

*Congrès AFSP Toulouse 2007*

**Table ronde 6**  
**"Les violences symboliques dans les relations internationales"**

*Session 1*

**Paulo-Serge Lopes**  
**Ceraps – Lille 2**  
**C2SD-Ministère de la défense**

<p><b>Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et la quête de légitimité à l'occasion de l'opération <i>Force Allié</i></b></p>
--

*« Dans le monde des hommes, les arguments de droit n'ont de poids que dans la mesure où les adversaires en présence disposent de moyens équivalents et que, si tel n'est pas le cas, les plus forts tirent tout le parti possible de leur puissance tandis que les plus faibles n'ont qu'à s'incliner. »<sup>1</sup>*

Thucydide

Ainsi furent transcrits sous la plume de Thucydide dans *La Guerre du Péloponnèse* les propos tenus par les généraux athéniens Cléomédés et Teisias aux magistrats de la cité de l'île de Mélos qu'ils ambitionnaient d'incorporer à leur empire. Par-delà le fait historique ici exposé et la période antique qui l'a vu se manifester transparaît dans le dialogue de Mélos, du moins dans la restitution littéraire et philosophique qu'en fit Thucydide, le discernement de la guerre comme l'élément irréductible des relations internationales et l'horizon inéluctable de son étude<sup>2</sup>. Apparaissant comme la forme que recouvre la tragédie dans le monde contemporain, la violence armée se trouve considérée comme foncièrement affranchie de toute considération d'ordre juridique ou morale<sup>3</sup>. Toute pensée qui lui est consacrée se

---

<sup>1</sup> Thucydide, Paris, *La Guerre du Péloponnèse*, Paris, Gallimard, 1964, t.2, p.120.

<sup>2</sup> Le refus des magistrats de Mélos de voir soumise leur cité à l'empire athénien, la décision prise de conquête de l'île par l'Assemblée d'Athènes sous l'influence d'Alcibiade et l'absence de tout concours à sa défense – notamment de la part de Sparte dont le soutien était escompté – provoquèrent la chute de la cité de l'île de Mélos aux mains des troupes athéniennes en l'hiver 416 avant notre ère après plusieurs mois de combat. La population masculine fut massacrée et tant les femmes que les enfants furent mis en esclavage. Des colons athéniens remplacèrent les anciens habitants.

<sup>3</sup> Sur les interprétations de Thucydide comme auteur réaliste, voir Dario Battistella, « Le paradigme réaliste », *Théories des relations internationales*, Paris, coll. « Références inédites », Presses de Sciences po, 2003, pp. 111-141 et Frédéric Ramel (dir.), « La sagesse des relations internationales ou la quête du Graal », in *Philosophie des relations internationales*, Paris, coll. « Références inédites », Presses de Sciences Po, 2002, pp. 9-36.

démarquant de cette grille de lecture correspondrait au déni du caractère agonistique propre aux liens tissés entre les entités étatiques ou apparentés. A rebours de cette perception s'est affirmé l'enchevêtrement de la violence et du droit appelé à l'encadrer qui les a fait apparaître, tout au long des siècles, comme « *l'envers et l'endroit* » de la texture même de l'histoire humaine à l'image de Sisyphe qui était condamné à déplacer éternellement une pierre jusqu'en haut d'une colline avant qu'elle ne redescende chaque fois juste au moment de parvenir à son sommet<sup>4</sup>. Cette tension prit une acuité saillante dans la séquence historique ouverte par la chute du mur de Berlin et l'implosion de l'Empire soviétique au travers de la recherche active de nouvelles grammaires capables de régir les rapports entre les acteurs étatiques jusqu'alors complètement empreints de la rivalité des deux superpuissances<sup>5</sup>.

Aux réflexions relatives à l'usage des armes nucléaires qui avaient fait l'objet d'interrogations substantielles dans les milieux académiques des années 1950 à 1980 se sont substitués de nouveaux dilemmes moraux<sup>6</sup>. Parmi ces dernières vinrent en premier lieu les réflexions relatives tant à l'emploi de la force et qu'à l'évolution de la justice pénale internationale. Un des exemples les plus éclairants fut l'opération *Force Alliée* soit la guerre aérienne conduite du 24 mars au 10 juin 1999 par l'Organisation du traité de l'Atlantique Nord à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie en vue de mettre fin aux crimes de masse perpétrés à l'encontre des populations albanophones du Kosovo. Cette intervention armée fut indéniablement un événement charnière dans l'évolution de la question kosovare en clôturant les guerres dans l'ex-Yougoslavie<sup>7</sup>. Or s'il est certainement prématuré de trancher toutes les interrogations relatives aux conséquences de cette intervention armée sur la physionomie de l'espace balkanique, l'intérêt de cet événement se vérifie au niveau des conséquences du droit international. Légitimée par ses auteurs au nom d'objectifs humanitaires, la légalité de cette intervention armée peut néanmoins être questionnée notamment en ce qui concerne le droit de recours à la force car étant en totale contradiction avec les règles posées par la charte des Nations Unies. Parallèlement, les interrogations se sont focalisées sur les violations supposées par l'organisation militaire des règles du droit des conflits armés pour avoir confronté les populations civiles à des risques non nécessaires<sup>8</sup>. Si plusieurs études furent publiées sur ses deux principaux aspects juridiques de la crise de l'opération *Force Alliée*, aucune ne s'attache cependant à analyser le choix du procureur de ne pas enclencher une procédure judiciaire sur les violations supposées au droit des conflits armés commises par les forces de l'OTAN. Cette décision de ne pas poursuivre les forces de provoqua de la part notamment d'acteurs non étatiques traditionnels pourtant soutiens traditionnels de la justice pénale internationale des interrogations ayant trait à la légitimité de

---

<sup>4</sup> Simone Goyard-Fabre, « La paix, horizon d'espérance », in *La construction de la paix ou le travail de Sisyphe*, Paris, Vrin, 1994, pp. 7-29 et Robert Kolb, « Considérations générales sur la violence et le droit international », *Annuaire Français des relations internationales*, 2005, pp. 27-44.

