre et de meurtre constitutif de persécution ainsi que de déportation et de déportation constitutive de persécution. Il conviendra de rester attentif à l’évolution de cette question pour savoir si les différentes juridictions pénales internationales parviennent à harmoniser leur jurisprudence.

En second lieu, l’infraction de persécution a fait l’objet d’une analyse détaillée par la Cour suprême du Cambodge à l’occasion de l’appel dans l’affaire *Duch*. Elle constate en effet que la Chambre de première instance a utilisé la définition posée par les TPI, c’est-à-dire postérieurement à la commission des faits. Or, le principe de légalité exige que la définition d’une infraction existe au moment des faits. Elle va donc vérifier si la définition utilisée par la Chambre de première instance est conforme au droit applicable en 1975-1979. Elle constate qu’en ce qui concerne l’élément moral, la définition des premiers juges est conforme à la jurisprudence post-seconde guerre mondiale : l’auteur doit avoir agi « avec l’intention spécifique de persécuter pour des motifs raciaux, politiques ou religieux »³²⁷. Quant à l’élément matériel, il est composé de deux volets.

Concernant le premier volet, la Cour suprême reconnaît, à l’instar des premiers juges qu’il « est constitué par un acte ou une omission qui dénie ou bafouent un droit fondamental reconnu par le droit international coutumier ou conventionnel »³²⁸. Elle s’interroge ensuite sur la question de savoir si les actes de persécution doivent nécessairement être des crimes de droit international ou s’ils doivent simplement occasionner, pour atteindre le degré de gravité, la violation d’un droit fondamental. Sur ce point, elle estime que « [s’il] ne faisait pas de doute

³²² Jugement *Stanišić et Župljanin*, § 910.

³²³ *Ibid.*, § 911.

³²⁴ Dans le même sens sur le cumul meurtre et extermination, voy. TPIR, *Aloys Ntabakuze*, ICTR-97-30, ChA., Arrêt, 8 mai 2012, §§ 260-261 (ci-après Arrêt *Ntabakuze*)

³²⁵ Jugement *Stanišić et Župljanin*, §§ 913-918.

³²⁶ Décision *Ruto*, § 280.

³²⁷ Arrêt *Duch*, § 236.

³²⁸ *Ibid.*, § 257.

en 1975, par suite de la jurisprudence de l'après-Seconde Guerre mondiale, que la persécution pouvait être constituée par d'"autres actes" que les autres infractions sous-jacentes des crimes contre l'humanité ou que les crimes de guerre », encore fallait-il que « le fait reproché atteigne le degré de gravité de ces autres infractions sous-jacentes des crimes contre l'humanité et occasionne la violation d'un droit fondamental »³²⁹. La Cour suprême conforte ici l'analyse du TPIY dans l'affaire *Kupreskic*³³⁰.

Concernant le second volet de l'*actus reus* du crime de persécution, la Cour suprême confirme également l'analyse des premiers juges : l'acte de persécution requiert une discrimination de fait³³¹ c'est-à-dire que « l'acte ou l'omission entraînent une discrimination de fait à l'encontre d'un groupe identifiable défini selon des critères donnés »³³². Or, il apparaît que le PCK s'en prenait à des groupes exerçant une activité politique réelle et à des personnes définies par lui qu'il considérait représenter une menace politique. La Cour suprême va considérer que lorsque les actes visaient des opposants politiques, il s'agissait bien d'actes de persécution constitutifs d'un crime contre l'humanité. En revanche lorsque la politique de terreur a commencé à viser tout individu sans critère objectif identifiable et que « l'Accusé les [a] aveuglément prises pour cibles »³³³, ses actes ne sont pas qualifiables d'actes de persécution bien qu'ils demeurent des crimes contre l'humanité consistant en des actes d'extermination, de réduction en esclavage, d'emprisonnement, de torture et des autres actes inhumains.

iv) *Crime contre l'humanité par réduction en esclavage*

Dans l'affaire *Duch*, les juges devaient dire s'il fallait reconnaître l'ancien directeur du camp S-21 coupable de réduction en esclavage à l'égard de *tous* les détenus du camp ou seulement à l'égard de ceux qui ont été soumis au travail forcé. La Cour suprême rappelle d'abord que « [l]es éléments moral et matériel du crime exigent [...] l'existence d'un effort en vue de tirer un bénéfice de l'exercice sur la victime des attributs du droit de propriété. Le bénéfice n'est pas un élément constitutif supplémentaire du crime mais le but implicite de l'exercice des attributs de la propriété en tant que tels »³³⁴. Elle explique que bien que d'une cruauté inouïe, les sévices subis par les détenus s'ils visaient à nier l'humanité des victimes n'en faisaient pas pour autant des marchandises dont on pourrait tirer un quelconque bénéfice. Ces actes cruels qualifiables de torture ou d'extermination ne sont pas constitutifs d'une réduction en esclavage. Les juges de première instance ont correctement jugés que « la réduction en esclavage concernait uniquement les détenus de S-21 qui avaient été soumis au travail forcé »³³⁵.

v) *Crime contre l'humanité par violences sexuelles*

Entre 2012 et 2013, les juridictions ont été amenées à établir si certains actes relevaient ou non de la catégorie des violences sexuelles.

Dans l'affaire *Taylor*, des femmes et de jeunes filles ont témoigné qu'elles avaient été mariées de force. Bien que l'acte d'accusation ne fasse pas mention d'un tel chef d'inculpation, la Chambre de première instance II décide de l'examiner. Selon elle, le mariage forcé n'est pas une catégorie juridique propre et décide que les faits relèvent de la catégorie de

³²⁹ *Ibid.*, § 261.