<sup>5</sup> Marie-Claude Smouts (dir.), *Les nouvelles relations internationales. Pratiques et théories*, Paris, coll. « Références », Presses de Sciences Po, 1998 et Johnathan Moore (dir.), *Des choix difficiles. Les dilemmes moraux de l'humanitaire*, Paris, Gallimard, 1999.

<sup>6</sup> Voir pour une vision globale, Charles Philippe David, « Le génie nucléaire retourne-t-il dans sa lampe ? », in *La guerre et la paix. Approches contemporaines de la sécurité et de la stratégie*, Paris, coll. « références inédites », Presses de Sciences po, 2000, pp. 267-298. Les interrogations sur la dissuasion ont recouvré une certaine actualité au travers du nucléaire iranien. Voir notamment Thérèse Delpech, *L'Iran, la bombe et la démission des nations*, Paris, coll. « Ceri », Autrement, 2006.

<sup>7</sup> Parmi les ouvrages foisonnants sur le Kosovo et le Sud-Est européen, voir Jean-Michel de Waele et Kôle Gjeloshaj, *De la question albanaise au Kosovo*, Bruxelles, Complexe, 1999 ; Antoine Garapon et Olivier Mongin (dir.), *Kosovo. Un drame annoncé*, Paris, Michalon, 1999 ; Joël Hubrecht, *Kosovo. 1981-1989-1999-2001. Etablir les faits*, Paris, Editions Esprit, 2001.

<sup>8</sup> Olivier Corten, *Droit, légitimation et politique extérieure : l'Europe et la guerre du Kosovo*, Bruxelles, coll. « Droit international », Bruylant, 2001.

cette institution pénale internationale *ad hoc* soit la première depuis le tribunal militaire international de Nuremberg au lendemain de la seconde guerre mondiale.

C'est en ce sens que le présent travail de recherche trouve sa vocation. Plus précisément, la spécificité de la présente analyse consiste non pas à remettre en cause l'organe judiciaire ni à le justifier mais à réfléchir dans quelle mesure le droit international a été utilisé comme facteur justificatif contribuant à légitimer les actions entreprises. Au travers de ce cas il est assez probant de montrer que la scène internationale est une scène d'énonciation et de dénonciation où le droit international public – et donc le droit des conflits armés - constitue un élément substantielle des tentatives de légitimation et de délégitimation des actions des acteurs internationaux. Nous décrirons en premier lieu les tentatives par les juges du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et l'usage du droit international comme facteur d'autonomisation face aux acteurs étatiques. Nous verrons en second lieu les interrogations quant aux atteintes au droit international à l'occasion de l'opération Force Allié. Enfin, nous analyserons la manière avec laquelle fut justifiée la décision de non poursuite judiciaire par la procureur pour défendre la légitimité de leur institution. La polémique relative s'inscrit dans une série de séquences historiques qui ont marqué l'institution pénale internationale *ad hoc*.

## **Le TPIY à la recherche de son autonomie**

Au regard des guerres et violences extrêmes qui ont émaillé la Yougoslavie pendant les années 1990, il aurait été aisé de circonscrire ceux-ci à n'être que le pendant des guerres balkaniques de 1912-1913<sup>9</sup>. Chacune de ces guerres aurait borné cette séquence historique dénommée le plus souvent l'« *âge des extrêmes* »<sup>10</sup>. Sarajevo serait ainsi par excellence la ville symbole du XX<sup>e</sup> siècle et ce de l'assassinat de l'archiduc François-Ferdinand le 28 juin 1914 déclencheur de la 1<sup>ère</sup> déflagration mondiale au siège éprouvant subi durant trois ans par les forces bosno-serbes. Demeurer avec cette acception serait conforté l'image d'une violence armée déployée sans entraves et omettre les tentatives de régulation juridique<sup>11</sup>. A cette aune, l'opération *Force Allié* fut un jalon important dans la recherche par le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de marges de manœuvre à la recherche et la répression des criminels de guerre. Cette quête fut constante depuis la création de cette institution pénale

---

<sup>9</sup> Jean-Arnault Derens et Catherine Samary, *Les conflits yougoslaves de A à Z*, Paris, Editions de l'Atelier, 2000 et Paul Garde, *Vie et mort de la Yougoslavie*, Paris, Fayard, 2000.

<sup>10</sup> Eric J. Hobsbawm, « Le siècle à vol d'oiseau », in *L'Âge des extrêmes. Histoire du Court XX<sup>e</sup> siècle. 1914-1991*, Bruxelles, Complexe, 1999, pp. 19-39.

<sup>11</sup> Eric Wenzel, « Le massacre dans les méandres du droit », in David El Kenz (dir.), *Le massacre, objet d'histoire*, Paris, coll. « Folio histoire », Gallimard, 2005, pp. 25-45.

internationale *ad hoc* dans l'ombre portée par les crimes de masse perpétrés dans cette région à compter du début des années 1990<sup>12</sup>. La mise en œuvre d'une telle action judiciaire fut rendue possible en raison de l'absence de volonté des principaux acteurs étatiques d'intervenir alors militairement dans les conflits et l'incapacité voire l'absence de volonté des juridictions nationales de se consacrer à ce dessein<sup>13</sup>. L'organe judiciaire ainsi créé était considéré par les principaux membres permanents du conseil de sécurité comme une arme de pression capable de marginaliser les leaders politiques et militaires des parties aux conflits qui portent atteinte aux négociations de résolution du conflit. De surcroît, alors que l'aide humanitaire a fait long feu, l'usage de l'arme judiciaire leur permettait ainsi de peser davantage sur le dossier sans envoyer des troupes sur les théâtres de conflit et ce tout en montrant aux opinions publiques qu'ils se préoccupent du sort des populations civiles. Cette institution pénale internationale *ad hoc* a été instituée par les résolutions 808 et 827 du conseil de sécurité adoptées respectivement le 22 février et 25 mai 1993 dans le dessein « *de poursuivre les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1er janvier 1991* » et sur la base du chapitre VII de la charte des Nations Unies c'est-à-dire « *en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression* »<sup>14</sup>.