³³⁰ TPIY, *Kupreskic et consorts*, IT-95-16-T, ChPI., Jugement, 14 janvier 2000, § 620.

³³¹ Arrêt *Duch*, § 271.

³³² *Ibid.*, § 277.

³³³ *Ibid.*, § 284.

³³⁴ *Ibid.*, § 158.

³³⁵ *Ibid.*, § 166.

« *conjugal for of enslavement* » constitutif d'un crime contre l'humanité. Pour les juges, « *[i]t constitutes a form of enslavement in that the perpetrator exercised the powers attaching to the right of ownership over their "bush wives" and imposed on them a deprivation of liberty, causing them to engage in sexual acts as well as other acts. The Trial Chamber notes that conjugal relations involve both sexual and non-sexual acts. All of these forced acts, both sexual and non-sexual acts, fall within the definition of enslavement in the view of the Trial Chamber* »³³⁶.

Autrement dit, le mariage forcé n'est pas une nouvelle infraction constitutive d'un crime contre l'humanité mais une forme particulière de l'esclavage sexuel sanctionné à l'article 2 g du Statut du TSSL. Sur ce point, la Chambre de première instance II revient sur la jurisprudence des affaires *AFRC* et *RUF* qui avaient considérés que le mariage forcé était une catégorie juridique propre et un crime autonome entrant dans la catégorie plus large des actes inhumains³³⁷. Elle tient compte du fait que de tels mariages constituent nécessairement des actes de violence sexuelle et que cette dimension doit être prise en compte dans la qualification des faits.

Devant la Cour pénale internationale, la question s'est posée de savoir si la circoncision forcée d'hommes adultes et l'amputation pénienne relèvent de la catégorie des violences sexuelles. Selon la Chambre préliminaire, ces actes n'avaient pas une connotation sexuelle mais « *were motivated by ethnic prejudice and intended to demonstrate cultural superiority of one tribe over the other* »³³⁸. Ils relèvent donc de la catégorie des autres actes inhumains de l'article 7-1-k du Statut de Rome et non de celle des violences sexuelles.

Devant le TPIR, ce n'est pas tant la qualification des actes de violences sexuelles qui posait problème que son attribution à l'accusé. Dans l'affaire *Ngiribatware*, il est établi que les *Interahamwe* ont commis des viols³³⁹ et que l'accusé faisait partie d'une ECC ayant pour but la destruction et l'extermination des Tutsis de la commune de Nyamyumba. Il restait à la Chambre d'établir le lien entre la commission de ces viols et le rôle de l'accusé au sein de cette entreprise. Le raisonnement des juges est sur ce point surprenant : ils estiment que « *by distributing weapons in Nyamyumba commune and encouraging the Interahamwe to kill Tutsis [...], Ngirabatware willingly took the risk that the rape of Tutsis* »³⁴⁰ ! On regrette qu'ils n'aient pas plutôt mis l'accent sur le contexte discriminatoire et l'encouragement à la haine. La distribution d'armes laisse plutôt supposer que des assassinats allaient être commis, pas des viols.

Dans l'affaire *Duch*, c'est la définition du viol qui retient l'attention. Les juges ont dû se replacer au moment des faits survenus entre 1975 et 1979. La Cour suprême relève ainsi que la Chambre de première instance a commis une erreur de droit en qualifiant le viol selon le droit international coutumier car, au moment des faits, « le viol ne constituait pas un crime contre l'humanité distinct »³⁴¹ selon le droit international conventionnel et coutumier. La Cour suprême examine alors la possibilité de qualifier le viol d'acte de torture constitutif de crime contre l'humanité. Se fondant sur la définition de la torture, la Cour estime que les actes de viols commis au camp de détention S-21 sont qualifiables d'actes de tortures³⁴² car le viol,

³³⁶ Jugement *Taylor*.

³³⁷ Voy. cette chronique *AFDI* 2009.

³³⁸ CPI, *Francis Kirimi Muthaura et Uhuru Muigai Kenyatta*, ICC-01/09-02/11, ChP. II, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2012, § 266.

³³⁹ Jugement *Ngirabatware*, § 1384.

³⁴⁰ *Ibid.*, § 1391.

³⁴¹ Arrêt *Duch*, § 180.

³⁴² A propos des actes de torture, il faut noter que le Statut des Chambres africaines extraordinaires adopté le 30 janvier 2013 reprend *peu ou prou* la définition posée par l'arrêt *Furundzija*. Elle s'éloigne de celle retenue par la jurisprudence plus récente et consacrée par le Statut de Rome puisqu'elle réintroduit l'acteur étatique comme élément constitutif de l'acte de torture. L'autonomisation d'une infraction sous-jacente n'est pas sans rappeler

consistant en une pénétration sexuelle non consentie, causant une douleur et une souffrance, était alors utilisé comme méthode d'interrogatoire pour obtenir des informations³⁴³.

c) *Les crimes de guerre*

Plusieurs apports juridiques ont été dégagés par les affaires entre 2012 et 2013 concernant les crimes de guerre, qu'il s'agisse du contexte des crimes ou des infractions constitutives telles que la destruction de biens, l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans ou le terrorisme.

i) *Le contexte des crimes de guerre*

Dans l'affaire *Lubanga*, de longs développements sont consacrés à la définition de l'élément contextuel du crime de guerre, l'existence d'un conflit armé et la distinction entre CAI et CANI. En l'espèce, après avoir expliqué que la définition de « groupe armé organisé » participant à un CANI posée par le Statut de Rome³⁴⁴ est différente de celle retenue par le Protocole II de 1977³⁴⁵, la Chambre indique les critères pertinents pour en démontrer l'existence³⁴⁶. Puis, elle s'intéresse à la qualification du conflit en RDC : l'intervention du Rwanda puis de l'Ouganda en RDC et leur lien avec l'UPC/FPLC permet-il de qualifier le conflit de CAI ? La Chambre préliminaire avait opté pour une qualification de conflit armé mixte, qui fut d'abord international puis seulement interne³⁴⁷. La Chambre de première instance infirme cette qualification et considère qu'il coexistait deux types de conflits mais que le conflit interétatique n'a pas contaminé de son internationalité le conflit interne qui concernait l'UPC/FPLC dont Thomas Lubanga était le dirigeant. Retenant la théorie du contrôle global³⁴⁸, elle estime qu'aucun État ne contrôlait les groupes armés rebelles contre lesquels luttait l'UPC/FPLC de telle sorte que le conflit relevant de sa compétence était un conflit interne tout au long de la période considérée³⁴⁹.

ii) *Crimes de guerre par destruction de biens (Vieux Pont de Mostar)*

La destruction du Vieux Pont de Mostar (*Stari Most*) constitue-t-elle un crime de guerre ? C'est à cette question, parmi d'autres, que l'affaire *Prlic* tente d'apporter une réponse dans un long arrêt de 6 volumes à l'issue duquel six accusés Croates sont reconnus responsables du transfert forcé de la population musulmane en Bosnie, notamment à Mostar, dans le but de créer une « grande Croatie ». Le pont, construit il y a près de 500 ans, a donné son nom à la ville de Mostar et symbolisait « le lien entre les communautés, au-delà des différences religieuses »³⁵⁰. En 1993, au plus fort des affrontements entre les Bosniaques et Croates, le pont est contrôlé par l'ABiH et sert non seulement aux soldats musulmans de voie de ravitaillement en matériel militaire, en renforts et en nourriture mais aussi aux civils musulmans comme voie d'approvisionnement. Suite à des bombardements et à des tirs, le

celle du nettoyage ethnique élevé au rang de crime dans le document final du Sommet mondial de 2005 à propos de la R2P, cf. Document final du Sommet mondial de 2005 (60/1), § 138.

³⁴³ *Ibid.*, § 210.

³⁴⁴ Groupes qui « présentent un degré d'organisation suffisant pour leur permettre de mener un conflit armé prolongé », Jugement *Lubanga*, § 536.

³⁴⁵ Groupes qui « doivent être sous la conduite d'un commandement responsable » (art. 1.1 Protocole II).

³⁴⁶ Jugement *Lubanga*, § 537.

³⁴⁷ CPI, *Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, ChP. I, Décision de confirmation des charges, 29 janvier 2007, §§ 205-237.

³⁴⁸ Jugement *Lubanga*, § 561.

³⁴⁹ *Ibid.*, §§ 542-543 et §§ 566-567.

³⁵⁰ TPIY, *Prlic et consorts*, IT-04-74-T, ChPI. III, Jugement, 29 mai 2013, § 1282 (ci-après Jugement *Prlic*).

Stari Most est détruit le 8 novembre 1993 et s'effondre le lendemain. Comme le note la Chambre : « Les forces armées du HVO avaient un intérêt militaire à ce que cet édifice soit détruit, dans la mesure où sa destruction coupait quasiment toute possibilité pour l'ABiH de continuer ses opérations de ravitaillement. Cependant, la disparition du Vieux Pont condamnait également les résidents de l'enclave musulmane de la rive droite de la Neretva à un isolement presque total »³⁵¹.

Pour autant la destruction du pont est-elle illicite ? D'une part, l'article 2 d Statut du TPIY protège les biens se trouvant en territoire occupé. D'autre part, les biens civils sont des biens protégés d'après l'article 52 du Protocole I mais cette protection disparaît si le bien est utilisé à des fins militaires. Enfin, certains biens civils, les biens culturels, jouissent d'une protection renforcée via la Convention de La Haye de 1954 et *via* l'article 53 du Protocole I.

En l'espèce, les juges considèrent d'abord que le *Stari Most* était contrôlé par l'ABiH et n'était donc pas en territoire occupé par les Croates de telle sorte qu'il n'y a pas de violation de l'article 2 d du Statut³⁵². Les juges examinent ensuite la question de savoir si le *Stari Most* pouvait être qualifié de bien civil voire de bien culturel. Ils constatent qu'au moment de l'attaque, le pont « était, pour l'ABiH, essentiel aux activités de combat menées par ses unités sur la ligne de front, aux évacuations, à l'envoi de troupes, de vivres et de matériel et qu'elle l'avait utilisé à cette fin [...]. Dès lors, les forces armées du HVO avaient un intérêt militaire à ce que cet édifice soit détruit [...]. Le Vieux Pont constituait par conséquent, au moment de l'attaque, un objectif militaire »³⁵³. Et en tant qu'objectif militaire légitime, il ne ferait donc pas partie des biens protégés.