Sa création intervient donc en pleine guerre et non à sa sortie contrairement donc à ce qui advint avec les tribunaux militaires internationaux de Nuremberg et Tokyo aux lendemains de la seconde guerre mondiale<sup>15</sup>. Placées sous l'objectif commun de la paix furent assignées à cette institution pénale internationale *ad hoc* des missions aussi diverses que le rétablissement et le maintien de la paix, la lutte contre l'impunité et le jugement des auteurs de violations graves du droit des conflits armés<sup>16</sup>. Pour remplir son office, cet organe judiciaire ne saurait s'abstraire du contexte dans lequel il se meurt et donc des considérations du conseil de sécurité qui l'a créé et des Etats dont la coopération lui est indispensable. Le conseil de sécurité ne dispose certes d'aucun pouvoir ni sur l'orientation de leur politique pénale, ni sur l'opportunité des poursuites, ni sur le sens des jugements mais peut décider de sa suppression mais aussi si ce n'est surtout des moyens financiers et humains qui lui seront alloués. N'ayant pas de pouvoir coercitif, l'organe judiciaire dépend en effet pour procéder aux arrestations du bon vouloir des Etats et donc de l'intérêt que ces derniers ont à collaborer<sup>17</sup>. Mais les limites de cette stratégie sont vite atteintes car la plupart des principaux Etats voulaient que son action soit toujours subordonnée à l'impératif des négociations qu'ils mènent et craignaient que cette institution devienne un obstacle à une transition démocratique

---

<sup>12</sup> Alain Pellet, « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie : poudre aux yeux ou avancée décisive ? », *Revue générale de droit international public*, 1994, n°1, p. 7 ; Daphna Shraga et Ralph Zaklin, « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *European journal of international law*, 1994, pp. 360-380.

<sup>13</sup> Michael P. Scharf, *Balkan Justice : The Story behind the First International War Crimes Trial since Nuremberg*, Carolina Academic Press, 1997 et Gary Jonathan Bass, *Stay the hand of vengeance. The Politics of war crimes*, Princeton, Princeton University Press, 2000.

<sup>14</sup> Société française pour le droit international, *Le chapitre VII de la Charte des Nations unies*, Paris, Pedone, 1995 et Mirko Zambelli, *La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le conseil de sécurité – Le champ d'application des pouvoirs prévus au chapitre VII de la charte des nations unies*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2002.

<sup>15</sup> Annette Wieviorka (dir.), *Les procès de Nuremberg et de Tokyo*, Paris, Complexe, 1996 et Annette Wieviorka, *Le procès de Nuremberg*, Paris, Liana Levi, 2006.

<sup>16</sup> Claude Jorda, « Le point de vue juridique », in Antonio Cassese et Mireille Delmas-Marty (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, Presses Universitaires de France, 2002, pp. 75-77.

<sup>17</sup> Susan Lamb, « The Powers of Arrest of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *British Yearbook for international law*, 2000, pp. 165-244.

dans l'espace balkanique<sup>18</sup>. Ces difficultés s'étaient déjà vérifiées au travers de la commission internationale d'experts créée en vue de classer les violences extrêmes commises dans l'ex-Yougoslavie<sup>19</sup>. Ainsi en raison du contexte particulier dans le cadre duquel est né l'organe judiciaire, les missions qu'il fut appelé à remplir et les fondements sur lesquels il s'appuie, fut favorisée la production d'un discours de la part de la juridiction pénale internationale basé sur l'exemplarité<sup>20</sup>. Ce dernier s'intègre dans le processus visant à légitimer les actions de l'institution pénale internationale *ad hoc* afin d'être moins soumis aux contraintes étatiques. A cette fin, il était nécessaire de s'appuyer sur l'opinion publique internationale dont la répulsion des violences extrêmes et de l'inaction de la « communauté internationale »<sup>21</sup> avait poussé à sa création pour que la pression perdure sur les acteurs étatiques afin d'allouer les moyens nécessaires au dessein de cette juridiction pénale internationale<sup>22</sup>.

En raison principalement de la bipolarisation de la scène internationale, depuis les lendemains de la seconde guerre mondiale, aucune expérience probante d'institutions pénales internationales n'a vu le jour<sup>23</sup>. Avant que le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ne commence son activité au travers de la nomination d'un procureur, les juges ont entrepris de rendre caduque l'affirmation du Pr. Claude Lombois qui en 1979, faisant référence au tribunal militaire international de Nuremberg, écrivait : « *Ce n'est pas le moindre des paradoxes de ce droit des infractions internationales, sur lequel on a tant philosophé et depuis si longtemps, d'être un droit informulé et d'avoir été un droit appliqué. Trois fois informulé, ce droit prépare ses textes, attend ses juges, cherche ses justiciables. Rien d'étonnant alors que son application fasse figure d'évènement.* »<sup>24</sup> Dans le dessein de consolider l'institution pénale internationale dont la juridiction allait s'exercer au cours d'un conflit déjà engagé et non à son terme, il fallait que la mise en accusation des responsables des crimes de masse dans l'ex-Yougoslavie tant au niveau de la procédure que du droit applicable ne souffre d'aucun des défauts du Tribunal Militaire International de Nuremberg qui ont valu à ce dernier de se voir qualifié de « *justice de vainqueurs* »<sup>25</sup>. A cette fin, le choix des juges se fit dans le cadre onusien et non plus seulement restreint à un certain nombre États parties et ces magistrats furent issus principalement de deux traditions juridiques différentes

---

<sup>18</sup> Jacques Massé, *Nos chers criminels de guerre. Paris, Zagreb, Belgrade en classe d'affaires*, Paris, coll. « Enquête », Flammarion, 2006.