Cependant, la majorité poursuit son analyse et, appliquant le principe de proportionnalité, considère que « l'impact sur la population civile musulmane de Mostar a été disproportionné par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu par la destruction du Vieux Pont »³⁵⁴. La logique des juges est ici équivoque : s'ils avaient considéré que le Pont était un bien civil, ils auraient pu immédiatement affirmer que la protection était absolue et ne pouvait pas être contrebalancée par aucune nécessité militaire. Or, ils ont choisi de le qualifier d'objectif militaire, le sortant de la catégorie de bien civil. Mais, plutôt que de rester dans une analyse militaire qui aurait dû la conduire à vérifier si la destruction était justifiée par les exigences militaires³⁵⁵, les juges examinent la proportionnalité de l'attaque au regard de l'impact sur la population civile. Par cette analyse mixte associant les concepts d'objet militaire et de bien civil, la Chambre a peut-être voulu tenir compte de la nature duale du pont, voie utilisée tant pour le ravitaillement des militaires que des civils. Les juges concluent finalement à la violation de l'article 3-b du Statut. Ils refusent de se prononcer sur une éventuelle violation de l'article 3-d relatif à la destruction des monuments historiques car, malgré la valeur historique et symbolique du *Stari Most*, l'Acte d'accusation n'y renvoyait que pour la destruction de biens religieux (les mosquées), pas pour la destruction du pont³⁵⁶.

ii) *Crime de guerre par enrôlement des enfants de moins de 15 ans*

L'enrôlement des enfants de moins de 15 ans a été au cœur de l'affaire *Taylor* devant le TSSL et de l'affaire *Lubanga* devant la CPI. La comparaison des jugements souligne une dissonance certaine du droit international pénal quant à cette infraction.

³⁵¹ *Ibid.*, §1365.

³⁵² *Ibid.*, § 1582.

³⁵³ *Ibidem.*

³⁵⁴ Jugement *Prlic*, § 1584.

³⁵⁵ Pour le Juge Antonetti, le *Stari Most* constituait un objectif militaire légitime. Il pouvait donc être « purement et simplement détruit. [et] il ne peut y avoir en tout état de cause une destruction proportionnée », Jugement *Prlic*, opinion individuelle séparée et partiellement dissidente du Juge Antonetti, vol. 6, p. 387.

³⁵⁶ Jugement *Prlic*, § 1611.

Dans le jugement *Lubanga*, la Chambre de première instance, après avoir expliqué que la jurisprudence du TSSL est un moyen auxiliaire d'interprétation du Statut de Rome mais aucunement une source³⁵⁷, va s'écarter, en partie, de l'analyse du TSSL. L'article 8-2-e-vii du Statut de Rome comme l'article 4 c du Statut du TSSL envisage trois formes de conduite : la conscription, l'enrôlement et la participation des enfants de moins de 15 ans. Les Chambres du TSSL ont invariablement considéré que ces trois comportements étaient des *actus reus* alternatifs constitutifs d'une même infraction³⁵⁸. Au contraire, les juges de la CPI décident que l'article 8-2-e-vii pose non pas trois formes d'*actus reus* d'une même infraction mais trois infractions distinctes³⁵⁹. La conséquence n'est pas négligeable : l'accusé ne sera pas reconnu coupable d'une infraction constitutive de crime de guerre mais de trois. En l'espèce, Thomas Lubanga est condamné à 12 ans pour enrôlement, 13 ans pour conscription et 14 ans pour participation³⁶⁰.

Sur d'autres aspects, le jugement *Lubanga* reprend en les précisant certaines des analyses du TSSL puisque ni le Statut de Rome ni les Eléments des crimes ne définissent les actes d'enrôlement, de conscription ou de participation. Ainsi, les définitions posées par les juges de la CPI sont très proches de celles du TSSL. L'enrôlement est défini comme l'engagement volontaire tandis que la conscription consiste en un recrutement sous la contrainte³⁶¹. Les juges précisent que l'enrôlement (bien qu'il s'agisse d'une démarche volontaire de l'enfant) est répréhensible car l'enfant n'est pas capable d'exprimer un consentement véritable et éclairé, de telle sorte que l'accusé ne saurait s'en prévaloir comme moyen de défense³⁶². Quant au troisième volet du crime, la participation des enfants, les juges de la CPI expliquent « [qu']un enfant peut, aux fins du Statut, être considéré comme ayant été « utilisé » sans que soit apportée la preuve de sa « conscription » ou de son « enrôlement » préalables dans la force ou le groupe armé en question »³⁶³.

Enfin, l'affaire *Lubanga* soulevait la question des enfants utilisés comme gardes du corps ou gardiens d'objectifs militaires. Selon les juges, ces enfants participaient certes pas *activement* mais au moins *indirectement* au conflit dans la mesure où leur utilisation avait un lien avec les combats et qu'ils étaient une cible potentielle des ennemis³⁶⁴. Cette conclusion est à rapprocher de celle du TSSL à propos des enfants utilisés comme gardiens des mines de diamants dont l'exploitation servait à financer la guerre : « *the use of a child to guard a diamond mine put the child at sufficient risk to constitute illegal use of the child pursuant to Article 4(c) of the Statute [...]. The Trial Chamber therefore finds that those children who were used to guard the mines were being used to actively participate in hostilities* »³⁶⁵. Mais qu'en est-il des enfants utilisés pour satisfaire les besoins sexuels des combattants ? Cette question n'est pas abordée dans l'affaire *Lubanga*, le Procureur n'ayant pas plaidé la commission d'actes de violence sexuelle. La juge Odio Benito, dans une opinion, estime néanmoins « *necessary and a duty of the Chamber to include sexual violence within the legal concept of "use to participate actively in the hostilities"* »³⁶⁶. Cependant, de tels actes

³⁵⁷ Jugement *Lubanga*, § 603.

³⁵⁸ TSSL, *CDF Case*, SCSL-04-14, ChA., Arrêt, 28 mai 2008, § 139.

³⁵⁹ Jugement *Lubanga*, § 609.

³⁶⁰ Sentence *Lubanga*. Les peines non cumulables ont été ramenées à 14 ans.

³⁶¹ Jugement *Lubanga*, § 607. Voy. aussi, TSSL, *CDF Case*, SCSL-04-14, ChA., Arrêt, 28 mai 2008, § 140.

³⁶² Jugement *Lubanga*, §§ 615-617. Voy. aussi, TSSL, *CDF Case*, SCSL-04-14, ChA., Arrêt, 28 mai 2008, § 140.

³⁶³ Jugement *Lubanga*, § 620.

³⁶⁴ *Ibid.*, § 627-628. Dans le même sens, Jugement *Taylor*, notamment §§ 1486 et 1526.

³⁶⁵ Jugement *Taylor*, § 1459.

³⁶⁶ Jugement *Lubanga*, Opinion individuelle et dissidente de la Juge Odio Benito §17.

relèveraient probablement de l'article 8-2-e-vi³⁶⁷ et il n'est donc pas certain qu'il soit utile de les incriminer également sous l'article 8-2-e-vii .

iii) *Crime de guerre par terrorisme*

La définition du crime de terrorisme n'en finit pas de faire débat parmi les juristes. Comme le pressentait le professeur Rafaëlle Maison dans cette même chronique en 2011, la définition posée par le TSL n'est pas passée à la postérité³⁶⁸ et a été écartée tant par la jurisprudence interne que par la jurisprudence internationale.

En octobre 2013, la Cour suprême du Royaume-Uni devait se prononcer sur la responsabilité d'un étudiant britannique qui avait propagé via Internet des publications montrant des attaques commises par des membres d'Al Qaida, des Talibans et d'autres groupes armés contre les Forces de la Coalition en Irak et en Afghanistan. Ces attaques constituaient-elles des actes de terrorisme ? L'accusé soutenait qu'en temps de guerre, les actes terroristes se limitaient aux actes de violences dont le but était de répandre la terreur parmi la population civile, comme le laissait entendre le TSL³⁶⁹. Les juges vont considérer que la définition posée par le TSL ne lui est pas opposable puisque « *there is no accepted norm in international law as to what constitutes terrorism* »³⁷⁰. Puis, arguant du fait que « *there is no rule that the UK government cannot go further than is required by an international treaty when it comes to legislating* »³⁷¹, ils vont appliquer une définition large du terrorisme posé par le *Terrorism Act* de 2000 leur permettant de qualifier d'actes terroristes toute attaque commise par un groupe armé non-étatique à l'encontre de forces armées étatiques ou coalisées dans le cadre d'un CANI ; ce qui n'est pas sans soulever des critiques du point de vue du droit international humanitaire et des droits de l'homme, notamment du principe « qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé »³⁷².

En 2012, dans l'affaire *Taylor*, le TSSL s'est également écarté de la définition du TSL mais selon une toute autre analyse. Pour le TSL, il n'y aurait pas encore de définition établie d'actes terroristes comme crime de guerre. Au contraire, le TSSL considère que « *the war crime of "acts of terrorism" (which does not contain these additional elements) is firmly established in customary international law* »³⁷³. Le TSSL conteste donc la conclusion de son homologue puis rejette les éléments constitutifs des actes de terrorisme dégagés par le TSL pour s'appuyer *in fine* sur la jurisprudence du TPIY³⁷⁴.

Le jugement *Taylor* va également être l'occasion pour le TSSL de revenir sur un aspect particulier du terrorisme comme crime de guerre : son lien possible avec les violences sexuelles. Jusqu'alors, la Chambre d'appel du TSL avait jugé, dans l'affaire *AFRC*, que l'esclavage sexuel « *did not in the particular factual context of the conflict in Sierra Leone satisfy the elements of 'acts of terrorism'* »³⁷⁵. La Chambre de première instance II, opérant un revirement de jurisprudence, décide au contraire que « *committing crimes of sexual violence in public was a deliberate tactic on the part of the perpetrators to spread terror. Such crimes were part of a campaign of rape and sexual slavery committed by members of the AFRC/RUF*

³⁶⁷ Cet alinéa incrimine « Le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, telle que définie à l'article 7, paragraphe 2, alinéa f), la stérilisation forcée, ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une violation grave de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève ».

³⁶⁸ Cette chronique, *AFDI* 2011, p. 253.

³⁶⁹ TSL, affaire n°STL-11-01/I, ChA., Décision préjudicielle sur le droit applicable, 16 février 2011, §§ 108-109.

³⁷⁰ *R v Gul* (Appellant), UK Supreme Court, 23 Oct 2013 [2013] UKSC 64 § 44.

³⁷¹ *Ibid.*, § 53.

³⁷² CourEDH, *Kokkinakis c. Grèce*, req. 14307/88, Arrêt, 25 mai 1993, § 52.

³⁷³ Jugement *Taylor*, § 409.

³⁷⁴ *Ibid.*, § 410.