<sup>19</sup> Sylvain Vité, *Les procédures internationales d'établissement des faits dans la mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Bruxelles, coll. « Droit international », Bruylant, 1999.

<sup>20</sup> Voir en particulier Emanuela Fronza et Juliette Tricot, « Fonction symbolique et droit pénal international : une analyse des discours des Tribunaux pénaux internationaux », in Emanuela Fronza et Stefano Manacorda (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc. Etudes des law clinics en droit pénal international*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 292-309.

<sup>21</sup> Béatrice Pouligny, « La 'communauté internationale' face aux crimes de masse : les limites d'une 'communauté d'humanité' », *Revue Internationale de Politique Comparée*, numéro spécial sur les massacres, vol. 8, n°1, printemps 2001, pp. 93-108 et Jacques Sémelin, « Ce " Plus jamais ça ! " qui recommence », in *Purifier et détruire. Usages politiques des massacres et génocides*, Paris, coll. « La couleur des idées », Le Seuil, 2005, pp. 433-452.

<sup>22</sup> Il est à noter que le rôle de l'opinion publique peut s'analyser de la même façon en ce qui concerne le regard porté sur les interventions armées : Pour une approche circonstanciée des liens entre l'opinion publique, les dirigeants et la décision d'entrer en guerre, Samy Cohen, *L'opinion, l'humanitaire et la guerre*, (dir.), Paris, Fondation pour les Etudes de Défense, 1996 et Nathalie La Balme, *Partir en guerre. Décideurs et politiques face à l'opinion publique*, Paris, coll. « Frontières », Autrement, 2002.

<sup>23</sup> Cherif Bassiouni, « L'expérience des premières juridictions pénales internationales », in Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2000, pp. 635-659.

<sup>24</sup> Claude Lombois, *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1979, § 44, p. 157.

<sup>25</sup> Richard Overy, « The Nuremberg Trials: International Law in the Making », in Phillippe Sands (dir.), *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

ayant leur cohérence propre – la tradition romano-germanique et la common law - et dont l'on pensait l'harmonisation quasi impossible à atteindre<sup>26</sup>. Ces derniers se sont attelés à la qualification des crimes poursuivis avant leur commission pour correspondre au principe *nulla poena sine lege* afin de ne pas apparaître comme une justice de circonstance qui ne ferait pas jurisprudence<sup>27</sup>. Par ailleurs, les juges furent chargés d'adopter « *un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience elle-même et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées* » qui s'avérait indispensable à la bonne marche de l'institution pénale internationale *ad hoc*.<sup>28</sup>. Après la période de constitution de la base juridique de l'institution pénale internationale, le discours visant à l'exemplarité de la démarche suivie s'est vérifié au travers des jugements intervenus<sup>29</sup>. La réalisation de ces derniers a interagi tout à la fois avec les réflexions ayant permis la constitution du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité en 1996, celles relatives aux négociations de la cour pénale internationale jusqu'à l'adoption de son statut en 1998 ainsi que concernant la compétence universelle alors renaissante<sup>30</sup>. Après les premiers pas de l'institution pénale internationale sous la conduite de son premier procureur, les acteurs étatiques n'accordaient de moyens substantiels et financiers que selon l'état des négociations entreprises. Mais en dépit des restrictions subies le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dispose d'une ressource morale importante en l'occurrence l'image d'impartialité aidée en cela par l'image des trois procureurs successifs qui ont un parcours de lutte contre l'impunité qui a un écho positif auprès de l'opinion publique de la même manière que l'aide humanitaire. L'usage ainsi fait permet de se décaler par rapport aux contingences de la *realpolitik* et peser sur les négociations. Ainsi, la mise en examen de Ratko Mladic et Radovan Karadzic, respectivement chef militaire et politique des bosno-serbes, au lendemain du massacre de Srebrenica en juillet 1995 mais pour des faits commis en 1992-1993 au début de la guerre de Bosnie-Herzégovine poussa à la marginalisation d'une partie des personnes censées négocier et influa la physionomie des accords de Dayton en novembre 1995<sup>31</sup>. Mais

---

<sup>26</sup> Pierre Hazan, « Le combat des juges », in *La justice face à la guerre*, Paris, Stock, 2000, pp. 87-93. Parmi les juges qui y ont contribué, outre Claude Jorda actuel juge à la cour pénale internationale, il faut noter Georges Abi-Saab et Antonio Cassese qui avaient parallèlement développé une pratique académique. Voir ainsi Laurence Boisson-de-Chazournes et Vera Gowlland-Debbas, *The international legal system in quest of equity and universality - L'ordre juridique international, un système en quête d'équité et d'universalité*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 et *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, La Haye, Kluwer Law International, 2005.

<sup>27</sup> Pour les terminologies techniques, voir plus particulièrement l'ouvrage de Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001 et Anne-Marie La Rosa, *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, coll. « Publications de l'IUHEL », Presses Universitaires de France, 1998

<sup>28</sup> Voir l'article 15 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Anne-Marie La Rosa, *Juridictions pénales internationales: la procédure et la preuve*, Paris, coll. « Publications de l'Institut universitaire de hautes études internationales de Genève », Presses Universitaires de France, 2003. Ce débat aura une influence sur la physionomie des autres institutions pénales internationales : Alphons Orie, « Accusatorial v. inquisitorial approach in international criminal proceedings », in Antonio Cassese, Paola Gaeta et John R.W.D. Jones (dir.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : a commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 1439-1495.

<sup>29</sup> Voir les compte rendus de l'activité des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, Hervé Ascensio et Rafaëlle Maison dans *l'Annuaire français de droit international*.

<sup>30</sup> Bruce Broomhall, *International criminal justice and the International criminal court. Between sovereignty and the rule of law*, Oxford, Oxford University Press, 2003 ; Antoine Garapon, « De Nuremberg au TPI : naissance d'une justice universelle ? », *Critique internationale*, 1999, n°5, pp. 167-180 et « Projet universel ou justice des vainqueurs ? », in *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner. Pour une justice internationale*, Paris, Odile Jacob, 2002, pp. 46-83.