³⁷⁵ TSSL, *AFRC case*, SCSL-2004-16-A, ChA., Arrêt, 22 février 2008, § 170.

against the women of Kono District not merely as a means of sexual gratification, but in order to spread terror among the civilian population »³⁷⁶. Cette extension des actes terroristes aux actes de violence sexuelle tend à démontrer que le terrorisme n'est pas nécessairement « gender neutral » et plus largement que « gendered crimes, such as rape, should be viewed contextually and with the recognition that they can intersect with other crimes »³⁷⁷.

2. Les modes de participation au crime

Deux grands débats ont opposé les juges des juridictions pénales internationales en matière de modes de participation au crime : la complicité et l'article 25-3 du Statut de Rome. Bien qu'il y ait également des développements en matière d'entreprise criminelle commune³⁷⁸ et de responsabilité du supérieur hiérarchique³⁷⁹, on se concentrera sur ces deux points achoppement.

a) Existe-t-il une hiérarchie entre les modes de responsabilité ?

De manière surprenante, en 2012, la Chambre de première instance, dans l'affaire *Lubanga*, va se prononcer en faveur d'une hiérarchie entre les modes de responsabilité. Dans son jugement, la majorité considère qu'il y a une différence de degré entre l'alinéa a et l'alinéa d – dans le premier cas, l'accusé commet le crime tandis que, dans le second, l'accusé contribue à la commission du crime³⁸⁰. Puis, elle estime que l'alinéa a et l'alinéa c présentent également une différence de degré puisque dans le second cas la responsabilité du complice dépend de la réalisation du crime par l'auteur principal³⁸¹. La majorité en conclut qu'une hiérarchie existe bien au sein de l'article 25-3.

Cette interprétation rompt avec l'approche des TPI qui appliquent la théorie de l'unité de qualification, en vertu de laquelle l'acte des participants, parce qu'il est fondé sur le comportement de l'auteur du crime, reçoit la même sanction³⁸². Devant les TPI, les participants, les complices ont une « criminalité d'emprunt »³⁸³ : ils sont responsables comme l'auteur. La CPI, dans le jugement *Lubanga*, semble donc s'éloigner de cette théorie ce que regrette vivement le Juge Fulford dans son opinion individuelle : « [d]'aucuns ont suggéré que l'article 25-3 instaurait parmi les diverses formes de responsabilité une hiérarchie fondée sur le degré de gravité, son alinéa a) envisageant le cas le plus grave et son alinéa d) le moins grave. Je ne saurais souscrire à une telle approche »³⁸⁴. Il ajoute que « [s]i la "hiérarchisation" des divers modes de responsabilité peut se révéler utile, comme quand la peine est strictement déterminée par la disposition même qui fonde la déclaration de culpabilité, de telles considérations ne s'appliquent pas à la CPI »³⁸⁵. Selon le Juge Fulford, l'absence de hiérarchie

³⁷⁶ Jugement *Taylor*, § 2037.

³⁷⁷ Kirsten M.F. Keith, « Deconstructing Terrorism as a War Crime. The Charles Taylor Case », *JICJ*, 2013, vol. 11, pp. 813-833, p. 825. Sur cette question, voy. Valerie Oosterveld, « The Gender Jurisprudence of the Special Court for Sierra Leone: Progress in the Revolutionary United Front Judgments », *Cornell International Law Journal*, 2011, vol. 44, pp. 49-74.

³⁷⁸ Voy. notamment Jugement *Karemera*, Arrêt TPIR *Ndahimana* 2013, Arrêt TPIR *Hategekimana* 2012, Jugement TPIY *Stanišić et Simatović* 2013.

³⁷⁹ Voy. notamment Jugement TPIR *Niziyemana* 2012, Arrêt *Ntabakuze*, Jugement *Karemera*.

³⁸⁰ Jugement *Lubanga*, § 996.

³⁸¹ *Ibid.*, § 998.

³⁸² Sur ce point voy. notre thèse, Anne-Laure CHAUMETTE, *Les sujets du droit international pénal*, Paris, Pedone, 2009, pp. 430 et suivantes.

³⁸³ Expression utilisée par P. Gulphe, « La distinction entre coauteurs et complices », *RSC*, 1948, pp. 556-692, p. 683.

³⁸⁴ Jugement *Lubanga*, Opinion individuelle du Juge Fulford, § 8.

³⁸⁵ *Ibid.*, § 9.

entre les modes de participation s'explique notamment parce que la fixation de la peine ne repose pas exclusivement sur le mode de responsabilité mais prend en compte d'autres facteurs, tels que la gravité du crime ou la situation personnelle de l'accusé. Cette supposée hiérarchie implicite à l'article 25-3 est également contestée par la Juge Van der Wyngaert dans son opinion jointe au jugement *Ngudjolo*³⁸⁶.

Quelques mois plus tard, la Chambre de première instance du TSSL affirme à son tour que la complicité est un mode de responsabilité moins grave que les formes de participation directe au crime nécessitant une peine moins lourde³⁸⁷. Mais en septembre 2013, la Chambre d'appel du TSSL revient sur cette interprétation. Elle rappelle que « *a hierarchy of gravity among forms of criminal participation in Article 6(1) is contrary to the essential requirement of individualisation that derives from the mandate of the Court, principles of individual criminal liability and the rights of the accused* »³⁸⁸. Elle considère ensuite que les premiers juges ont commis une erreur de droit « *by holding that aiding and abetting liability generally warrants a lesser sentence than other forms of criminal participation* »³⁸⁹.