<sup>31</sup> Marcus Cox, « The Dayton Agreement in Bosnia and Herzegovina: A study of Implementation and Strategy », *The British Year Book of International Law*, 1998.

les relations entre l'institution pénale internationale et les acteurs étatiques prirent un tout autre sens en 1999.

### **L'opération *Force Allié* : la bataille du droit**

L'intervention armée de l'OTAN contre la république fédérale de Yougoslavie – par-delà les controverses relatives aux légitimités d'ordre religieuse et historique sur le territoire du Kosovo – a surtout produit des analyses ayant trait à la décision d'entrer en guerre, les moyens de sa conduite et les résultats obtenus au sortir de près de trois mois de bombardements<sup>32</sup>. Le débat s'est d'abord manifesté par la requête déposée par la république fédérale de Yougoslavie, le 29 avril 1999, auprès de la cour internationale de justice contre dix Etats membres de l'Organisation du traité de l'atlantique nord<sup>33</sup>. Cette action devant cette institution majeure en terme de règlement de différends internationaux procède d'une stratégie de délégitimation des adversaires par l'usage du droit international<sup>34</sup>. Ainsi, cette instrumentalisation se constate au travers des requêtes qui appelaient « *l'organe judiciaire à constater la violation d'un ensemble d'obligations internationales dont, principalement, l'infraction à l'interdiction de l'emploi de la force dans les rapports interétatiques. Les requêtes visaient aussi des règles du droit des conflits armés, telles que l'atteinte aux personnes et aux biens spécialement protégés, ainsi qu'à l'environnement, ou des règles ordinaires du droit international, liberté de navigation fluviale et respect des fondamentaux de la personne humaine. Enfin, elles invoquent la prohibition du génocide.* » Cette requête ne fut pas la seule concernant les conflits dans l'ex-Yougoslavie devant la cour internationale de justice comme en atteste celle portée par la Bosnie-Herzégovine contre la république fédérale de Yougoslavie et ce sur la base juridique de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948<sup>35</sup>. Dans la requête était rappelée l'existence du principe de non recours à la force par les Etats dans les relations internationales (article 2 § 4). Les seules exceptions sont la légitime défense (article 51) et dans le cadre d'une opération de soutien à la paix et à la sécurité internationale quand celle-ci est menée par une organisation régionale mandatée par une résolution du conseil de sécurité (article 53)<sup>36</sup>. L'opération *Force Allié* contrevient à l'ensemble de ces règles en particulier par l'absence d'une résolution explicite émanant du conseil de sécurité des Nations Unies<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup> Bruno Simma, « Nato, the UN and the use of force : legal aspects » et Antonio Cassese, « Ex injuria jus oritur : are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community », *European Journal of international law*, 1999, n°1, respectivement pp. 1-22 et 23-30. Alessandro Buzzi, *L'intervention armée de l'OTAN en République Fédérale de Yougoslavie*, Paris, coll. « Cahiers internationaux », n°22, Pedone, 2001 et Serge Sur, *The use of the force in the Kosovo affair and international law*, Paris, coll. "Les Notes de l'IFRI. Série transatlantique", Institut Français de Relations Internationales, 2001.

<sup>33</sup> Philippe Weckel, « Cour internationale de justice – Affaires relatives à la licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Allemagne et autres) », *Revue générale de droit international public*, 1999, n°3, pp. 697-708 et Thomas Bruha, « The Kosovo War before the International Court of Justice – A preliminary appraisal », in Christian Tomuschat (dir.), *Kosovo and the International Community. A legal Assessment*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 2002, pp. 287-316.

<sup>34</sup> Guillaume Etienne, « L'emploi de la force armée devant la cour internationale de justice. Tentatives d'instrumentalisation politique de l'organe judiciaire principal des Nations-Unies », *Annuaire Français des relations internationales*, 2002, pp. 215-249.

<sup>35</sup> William A. Schabas, *Genocide in International Law. The Crime of Crimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000 et Samantha Power, *A Problem from Hell. America and the Age of Genocide*, New York, Basic Books, 2002.

<sup>36</sup> Voir en particulier Jean-Pierre Cot et Alain Pellet, *La charte des Nations Unies : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2005.

<sup>37</sup> Philippe Weckel, « L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la charte fissurée », *Revue générale de droit international public*, 2000, n°1, pp. 19-36 et Olivier Corten et François Dubuisson, « L'hypothèse d'une règle

Mais les responsables de l'OTAN ont souligné qu'ils respectaient l'esprit des prescriptions onusiennes par les références à des résolutions plus anciennes du conseil de sécurité. Ainsi, la résolution 1199 du 23 septembre 1998 qualifiait la détérioration de la situation au Kosovo comme une « menace pour la paix et la sécurité dans la région » tandis que la résolution 1203 du 24 octobre 1998 citait le chapitre VII de la charte des Nations Unies et imposait à la république fédérale de Yougoslavie des obligations auxquelles elle ne s'est pas conformée. Le non respect strict des actes émanant du conseil de sécurité était justifié par le probable usage du droit de veto de deux membres permanents du conseil de sécurité à savoir la Russie et la Chine qui préoccupés par les situations intérieures comme la Tchétchénie et le Tibet quelque peu similaires à la situation au Kosovo<sup>38</sup>. Les raisons ainsi avancées s'intègrent dans les critiques du trop grand formalisme des règles en vigueur et leur inadéquation relativement aux interventions armées notamment lors de la survenue de « crises extrêmes » soit lorsque se produisaient des situations dans lesquelles un pan majeur d'une population spécifique était menacée d'extermination<sup>39</sup>. En vue de faire face aux dysfonctionnements réels ou perçus comme tels de l'ordre international sont utilisés des stratégies de contournement dans lesquelles prenait place la recherche de nouveaux cadres juridiques d'intervention<sup>40</sup>. L'opération Force Allié a été perçue par la suite comme légitime par le secrétaire général des Nations Unies Koffi Annan qui avait diligenté une commission d'experts<sup>41</sup>. Mais les polémiques se sont déplacées pour l'essentiel des questions relatives à la licéité de l'emploi de la force vers celles ayant trait à l'application du droit des conflits armés par les Etats de l'OTAN.

Les principes et règles du droit des conflits armés applicables aux frappes aériennes des Etats de l'OTAN furent reconnus et admis par tous les intervenants que ce soit les quatre conventions de Genève du 12 août 1949 ainsi que ses deux protocoles additionnels de 8 juin 1977<sup>42</sup>. A la bataille proprement militaire entre les forces de l'Otan et la République fédérale de Yougoslavie se joue parallèlement un combat auprès des opinions publiques en vue de faire intégrer sa grille de lecture des événements. Ainsi, dès l'entame de cette opération *Force Allié* et en vue de la faire valider auprès de l'opinion publique, les dirigeants de l'organisation militaire ont insisté pour indiquer le soin qui fut le leur à éviter les pertes civiles et les dommages aux biens et objets civils, aussi bien dans la procédure de planification des opérations que dans la phase d'exécution<sup>43</sup>. Cette tension se révéla d'autant plus aigue qu'en cette année 1999 s'effectuait le centenaire des conventions de La Haye de 1899 soit des traités ayant fondé le droit des conflits armés. En revanche, l'application de ces principes et règles dans des cas concrets a suscité des divergences patentes d'interprétation. Ainsi la république fédérale de Yougoslavie déposa un recours auprès de l'institution pénale

---

émergente fondant une intervention militaire sur une autorisation implicite du Conseil de sécurité », *Revue Générale de droit international public*, 2000, n°4, pp. 873-918.

<sup>38</sup> Thomas Schindlmayr, « Obstructing the Security Council : The Use of The Veto in the Twentieth Century », *Journal of the History of International Law*, n°3, 2001, pp. 218-234.

<sup>39</sup> Johanna Siméant, Marc Le Pape et Claudine Vidal (dir.), *Crises extrêmes. Face aux massacres, guerres et génocides*, Paris, La Découverte, 2006.

<sup>40</sup> Nicolas Weehler, *Saving strangers : humanitarian intervention in international society*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

<sup>41</sup> Cette commission était présidée par Richard Goldstone, le premier procureur du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo report : conflict, international response, lessons learned*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

<sup>42</sup> Eric David, *Principes du droit des conflits armés*, Bruxelles, coll. « Droit international », Bruylant, 1994.

<sup>43</sup> Peter Kovacs, « Intervention armée des forces de l'Otan au Kosovo. Fondement de l'obligation de respecter le droit international humanitaire », *Revue Internationale de la Croix Rouge*, 2000, n° 837, pp. 103-128.



internationale *ad hoc* parallèlement à celle déposée devant la cour internationale de justice. Des critiques étayées se firent de la part d'acteurs non étatiques comme Amnesty International qui rendit public en juin 2000 une analyse juridique approfondie et détaillée d'un certain nombre de faits survenus durant l'intervention armée qui lui font dire qu'un certain nombre d'actes illégaux furent commis<sup>44</sup>. Le droit des conflits armés qui a été mis sur les fonts baptismaux par le comité international de la Croix Rouge a été repris par des organisations non gouvernementales qu'elles soient de protection des droits de l'homme ou humanitaires à l'image de Médecins sans Frontières<sup>45</sup>. Ils craignaient que de trop larges brèches dans l'interdiction du recours à la force – au travers de l'évolution qualitative des interventions armées – entraînent un désordre international accentué. La remise en cause des principes fondant l'ordre international serait ainsi hasardeuse juridiquement qu'imprudent pour ce qui concerne la stabilité des relations internationales et en particulier la protection des populations civiles alors même que les interventions armées sont justifiées par des motifs humanitaires<sup>46</sup>. Les actions de ces acteurs non étatiques se vérifièrent également dans ce qui a trait aux campagnes en faveur de l'instauration de la compétence universelle ainsi que concernant l'établissement puis la mise en œuvre de la cour pénale internationale. Amnesty International souligna dans le rapport que ces violations supposées au droit des conflits armés entraînent dans le mandat imparti au tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

### **L'institution pénale internationale comme instance de (dé)légitimation**

Bien que son objet initial au moment de sa création était dans l'esprit de ses concepteurs circonscrit pour le moins aux guerres de Croatie et de Bosnie-Herzégovine, le Kosovo entrainait bien dans le mandat qui lui était imparti si on en juge de par les divers critères de compétence. Dès la recrudescence du conflit au début de l'année 1998, le procureur du TPIY en l'occurrence Louise Arbour signala la compétence de l'institution pénale internationale *ad hoc* sur ce territoire<sup>47</sup>. Ces prises de positions furent confortées par le conseil de sécurité – créateur du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie – qui lui demanda d'engager des enquêtes sur les actes de violence commis au Kosovo et exigea tant avant, pendant qu'après la guerre au Kosovo des parties en présence – République fédérale de Yougoslavie, communauté albanophone du Kosovo et tiers - de coopérer avec l'institution pénale internationale *ad hoc*. Au regard du mandat, Louise Arbour, alors procureur du dit organe judiciaire, admettait dès le mois de mai 1999 que les Etats de l'OTAN, en entreprenant leurs raids aériens, s'étaient soumis volontairement à la juridiction de l'institution pénale internationale *ad hoc*, dont le mandat s'étend aux théâtres d'opérations militaires qu'ils avaient choisis. Les enquêtes pouvaient être déclenchées à la seule discrétion du Procureur et de surcroît le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie disposait de la primauté sur

---

<sup>44</sup> Amnesty International, « *Collateral damage* » or *Unlawful killings? Violations of the Laws of War by NATO During Operation Allied Force*.