En 2014, la CPI semble finalement se ranger à cette interprétation majoritaire. La Chambre de première instance II, dans son jugement *Katanga*, admet l'absence de hiérarchie entre les modes de responsabilité en déclarant que « l'article 25 du Statut ne fait qu'identifier différents comportements illégaux et, en ce sens, la distinction proposée entre la responsabilité de l'auteur du crime et celle du complice ne constitue en aucun cas une « hiérarchie de culpabilité » »³⁹⁰. Les modes de participation au crime bien que non hiérarchisés restent néanmoins chacun spécifique. La jurisprudence de la Cour contient des réflexions intéressantes quant à la distinction entre le degré de contribution requis pour que l'accusé soit reconnu responsable de la commission d'un crime conjointement avec une autre personne (article 25-3-a) et le degré de contribution requis pour qu'il soit reconnu responsable de la participation à la commission d'un crime par un groupe de personnes agissant de concert (article 25-3-d).

Dans le premier cas, la majorité dans l'affaire *Lubanga*, a indiqué qu'il fallait démontrer « l'apport par l'accusé d'une contribution essentielle au plan commun, contribution qui a abouti à la commission du crime considéré »³⁹¹. Cette formulation du degré de la contribution ne fait pourtant pas l'unanimité parmi les juges. Le Juge Fulford la rejette. Il suggère que l'on se demande plutôt « *if there is a causal link between the individual's contribution and the crime* »³⁹². Cette proposition du Juge Fulford est à son tour commentée par la Juge Van der Wyngaert dans son opinion au jugement *Ngudjolo*. Selon elle, le critère du lien de causalité est trop vague, trop « élastique »³⁹³ et on devrait lui préférer le critère d'une contribution directe ayant « une incidence immédiate sur la manière dont les éléments matériels du crime sont réalisés »³⁹⁴.

Au contraire, dans le cas de l'article 25-3-d, le degré de contribution recherché est moindre. En janvier 2012, la Chambre préliminaire rappelle que l'alinéa d est un mode résiduel de responsabilité « *which triggered only when subparagraph (a)-(c) are not satisfied [...]. As a result, the contribution under subparagraph (d) is satisfied by a less than "substantial" contribution, as far as such contribution results in the commission of the crimes*

³⁸⁶ Jugement *Ngudjolo Chui*, Opinion concordante de la Juge Van der Wyngaert, § 6.

³⁸⁷ TSSL, *Charles Taylor*, SCSL-03-01-T, ChPI. II, Sentence, 30 mai 2012, § 21.

³⁸⁸ Arrêt *Taylor* § 666.

³⁸⁹ Arrêt *Taylor*, § 670.

³⁹⁰ Jugement *Katanga*, § 1386.

³⁹¹ Jugement *Lubanga*, § 1006.

³⁹² Jugement *Lubanga*, Opinion individuelle du Juge Fulford, § 16 c.

³⁹³ Jugement *Ngudjolo Chui*, Opinion concordante de la Juge Van der Wyngaert, § 43.

³⁹⁴ *Ibid.*, § 46.

charged »³⁹⁵. C'est l'affaire *Katanga* qui va permettre de qualifier le degré contribution attendu pour l'article 25-3-d. La Chambre d'appel, en va évoquer « une contribution essentielle à une contribution importante mais pas nécessairement essentielle »³⁹⁶. Puis, en mai 2013, la Chambre de première instance II, confirme cette différence de degré entre la contribution de l'article 25-3-a et l'article 25-3-d et parle d'une contribution « significative à la commission des crimes »³⁹⁷.

b) Complicité

Un véritable dialogue des juges s'est instauré entre 2012 et 2014 à propos de la définition de la complicité. Pour comprendre l'enjeu de la controverse, il convient de revenir sur l'état de la jurisprudence antérieure.

L'arrêt *Tadic* avait posé que « [l]e complice commet des actes qui visent *spécifiquement* à aider, encourager ou fournir un soutien moral en vue de la perpétration d'un crime spécifique [...], et ce soutien a un effet important sur la perpétration du crime »³⁹⁸. Dans l'affaire *Celebici*, ce critère de spécificité disparaît de telle sorte que la complicité s'entend « de toutes les aides de nature à encourager ou à favoriser l'accomplissement d'un acte criminel et qui s'accompagnent de l'élément moral indispensable »³⁹⁹. En 2009, l'arrêt *Mrskic*, renvoyant à l'arrêt *Blagovec et Jokic* de 2007, confirme que « “*specific direction*” is not an essential ingredient of the *actus reus* of aiding and abetting »⁴⁰⁰.

Cette analyse est confirmée en 2012 dans l'affaire *Lukić et Lukić*, la Chambre d'appel considérant « *that there is no “cogent reason” to depart from this jurisprudence* »⁴⁰¹. Pourtant, la juge Güney, dans son opinion individuelle et partiellement dissidente, fait une tout autre interprétation de l'arrêt *Mrskic* et entame ainsi le revirement de jurisprudence qui aura lieu quelques mois plus tard. Selon elle, « *the Mrškić case remains the only case that departs from the jurisprudence without providing any cogent reasons for doing so, and, in any case, it should be considered as an obiter dictum which is not binding under the stare decisis doctrine* »⁴⁰². Cette interprétation est consacrée par les juges du TPIY en février 2013 dans l'arrêt *Perišić*. Selon la majorité⁴⁰³, la portée spécifique de l'aide doit être prouvée afin de conclure à l'existence de l'*actus reus* de la responsabilité pour complicité par aide et encouragement⁴⁰⁴. Appliquant ce revirement, la Chambre de première instance I du TPIY estime que « *[p]roof of specific direction in such circumstances requires evidence establishing a direct link between the aid provided by an accused and the relevant crimes committed by principal perpetrators* »⁴⁰⁵ (question de la présence de l'accusé au moment des faits). Dans ces deux affaires de 2013, l'application du critère de spécificité jouera en faveur des accusés qui seront acquittés.

Quelques mois plus tard, en septembre 2013, c'est à la Chambre d'appel du TSSL de se prononcer sur la responsabilité de *Taylor* en tant que complice. Dans leur arrêt, les juges

³⁹⁵ Décision *Ruto*, § 354.

³⁹⁶ Arrêt norme 55 *Katanga*, § 55.

³⁹⁷ CPI, *Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, ChPI II, Décision relative à la transmission d'éléments juridiques et factuels complémentaires, 15 mai 2013, § 22.

³⁹⁸ TPIY, *Tadic*, IT-94-1, ChA., Arrêt, 15 juillet 1999, § 229 (nous soulignons)

³⁹⁹ TPIY, *Mucić et consorts (Celebici)*, IT-96-21, ChA., Arrêt, 20 février 2001, § 352.

⁴⁰⁰ TPIY, *Mrškić et consorts*, IT-95-13/1, ChA. Arrêt, 5 mai 2009, § 159.

⁴⁰¹ Arrêt *Lukić*, § 424 *in fine*.

⁴⁰² Arrêt *Lukić*, Opinion individuelle et partiellement dissidente du juge Güney, § 10.

⁴⁰³ Notons que 4 juges sur les 5 qui composent la Chambre d'appel sont revenus sur cette définition de la complicité dans leurs opinions jointes à l'arrêt.

⁴⁰⁴ TPIY, *Momcilo Perišić*, IT-04-81, ChA., Arrêt, 28 février 2013, § 29.

⁴⁰⁵ TPIY, *Stanišić et Simatović*, IT-03-69, ChPI. I, Jugement, 30 mai 2013, citant l'arrêt *Perišić* au § 1264.

considèrent que « [r]ather than determining whether "specific direction" is an element under customary international law, the *Perišić Appeals Chamber* specifically and only inquired whether the ICTY Appeals Chamber had previously departed from its prior holding that "specific direction" is an element of the *actus reus* of aiding and abetting liability »⁴⁰⁶. Le TPIY n'a pas établi que le critère de spécificité était requis selon le droit international coutumier de telle sorte qu'ils décident de maintenir leur jurisprudence et d'écarter ce critère de spécificité.

Le rejet du « critère *Perišić* » sera par la suite confirmé par la Chambre d'appel du TPIY qui opère un nouveau revirement en février 2014. Constatant que la jurisprudence du tribunal est contradictoire, la Chambre procède à une synthèse du droit en la matière, étudiant les décisions antérieures du Tribunal, celles des juridictions militaires post-seconde guerre mondiale, la législation interne des États, le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, le Statut de Rome et conclut que « "specific direction" is not an element of aiding and abetting liability under customary international law »⁴⁰⁷. Les juges du Tribunal *ad hoc* en profitent pour définir l'*actus reus* de la complicité : « under customary international law, the *actus reus* of aiding and abetting "consists of practical assistance, encouragement, or moral support which has a substantial effect on the perpetration of the crime" »⁴⁰⁸. Cette controverse sur la question de la complicité a conduit le Procureur à introduire, le 3 février 2014, une requête visant à faire reconsidérer l'acquittement de l'accusé *Perišić*.

3. Politique des peines

En matière de politique des peines, le fait marquant de ces années 2012-2013 est bien évidemment le prononcé de la première sentence de la CPI, le 10 juillet 2012, à l'encontre de Thomas Lubanga. Pour autant, le contenu de cette sentence n'est pas novateur dans la mesure où elle reste fidèle à la jurisprudence dégagée par les TPI. Elle retient notamment comme critère principal de détermination de la peine, le critère de gravité du crime dans la mesure où « [l]es éléments à prendre en compte pour déterminer la gravité du crime ne seront pas aussi retenus au titre des circonstances aggravantes, et inversement »⁴⁰⁹. L'arrêt du TSSL qui confirme la peine de *Taylor* est en revanche plus original puisqu'il admet que, pour évaluer la gravité du crime (servant à établir la peine), les juges puissent prendre en compte des actes extraterritoriaux : « *Taylor's acts and conduct did not only harm the victims of the crimes and their immediate relatives, but fuelled a conflict that became a threat to international peace and security in the West African sub-region. The Appeals Chamber concludes that it was proper for the Trial Chamber to consider the extraterritorial nature and consequences of Taylor's acts and conduct in assessing the gravity of the totality of his culpable conduct* »⁴¹⁰. Il conviendra d'observer si cette jurisprudence inédite recevra un écho favorable auprès des autres juridictions internationales pénales dans leurs futures sentences.

⁴⁰⁶ Arrêt *Taylor*, § 476.

⁴⁰⁷ TPIY, *Šainović et consorts*, IT-05-87, ChA., Arrêt, 23 janvier 2014, § 1649.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Sentence *Lubanga*, § 35. Dans le même sens, Arrêt *Gatete*, § 275.

⁴¹⁰ Arrêt *Taylor*, § 683.