<sup>45</sup> Voir le cas des organisations humanitaires à l'instar de Médecins sans Frontières avec ma contribution intitulée Médecins sans Frontières et le droit international à la table ronde n°5 « Enonciation des normes internationales » au congrès de l'Association Française de Science Politique du 11-14 septembre 2005.

<sup>46</sup> Les interventions armées sont pour les principaux Etats membres du conseil de sécurité un critère de la puissance sur la scène internationale. Thierry Tardy, *La France et la gestion des conflits yougoslaves (1991-1995). Enjeux et leçons d'une opération de maintien de la paix*, Bruxelles, Bruylant, 1999 et Brigitte Stern (dir.), *United Nations Peace-keeping Operations. A Guide to French Policies*, New York, United Nations University Press, 1998.

<sup>47</sup> communiqué de presse du tpiy du 10 mars 1998 : CC/PIO/302-E. mais aussi cc/PIU/353-E (15 octobre 1998) ou CC/PIU/391-E (31 mars 1999)

les juridictions internes<sup>48</sup>. Les accusations concernant les violations du droit des conflits armés au cours de la campagne aérienne dirigées par l'OTAN lui furent adressées par la république fédérale de Yougoslavie soit parallèlement à son recours déposé devant la cour internationale de justice<sup>49</sup>. Les faits qui sont à la base de la mise en œuvre éventuelle de la responsabilité internationale des Etats concernés devant la cour internationale de justice sont les mêmes que ceux qui fondent les demandes relatives à la responsabilité pénale des individus, seuls susceptibles d'être jugés par le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Le bureau du procureur alla décider de ne pas ouvrir d'enquêtes soulevant ainsi nombre d'interrogations relatives à son autonomie.

Lors de son audition devant le conseil de sécurité des Nations Unies le 2 juin 2000, Carla Del Ponte, la nouvelle procureur, insista sur la compétence de l'institution pénale internationale *ad hoc* et sur ses propres « obligations et responsabilités en tant que procureur indépendant d'évaluer ces plaintes et allégations ». Toutefois, après un examen approfondi, elle est arrivée à la conclusion « qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une enquête concernant une quelconque de ses allégations ni concernant d'autres incidents relatifs aux bombardements effectués par l'OTAN. » Ainsi, elle établit la distinction claire entre l'évaluation des plaintes et l'ouverture d'une enquête officielle, qui peut mener à des mises en accusation devant le tribunal<sup>50</sup>. La procureur ajouta que « bien que certaines erreurs aient été commises par l'OTAN, je suis satisfaite que des civils ou des cibles militaires illégales n'ont pas été délibérément pris pour cible pendant la campagne de bombardement. » Pour arriver à une telle constatation, elle disposait du rapport final du groupe de travail créé par son prédécesseur, Louise Arbour, en 1999, afin d'examiner et évaluer toutes les plaintes, ainsi que toutes les pièces les accompagnant<sup>51</sup>. En ce qui concerne les différents incidents examinés, l'OTAN a admis certaines erreurs d'appréciation et le choix de certains objectifs militaires peut susciter une discussion juridique. Mais le groupe d'experts estime qu'une enquête approfondie ne serait pas justifiée, aussi bien en ce qui concerne les frappes aériennes dans leur ensemble que les incidents spécifiques. Dans tous les cas, selon les experts, soit le droit des conflits armés, soit les enquêtes ont peu de chance d'aboutir à fournir les éléments nécessaires pour étayer des accusations. Si les conclusions du groupe d'experts sont fondées sur une analyse juridique et sur des critères étayés, la part des appréciations subjectives est loin d'être négligeable. Dans ces conditions, la décision du procureur de ne pas ouvrir d'enquête repose non seulement sur la prise en compte des éléments juridiques découlant des dispositions statutaires mais aussi d'éléments extra juridiques caractérisant une situation tout à fait singulière. Face aux frappes aériennes de l'OTAN, la réaction de l'institution pénale internationale *ad hoc* fut donc largement limitée conduisant au final à l'inaction et à ce que

---

<sup>48</sup> Elisabeth Lambert-Abdelgawad, « Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des Tribunaux Pénaux Internationaux : un encadrement abusif par le droit international de l'exercice de la compétence judiciaire interne ? », *Revue générale de droit international public*, 2004, n°2, pp. 407-438.

<sup>49</sup> Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel (dir.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, coll. « Contentieux International », Pedone, 2006.

<sup>50</sup> Morten Bergsmo, Catherine Cissé et Christophe Staker, « The prosecutors of the international tribunals : the cases of the Nuremberg and Tokyo Tribunals, the ICTY and ICTR, and the ICC compared », in Louise Arbour (dir.), *The prosecutor of the international criminal court*, Fribourg, Iuscrim, 2000, pp. 121-154.

<sup>51</sup> Par les documents avec lesquels le rapport (*Final report to the Prosecutor by the Committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia.*) fut effectué, on compte ceux d'origine gouvernementale mais aussi ceux issus des organisations non gouvernementales telles que Human Rights Watch et Amnesty International. Le groupe d'experts était composé de juristes militaires, d'analystes militaires et d'autres experts. Mais la composition exacte du groupe n'a pas été précisée.

son image d'impartialité soit foncièrement entamée<sup>52</sup>. Cette décision fut en effet critiquée par nombre d'acteurs non-étatiques reconnus comme Amnesty International et le Comité International de la Croix Rouge. L'institution pénale internationale *ad hoc* serait ainsi dans cette perspective dépourvue totalement d'autonomie vis-à-vis de membres permanents du conseil de sécurité qui menèrent l'intervention armée sous couvert de l'OTAN. L'érosion de la principale ressource de sa légitimité corroborait l'idée que le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie était soumis aux intérêts des Etats qui l'ont mis sur les fonts baptismaux. Furent successivement critiqués le parti pris dans l'établissement des faits, les approximations et erreurs juridiques au regard du droit des conflits armés, la non-application de la règle de proportionnalité,...<sup>53</sup> Les critiques ont progressé relativement au deux poids deux mesures de l'attitude de la « communauté internationale » face aux crimes de masses et autres violences extrêmes. L'attention faite au respect par les forces de l'OTAN du droit des conflits armés se vérifie aussi pour ce qui des modalités d'interventions des membres des opérations de maintien de la paix effectuées sous la responsabilité des Nations Unies<sup>54</sup>. La volonté des dirigeants de se départir de l'accusation de « justice des vainqueurs » s'en trouverait invalidée et ce alors même que le 24 mai 1999 en pleine opération Force Alliée de la mise en examen de Slobodan Milosevic participant ainsi de facto à la stratégie diplomatique des Etats occidentaux engagés dans le conflit La realpolitik continuerait d'être la loi d'airain des relations internationales.

Par-delà les analyses autour des violations supposées du droit des conflits armés<sup>55</sup>, il sera utile de rappeler que même dans le cas où Carla Del Ponte avait permis qu'une instruction judiciaire il n'est aucunement certain que les juges auraient estimé les accusations assez graves pour être portées devant la juridiction<sup>56</sup>. Par ailleurs, les critiques émises par des acteurs non étatiques émanent de traditionnels soutiens de la justice pénale internationale. Ils partagent donc avec l'institution pénale internationale un accord sur la base de discussions en l'occurrence le droit des conflits armés mais pas sur son interprétation<sup>57</sup>. L'attention portée sur le droit international témoigne que ce corpus juridique sert de cadre de référence pour les actions des acteurs tant étatiques que non étatiques et ce de manière accentuée depuis le terme de la bipolarisation du monde<sup>58</sup>. L'accroissement fort de l'activité normative constatée depuis le terme de la seconde guerre mondiale a pris un aspect clivant au sortir de la guerre froide à partir de laquelle la majeure partie des diplomates s'inscrivent dans un cadre juridique international largement accepté à savoir la charte des Nations Unies qui apparaît comme une

---

<sup>52</sup> Natalino Ronzitti, « Is the non liquet of the Final Report by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia acceptable ? », *International Review of the Red Cross*, 2000, n° 840, pp. 1017-1028.

<sup>53</sup> Laurence Boisson de Chazournes et Luigi Condorelli, « De la « responsabilité de protéger » ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie », *Revue générale de droit international public*, 2006, n°1, pp. 11-18.

<sup>54</sup> Luigi Condorelli, Anne-Marie La Rosa et Sylvie Scherrer (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1996.

<sup>55</sup> W. J Fenrick, « Targeting and Proportionality during the NATO Bombing Campaign against Yugoslavia », Paolo Benvenuti, « The ICTY's Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia » et Michael Bothe, « The Protection of the Civilian Population and NATO Bombing on Yugoslavia : Comments on a Report to the Prosecutor of the ICTY », *European Journal of International Law*, 2001, n°3, respectivement pp. 489-502, pp. 503-529 et pp. 531-535.

<sup>56</sup> Il est à noter qu'une organisation elle-même membre comme Amnesty International de la coalition internationale des ong pour la cour pénale internationale Human Rights Watch s'est montré bien plus équilibrée dans ses appréciations : *Civilian Deaths in the Nato Air Campaign*.

<sup>57</sup> Nicholas J. Wheeler, « The Kosovo bombing campaign », in Christian Reus-Smidt (dir.), *The Politics of international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 189-216.

<sup>58</sup> Ariel Colonomos, « Les années 1990 », in *La morale dans les relations internationales. Rendre des comptes*, Paris, Odile Jacob, 2005, pp. 23-50.

sorte de constitution mondiale<sup>59</sup>. A l'instar d'autres règles, les règles de droit international public participent à la définition d'une certaine prévisibilité dans la conduite des acteurs. Elles sont souvent privilégiées pour leur caractère explicite et formel qui renforce l'assurance que chaque partie engagée jouera bien le jeu<sup>60</sup>. Au travers de ce cas il est assez probant de montrer que la scène internationale est une scène d'énonciation et de dénonciation où le droit international public – et donc le droit des conflits armés – constitue un élément substantielle des tentatives de légitimation et de délégitimation des actions des acteurs internationaux. Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie fait office de laboratoire – bien davantage que le Tribunal Pénal International pour le Rwanda – pour la constitution de la cour pénale Internationale de même que dans une moindre mesure, pour les tribunaux pénaux « internationalisés » ou « hybrides » de la Sierra Leone, du Cambodge, du Timor-oriental et du Kosovo<sup>61</sup>. Son activité passée et future a témoigné que cette institution pénale internationale *ad hoc* est certes indépendante mais n'échappe pas à son environnement. Les avancées de son action furent en définitive fonction de l'attrait constitué par son existence dans les négociations de transition démocratique à l'image de celles relatives aux rapports entre l'Union Européenne et les Etats de l'ex-Yougoslavie<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Mireille Delmas-Marty, « La charte des Nations-Unies et la mondialisation du droit », in Régis Chemain et Alain Pellet (dir.), *La charte des Nations Unies, constitution mondiale* ?, Paris, coll. « Cahiers internationaux du CEDIN », Pedone, 2006, pp. 211-214.

<sup>60</sup> Guillaume Devin, « Les ressources du droit », in *Sociologie des relations internationales*, Paris, coll. « Repères », La Découverte, 2002, pp. 94-104.

<sup>61</sup> Cesare Romano et Théo Boutruche, « Tribunaux pénaux internationalisés : état des lieux d'une justice « hybride » », *Revue générale de droit international public*, 2003, n°1, pp. 109-124 et Hervé Ascensio, Elisabeth Lambert-Abdelgawad, et Jean-Marc Sorel (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor-Leste)*, Paris, Société de Législation comparée, 2006.

<sup>62</sup> Dossier « Les Balkans et l'Europe », *Questions Internationales*, n°23, janvier-février 2007